

---

# ТРГОВИНСКО ПРАВО

---

Др Небојша ЈОВАНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ОЧИГЛЕДНО НЕЗАКОНИТЕ ПРЕСУДЕ – НЕЗНАЊЕ, УЛИЗИШТВО ИЛИ ДРУГО?\*

### Резиме

*У овом прилогу за саветовање излажу се три пресуде највиших српских судова, којим се очигледно повређују правила закона у области привреде. За сваку пресуду се износе чврсти разлози њене противзаконитости, као и што се разматрају разлози који су довели до тога. Писац указује на штетност таквих пресуда не само по оштећену странку у парници, већ и по цео правни поредак и привреду наше земље. Кад се судска пракса по противзаконитој пресуди уједначи, ствара се ново опште правно правило (судско правило), којим се укида се законско правило у односу који се њиме уређује. Тиме се пребацује ризик имовинског губитка због непоштовања законског правила са оне стране у правном односу која га је повредила на ону која га је поштовала. То је погубно за поуздање људи у судски систем и правни поредак земље. Писац указује и на ваљаност судске праксе у текућим парницама корисника кредита са банкама. На крају прилога се разматра објављивање судске праксе у Србији и указује да је тај посао безначајан, ако се обавља на садашњи начин.*

**Кључне речи:** судска пракса, незаконитост, наутичка грешка, заједничка хаварија, јавне гараже.

---

\* Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

## I Увод

Судска пракса у Србији није извор права према владајућем схватању наших учених правника. Она није извор права, јер судови немају право, нити смеју да својим одлукама стварају право, односно да доносе општа правна правила, што јесте суштина извора права. Они су само примењивачи права, јер су обавезни да суде на основу устава, закона и других општих аката, а не на основу ставова судске праксе.<sup>1</sup> Због тога судови смеју само да примењују општа правна правила у пресуђивању спорова, те да својим одлукама стварају само појединачна правна правила, која обавезују искључиво странке у спору или другој правној ствари на којој се одлука односи. Због начела независности у пресуђивању спорова, судови и судије нису обавезни да поштују ставове (појединачна правила) из својих ранијих пресуда, као ни оне из пресуда других, макар и највиших судова.<sup>2</sup>

Судови у Србији, међутим, понекад доносе пресуде којим се очигледно повређују јасна законска правила. Таквим пресудама се редовно противзаконито наноси имовински губитак учеснику правног односа, који је поштовао закон, а ствара имовински добитак за учесника који га је повређивао, јер га је суд у тој повреди заштитио. Ако се такав противзаконит став суда, поготово оног највишег у земљи, прошири уједначавањем судске праксе на све случајеве истог чињеничног стања, онда он постаје опште правно правило, којим се укида дотад важеће законско правило. Таквом праксом се допушта самовоља појединим судијама, чиме се битно нарушава правна сигурност у земљи и поверење правних субјеката у њен правни поредак. Она је нарочито штетна у привредним споровима, јер су они обично знатно веће вредности него остале врсте спорова.

Стога се јавља питање разлога због којих поједине судије својим пресудама очигледно повређују јасна законска правила. Прикладан начин за утврђивање тих разлога јесте разматрање неколико таквих пресуда.

---

1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник*, бр. 1/2006, чл. 3 и 142.

2 Владимир Водинелић, *Грађанско право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2012, 116, 117; Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1981, 83; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, 27; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 35, 36.

## II Наутичке грешке нема у речном превозу робе

### 1. Чињенично стање

Прва пресуда се тиче наутичке грешке као разлога ослобођења од одговорности речног превозиоца робе. Речни превозиоци обично обављају превоз терета тегљењем или потискивањем баржи. У парници коју је правноснажно пресудио Врховни суд Србије 29. фебруара 1988. год. било је спорно да ли је речни превозилац крив за оштећење терета, ако је капетан брода тегљача учинио грешку у пловидби.

Пресуда је донета у парници у којој је осигурач терета тражио од превозиоца накнаду одшете коју је исплатио оштећеном кориснику превоза. Ту је Југословенско речно бродарство, као тужени, превозило тегљењем на својим тегленицама камионе марке „Камаз“ из СССР-а за купца „Прогрес“ Ауто кућа у Београду. Током пловидбе у Ђердапској клисури у пределу Великог и Малог Казана била је густа магла, која је трајала више дана и смањивала виљивост на 50 метара. Капетан је оценио да је могућа пловидба у том делу Ђердапа, упркос густој магли. Тај део пловног пута је најризичнији у доњем току Дунава, јер је врло узак (просечно само 210 метара) и кривудава, а дубина воде је 100 m. Стога је правилима пловидбе у том делу забрањена упоредна пловидба пловила у истом смеру, као и претицање. По наредби капетана конвој је кренуо, вучен бродом „Кадињача“, узводно дана 22. децембра 1982. год. у 1,30 часова ноћу, прешао око 20 km и у 3,30 часова насукао једну тегленицу на спруд. Том приликом је тегленица битно оштећена, а и роба на њој. До насукавања је дошло кад је капетан Кадињаче, схвативши да је даља пловидба сувише ризична, одлучио да заустави конвој на 967. km пута. Стога је предузео кретњу уназад моторима теглећег брода, услед чега се предњи део конвоја занео. У покушају да исправи конвој, теглећи брод је тргнуо предњи крај конвоја, услед чега се задњи крај занео, те се једна тегленица насукала на спруд. Кадињача је имала три мотора и два радара, при чему је главни радар био у квару већ дуже од годину дана. Осигурач је исплатио одштету Прогресу у износу од 5.946.929 дин., па је тужио превозиоца за повраћај исплаћеног износа, сматрајући га кривим за штету. У парници је превозилац, као тужени, оспорио основ тужбеног захтева, тврдећи да није крив, јер је штета настала услед магле, као више силе. Осим тога, сматрао је да је капетан исправно поступио кад је насукао тегленицу, јер је тиме спречио да она потоне, чиме би штета била још већа.

## 2. Пресуда

Првостепени суд је одбио тужбени захтев, јер је сматрао да тегљач, као превозилац, није крив, пошто се штета десила случајно. Он је сматрао да штета није настала услед више силе, јер „магла у децембру месецу на Дунаву није виша сила“, већ уобичајена појава. Како узрок штете није виша сила, сматрао је да то није основ за ослобођење превозиоца од одговорности, већ да је то радња маневрисања ради заустављања конвоја. Он је сматрао да је одлука о заустављању конвоја била исправна и у складу са правилима у таквим временским условима, а да је штета услед насуквања настала случајно. Суд није сматрао да је узрок штете одлука капетана да крене ноћу у пловидбу на ризичном делу реке по густој магли. Да је тако сматрао, онда би превозилац био крив и одговоран за штету. Другостепени суд је потврдио првостепену пресуду, што је учинио и Врховни суд у трећем степену, по ревизији тужиоца.<sup>3</sup>

## 3. Разматрање законитости пресуде

Иако је суд слободан у оцени узрочне везе у утврђивању штетне радње и одговорности штетника, утисак је у овом случају био преслободан. Суд је у овом случају, у ствари, ослободио од одговорности бродара због наутичке грешке капетана његовог брода. То је грешка капетана или другог члана посаде (нпр. кормилара) у управљању бродом и пловидбом, односно њихова грешка у пловидбеној делатности брода. Поред наутичке грешке, постоји и трговачка (комерцијална) грешка посаде брода. То је грешка посаде у чувању у руковању теретом на броду или грешка у тзв. трговачкој делатности посаде брода. Поморски бродар је повлашћен, јер по важећим правилима не одговара кориснику превоза (власнику терета) за штету на терету (губитак и оштећење), као ни за закашњење, ако је она изазвана радњама капетана и посаде брода у њиховој наутичкој делатности, односно њиховом наутичком грешком.<sup>4</sup> Насупрот томе, поморски бродар одговара за штету коју његова посада изазове на терету трговач-

3 Упоредно поморско право и поморска купопродаја, Загреб 3-4/1988, 387-395.

4 Конвенција о уједначењу неких правила о теретници (Брисел) из 1924. год., чл. 4.2(а); Закон о поморској и унутрашњој пловидби СФРЈ из 1977 год. – ЗПУП, *Сл. лист*, бр. 22/77..., 80/90, чл. 554, 556, 557; Закон о поморској и унутрашњој пловидби Савезне републике Југославије, *Сл. лист СРЈ*, бр. 12/1998..., 73/2000, чл. 593, 596; Закон о трговачком бродарству Србије, *Сл. гл.*, бр. 96/2015, чл. 357, 358, 373.

ком грешком.<sup>5</sup> Речно право, међутим, не повлашћује бродара у наутичкој делатности његове посаде, јер не предвиђа да је њихова наутичка грешка разлог за његово ослобођење од одговорности.

У приказаном случају судске праксе одлука капетана да крене у ризичну пловидбу упркос квару на радару брода и магли на путу свакако јесте наутичка одлука. Осим тога, његова радња заустављања конвоја, такође, јесте очигледно наутичка радња, јер се првенствено тиче управљања пловидбом, а не чувања терета на пловилу. Стога је несумњиво капетан учинио у приказаном случају наутичку грешку (кривицу). Пошто превозилац у речној пловидби одговара за штету услед наутичке грешке капетана, суд је у овом случају очигледно противзаконито одбио тужбени захтев, чиме је оштетио тужиоца, јер му није заштитио право да од штетника и одговорног превозиоца накнади износ одштете, коју је исплатио осигуранику.

Пошто домаћи судови нису баш вични у тумачењу правила пловидбеног права, јер им се у пракси не јављају често спорови у тој области, може се закључити да су судије у овој парници повредили закон због свог незнања. Њихово незнање у овом случају двојако. Прво, вероватно нису знали шта је наутичка грешка, те је у овом случају нису ни разматрали у образложењу пресуде, као разлог превозиоачевог ослобођења од одговорности за штету. Због тога су сматрали да је штета настала услед случаја, што свакако не одговара чињеницама. Друго, ако су и имали појам о наутичкој грешци, вероватно нису знали за финесу пловидбеног права по којој морски превозилац не одговара за наутичку грешку своје посаде, а да за њу одговара речни превозилац. Ако је грешка наших судова у овом случају разумљива, ипак је неопростива, јер је та финеса у време пресуђења била објашњена у одговарајућим основних судија већине правних факултета у земљи.<sup>6</sup>

## II Заједничке хаварије нема ако терет није на броду

### 1. Чињенично стање

Друга пресуда којом се очигледно крши закон тиче се доприноса у заједничкој хаварији. Превозилац је бродом „*Salonae*“ (Салоне) превозио

5 Вид.: Небојша Јовановић, „Наутичка (навигациона) грешка као разлог искључења превозиоачеве одговорности за штету“, *Привредноправни приручник*, бр. 7-8/1992, 87-100; Н. Јовановић, „Одговорност пловидбеног превозиоца за радње помоћника“, *Право и привреда*, бр. 3-4/2000, 46-65.

6 Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Савремена администрација, Београд 1986, 380, 386; Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Савремена администрација, Београд 1985, 121, 128-132.

терет из Ријеке до луке у граду Порт Судан на Црвеном Мору. У Суецком каналу га је 11. марта 1976. год. захватила пешчана олуја, те се брод насукао при избегавању судара, како је то тврдио његов капетан. Том приликом се оштетило кормило брода, услед чега је постао неспособан за даљу пловидбу. Капетан је позвао тегљача, који га је одсукао и одвукао до Порт Судана. Ту је капетан Салонеа прогласио заједничку хаварију, те је допустио искрцај терета, пошто му је корисник превоза издао хаваријске обвезнице. Кад је цео терет искрцан, капетан је уговорио да тегљач одвуче брод „Салоне“ до Ријеке, јер није могао да се поправи у Порт Судану. Брод је стигао у Ријеку 17. маја 1976. год. Превозилац је именовоа ликвидатора из Лондона, који је сачинио деобну основу дана 27. новембра 1981. год. Корисник превоза није оспорио деобну основу у законском року од 30 дана пошто ју је примио, а по којој је био дужан да плати допринос превозиоцу у износу од 44.614 британских фунти. Тиме је деобна основа постала извршна исправа у нашем праву. Како је корисник превоза касније одбио да плати допринос, превозилац га је тужио 26. новембра наредне године (1982. год).

## 2. Пресуда

У парници је било најспорније да ли је потраживање превозиоца на допринос у заједничкој хаварији према кориснику застарело. Суд је сматрао да није, те је усвојио захтев превозиоца, као тужиоца. Сматрао је да застарелост није наступила, јер рок застарелости тече од дана окончања заједничког пловидбеног подухвата, али не тече за време ликвидационог поступка. Суд је утврдио да је заједнички пловидбени подухват окончан тек доласком брода у Ријеку дана 17. маја 1976. год., те да рок застарелости није текао током ликвидационог поступка до дана 27. новембра 1981. год. Како је тужба поднета, по мишљењу суда, дан пре наводног истека једногодишњег рока застарелости (26. новембра 1982), рок је одржан, те је тужбени захтев усвојен као основан и утужив. Првостепену пресуду потврдио је другостепени суд, чиме је постала правноснажна.<sup>7</sup>

## 3. Сумњива законитост пресуде

У објављеном образложењу пресуде није наведен ни датум искрцаја терета у Порт Судану ни датум именовања ликвидатора, због чега се не

---

7 Вид.: пресуду Вишег привредног суда у Београду од 23. новембра 1987. (веће: Јелисавета Василић, Вера Поповић, Вукашин Павичевић), обј. у *Упоредно поморско право и поморска купопродаја*, Загреб, бр. 3-4/1987. год.

могу са сигурношћу утврдити све правно релевантне чињенице. Упркос томе, чини се да је тужеников приговор застарелости био основан, те да је пресуда противзаконита, јер је суд погрешно утврдио дан завршетка заједничког пловидбеног подухвата. Наиме, по Закону о поморској и унутрашњој пловидби СФРЈ из 1977. год., који је био у време пресуђења спора ме-родаван (важећи), рок застарелости потраживања на допринос у заједничкој хаварији траје годину дана од дана завршетка заједничког пловидбеног подухвата (чл. 831). У њега се не урачунава време трајања ликвидационог поступка, с тим што тај поступак траје од часа именовања ликвидатора до часа док деобна основа није постала правноснажна. То значи да је рок застарелости требало да се рачуна вероватно од марта 1976. год. (кад је терет искрцан у Порт Судану) до именовања ликвидатора (непознат датум), након чега је наступио застој у његовом току до 27. новембра 1981. год. (кад је ликвидатор огласио деобну основу). У утврђеном чињеничном стању у објављеном образложењу пресуде у овом случају уопште се не спомиње ни датум искрцаја терета у Порт Судану, ни датум именовања ликвидатора, већ се само утврђује, и то противзаконито, да је заједнички пловидбени подухват окончан тек стизањем брода у луку у Ријеци 17. маја 1976. Противзаконито утврђивање времена чињенице окончања заједничког пловидбеног подухвата јесте у томе што је у то време брод био празан, јер је терет искрцан вероватно у марту исте године, што значи пар месеци раније од часа који је суд утврдио. То значи да је рок застарелости потраживања бродара на допринос у заједничку хаварију према кориснику превоза почео да тече бар два месеца пре него што је суд то утврдио. Неспомињање датума искрцаја терета у Порт Судану, као ни датума именовања ликвидатора, или бар њихово необјављивање у образложењу објављене пресуде, само појачава сумњу у истинитост чињеничног стања које је суд утврдио. Тиме се ствара сумња да је суд тиме желео да спречи проверу својих закључака у јавности, кријући ове чињенице, које је несумњиво и лако могао да утврди из бродског дневника.

Заједнички подухват траје само док је терет на броду, те престаје у часу кад се са њега искрца. Како је искрцан у Порт Судану у марту 1976. год., значи да је ту и тада престао заједнички подухват између превозиоца и власника терета.<sup>8</sup> Након тога је постојао само посебан подухват тегљења вла-

---

8 ЗПУП из 1977. год., чл. 797, 808. Вид.: Бранко Јакаша, *Систем пловидбеног права Југославије, Књига 4. Свезак 1. Заједничке хаварије*, Правни факултет у Загребу, Загреб 1987, 33-37; Небојша Јовановић, „Појам заједничке хаварије и услови за њено наступање“, *Право и привреда*, бр. 5-6/1994, 83-97.

сника брода од Порт Судана до Ријеке, а не заједнички подухват са корисником превоза, јер је брод дотегљен до Ријеке без терета. Ако је, како изгледа, ликвидатор именован тек пошто је брод стигао у Ријеку, а то је око два месеца по престанку заједничког подухвата, онда је бродар (превозилац), као поверилац у заједничкој хаварији, закаснио да благовремено поднесе тужбу против корисника превоза. Он је закаснио, јер је свакако од оглашења деобне основе од ликвидатора (27. новембар 1981. год.), рачунајући и два месеца пре његовог именовања (март до 17. маја 1976. год.), па до подношења тужбе (26. новембар 1982. год.), прошло више од годину дана пошто је заједнички подухват завршен (365 дана плус два месеца).

Из пресуде није јасно ни да ли су у поверилачку масу деобне основе у заједничкој хаварији ушли и трошкови тегљења од Порт Судана до Ријеке. Вероватно је да су ушли, јер је суд утврдио да је заједнички пловидбени подухват окончан тек пошто је тегљач дотеглио оштећени брод у Ријеку у мају 1976. год. Ако су ушли, онда је и деобна основа ликвидатора незаконита, јер је те трошкове бродар требало да сноси као своју посебну хаварију, а не да их дели са туженим власником терета и да их тиме на њега преваљује. Ово стога што је тим тегљењем спашавао само свој брод, а не и терет, јер је овај био раније искрцан, те није ни био у опасности, нити је постојао заједнички пловидбени подухват.

И у овом случају може да се нагађа разлог због којег је суд вероватно повредио закон, и то на два начина. Први начин је тај што није усвојио приговор застарелости потраживања тужиоца, а други је тај што се није упустио у расправљање законитости висине доприноса туженог у деобној основи ликвидатора заједничке хаварије. Утисак је да у овом случају разлог није незнање поступајућих судија, као што је то био у вези са првом пресудом изложеном у овом раду, јер је туженик истакао приговор застарелости и указао суду да је она наступила. Стога се намеће закључак да је разлог повреде закона снисходљиво и улизичко понашање поступајућих судија према „страном тужиоцу“ у Србији. Наиме, поједине домаће судије су сувише попустљиве у заштити страних лица, као странак у парницама са домаћим лицима, и у случајевима кад су њихови разлози које истичу у тужбама или одговорима на тужбе правно неосновани. Утисак је да је такво понашање неких домаћих судија стара бољка српског народа да више цени странца него свог човека. Такво „срдечно“ понашање у судској пракси према странцу не постоји у свету, јер су судови у другим земљама, нарочито западним и арапским, врло пристрасни у заштити домаћих лица у односу на странце.



### III Јавни гаражер одговара објективно за нестанак возила

#### 1. Чињенично стање

Један предузетник из унутрашњости наше земље допутовао је својим путничким колима у Београд да би обавио неке своје послове. Паркирао је возило на трећем спрату јавне гараже, која је била у својини и под управом јавног предузећа за пружање паркинг и гаражних услуга у граду. На улазу у гаражу узео је из аутомата картицу, са означеним датумом и временом проласка кроз рампу, али без регистарског броја његовог аута. На уласку у гаражу било је истакнуто обавештење на српском језику да предузеће за гаражне услуге не одговара за нестанак или оштећење возила, а исто обавештење је било одштампано на паркинг картици, коју је из аутомата добио власник кола. Када се власник вратио после три сата по возило, видео је да оно није више паркирано на месту на коме га је оставио. После неколико сати, уз милицију, утврђено је да је возило украдено. Возило је после месец дана пронађено слупано и изгорело у неком јарку крај Ибра. Власник кола је тражио накнаду штете од предузећа за паркинг и гаражне услуге, тврдећи да је било дужно да му сачува возило.

#### 2. Пресуда

Суд је одбио тужбени захтев уз следеће образложење: „За крађу возила из јавне гараже не одговара јавно предузеће, власник гараже, јер није преузело обавезу чувања возила, већ само обезбеђење паркинг простора, па се не ради о уговору о остави“.<sup>9</sup>

#### 3. Разматрање законитости пресуде

Наши судови одбијају да прихвате да је уговор о паркирању возила у јавној гаражи по Закону о облигационим односима изричито одређен као уговор о остави, и то угоститељској остави (чл. 729). Напротив, они тумаче да је реч о уговору о обезбеђивању паркинг места, што је очигледно супротно изричитом и јасном правилу Закона о облигационим односима. Наиме, тај закон изричито одређује у последњем члану којим уређује угоститељску оставу (чл. 729) да се његове одредбе о том уговору „сходно примењују и на болнице, гараже, кола за спавање, организоване кампове и слично“. То значи да је, на пример, болница обавезна да боле-

9 ВСС прев. 186/97; *Билтен „Судска пракса привредних судова“* – СППС, Виши привредни суд, бр. 4/97, 117.

снику надокнади штету због нестанка или оштећења ствари (нпр. одеће и обуће), које је он донео у болницу. Исто важи и за гаражу ако нестане возило из ње. Њихова одговорност је објективна, јер се одговорно лице може ослободити само ако докаже да је штета настала услед више силе, кривице оштећеника (нпр. болесника, власника возила) или лица које је он повео са собом (нпр. члана породице, пријатеља, посетиоца; чл. 724). При томе, правила закона о одговорности угоститеља и са њима изједначених лица (нпр. болнице, гараже) јесу принудна, јер је законом изричито забрањено да их одговорно лице својом вољом искључи. Наиме, законом је јасно одређено да „немају никаквог правног дејства објаве истакнуте у просторијама угоститеља којим се искључује, ограничава или условава одговорност за ствари које су гости донели“ (чл. 727). Тиме су јасно правно обеснажена сва једностранна искључења одговорности предузећа за паркинг и гаражне услуге према корисницима њихових услуга.

Упркос томе, по правилима српских јавних гаража (односно гаражера) и објавама на њиховим улазима, њихова одговорност је искључена за случај нестанка или оштећења гаражираног возила. Судска пракса, међутим, одбија тужбене захтеве оштећених ималаца возила и корисника услуга јавних гаража, уз образложење да јавне гараже закључују са имаоцима паркираних возила „уговор о обезбеђивању паркинг места“, а не уговоре о остави возила у гаражи, те да немају дужност чувања возила. Тиме оснажују једностранна искључења одговорности јавних гаража за нестанак гаражираног возила, упркос императивној забрани Закона о облигационим односима, чиме незаконито штите јавне гараже у њиховом лошем пружању услуга грађанима.<sup>10</sup>

Због те незаконите праксе вођен је спор пред Уставним судом Србије, како би се огласила неуставним правила услова пословања јавних гаража о једностраном искључењу њихове одговорности, а из разлога њихове супротности законским правилима. Уставни суд је, међутим, одбацио иницијативу за оцену уставности. Своју одлуку је образложио ставом да јавне гараже имају на то право у складу са прописима о комуналним делатностима, као и да се правило Закона о облигационим односима о аналогној примени правила о угоститељској остави на гараже односи само на хотелске гараже.<sup>11</sup> Овакво образложење Уставног суда не само да

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

11 Закључак Уставног суда бр. I Уо.-17/2013 од 6. 11. 2012. године, стр. 2 (потписник судија Весна Илић Прелић).

је неуставно, него је и лицемерно, па и поспрдно за озбиљног и ученог правника. Вероватно је Уставни суд сматрао да су сви остали правници неписмени, или малоумни, те да не умеју да тумаче ни изричита и јасна правила закона. Оваква одлука и образложење су понижавајући и за иницијаторе и за сам Суд, јер се руга не само јасном правилу Закона о облигационим односима о забрани једностраног искључења одговорности свих гаража, укључујући и јавне, него и целој правној струци, па и здравом разуму. Ако је и од Уставног суда, који је код нас постао познат по својим одлукама којим крши Устав, уместо да га штити, много је.<sup>12</sup>

Ако се размотре разлози којим се воде судије због оваквог пресуђивања у овој врсти спора, онда су вероватно двојаки. Први разлог је непознавање правила Закона о облигационим односима у овом питању, и он се тиче не само парничних судија, него и адвоката који заступају оштећене тужиоце. Наиме, правило о одговорности гараже за нестанак возила је „скрајнуто“ у одељак Закона о облигационим односима који се тиче угоститељске оставе. Правници вероватно не очекују да правило о одговорности гаражера нађу у делу закона, који се односи на угоститељску оставу (оставу у хотелу), те и не знају за објашњена правила о његовој одговорности. Можда је било боље да је то правило о аналогној примени правила о угоститељској остави стављено у део закона о уговору о остави или ускладиштењу, јер би тамо било уочљивије читаоцима. Други разлог незаконитог пресуђења јесте зла намера и удвориштво поступајућих судија, а поготово судија Уставног суда. Наиме, у споменутој иницијативи за оцену уставности детаљно и јасно је објашњена противзаконитост једностраних објава, којим јавне гараже искључују своју одговорност. Немогуће је да иоле учен правник из незнања не прихвати разлоге иницијативе и прогласи неуставним таква „безобразна“ правила пословања јавних гаража. Стога се неминовно намеће закључак да је у питању зла намера поступајућих судија Уставног суда, која је вероватно мотивисана њиховом „послушношћу“ и улизиштвом према својим „газдама“ у државним органима извршне власти. Послушност и улизиштво им је вероватно мотивисано материјалним разлозима, како би били реизабрани за још један мандат у Уставном суду. Тиме се показује како себични и појединачни

---

12 *Напомена* – Можда је најочигледнији пример кршења Устава, мада се не тиче привреде, одлука Уставног суда од 10. децембра 2014. год. да одбаци иницијативу за оцену уставности тзв. Бриселског споразума, којим су наши политичари закључили са албанским сепаратистичким органима власти на Косову, а којим су, у суштини, признали његову независност од Србије. Срамно образложење такве одлуке јесте било да је реч о политичком, а не општем правном акту, те да Уставни суд није надлежан да о томе одлучује.

интереси судија Уставног суда јесу извор права, што свакако јесте штетно за велики број оштећених грађана који користе услуге јавних гаража.<sup>13</sup>

#### IV Похвална судска заштита корисника кредита

Да наша судска пракса није баш толико лоша како би се могло закључити из досадашњег излагања у овом раду, указује похвалан напор судова да заштите кориснике кредита од дрских углавака у уговорима о кредитима у корист банака, као кредитора. Један од таквих углавака, којим се корисник кредита ставља у битно неравноправан положај у односу на кредитора, састоји се у томе што кредитор за себе задржава право да кориснику кредита једнострано својом вољом мења износ главнице дуга у динарима током времена његове отплате зависно од промене курса стране валуте у односу на динар на девизном тржишту (тзв. валутна клаузула). Стога, ако курс стране валуте (нпр. швајцарског франка или евра) у којој је одређена главница кредита порасте на девизном тржишту у односу на динар, онда и банка има право да једнострано у динарима захтева повећање неотплаћеног дела главнице. Други „заштитни“ углавак за банку јесте тај што банка уговори за себе право да једнострано мења каматну стопу током времена отплате кредита зависно од њене промене на међубанкарском позајмном тржишту (нпр. Либор или Ерибор). Ако каматна стопа порасте, онда и банка једнострано зарачунава већу камату у рате за отплату кредита кориснику.

У таквим случајевима судови усвајају тужбене захтеве корисника кредита против кредитора, као својих саговорника, за забрану таквог њиховог поступања у уговорном односу, или за повраћај новца по основу неоснованог обogaћења кредитора (ЗОО, чл. 210), ако су кредит или његов део већ отплатили. Судови у својим образложењима таквих пресуда улазе у расправу са банкама, као странкама у парницама, побијајући њихове раз-

---

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

логе због којих су наводно економски принуђене да једнострано мењају главницу дуга или каматну стопу. Рецимо, банке тврде да су економски принуђене на такво поступање, како би заштитили своје фондове у страним валутама за који је уговором о кредиту везан износ дуга корисника, јер су наводно за сваки такав кредит економски принуђене да прибаве у своје фондове одговарајући износ уговорене стране валуте, како иначе не би трпеле губитке.<sup>14</sup> У одговору на такво оправдање пуноважности валутне клаузуле у уговору, суд је у образложењу пресуде изнео следеће противразлоге: „Банка не може мењати каматну стопу уз оправдање да је дошло до промене услова под којим је она набавила средства и даље их пласира (промене услова њеног финансирања), па и кад је тако уговорено, ако је кредит пуштен у једној транши, јер су средства из одговарајућег извора финансирања банке под познатим условима већ обезбеђена и даље пласирана кориснику кредита... Међутим, да би таква уговорна клаузула могла бити примењена на пословни однос нужно је да се ради о таквој врсти пласмана у ком банка кредитор новчана средства ставља кориснику на располагање у одређеном периоду, тако да корисник у више наврата повлачи одговарајуће транше из одређеног оквира кредитног износа“.<sup>15</sup>

Суд, међутим, нема потребе да се упушта у овакво економско надмудривање са банкама у пресуђењу ове врсте спорова, јер улази у ризик да у спору сличног, али ипак мало друкчијег чињеничног стања, у ствари, да банци за право, маколико то било неоправдано. Рецимо, у изложеном случају једнократно датог кредита, суд је својом расправом, у ствари, банци дао право да једнострано мења каматну стопу у случају вишекратног давања кредита, иако је то неоправдано у условима монетарне стабилности динара. То је можда оправдано само у спољнотрговинским кредитима, који банке дају у странијој валути кориснику, а не у домаћој. Због тога је у погледу пуноважности валутне клаузуле у уговорима о кредиту суду довољно да примени историјско тумачење измене Закона о облигационим односима у 1993. год. (чл. 395).<sup>16</sup> Том изменом је дотад ништавна валутна клаузула допуштена, због претеране инфлације, а ради заштите поверилаца у односу на несавесне дужнике, који су отезали са отплатом својих динарских дугова. Како је данас инфлација врло ниска у

14 Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2016, 25-42.

15 Привредни апелациони суд Пж. 8313/2012; вид.: *Билтен СППС*, Привредни апелациони суд, бр. 1/2015, 54, 55 (цитат скратио аутор).

16 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 31/1993.

поређењу са почетком деведесетих година прошлог века, банка може да се заштити од ње уговарањем свог права на фиксну каматну стопу преко стопе инфлације, која је утврђена званичном статистиком. Дакле, није јој потребно да уговара отплату главнице у динарима према курсу динара у односу на страну валуту у време отплате главнице или поједине њене рате, уместо према курсу у време закључења уговора (валутна клаузула). Такву и друге сличне клаузуле суд треба да сматра ништавним уз позивање на повреду начела равноправности уговорника и начело забране злоупотребе права (ЗОО, чл. 11, 13). Банке на овај начин очигледно злоупотребљавају свој економски јачи положај у односу на тражиоце кредита у процесу уговарања, а потом и у процесу извршења већ закључењог уговора о кредиту, како би за себе неоправдано стекле што већу добит.

У погледу права банке у уговору о кредиту да једнострано мења каматну стопу кориснику кредита, суд би требало да аналогично примењује правило Закона о облигационим односима, којим се одређује ништавност такве клаузуле у уговору о купопродаји (чл. 466). Као што је у уговору о купопродаји цена робе новчани израз њене вредности, тако је и камата у уговору о новчаном кредиту цена новца, јер новац за банку, као трговца, јесте обична роба у њеном пословању. То и судови лепо закључују у образложењима својих пресуда.<sup>17</sup> Како је једном уговорнику у купопродаји забрањено законом да сам одреди цену за робу, било да је продавац или купац, тако то треба да му буде забрањено и у уговору о кредиту, било да је кредитор или корисник кредита.

## V Објављивање судске праксе

У Србији постоји дуга традиција објављивања судске праксе. Постоји више зборника (билтена) и часописа, који је објављују. То је похвално, јер доприноси правничком образовању и разумевању јавности о начину на који судови размишљају. Међутим, да би објављивање судске праксе боље допринело свом циљу, нужно је да се измени његов тренутно владајући начин, јер он није довољно ваљан. Он није довољно ваљан, јер су објављене изреке и образложења пресуда површна и нејасна у већини случајева. Наиме, у бројним случајевима се објављује изрека или мишљење суда, који је, у ствари, само цитирање законског правила. Таква објава нема баш никакав значај за праксу. Осим тога, већином се објављује део образложења пресуде из којег читалац тешко може да схвати чињенично стање у спо-

---

<sup>17</sup> Судска пракса привредних судова, бр. 3/2015, 54.

ру на који се односи изрека пресуде. Разлог тешке схватљивости јесте у томе што се непотпуно и нејасно износе чињенице у спору, које је суд утврдио. Ево једног од бројних примера нејасно објављење пресуде.

*„Стицањем 100% удела у правном лицу, нови члан – оснивач стиче управљачка права и право на добит, али не ступа у права и обавезе субјекта, чији је оснивач, нити је његов правни следбеник. Из образложења: Према стању у списима, Завод као привредни субјект у статусу правног лица није престао да постоји, нити из садржине исправа у списима произлази да је на овде тужиоца пренео сва своја права и обавезе односно имовину, а промена оснивача истог, те стицање 100% удела код Завода, тужиоцу успоставља статус јединог оснивача односно јединог члана, који по том основу има оснивачка права према Заводу, али није његов правни следбеник, јер Град Београд, као јединица локалне самоуправе и Завод као привредни субјект – правно лице, имају посебну имовину, невезану за делатност коју Завод обавља и циљеве због којих је исти основан.“<sup>18</sup>*

У цитираном примеру читаоцу се само омогућава да схвати да стичалац целог основног капитала неког правног лица стиче у њему управљачка права и право на добит, при чему није његов правни следбеник. То се учи на основним студијама права већ у уводу у предмет „Компанијско право“, тако да због тога није било ни потребе да се објави ова пресуда. Из ње се уопште не схвата шта је био разлог за спор, ко је тужилац, а ко тужени, зашто је тужилац поднео тужбу, на којим чињеницама ју је засновао, како се тужени бранио, које чињенице је суд утврдио, а нарочито се не може да закључи какву изреку пресуде је суд донео, јер уопште није објављена. Значи, за читаоца је ова објава судске праксе безвредна, те је за жаљење што је издавач потрошио новац да овако нешто објави.

Из датог примера, који је правило у нашем објављивању судске праксе, читаоцу се, у ствари, на основу објављеног чињеничног стања не пружа могућност да закључи зашто је суд пресудио баш на начин који је дат у изреци. Напротив, промућуран и учен читалац у многим случајевима може да се запита зашто суд у објављеном чињеничном стању није друкчије пресудио. Задатак објављивача судске праксе јесте да убеди читаоца у исправност изреке у пресуди на основу изнетог чињеничног стања, а не да га збуни. То се постиже само потпуним и јасним изношењем свих чињеница у објављеној пресуди, како би се читаоцу омогућило да провери исправност закључивања суда у конкретном случају. Ако му се

18 Привредни апелациони суд, Пж. 6407/13; вид.: *Билтен СППС*, бр. 1/2015, 76, 77.

то не омогући, јавља се сумња да се крију неке чињенице у објављеној пресуди, чиме се само ствара неповерење према судовима. За ваљано објављивање судске праксе нужно је да се у поједином спору прво изнесе потпуно и тачно чињенично стање које је суд утврдио, затим шта је тужилац захтевао и које разлоге је изнео да би оправдао свој захтев, потом какав је став туженог у одговору на тужби и који су његови разлози и, на крају, какву изреку је суд донео и којим разлозима ју је поткрепио, уз одговарајуће разматрање разлога и тужиоца и туженог.

Најзад, нејасно је зашто се у објављеним случајевима судске праксе не дају имена странака у спору, кад постоји начело јавности суђења. Ако је сваком лицу слободно да уђе у судницу и да слуша суђење, осим у споровима у којим је јавност искључена, онда није јасно зашто се у објављеним пресудама крију имена странака. Можда је такво скривање имена странака оправдано кад објављена пресуда није правноснажна, да би се спречио разматрање (критика или похвале) у јавности док парница траје, како би се спречио притисак трећих пристрасних лица на суд и обезбедила његова независност и непристарност у пресуђивању. Међутим, свакако да је такво скривање неоправдано кад је реч о правноснажно пресуђеним стварима. Ту је баш потребно да се све објави, како би се избегла сумња у лоше и незаконито пресуђење.

## VI Закључак

Иако већина учених правника верује да судска пракса није извор права, она то у свари јесте. Она има ту улогу нарочито у спорним односима који нису уређени или су нејасно уређени правилима писаних извора права. Разлог је тај што својим уједначењем у одређеном случају судска пракса испуњава правну празнину или отклања нејасноће у прописима и обичајима (пример спорова корисника кредита са банкама), чиме ствара ново опште правно правило. Судска пракса, међутим, кадкад својом уједначеношћу и доследношћу у пресуђивању укида и јасна законска правила. Иако је судско непоштовање јасних законских правила неуставно, понекад је оправдано, ако се тиме укида застарели или из другог разлога лош пропис, који је у новонасталим околностима у правном окружењу постао неодржив, јер наноси штету већини учесника односа који се њиме уређује.<sup>19</sup> Такво поступање суда, ипак, треба да буде изузетно и руковођено начелним ставовима општих седница највиших судова, као и мишљењима угледних правника.

---

19 Гамс, Ђуровић, 85.



Кад суд, међутим, пресудом једнострано штити непоштену странку у парници повређујући очигледно јасно законско правило, које је установљено у општем интересу, онда свакако да је таква појава штетна по правни поредак целе земље. Тиме се правни субјекти подстичу на непоштовање закона, јер им се развија свест да суд неће заштити другу страну у правном односу, иако је поштовала закон. Последица је да правни субјекти губе поверење у судове и правни поредак земље. Стога у својим споровима све више избегавају судски начин њиховог решавања, окрећући се вансудској заштити својих права путем самопомоћи или на други начин. То је прави пут ка повећању насиља у српском друштву. Осим тога, то даје оправдање законодавцу, под утицајем извршне власти, да све више укида функције за које се раније мислило да су искључиво у надлежности судова. Тако се у последњих петнаестак година прво судовима узела надлежност за вођење земљишних књига, која је пребачена на катастар, као управни орган, што је свакако лоше решење. Потом је судовима уведена конкуренција у принудном извршењу, јер је надлежност за тај посао дата и приватним извршитељима. Најзад, велики део надлежности у ванпарничним стварима, а нарочито овере исправа, пребачене су јавне бележнике. Још само да се смисли начин како да им се одузме надлежност за решавање спорова, уз изговор да тај посао лоше раде, па нам судови више уопште неће бити потребни. Тако нешто је мало вероватно. Али, ако се настави са развлашћивањем судова, највећи кривац ће бити само судство, јер није оправдало своју функцију коју му је друштво поверило, а то поштено, часно и брзо решавање спорова.

**Nebojša JOVANOVIĆ, PhD**

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

## **OBVIOUSLY ILLEGAL JUDGEMENTS – IGNORANCE, SYCOPHANCY OR ELSE? \***

### **Summary**

*This contribution for the conference deals with the three judgements of the highest Serbian courts which obviously contravene statutory rules within the economy sector. The author points out clearly to the reasons of the illegality of*

---

\* This paper is published as the author's contribution for the project "Identity Transformation of Serbia" of the Faculty of Law in the University of Belgrade.

*each of these judgements, guessing if the cause of that is ignorance of judges, their sycophancy or something else. He highlights the noxiousness of such judgements not only for the aggrieved party in litigation, but also for the whole legal realm and economy of the country. When judicial practice unifies itself on the ground an illegal judgement, it creates a new general rule (judicial rule), by which it repeals statutory rule in certain legal relationship. It shifts the risk of property loss due to the disrespect of the statutory rule from the party, which respect that rule to the party which did not respect it. That is disastrous for the people's trust in the judicial system and legal realm of the country. The author also points out to the good judicial practice in the current litigations of credit users with banks. Lastly, he analyses publication of judicial practice in Serbia, alleging that that business is useless, if it is carried on in the present way.*

**Key words:** *judicial practice, illegality, nautical error, general average, public garages*

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

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

## ПОНУДА ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА У ПРОЈЕКТУ ГРАЂАНСКЕ КОДИФИКАЦИЈЕ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

### Резиме

*Аутори се у раду баве проблематиком уређивања понуде за закључење уговора у пројекту треће књиге Грађанског законика Републике Македоније, која се тиче облигационих односа. Појединачно се разгледају ревизије правила о понуди која се тичу појма понуде, елемената понуде и обавезности понуде. Паралелно су приказана, при том, решења измена и допуна македонског Закона о облигационим односима из 2008. и нова предложена решења пројекта треће књиге ГЗРМ. Излагање аутора показује да се предложена решења држе устаљене правне традиције док се, истовремено, прихватају модерна решења међународних и европских правних извора и пројеката уговорног права.*

*Кључне речи:* уговор, понуда, елементи понуде, обавезност понуде, форма

### І Увод

Због неометаног одвијања промета, неопходна је стабилна и усаглашена правна регулатива материје која се односи на уговоре. Постизање стабилног и квалитетног законодавства је жеља која је наметнута најпре намером Републике Македоније и земаља региона да што брже

прођу пут евро-интеграције, а такође и потребама слободног тржишта где би се поштовали приватна својина и иницијатива. Имајући ове циљеве у виду, у Републици Македонији је у току процес припреме Грађанског законика Републике Македоније – ГЗРМ.<sup>1</sup> Трећа књига овог пројекта се бави материјом облигација. Пројекат треће књиге ГЗРМ је израђен у смислу измена и допуна македонског Закона о облигационим односима – ЗОО.<sup>2</sup> Не улазећи у целокупни процес грађанске кодификације у Републици Македонији,<sup>3</sup> у овом се раду указује једино на решења која се тичу понуде за закључење уговора.

Релевантност питања понуде за закључење уговора произлази најпре уз чињенице што су сам појам уговора и процес његовог закључења прва питања која се намећу при разгледању материје уговорног права. Сама понуда је пак, у великом броју случајева, иницијални акт у процесу закључења уговора. Ово имајући у виду да се, у пракси, велики број уговора закључује по устаљеном механизму давања понуде за закључење уговора и њезиног прихвата, односно акцепта. Наведени приступ у пракси следи и упоредно право или, другим речима, исти је изражен у правним решењима којима се уређује материја уговорног права. Стање ствари је такво и поред теоретских ставова да је механизам понуде и акцепта непотребан у модерном уговорном праву.<sup>4</sup> Истини за вољу, аутономни извори уговорног права, као што су Начела европског уговорног права – НЕУП, акценат стављају на потребу постојања тзв. довољне сагласности, али о овим специфичностима касније у раду.

Циљ овог рада је, стога, да се преко анализе предложених решења пројекта треће књиге ГЗРМ одреде место и релевантност понуде за за-

---

1 Одлука за формирање на Комисија за изготвување на Граѓански законик на Република Македонија [Одлука о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније], *Службен весник на Република Македонија [Службене новине Републике Македоније]*, бр. 04/11 и Одлука за изменување и допунавање на Одлуката за формирање на Комисија за изработување на Граѓански законик на Република Македонија [Одлука о изменама и допунама Одлуке о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Македоније], *Службен весник на Република Македонија [Службене новине Републике Македоније]*, бр. 19/12).

2 *Службен весник на Република Македонија [Службене новине Републике Македоније]*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13.

3 Вид. Gale Galev, Jadranka Dabović-Anastasovska, Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović, „Predmet i metod građanskog prava kao osnovne determinante i vodilje u pripremi i izradi Građanskog zakonika Republike Makedonije“, *Pravni život*, br. 10/2011, 387 и даље.

4 Вид. Shawn J. Bayern, „Offer and Acceptance in Modern Contract Law: A Needles Concept“, *California Law Review*, Vol. 103/2015, 75-84.

кључење уговора у будућем ГЗРМ. У контексту прихваћеног приступа, битно је споменути две ствари. Прво, реформа правила ЗОО извршена у току израде пројекта треће књиге ГЗРМ је, у ствари, трећи корак у реформи македонског уговорног права. Ова, свакако, ако се савезни југословенски Закон о облигационим односима – ЗОО 1978.<sup>5</sup> узме као основа македонског облигационог права што је, бар по нама, неспорно. Први је корак доношење ЗОО у 2001,<sup>6</sup> док су други корак детаљне измене и допуне ЗОО из 2008.<sup>7</sup> када су, између осталог, биле извршене и интервенције у погледу решења о понуди за закључење уговора. Друго, сходно споменутих аспирацијама Републике Македоније о бржем затварању процеса њене евро-интеграције, целокупни процес реформе македонског облигационог права је вршен не само са намером усаглашавања са европском правном стечевином него и са намером искоришћавања компаративних искустава и консултирајући при том модерне развоје у уговорном праву на међународном и европском нивоу. Овај рад следи ова два приступа.

## II Ревизија правила о понуди

### 1. Појам понуде

У великом броју случајева, понуда представља завршну фазу преговарачког процеса и иницијалну фазу у процесу закључења уговора одређеног садржаја. Генерално, понуда је предлог који једна страна даје другој у циљу закључења уговора одређеног садржаја.<sup>8</sup> У овом смислу ЗОО 2001. следи решења ЗОО 1978. Не може се стога рећи да је у 2001. извршена нека битнија реформа правила о закључењу уговора. Новела 2008, са друге стране, је унела неке измене. Тако, док је у чл. 24(1) ЗОО

5 Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89.

6 Закон за облигационите односи [Закон о облигационим односима] – ЗОО 2001, *Службен весник на Република Македонија [Службене новине Републике Македоније]*, бр. 18/01. Вид. Галев, Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, *Облигационо право: практикум, книга прва*, Скопје, 2001, 16 и даље.

7 Закон за изменување и допуњавање на Законот за облигационите односи [Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима] – Новела 2008, *Службен весник на Република Македонија [Службене новине Републике Македоније]*, бр. 84/08, 81/09 и 161/09. Вид. Gale Galev, Jadranka Dabovic-Anastasovska, Goran Koevski, Neda Zdraveva, Nenad Gavrilovic, „Development of the Law on Obligations in the Republic of Macedonia: The Second Review to the Law on Obligations from 2008“, *Thirty Years of the Law on Obligations: de lege lata and de lege ferenda* (ed. Radovan Vukadinović), Belgrade, 2009, 145 и даље.

8 Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, 7. издање, Београд, 2004, 90.

2001 (чл. 32(1) ЗОО 1978), понуда дефинисана као предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор, Новела 2008. је брисала део који се односи на капацитет понуде да, помоћу акцепта, предлог понудиоца претвори у уговор. Оваквим интервенцијама Новеле 2008. је се, у ствари, хтело избећи понављање са правилима о акцепту.<sup>9</sup> Занемарено је, са друге стране, да понуда не мора бити само потпуна, о чему ће бити реч касније, него и перфектна. Ово задње у смислу да се понуда, после давања пуноважног акцепта, претвара у уговор.

Другим речима, на понуду се не могу направити никакве резерве, односно понуда обавезује само у оним елементима које садржи и само ће ти елементи чинити садржину уговора уколико акцепт буде безрезервно и пуноважно учињен. Свака резерва која би евентуално била учињена при прихватању понуде је, у ствари, нова понуда понуђеног и квалитативно је део преговарачког процеса, а не коначни предлог за закључење уговора (чл. 33. ЗОО; чл. 41. ЗОО 1978). Имајући ово у виду, пројекат треће књиге ГЗРМ враћа основну дефиницију понуде из чл. 24(1) ЗОО 2001, односно из чл. 32(1) ЗОО 1978, чиме се потенцира тзв. намера обавезивања.<sup>10</sup> Иначе, капацитет понуде да њеним акцептом доведе до пуноважног уговора произлази и из решења међународних и европских правних извора и пројеката уговорног права. Тако, на пр., у чл. 14(1) Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе – БК се говори о намери понудиоца да се обавезе у случају прихватања. Ово је случај и са одредбама садржаним у чл. 2:201(1) НЕУП, чл. II.-4:201(1)(а) Нацрта заједничког референтног оквира – НЗРО, чл. 2.1.2. Начела UNIDROIT о међународним трговачким уговорима – НМТУ и чл. 31(1)(а) Предлога Регулative Европског парламента и Савета о заједничком европском праву о продаји – ЗЕПП.

Неспорно је да се понуда може направити било присутном било одсутном лицу. Новелом 2008. је ово само изричито уређено, а преко регулација овог питања у чл. 24(2) ЗОО.<sup>11</sup> Циљ ове интервенције није био толико декларативан него је више служио као основа за даља разграничења између рока обавезности понуде зависно од тога да ли је понуда учи-

9 Решење у овом смеру је садржано и у чл. 253(1) хрватског Закона о обвезним односима, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.

10 Тако, по одлуци Врховног суда БиХ, Рев. 50/89 од 14.09.1989. године, обавештење власника ствари имаоцу права прече куповине нема карактер понуде за закључење уговора.

11 Настала се, при том, номо-техничка померања која ће бити наведена касније у раду.

њена присутном или одсутном лицу (чл. 29. ЗОО; чл. 37. ЗОО 1978). Даље, ова формулација служи и као основа за ново решење које се тиче понуде учињеном комуникацијским средством. Наиме, Новелом 2008. је уређено ново правило којим се најпре предвиђа да се понуда учињена комуникацијским средством сматра понудом између одсутних лица (чл. 24-а(1) ЗОО). Поред наведеног правила је уређен и изузетак па се одредбом из чл. 24-а(2) ЗОО предвиђа да, уколико се у конкретном случају може одмах дати одговор на понуду, онда се сматра да је понуда дата комуникацијским средством учињена између присутних лица, ако посебним законом није друкчије уређено. Наведена правила су такође резултат друге допуне уведене Новелом 2008, односно уређивањем новог правила у чл. 20(2) ЗОО које уређује да се воља за закључење уговора може изјавити и помоћу различитих комуникацијских средства (телефон, факс, интернет веза и друга).<sup>12</sup> Коначно, ова правила су израђена имајући у виду правила Модел Закона о електронској трговини из 1996. и Конвенције Уједињених нација о употреби електронских комуникација у међународним уговорима из 2005.

Овакво уређивање модалитета изјаве воље има своје последице и на саму форму уговора. Новела 2008, имајући при том у виду и правила Модел Закона о електронском потпису из 2001, уређује правило по којем се сматра да је захтев писмене форме испуњен и када стране размене писма или се нагоде помоћу неког комуникацијског средства које омогућава да се са сигурношћу могу утврдити постојање и садржина изјаве, као и идентитет лица које изјаву даје (чл. 64(4) ЗОО). Извршена је, у ствари, допуна правила из чл. 64(4) ЗОО 2001 (чл. 72(4) ЗОО 1978). Све се ове измене и допуне, значи, манифестирају на облик понуде и, коначно, на облик уговора. Ово имајући у виду да размена писмена, по основној идеји законодавца, задовољава потребе форме независно да ли је уговор по правилу неформалан или пак законски формалан, што је прихватила и пракса. Тако, по одлуци Врховног суда Македоније, Рев. 817/81 од 10.12.1981. године, у случају када је законом прописана писмена форма уговора тиме да потписи уговорних страна морају бити оверени у суду, писмена понуда о закључењу договора и њезин прихват који су дати преко суда се изједначавају са писмено овереним уговором.

Коначно, Новела 2008. је преузела одредбу из узансе бр. 21 Општих узанси за промет робом – ОУПР.<sup>13</sup> У одредби чл. 30-а ЗОО се пред-

12 Овом допуном одредба чл. 20(2) ЗОО 2001 (чл. 28(2) ЗОО 1978) постаје чл. 20(3) ЗОО.

13 Службени лист Федеративне Народне Републике Југославије, бр. 15/54.

виђа да писмена понуда обавезује понудиоца и када није потписана од овлашћеног лица само ако је дата на пословном папиру (меморандуму) којим се овај служи у пословању, ако је потписана на уобичајени начин, ако се тиче делатности којом се овај редовно бави и представља део њеног редовног обима и ако понуђени није знао нити је могао знати да је потписана од неовлашћеног лица. Примену наведеног правила је прихватила и пракса. Тако, у смислу става привредног судства бивше СФРЈ, заузет на XXIV-ом координационом састанку одржаном у Дубровнику, 24-26.05.1990, понуда односно прихват понуде дани на пословном папиру обвезују понудиоца односно понуђеног, премда их није потписала овлашћена особа, ако су испуњени сви услови предвиђени општом узансом за промет робом бр. 21. Увођење овог правила је нарочито значајно имајући у виду да је Влада Републике Македоније „укинула“ све постојеће узансе у 2008.<sup>14</sup>

## 2. Елементи понуде

Као што се види, што се тиче појма понуде, пројектом треће књиге ГЗРМ нису учињене неке веће интервенције, имајући у виду да су битније измене и допуне извршене Новелом 2008. Пројекат треће књиге ГЗРМ, са друге стране, уводи интервенције у погледу елемената понуде. Наиме, јасно је да по одредби чл. 24(1) ЗОО (чл. 32(1) ЗОО 1978) понуда, као једнострана изјава воље, мора да садржи све битне састојке уговора који се намерава закључити.<sup>15</sup> Пројектом треће књиге ГЗРМ, по одредби чије се увођење предлаже у чл. 18 ЗОО (чл. 26 ЗОО 1978), предвиђа се да су битни они састојци уговора који произлазе из саме његове природе, који су одређени правилима ГЗРМ или другим прописом, као и они предвиђени од уговорних страна. Као што се види, приступ пројекта треће књиге ГЗРМ је да се понудом требају обухватити и тзв. субјективно битни елементи уговора,<sup>16</sup> односно да уговор настаје када понуђени прихвати и ове елементе уговора. Ово, свакако, поред елемената на које указују правила меродавних прописа као и правила која се имају применити на основу самих ових прописа, као обичаји и пракса.<sup>17</sup>

14 Вид. Ненад Гавриловић, „За узансите [О узансама]“, *Правник*, бр. 240/2012, 46.

15 Тако, по одлуци Привредног апелационог суда, Пж. 3158/2011(1) од 23.12.2011. године, уговор не постоји ако нема сагласности воља о битним елементима уговора, па се исти не може одобрити ни конклюдентним радњама уговорних страна.

16 Вид. М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 244 и даље.

17 Тако, на пр., по одлуци Врховног суда Црне Горе, Пж. 69/96 од 01.04.1997. године, понуда - профактура за закључење уговора у привреди у условима наглашених инфлаторних успона



Релевантност тзв. објективно битних елемената уговора, односно његових састојака без којих уговор не може постојати као такав, је неспорна. Тако, по одлуци Врховног суда Србије, Прев. 316/94, понуда која не садржи битне састојке уговора (у конкретном случају номинално изражену цену) није потпуна, па није ни подобна за прихватање. Са друге стране, по угледу на узансу бр. 5 ОУПР, пројекат треће књиге ГЗРМ потенцира и релевантност тзв. субјективно битних елемената уговора. Начелно, може бити спорно који је домет ове интервенције, нарочито имајући у виду да је одредба од индивидуалном потпуњавању уговорних празнина<sup>18</sup> задржана. Овај спор, међутим, постоји у актуелном систему ЗОО.<sup>19</sup> Наиме, претходни чл. 24(2) ЗОО 2001. (чл. 32(2) ЗОО 1978) Новелом 2008. постаје чл. 24(3) ЗОО. Пројекат треће књиге ГЗРМ, међутим, предвиђа да се одредба из чл. 24(3) ЗОО (чл. 32(2) ЗОО 1978) уреди као питање елемената уговора у чл. 18. ЗОО (чл. 26. ЗОО 1978). Уколико овај приступ остане, потребно ће бити у пракси чинити не само јасну разлику између услова уговарања и услова испуњења,<sup>20</sup> него и јасну разлику између тзв. субјективно битних елемената и тзв. небитних (споредних (!)) елемената уговора. Да пројекат треће књиге ГЗРМ стоји на релевантности тзв. субјективно битних елемената уговора потврђује и предложено решење по којем се правило да понуда дели судбину форме законски формалног уговора (чл. 30. ЗОО; чл. 38(1) ЗОО 1978) примењује и на случајеве уговорене форме.

### 3. Обавезност понуде

Понуда, у принципу, није само правно перфектна него и обавезна за понудиоца. Обавезност понуде је најпре последица њене перфектности, односно капацитета потпуне понуде да путем пуноважног акцепта доведе до закључења уговора. У том смислу, пројекат треће књиге ГЗРМ задржава правило да слање каталога и огласа не представља понуду за за-

---

подразумева обавезу плаћања у року „одмах“ и када у њој није означено до када обавезује понудиоца.

18 Вид. Ненад Гавриловић, *Формата на договорите во домашното и компаративното договорно право*, магистерски труд, Скопје, 2008, 124-125.

19 Упор. Јакша Барбић, *Sklapanje ugovora po Zakonu o obligacionim odnosima: saglasnost volja*, Zagreb, 1980, 59-66.

20 Тако, по одлуци Врховног суда Републике Српске, Рев. 25/95 од 17.07.1995. године, ако понуђени према условима понуде у одређеном року није исплатио понудиоцу цену садржану у понуди не може се сматрати да је понуда прихваћена и склопљен уговор о продаји пословне просторије.

кључење уговора него само позив да се учини понуда под објављеним условима (чл. 27. ЗОО; чл. 35. ЗОО 1978). Овим се решењем само подвлачи релевантност тзв. намере обавезивања у систему ЗОО. Спорно је, са друге стране, дали се слање каталога или огласа може сматрати понудом ако конкретни акт садржи све елементе понуде.<sup>21</sup> Тако, на пр., по одредби чл. 437(1) Руског грађанског законика, рекламе и други предлози намењени недефинисаној групи лица се, по правилу, неће сматрати понудом него позивом да се направи понуда, осим ако предлогом није друкчије наведено.<sup>22</sup> Што се тиче праксе, по одлуци Врховног суд Републике Српске, Рев. 113/02 од 07.08.2002. године, давање огласа путем штампе или на неки други начин, којим се унапред позивају непозната лица да учине понуду под објављеним условима није понуда за склапање уговора него позив да се учини понуда коју давалац понуде није дужан прихватити.

Пројекат треће књиге ГЗРМ такође задржава правило да је понудилац везан понудом изузев кад је искључио своју обавезу да одржи понуду или ако то искључење произлази из околности посла (чл. 28(1) ЗОО; чл. 36(1) ЗОО 1978). Оно што је пројектом треће књиге ГЗРМ, путем допуне наведене одредби, изричито уређено је то да је понудилац везан садржајем понуде од момента кад ју је понуђени добио,<sup>23</sup> у смислу чл. 15(1) БК. Из правила обавезности понуде постоје два изузетка. Понудилац, најпре, сходно начелу слободног уређивања облигационих односа (чл. 3. ЗОО; чл. 10. ЗОО 1978), може навести у понуди да се не сматра њом везан. Правно-технички, овде се и не ради о понуди у стриктном смислу речи јер та понуда нити је обавезна, нити пак перфектна.<sup>24</sup> Даље, понуда није обавезна и ако њена необавезност произлази из околности посла. Овим су покривени случајеви које налажу свакодневни промет и пословни односи међу субјектима а нарочито трговачки обичаји и пракса, као

21 Вид. Mladen Draškić, „Slanje kataloga i oglasa (član 35)“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima: knjiga prva* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Beograd, 1980, 204.

22 Вид. Јадранка Дабовић-Анастасовска, Н. Гавриловић, „Понятие и заключение контрактов в македонском праве, российском праве и в Принципах европейского договорного права“, *Актуальные вопросы государства и права в Республике Македонији и в Российской Федерации* (ур. Гале Галев), Скопје, 2008, 392.

23 Вид. Boris Vizner, Vladimir Kapor, Slavko Carić, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka, 1971, 31-32.

24 Вид. Jadranka Dabović-Anastasovska, Nenad Gavrilović, „Zaključenje obligacionog ugovora u makedonskom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2006, 1188.

изузетак из и даље прихваћеног начела јединства облигационог права.<sup>25</sup> Обичаји и пракса, наиме, могу указати на примену посебних правила у погледу обавезности понуде, имајући нарочито у виду измењени концепт примене трговачких обичаја и праксе Новелом 2008.<sup>26</sup> Постоје, наиме, случајеви када се из околности у којима је понуда учињена може закључити да је понуда или фактички део преговарачког процеса или пак околности налажу њену необавезност због обичаја у промету. Тако, на пр., необавезне понуде су правило код међународних трговачких уговора.<sup>27</sup> И овде, правно-технички, стриктно се не може говорити о понуди.

Новелом 2008. су извршене допуне у погледу института опште понуде, односно у погледу њене обавезности. Задржан је, при том, третман излагање робе са означањем цене (чл. 26. ЗОО; чл. 34. ЗОО 1978) за општу понуду.<sup>28</sup> Општа понуда, свакако, мора садржати тзв. намеру обавезивања.<sup>29</sup> Допунама извршеним Новелом 2008. се даље уређује рок важење опште понуде. Ово се врши додавањем нових правила у чл. 25. ЗОО (чл. 33. ЗОО 1978). Најпре се, по угледу на чл. 2:201(3) ПЕУП, уређује да уколико у општој понуди није предвиђен рок њезине обавезности, онда се сматра да понуда обавезује све док се залихе добара које понудилац држи, а на које се понуда односи, не потроше, док не престане његова способност пружања понуђених услуга, односно док не престане његова способност да преноси или одступа одређено право (чл. 25(2) ЗОО).<sup>30</sup> Слич-

---

25 Вид. Јадранка Дабовић-Анастасовска, Горан Коевски, Ненад Гавриловић, „Именоване и неименоване уговорне облигације у пројекту грађанске кодификације Републике Македоније“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 76 и даље.

26 Вид. Nenad Gavrilović, Neda Zdraveva, „Обичај као извор облигационог права“, *Pravni život*, br. 10/2012, 485-486.

27 Вид. Radomir Đurović, *Međunarodno privredno pravo: sa obrascima ugovora*, 12. izdanje, Beograd, 2004, 268.

28 По одлуци Врховног суда Хрватске, Рев. 2306/87 од 17.05.1988. године, плаћањем робе по цени која је била истакнута у време продаје купац је у целини удовољио својој обавези плаћања цене, па продавац нема право накнадно захтевати разлику цене без обзира на разлоге због којих је пропустио урачунати елементе од којих се формира цена робе изложене на продају.

29 Тако, по одлуци Високог трговачког суда Хрватске, Пж. 595/94 од 28.03.1995. године, јавни натечај на којем се позива неодређен број особа да поднесу понуду за склапање правног посла не значи општу понуду, већ позив да се поднесе понуда уз објављене услове. Такође, по одлуци Врховног суда Србије, Рев. 1996/93 од 09.06.1993. године, оглас о јавном надметању путем прикупљања писмених понуда за продаји пословног простора не представља понуду за закључење уговора, већ само позив да се под објављеним условима понуда учини.

30 Вид. Борка Тушевска, „Понуда на неодредени лица: општа понуда [Понуда неодреденим броју лица: општа понуда]“, *Правник*, бр. 209/2009, 10-11,

но је правило садржано и у чл. II.-4:201(3) НЗРО. Новелом 2008. је такође уређено допунско правило које подразумева да када је општа понуда у којој није одређен рок њезине обавезности престала због немогућности понудиоца да и даље преноси или одступа одређена права, онда заинтересовано лице има право на накнаду штете коју је претрпело верујући да ће се примитком његове изјаве о прихватању са стране понудиоца уговор сматрати закљученим. Пројекат треће књиге ГЗРМ задржава ова правила и, по угледу на одредбе чл. 2:202(2) ПЕУП и чл. II.-4:202(2) НЗРО, у чл. 25. ЗОО (чл. 33. ЗОО 1978) додаје правило по којем се општа понуда може опозвати само уколико је опозив учињен на исти начин на који је учињена и општа понуда.

Вероватно најбитнија реформа правила обавезности понуде извршена пројектом треће књиге ГЗРМ се односи на разликовање између повлачења понуде и опозива понуде. Актуелни систем ЗОО, као што је случај и са системом ЗОО 1978, начелно се базира на принципу да је понуда неопозива. Формулација чл. 28(2) ЗОО (чл. 36(2) ЗОО 1978) говори о опозиву понуде мада се, предвиђајући да се понуда може опозвати само ако је понуђени примио опозив пре пријема понуде или истовремено са њом, у ствари уређује институт повлачења понуде.<sup>31</sup> Овим се разликовањем у македонско право коначно уводе правила уобичајена за међународне и европске правне изворе и пројекате уговорног права.<sup>32</sup> Због тога се пројектом треће књиге ГЗРМ, путем допуна чл. 28 ЗОО (чл. 36 ЗОО 1978), најпре уређује да се понуда може повући, чак и кад је неопозива, само ако је понуђени примио повлачење пре пријема понуде или истовремено са њом. Даље се уређује да се понуда може опозвати све до закључења уговора, уколико опозив стигне понуђеном пре него што овај испрати свој прихват. Овим се прихвата устаљено разликовање између повлачења и опозива понуде, какво га познају правила БК, НЕУП, НЗРО, НМТУ и ЗЕПП. Коначно, пројекат треће књиге ГЗРМ уређује два случајева апсолутне обавезности понуде, односно случајева када се понуда не може опозвати.

То је најпре случај кад је у самој понуди предвиђено да је неопозива. Неопозивост понуде, иначе, може да произађе било из чињенице да је одређен рок за њен акцепт било на неки други начин. Уређујући први случај неопозивости понуде, пројекат треће књиге ГЗРМ се првенствено

31 Вид. Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, 254; Гале Галев, Јадранка Дабовић-Анастасовска, *Облигационо право*, 3-то издание, Скопје, 2012, 450.

32 Вид. Борка Тушевска, *Међународно прави аспекти на понудата*, Скопје, 2009, 107-113.

базира на правилима чл. 16(2)(а) БК. Формулација је широка тим да покрива ситуације када је у понуди изричито наведено да је неопозива, ситуација када је у понуди предвиђен рок њезине неопозивости, ситуација када је у понуди садржан фиксни рок за акцепт, тим да је претпоставка неопозивости у овом случају оборива.<sup>33</sup> Формулација овог типа је садржана и у одредби чл. 2.1.4(2)(а) НМТУ.<sup>34</sup> Постоје и нешто друкчији приступи, као што је случај са одредбом чл. 2:202(3)(а) и (б) НЕУП где се ситуација када се предвиђа да је понуда неопозива и ситуација где се предвиђа фиксни рок за акцепт третирају одвојено. И у овом случају се може, међутим, извести закључак о неопозивости понуде на други начин као, на пр., имајући у виду понашање понудиоца.<sup>35</sup> Овај приступ следе и одредбе чл. II.-4:2:202(3)(а) и (б) НЗРО и чл. 32(3)(а) и (б) ЗЕПП.<sup>36</sup>

Други случај неопозивости понуде су ситуације када је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно томе. Извор овог другог изузетка пројекта треће књиге ГЗРМ су такође правила БК (чл. 16(2)(б)). Сличан изузетак познаје и одредба чл. 2.1.4(2)(б) НМТУ. Наведени изузетак такође познају правила НЕУП (чл. 2:202(3)(в)). Битно је, стога, начело разумности. Разумност, у смислу чл. 1:302. НЕУП, је конкретизација начела савесности и поштења (чл. 1:201. НЕУП) и сматра се као понашање страна које је сходно са претпостављеним понашањем уговорних страна које би оне сматрале разумним. При процени опредељеног понашања за разумно, нарочито се имају узети природа и циљ уговора, околности случаја и добри пословни и професионални обичаји и пракса. Наведени изузетак је, коначно, садржан и у одредбама чл. II.-4:2:202(3)(в) НЗРО и чл. 32(3)(в) ЗЕПП. Битно је споменути, такође, да решења НЗРО и ЗЕПП садрже и правила о конкуренцији правила о неопозивости понуде и права на повлачење од уговора. Тако, у смислу чл. II.-4:2:202(4) НЗРО, правила о неопозивости понуде се не примењују у случајевима када понудилац има право да се, по правилима НЗРО, повуче од уговора закљученим прихватом понуде. Недостатак

33 Вид. Franco Ferrari, „Article 16“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Maria del Pilar Perales Viscasillas), München, 2011, 250-253.

34 Вид. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, Rome, 2010, 40-41.

35 Вид. Ole Lando, Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, The Hague, 2000, 165.

36 Вид. Evelyne Terryn, „Article 32“, *Common European Sales Law (CESL): Commentary* (ed. Reiner Schulze), Baden-Baden, 2012, 189.

овог правила би довео до ситуације да одређени понудилац учини непуноважну изјаву о опозиву понуде а да не схвати да му је потребна посебна изјава о повлачењу од уговора.<sup>37</sup> Правило је императивно, у смислу да стране не могу искључити његову примену на штету понудиоца. Слично правило је садржано у одредби чл. 40(4) ЗЕПП и исто се примењује једино када је понудилац потрошач.

### III Закључна разматрања

Имајући у виду предложена решења пројекта треће књиге ГЗРМ о понуди за закључење уговора, могуће је извести неколико закључака. Прво, може се идентификовати постојање континуираног процеса реформе македонског облигационог права. Ово најпре преко решења Новеле 2008. а свакако имајући и у виду предложена решења пројекта треће књиге ГЗРМ. Друго, сам садржај решења пројекта треће књиге ГЗРМ показује да су њихов узор претежно решења садржана у међународним и европским правним изворима и пројектима уговорног права. Овим је се вероватно желело да се искористе неспорна компаративна истраживања учињена при припреми самих међународних и европских правних извора и пројеката уговорног права. Треће, као што показује претходна дискусија, измене и допуне у погледу понуде за закључење уговора су претежно фокусиране на сам појам понуде, на њене елементе и на њену обавезност. Што се тиче појма понуде, пројекат треће књиге ГЗРМ се навраћа на основни концепт ЗОО 2001. и ЗОО 1978, како би се потенцирала перфектност понуде, односно тзв. намера обавезивања која је јасно подвучена у међународним и европским правним изворима и пројектима уговорног права. У погледу елемената понуде, пројекат треће књиге ГЗРМ се навраћа концепту ОУПР у погледу релевантности тзв. субјективни битних елемената уговора, а сагласно начелу слободног уређивања облигационих односа. Када је у питању обавезност понуде, пројекат треће књиге ГЗРМ коначно расчишћава дилеме око опозива понуде и то по угледу на решења садржана у међународним и европским правним изворима и пројектима уговорног права.

Коначно, може се извести генерални закључак да се решења пројекта треће књиге ГЗРМ о понуди за закључење уговора крећу између

---

37 Вид. Christian von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume I*, Oxford, 2010, 303.

(претежно) германске правне традиције,<sup>38</sup> преко одредаба ОУПР, ЗОО 1978. и ЗОО 2001, са једне стране, и модерних правила међународних и европских правних извора и пројеката уговорног права, са друге. Понуда и њезин прихват су, по правилима пројекта треће књиге ГЗРМ, и даље елементарни механизам закључења уговора. Ово и поред горе споменутог подвлачења тзв. довољне сагласности у међународним и европским правним изворима и пројектима уговорног права. Тако, у смислу чл. 2:101(1) НЕУП, уговор је закључен ако уговорне стране имају намеру да се правно обавежу и ако постигну довољну сагласност док, у смислу чл. 2:203(1) НЕУП, довољна сагласност постоји ако су уговорне стране у довољној мери одредиле услове уговора да би се уговор могао извршити или се пак ови услови могу одредити на основи НЕУП. Сличан је приступ правила НЗРО (чл. II.-4:103(1)). Одредба чл. 2.1.1. НМТУ, са своје стране, предвиђа да се уговор може закључити или путем понуде и акцепта или понашањем страна довољним да се покаже сагласност. Такође, по одредби чл. 30(1) ЗЕПП, уговор је закључен ако стране постигну сагласност, ако имају намеру да ова сагласност има правне последице и ако ова сагласност, допуњена по потреби правилима ЗЕПП, има довољан садржај да би произвела правне последице. Све ово, међутим, не мења суштински стање ствари.<sup>39</sup> Тако, одредба чл. 18. ЗОО (чл. 26. ЗОО 1978) и даље јасно предвиђа да је уговор закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора. Начини изјава воље су пак јасно и широко уређени (чл. 20. ЗОО; чл. 28. ЗОО 1978). Механизам понуде и акцепта је, стога, и даље релевантан не спречавајући, при том, да свака довољна сагласност доведе до закључења уговора.

---

38 Вид. Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (trans. Tony Weir), 3rd edition, Oxford, 1998, 361-362.

39 Упор. Thomas Pfeiffer, „New Mechanisms for Concluding Contracts“, *New Features in Contract Law* (ed. Reiner Schulze), München, 2007, 161 и даље.

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

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

**OFFER FOR CONCLUSION OF A CONTRACT  
IN THE CIVIL LAW CODIFICATION PROJECT  
OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA**

**Summary**

*In this paper, the authors deal with the issue of legal regulation of the offer for conclusion of a contract in the project of the third book of the Civil Code of the Republic of Macedonia concerning the law on obligations. Individually reviewed are the reforms of rules of the offer concerning the notion of an offer, the elements of an offer and those on the (ir)revocability of an offer. During the discussion the paper sets out both the rules established by the 2008 amendments to the Macedonian Law of Obligations and the new proposed rules of the codification project. The discussion of the authors demonstrates that the proposed solutions are based on established legal traditions while they also mirror modern solutions of international and European legal sources and projects of contract law.*

**Key words:** *contract, offer, offer’s elements, (ir)revocability of offers, reform*



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

## ОДГОВОРНОСТ ДУЖНИКА ЗА РАДЊЕ ПОМОЋНИКА

### Резиме

*Помоћник је лице које помаже дужнику да фактички испуни у целини или делимично своју обавезу према повериоцу. Израз „помоћник“ нема у виду предузимање споредних фактичких послова од помоћника. Дужник није овлашћен да испуњење своје уговорне обавезе повери трећем лицу ако је његово уговор са повериоцем закључен с обзиром на личност једне или обе стране у том уговору (intuitu personae).*

Закон о облигационим односима не садржи опште правило о одговорности дужника за рад помоћника, али је оно предвиђено у члану 443. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије. Такво решење дословно је преузето из члана 203. Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

За неиспуњење или неуредно испуњење обавезе повериоцу одговара дужник и када је његову обавезу у целини или делимично испунио његов помоћник. Дужник, а не помоћник, одговара повериоцу за испуњење обавезе по принципу кривице – намеру и било који облик непажње, у складу са општим одредбама о одговорности за штету по основу кривице (чл. 158 - 163. ЗОО).

**Кључне речи:** помоћник, заменик, одговорност дужника за рад помоћника.

### I Испуњење обавезе од стране дужника или трећег лица

Уговор овлашћује повериоца да од дужника захтева његово испуњење. Дужник је дужан испунити уговор савесно и у свему како он гласи. Обавезу из уговора, међутим, „може испунити не само дужник него и

треће лице“ (члан 296, став 1. Закона о облигационим односима – ЗОО).<sup>1</sup> У случају да треће лице, које је уговором са дужником, дужно да испуни обавезу, ову обавезу не испуни или је испуни са задоцњењем за повериоца настаје штета. У овој правној ситуацији штетник је треће лице које је проузроковало штету, али оно не одговара повериоцу за проузроковану штету. Ову штету је дужно надокнадити одговорно лице, а то је дужник из уговора (члан 262, став 2. ЗОО).<sup>2</sup> Наиме, у односу на уговор који је закључен између оштећеног и одговорног лица, штетник је треће лице.<sup>3</sup>

Треће лице које испуњава обавезу може бити оно које има неки правни интерес да испуни обавезу дужника. Најчешће дужник закључи уговор са трећим лицем којим му поверава извршење своје уговорне обавезе према повериоцу. Обавезу дужника треће лице може испунити и кад за испуњење нема правни интерес.

Кад треће лице има неки правни интерес да обавеза буде испуњена дужност је повериоца да прими такво испуњење „чак и кад се дужник противи том испуњењу“ (члан 296, став 2. ЗОО). Правни интерес имају трећа лица која би неиспуњењем обавезе дужника или неиспуњењем у року претрпели штету. На основу уговора са дужником треће лице се може обавезати да испуни обавезу коју дужник дугује свом повериоцу. У овом случају првобитни дужник задржава то својство, а обавеза између њега и повериоца и даље постоји, али је чинидбу у целини или делимично дужан да повериоцу испуни треће лице. Треће лице се појављује у улози помоћника дужника. Ако такав помоћник причини повериоцу штету при извршењу чинидби за њу одговара дужник, а не треће лице.<sup>4</sup>

Залогодавац који није и дужник има правни интерес да исплати дуг дужника с обзиром на то да његова ствар може бити продата ради намирења заложног повериоца. Јемац има правни интерес да исплати дуг главног дужника с обзиром на то да „јемац одговара и за свако повећање обавезе које би настало дужниковом кривицом, уколико није друкчије уговорено“ (члан 1002, став 4. ЗОО). Правни интерес има и противник

---

1 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 (УСЈ) и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, број 31/93. Ово правило следи и судска пракса: „Обавеза посленика да лично обави посао постоји само ако је у налогу наручилац то изричито захтевао.“ Вид. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 8245/2012 од 25.8. 2014. године.

2 Ово правило, одређено у општем делу ЗОО, примењује се на све уговоре и друге облигације и кад посебне одредбе које их регулишу не прописују одговорност дужника.

3 Андрија Гамс, *Одговорност за радње трећих лица у приватном праву*, Београд, 1940, 62.

4 А. Гамс, 150.

побијања по Паулијанској тужби (члан 283. ЗОО) – да се ствар коју је стекао од дужника не прода ради намирења повериоца.<sup>5</sup> Када је дужник са трећим лицем закључио уговор о преузимању испуњења, треће лице има интерес али је и дужно да испуни обавезу дужника према његовом повериоцу. У том случају треће лице одговара дужнику ако благовремено не испуни обавезу дужника према повериоцу, те он затражи испуњење од дужника. Тада треће лице не преузима дуг, нити приступа дугу и поверилац нема према њему никакво право (члан 453. ЗОО).<sup>6</sup>

Поверилац је дужан примити испуњење од трећег лица које нема правни интерес да обавеза буде испуњена ако је дужник са тиме сагласан (члан 296, став 3. ЗОО) или се томе није противио. Треће лице у овом случају није заступник дужника. Заступник, наиме испуњава у туђе име и за туђи рачун обавезу заступаног. Треће лице испуњава дужникову обавезу без налога или овлашћења као незвани вршилац туђих послова (чл. 220–228 ЗОО). Ако је господар посла („онај чији је посао“) накнадно одобрио оно што је извршено, пословођа без налога сматра се налогопримцем који је од почетка радио по налогу лица чији је посао (члан 228. ЗОО).<sup>7</sup>

## II Поверавање испуњења уговорне обавезе помоћнику

### 1. Појам помоћника (заменика)

Помоћник је лице које помаже дужнику да испуни у целини или делимично своју обавезу према повериоцу. Он дужнику помаже фактички. Израз „помоћник“ нема у виду предузимање споредних фактичких послова од помоћника. Помоћник може извршити и целу чинидбу.<sup>8</sup> Осим израза „помоћник“ у прописима и правној литератури употребљавају се и изрази „сарадник“, „заменик“ и „треће лице“. Члан 612. ЗОО говори о „сарадницима“, члан 753, став 3. ЗОО о „заменику“, а члан 868, став 1. ЗОО о „трећим лицима“ којима организатор путовања може поверити извршење услуга превоза. Поједини правни писци користе израз

5 Група аутора, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 747.

6 Уговор о преузимању испуњења закључују дужник и треће лице. Треће лице се обавезује дужнику да испуни обавезу коју дужник има према свом повериоцу.

7 Сагласност са испуњењем обавезе од трећег лица може бити дата пре испуњења као дозвола или после испуњења обавезе као одобрење (члан 29. ЗОО).

8 А. Гамс А, 150.

„заменик“.<sup>9</sup> Својство помоћника има и лице (правно или физичко) које је ангажовао сам помоћник - помоћникови помоћници - ако се са тиме изричито или прећутно сагласио дужник.<sup>10</sup> И када чинидбу у целини изврши помоћник он то чини за рачун дужника. Према повериоцу обавезан је дужник, а околност што је обавезу дужника извршило треће лице - помоћник битно не утиче на облигациони однос између повериоца и дужника. За извршење обавеза из тог односа одговара повериоцу и даље дужник.

Својство помоћника имају, међутим, они који извршавају одређене чинидбе које се разликују од правних послова. Ако је једна страна у обавези да изврши радњу „dare“ (давање) - преношење права у целини или делимично то не може учинити помоћник дужника. Дужник је, следом тога, дужан да сам или путем пуномоћника испуни обавезу предаје ствари (*traditio*) да би пренео својину ствари на стицаоца. Помоћник не може уместо дужника, са дејством према дужнику, да предајом ствари пренесе право својине на стицаоца у уговору о продаји, уговору о размени, уговору о поклону и уговору о зајму. Иако је предаја ствари фактичка радња са основом се истиче да се том радњом обавља пренос права и има дејство правног посла.<sup>11</sup> С обзиром на то да се престација дужника испуњава нечињењем (тј. уздржавањем од радњи чињења које би могао да врши) она се увек заснива с обзиром на личност (*intuitu personae*). Облигацију засновану с обзиром на личност мора лично да испуни дужник те је искључена могућност да то учини помоћник дужника. Помоћник може да испуни обавезу дужника у целини или делимично само ако се престација дужника састоји у чињењу - предузимању неке радње и ако то чињење није везано за личност дужника.<sup>12</sup>

## 2. Поверавање испуњења обавезе. Разграничење

Помоћник је треће лице које фактички испуњава у целини или делимично дужникову обавезу. Он при томе нема својство дужника. Најчешће је треће лице на основу уговора са дужником преузело обавезу да испуни његову обавезу повериоцу, али то не мора бити случај. Ова правна ситуација разликује се од заступања. Треће лице може испунити обавезу дужника на основу уговора о пуномоћству или другог облика заступања.

9 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 196-206.

10 Јаков Радишић, *Облигационо право - општи део*, Београд, 2000, 241.

11 А. Гамс, 152.

12 А. Гамс, 152 и 153.

У овом случају заступник није помоћник дужника. Уговор који закључи заступник или предузме неку другу радњу на коју је овлашћен, овлашћује непосредно заступаног и другу уговорну страну (члан 85, став 1. ЗОО). Заступник иступа у име и за рачун заступаног и у овој ситуацији испуњење уговорне обавезе коју је предузео заступник дужника има исто дејство као да је испуњење извршио сам дужник.

Лица која испуњавају сопствену обавезу према дужнику из другог облигационог односа немају својство помоћника.<sup>13</sup> Помоћник, међутим, не испуњава дужникову обавезу кад је обавезу испунио повериоцу без дозволе или одобрења дужника.

Поверавање извршења обавезе дужника помоћнику разликује се од промене дужника, приступања дугу и преузимања испуњења. Преузимање дуга настаје на основу уговора између дужника и преузимаоца, на који је пристао поверилац. Преузимањем дуга преузималац ступа на место пређашњег дужника и он се ослобађа обавезе (чл. 446, став 1. и 448, став. 1. ЗОО). Уговор о приступању дугу закључују поверилац и треће лице. Треће лице се обавезује да ће повериоцу испунити његово потраживање од дужника. У овом случају треће лице ступа у обавезу поред дужника (члан 451. ЗОО). Треће лице може уговором са дужником преузети његову обавезу испуњења према повериоцу. Он одговара дужнику ако не испуни или на време не испуни обавезу дужника, али не и повериоцу који није с њим у уговорном односу (члан 453. ЗОО).

### 3. Обавеза дужника да лично испуни обавезу

Дужник није овлашћен да испуњење своје уговорне обавезе повериоцу повери трећем лицу ако је његово уговор са повериоцем закључен с обзиром на личност једне или обе стране у том уговору (*intuitu personae*). Такав карактер уговора често проистиче из природе саме обавезе. Познати сликар, тако, не може сликање портрета повериоца поверити свом ученику у атељеу. Поверилац је закључио уговор о делу имајући у виду чињеницу да је дужник познати сликар.

За неке врсте уговора закон претпоставља да имају својство уговора који се закључује с обзиром на личност. Општа одредба о заступању уопште (члан 86, став 1. ЗОО) поставља правило да заступник не може пренети своја овлашћења на другог. То може учинити изузетно - кад му је то дозвољено законом или уговором. Одговарајућу слично правило

---

13 А. Гамс, 151.

прописано је за уговоре привердног права о налогу (члан 753, ст. 1. и 2. ЗОО) и комисиону (члан 772. ЗОО).

Уговором може бити одређено да је дужник дужан да обавезу испуни лично и у случају кад он није закључен с обзиром на личност. Уговором, осим тога, може бити одређено да дужник извршење своје уговорне обавезе може поверити трећем лицу само уколико се за то претходно прибави дозвола повериоца. Ако је поверилац примио испуњење дужникове обавезе од трећег лица сматра се да је на тај начин поверилац (конклюдентним радњама) дозволио дужнику да извршење своје обавезе повери трећем лицу.<sup>14</sup>

Не само да треће лице није овлашћено да испуни обавезу коју мора испунити дужник лично, него ни поверилац у том случају није дужан да прими испуњење од трећег лица чак и ако треће лице нуди испуњење обавезе које у свему одговара испуњењу које би учинио дужник. Поверилац, наиме, није дужан примити испуњење од трећег лица „кад према уговору или природи саме обавезе ову треба да испуни дужник лично“ (чл. 296, став 3. ЗОО). Ако је поверилац одбио да прими испуњење трећег лица не пада у поверилачку доцњу. У овој ситуацији он је основано одбио да прими испуњење (члан 325, став 1. ЗОО) и може једнострано да раскине уговор у складу са одредбама чл. 124-132 ЗОО.

#### **4. Одговорност дужника за помоћнике у неким упоредним правима**

Старији законици не садрже општу одредбу о одговорности дужника за рад својих помоћника. Ову правну ситуацију није регулисао Француски грађански законик (ФГЗ), Општи аустријски грађански законик (ОАГЗ) из 1811. године, пре новелирања, а ни Српски грађански законик (СГЗ).

Већина доцније донесених грађанских законика општом одредбом регулише одговорност за рад помоћника.

Општи аустријски грађански законик је у параграфу 1313а одредио да онај ко је другоме на какву радњу обавезан „одговара му за кривицу свог законског заступника као и за кривицу лица којима се ради испуњења служи, исто као и за своју сопствену“. Овај параграф није био садржан у првобитном тексту ОАГЗ из 1811. године, него је додат приликом доношења тзв. ратних новела од 1914-1916 године.<sup>15</sup>

14 И. Јанковец, 192.

15 Срђан Шаркић, Драгољуб Поповић, *Велики правни системи и кодификације*, Београд, 1993, 115.

Члан 549. Општег имовинског законика (ОИЗ) одређује: „Чим су год неизвршењу, или непотпуну и нетачну извршењу уговора криви кућани, слуге и радници уговорника, све се сматра као да је кривица уговорника самих“.

Параграф 278. Немачког грађанског законика (НГЗ) предвиђа да дужник одговара за кривицу свог законског заступника и за лица којима се служи при испуњењу своје обавезе у истом обиму као и за сопствену кривицу.

Члан 101, став 1. Швајцарског законика о облигацијама прописује да лице које „повери старање око извршења обавеза или вршење неког права из облигационог односа својим помоћницима, као што су лица која живе с њим у домаћинству или радници, одговара другој страни за штету коју они проузрокују приликом вршења њиховог посла“.

Члан 1228. (после наслова Одговорност за радњу помоћника) Италијанског грађанског законика гласи: „Осим у случају другачије воље странака, дужник који се у испуњењу обавезе служи радњом трећих, одговара и за све њихове нехатне и злонамерне радње“.

Члан 402. Грађанског законика Руске Федерације (ГЗРФ) прописује да се радње радника дужника на испуњењу његове обавезе сматрају радњама дужника. Дужник одговара за те радње, ако оне повлаче неиспуњење или неуредно испуњење обавезе.

Грађански законик Холандије (ГЗХ) у књизи 6 (Општи део облигационог права) у члану 76. одређује да дужник који при испуњењу обавезе користи помоћ других лица, одговара за њихове радње у истом степеноу као и за сопствене.

## 5. Решење нашег права

Закон о облигационим односима не садржи опште правило о одговорности дужника за лица којима је поверио извршење своје уговорне обавезе. Скица за Законик о облигацијама и уговорима (Скица) под насловом Одговорност дужника, у члану 203. предвидео је: „1. За своје обавезе дужник одговара целом својом имовином. 2. Дужник одговара за свог законског заступника, као и за друга лица којима је поверио испуњење своје обавезе, или којима се послужио за њено испуњење“.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (Преднацрт ГЗ)<sup>16</sup> у члану 443, такође под насловом Одговорност дужника, дословно је преузео текст члана 203. Скице.

Члан 263. ЗОО прописује да се дужник ослобађа одговорности за штету због неиспуњења или задоцњења у испуњењу обавезе ако докаже да су после закључења уговора наступиле околности „које није могао спречити, отклонити или избећи“. Ове околности имају, уствари, својство више силе.<sup>17</sup> Оправдано се истиче да поверавање испуњења уговорне обавезе дужника трећем лицу не улази у круг околности које има у виду члан 263. ЗОО.<sup>18</sup> Стога се дужник не може ослободити одговорности за штету коју је претрпео поверилац радњама помоћника који је испуњавао обавезу дужника.

### III Одговорност дужника за рад или избор помоћника

#### 1. Основ одговорности дужника за помоћнике

Иако ЗОО не садржи општу одредбу да дужник одговара повериоцу за рад својих помоћника, у више правних ситуација изричито је обавезао туженог да одговара за уговорну штету која је настала радом помоћника којима је поверио извршење своје обавезе повериоцу.

За неиспуњење или неуредно испуњење обавезе повериоцу одговара дужник и када је његове обавезе у целини или делимично испуњавао његов помоћник. Дужник јемчи за пажњу помоћника у степену који поверилац очекује од дужника са којим је у уговорном односу. Помоћник мора испољити пажњу и стручност у мери која се захтева од дужника који би ту обавезу лично испунио. Према повериоцу дужник не може искључити или ограничити своју одговорност истицањем приговора да је за штету одговоран његов помоћник.

Сходно томе, дужник одговара повериоцу за испуњење обавезе по принципу кривице – намеру и било који облик непажње, у складу са општим одредбама о одговорности за штету по основу кривице (чл. 158-163 ЗОО). Дужник одговара за радње својих помоћника као да је сам ту радњу предузимао. Може се ослободити одговорности за штету ако докаже

16 Влада Републике Србије, *Грађански законик Републике Србије (радни текст)*, Комисија за израду Грађанског законика, Београд, 29. маја 2015.

17 Илија Бабић, „Виша сила и случај у облигационом праву“, *Накнада штете и осигурање*, 2005.

18 И. Јанковец, 197.



да није крив за проузроковану штету,<sup>19</sup> односно под општим претпоставкама за ослобођење од одговорности за штету.

## 2. Одговорност за рад помоћника у појединим уговорима

За уговор о делу ЗОО предвидео је правило да „посленик није дужан да посао обави лично“.<sup>20</sup> У том случају посленик одговара за лица која су по његовом налогу радила на послу који је преузео да изврши, као да га је сам извршио (члан 611. ЗОО). У уговору о делу посленик извршава обавезу из своје професионалне делатности. Стога је дужан да при извршењу обавезе поступа с повећаном пажњом према правилима струке и обичајима (члан 18, став 2. ЗОО). На исти начин мора поступати и помоћник коме је дужник поверио извршење своје обавезе у целини или делимично. Уколико помоћник није извршио уговор у складу са овим правилима, то не ослобађа дужника одговорности према повериоцу. Ово правило следи и судска пракса.<sup>21</sup>

Посленик је дужан да посао обави лично ако то произлази „из уговора или природе посла“ (члан 610, став 1. ЗОО). Тако, уговор може имати у виду нарочита својства посленика због чега је он дужан да посао изврши лично (на пример, израда дубореза на радном столу, шивење огртача од стране познатог модног кројача). Из природе издавачког уговора проистиче да га може закључити и испунити аутор или други ималац ауторског права. Наиме, члан 73, став 1. Закона о ауторском и сродним правима<sup>22</sup> прописује да „Издавачким уговором аутор, односно други носилац аутор-

19 Ј. Радишић, 241.

20 Параграф 717. СГЗ одређује да „Посленик који се посла каквог нарученог примио, мора га сам свршити, и само у особитим околностима може он и другом примљени посао поверити, али за доброту посла и онда он одговара“. Из ових одредаба проистиче да је уговор о делу уговор који се закључује с обзиром на личност. Оправдано се четрдесетих година двадесетог века истицало да су у време доношења СГЗ постојала у Србији махом мала предузећа и да се његова природа мора променити. А. Гамс, 169.

21 „За потраживање тужиоца по основу уговора није од значаја да ли је тужилац преко трећег лица извршио своје обавезе“. Одлука Вишег привредног суда у Београду, Пж. 5616/2000 од 2.1.2000. године.

„Ангажовање произвођача на страни посленика не подразумева довођење у везу произвођача непосредно са наручиоцем посла, нити ослобађа посленика од његових основних обавеза. Код уговора о делу посленик може поверити извршење посла трећем лицу, уколико уговор није сачињен, с обзиром на личност посленика, али и тада одговара наручиоцу посла за благовремено и уредно извршење посла“. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 624/95 од 9.1.1996. године. Вид. *Судска пракса привредних судова - Билтен*, бр. 2/1996, 103.

22 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 - УС.

ског права уступа, односно преноси на издавача право на умножавање ауторског дела штампањем“. Испуњење овог уговора, према томе, не може бити поверено помоћнику аутора или имаоца ауторског права.

На основу члана 641. ЗОО правила прописана за уговор о делу супсидијарно се примењују и на уговор о грађењу у погледу одговорности извођача радова за рад трећих лица (подизвођача) којима је поверио извођење радова делом или у целини. Извођач је дужан да у извршењу обавезе из своје професионалне делатности, такође, поступа са пажњом доброг стручњака. Ако је извођач радове поверио помоћнику – подизвођачу који их није обавио као добар стручњак, то не искључује уговорну одговорност извођача према повериоцу. Околност што је извођач радове поверио подизвођачу (кад та могућност није искључена уговором или кад проистиче из природе обавезе) не утиче на однос извођача радова и наручиоца. Овакав став усвојила је и судска пракса.<sup>23</sup> У том смислу узанса број 50 Посебних узанси о грађењу<sup>24</sup> одређује да „уступање радова трећем лицу нема утицаја на правне односе и међусобна права и обавезе наручиоца и извођача“.<sup>25</sup> Односи из уговора о грађењу не успостављају се између наручиоца и помоћника извођача, осим кад је то закон прописао. Тако је ЗОО у члану 612. ЗОО прописао да се за наплату својих потраживања од посленика (ово правило важи и за уговор о грађењу) његови сарадници (помоћници) могу обратити непосредно наручиоцу. Они могу захтевати наплату својих потраживања од наручиоца само ако наручилац дугује посленику признато потраживање. На односе наручиоца и извођача (наручиоца и посленика у уговору о делу) не утиче могућност помоћника извођача да од наручиоца захтевају исплату потраживања од наручиоца (члан 612. ЗОО). Извођач који је радове поверио подизвођачу, а он их није обавио са пажњом доброг стручњака, може од њега захтевати накнаду уговорне штете.

У уговору о превозу ствари превозилац може да повери неком другом превозиоцу (потпревозиоцу) да потпуно или делимично изврши превоз пошиљке коју је примио на превоз. Превозилац остаје и даље од-

---

23 Инвеститор може захтевати отклањање недостатака у градњи и од правног следбеника пословне заједнице која је у уговору о градњи означена као извођач радова, без обзира што је она те послове преузела за рачун другог предузећа. Решење Врховног суда Србије, Прев. 425/98 од 13.1.1999. године. Вид. *Судска пракса привредних судова – Билтен*, бр. 4/1999, 178.

24 *Службени лист СФРЈ*, бр. 18/77.

25 На уговор о грађењу примењују се Посебне узансе о грађењу ако су стране уговориле њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтеле. ЗОО, чл. 21, ст. 2.

говоран за њен превоз од њеног пријема до предаје. У том случају превозилац има право на регрес од потпревозица (члан 677, став 1. ЗОО). Такође, отпремник (шпедитер) који је извршење налога поверио другом отпремнику (подшпедитеру) уместо да га сам изврши, одговара за његов рад (члан 834, став 2. ЗОО).<sup>26</sup>

У случају да је шпедитер морао накнадити штету налогодавцу, због поступања подшпедитера може се од њега регресирати. Подшпедитер дугује шпедитеру накнаду уговорне штете.<sup>27</sup>

Организатор путовања који је са путником закључио уговор о организовању путовања може трећем лицу поверити извршење услуга превоза, смештаја и других услуга везаних за извршење путовања. У том случају организатор путовања одговара путнику за штету која је настала због потпуног или делимичног неизвршења ових услуга (члан 868, став 1. ЗОО).

### 3. Одговорност за избор помоћника (*culpa in eligendo*)

У појединим уговорима дужник одговара за погрешан избор помоћника (*culpa in eligendo*), а не за њихов рад. Помоћник кога је дужник изабрао да испуни његову обавезу не успоставља уговорни однос са повериоцем. По правилу, дужник одговара поштрено за избор помоћника коме поверава испуњење своје обавезе.

Тако је члан 834. ЗОО прописао да отпремник (шпедитер) одговара за избор превозиоца као и за избор других лица са којима је у извршењу налога закључио уговор (ускладиштење робе и сл.), али не одговара за њихов рад, изузева ако је ту одговорност преузео уговором.

Одговорност за избор помоћника предвиђена је и уговором о налогу. Уговор о налогу налогопримац је дужан да изврши лично. Он може поверити извршење налога другоме (помоћнику) само ако му је налогодавац то дозволио или ако је на то принуђен околностима. Налогодавац

---

26 „У свим случајевима када шпедитер није извршио уговорне обавезе, а штета је настала, претпоставља се да постоји узрочна веза између шпедитеровог пропуста и наступеле штете. Шпедитер једино има могућност да супротно докаже“. Решење Вишег трговинског суда Пж. 4293/2002 од 29.10.2002. године. Вид. Судска пракса трговинских судова, бр. 1/2003, 81.

27 „Утврђена прекршајна одговорност царинског обвезника у погледу избора шпедитера преко кога ће извршити правилно пријављивање робе царинским органима не ослобађа од грађанскоправне одговорности подшпедитора чијим је непосредним радњама дошло до проузроковања штете.“ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 155/2000 од 5.7.2000. године - Судска пракса трговинских судова, Билтен, бр. 1/2002, 92.

својом сагласношћу изражава поверење и у другог налогопримца (помоћника) да ће по правилима струке и савесно обавити послове за његов рачун. Узимају се у обзир оне околности које су објективно принудиле налогопримца да одреди себи заменика (помоћника), са циљем заштите интереса налогодаваца. У овим случајевима налогопримац одговара за избор помоћника - заменика (*culpa in eligendo*), али и за дате инструкције (*culpa in instruendo*).<sup>28</sup>

За уговор о контроли робе и услуга претпоставља се да није закључен с обзиром на личност (*intuitu personae*). Стране могу уговорити да вршилац контроле контролу обави лично када овај уговор постаје уговор с обзиром на личност. Члан 854, став 1. ЗОО прописао је да вршилац контроле може обављање уговорне контроле робе поверити другоме, изузев ако му је наручилац контроле то изричито забранио. Ако је вршилац контроле контролу квалитета робе поверио трећем лицу одговара за избор трећег лица. Осим тога, на основу члана 854, став 2. ЗОО, вршилац контроле одговара наручиоцу и за рад другог вршиоца контроле (помоћника).

Уговор о продајном комисиону обавезује комисионара да одговара за избор трећег лица са којим је закључио уговор, у своје име а за рачун комитента. Комисионар одговара комитенту за штету ако је продао робу лицу за чију је презадуженост знао или морао знати (члан 774. ЗОО). У том случају ризик неизвршења обавезе трећег лица погађа комитента.<sup>29</sup> Комисионар одговара за испуњење обавезе свог сауговорача (трећег лица) само ако је посебно јемчио да ће он своје обавезе испунити (дел кредере), у ком случају он одговара солидарно са њим (члан 781, став 1. ЗОО).<sup>30</sup>

Организатор путовања у уговору о организовању путовања „одговара путнику за штету коју је путник претрпео поводом њиховог извршења, осим ако докаже да се понашао као пажљив организатор путовања при избору лица која су их извршила“ (члан 868, став 2. ЗОО). Важи, у овој правној ситуацији, оборива претпоставка о субјективној одговорности организатора путовања - да приликом избора лица која су путнику пружила услуге није испољио пажњу доброг организатора путовања.<sup>31</sup>

28 Група аутора, *Коментар ЗОО*, 235.

29 И. Јанковец, 201.

30 И. Бабић, „Комисион делкредере“, *Правни живот*, бр. 11/1998, 629.

31 Овај основ одговорности прихвата и судска пракса: „Иако организатор путовања не извршава сам уговорене услуге, он ипак одговара путнику за штету која је настала због потпуног

Организатор путовања не одговора за штету ако докаже да је испољио потребну пажњу приликом избора даваоца услуге. Узима се у обзир објективно лош избор даваоца услуге „кога ниједан пажљиви организатор путовања не би изабрао“.<sup>32</sup>

#### 4. Непосредан захтев повериоца према помоћнику

Уговор ствара права и обавезе за уговорне стране.<sup>33</sup> Дозвољено је уговором установити право у корист трећег лица, али не и обавезе на терет трећег. Поверилац је у уговорном односу са дужником, а не са његовим помоћником.<sup>34</sup> Следом тога поверилац, по правилу, од помоћника не може захтевати испуњење обавезе коју му дугује дужник из уговора. Помоћник није у уговорном односу са повериоцем. У појединим правним ситуацијама ЗОО овлашћује повериоца да непосредно од помоћника дужника захтева испуњење обавезе и на тај начин између њих успоставља правну везу. Овлашћење повериоца да од помоћника дужника непосредно захтева испуњење обавезе коју му дугује дужник, може бити предвиђено уговором повериоца и дужника и кад то није одређено законом. Ово овлашћење повериоца, међутим, не мења односе који су успостављени уговором повериоца и дужника.

У случају кад је налогопримац извршење налога поверио помоћнику (ако му је налогодавац то дозволио или је на то принуђен околностима) налогодавац може у сваком случају захтевати непосредно од „заменика“ (помоћника) извршење обавезе из налога (члан 753, став 5. ЗОО). Угоститељ је, на основу уговора о алотману, дужан да лицима које упуту туристичка агенција (путницима) пружи под истим условима услуге као и лицима са којима је непосредно закључио уговор о угоститељским услугама (члан 892. ЗОО). Следом тога, путник има право да непосредно од угоститеља захтева да му изврши обавезе које је преузео уговором о алотману.<sup>35</sup>

---

или делимичног неизвршења ових услуга, сходно члану 868, став 1. ЗОО Закона о, изузев ако докаже да се понашао као пажљив организатор путовања при избору лица која су их извршила што је основ за ослобођење од одговорности“. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 3947/2012 од 17.10.2012.

32 Група аутора, *Коментар ЗОО*, 393.

33 „Што два углаве трећег не веже“, члан 1025. ОИЗ.

34 „Дужник твога дужника није још, за то, твој дужник“, члан 1030. ОИЗ.

35 И. Јанковец, 204.

У уговору о делу и уговору о грађењу често се ангажују подизвођачи. Члан 612. ЗОО прописује да за наплату својих потраживања од посленика (у уговору о делу) његови помоћници („сарадници“) могу се обратити непосредно наручиоцу и захтевати од њега да им исплати та потраживања на терет своте коју у том часу дугује посленику ако су та потраживања призната.

Одговарајућа одредба није садржана у Глави XIII која регулише уговор о грађењу (чл. 630-647 ЗОО). Члан 641. ЗОО, међутим, одређује да уколико „у овој глави није друкчије одређено, за одговорност за недостатке грађевине примењују се одговарајуће одредбе уговора о делу“. С обзиром на то да је уговор о грађењу подврста уговора о делу ове одредбе би требало тумачити широко (екстензивно). На односе које ЗОО није регулисао уговором о грађењу, али јесте уговором о делу, могу се, аналогно, применити одговарајућа правила прописана за уговор о делу. Следом тога, наплату својих потраживања од извођача његови помоћници могу захтевати непосредно од наручиоца на терет своте коју у том часу дугује извођачу ако су та потраживања призната. Овакав став прихватила је и судска пракса.<sup>36</sup>

**Ilija BABIĆ, PhD**

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

## DEBTOR'S LIABILITY FOR THE ASSISTANT'S ACTIONS

### Summary

*The assistant is a person who helps the debtor to actually fulfill in whole or in part its obligation to the creditor. The term "assistant" is not in the form of taking over any secondary tasks of the assistants. The debtor is not entitled to entrust his contractual obligations to the third party, if the contract is concluded with the creditor regarding the personality of one or both parties to the contract (intuitu personae).*

---

36 Подизвођач има право да радове које је извео, а који су од стране инвеститора признати извођачу, директно наплати од инвеститора, с тим што се инвеститор те обавезе може ослободити ако докаже да је те радове већ платио извођачу. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3715/2014 од 5. 11. 2014. године.

*The Law of Obligations does not contain a general rule on the liability of the debtor for the actions of assistant, but it is provided for in Article 443 of the preliminary draft of the Civil Code of the Republic of Serbia. Such a solution is quoted from the Article 203 of the Draft of the Code of Obligations and Contracts.*

*The debtor is liable for an irregular or non-compliance of the obligation to the creditor even when the obligation is fully or partially completed by the assistant. The debtor, and not the assistant, is responsible to the creditor for the fulfillment of obligations under the principle of guilt – intent and any form of negligence, in accordance with the general provisions on liability for damage arising from guilt (Art. 158 - 163, ZOO).*

**Key words:** *assistant, deputy, responsibility of debtor for actions of assistant.*

**Др Марко БУРЂЕВИЋ**

**ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду**

## **УГОВОР И ПРЕСУДА \***

### **Резиме**

*Уговор и пресуда су два појединачна правна акта која стварају појединачне правне норме и два различита начина уређења друштвених односа. Они се сусрећу када се пред судом појави спор у вези са уговором. У општим одредбама о уговору у Закону о облигационим односима уочава се да ова правила одређују неколико функција које судија има у односу на уговор. Сврха овога рада је да се утврди повезаност тих функција и уговора као правне норме.*

*У том циљу анализиране су две врсте законских одредаба, оне о неважности уговора у којима је наглашено да суд пази на ништавост по службеној дужности и оне по којима суд може, под одређеним претпоставкама, да измени уговор. У анализу су биле укључене и функције које судији нормално припадају: да тумачи спорне уговорне одредбе и одлучује о правнозаштитном захтеву. У раду је показано да су те функције везане или за важење или ефикасност или правичност уговорне норме.*

**Кључне речи:** *појединачни правни акт, уговор, пресуда, важење уговора, извршење уговора, тумачење уговора, садржина уговора.*

### **I Увод**

Општа теорија права је дуго времена посматрала уговор искључиво као примену једне опште правне норме.<sup>1</sup> Гледано из угла примене права, уговор је средство које служи правним субјектима да ближе одреде недовољно одређене диспозиције општих грађанскоправних норми и

---

\* Овај рад израђен је у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије” Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Радомир Лукић, *Теорија државе и права. II Теорија права*, Београд 1995, 155.



прилагоде их појединачној ситуацији.<sup>2</sup> На пример, уговор о продаји служи да би се конкретизовало опште законско правило „купац је дужан платити цену у време и на месту одређеном уговором“. Посредством појединачног уговора купац и продавац индивидуализују ово правило у погледу лица и конкретизују у погледу садржине, тако што одређују датум када ће купац предати цену и простор на којем ће предаја бити учињена. Једина сврха сагласности уговорника о месту и времену је да омогући да се једна општа норма примени у конкретном животном односу.

Схватање да уговор, осим што служи примени опште правне норме, представља и акт стварања појединачне норме развило се под утицајем чисте теорије права. Основне поставке овог другачијег погледа на уговор Келзен је разрадио у правној теорији о конвенцији. По његовом мишљењу, традиционална теорија грешила је када је конвенцији (уговору у унутрашњем праву и споразуму у међународном праву) као правном акту, приписивала искључиво сврху примене права, док је на другој страни само за закон резервисала улогу ствараоца права. Полазећи од тога да је конвенција по дефиницији правни акт који производи правна дејства, а по природи, акт који има „обавезну снагу“, Келзен је истакнуо да свака конвенција има функцију стварања права и да ту функцију имају и уговори приватног, грађанског права. „Обавезна снага“ означава да конвенција обавезује њене субјекте да се понашају на начин на који до тада нису били обавезани, те да конвенција ствара једну норму која пре њеног закључења није постојала. Када је реч о уговору, створена норма о понашању правних субјеката је правно дејство уговора, а не израз неке воље која је супериорна у односу на уговорнике. Ова појединачна норма је објективна као што је објективна и општа норма *pacta sunt servanda* коју стране примењују закључујући уговор. Две норме се не разликују по карактеру, него по садржини. *Pacta sunt servanda* има апстрактан или општи садржај, док је норма створена уговором у принципу конкретна или индивидуална.<sup>3</sup>

У савременој општој теорији права више није спорно да је уговор појединачни правни акт који ствара појединачну правну норму.<sup>4</sup> У складу са том еволуцијом у теорији грађанског права уговор је назив за сам правни акт (сагласност изјављених воља два или више лица која произ-

2 Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Београд 2006, 250.

3 Hans Kelsen „La théorie juridique de la Convention“, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1-4/1940, 33-34.

4 Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014, 250.

води правна дејства) и за правну норму (дејство уговора) створену тим правним актом.<sup>5</sup> При томе, уговорној норми приписује чак и карактер извора права.<sup>6</sup>

Поред уговора, појединачни правни акт је и судски акт, пресуда. И пресудом, као и уговором, ствара се појединачна правна норма. То је правни акт који суд доноси у случају спора, када диспозиција садржана у неком другом правном акту, општем или појединачном, није примењена или не може да буде примењена. Због тога, пресуда се сврстава у секундарно стварање права<sup>7</sup> за разлику од уговора који се може означити као примарно стварање. Разлог за то лежи у прихватању да је уговор стварац примарне диспозиције, оног елемента правне норме који „уређује међусобне односе и распоређује права и дужности између чланова друштва“.<sup>8</sup> Моћ правних субјеката да стварају примарне диспозиције правних норми проистиче из правне аутономије<sup>9</sup> коју је законодавац оставио правним субјектима у сфери економских и других интереса да их нормирају независно и самостално.<sup>10</sup> Насупрот томе, моћ доношења правне норме садржане у пресуди и њена обавезна снага произлазе из правне дејствености пресуде као државног акта, односно акта јавног нормирања.<sup>11</sup>

Из ових уводних редова уопштено се може рећи да су уговор и пресуда два начина стварања права. У овом раду, у првом делу, покушаћемо да ближе утврдимо по чему су ова два начина стварања правних норми слична, а по чему се разликују. У другом делу ближе ћемо одредити однос између уговора и пресуде грађанског суда у српском праву. То питање је значајно јер од тога како је овај однос решен зависи колика је моћ судије да поводом спора интервенише у сферу индивидулане слободе правних субјекта да стварају норме и уређују садржину имовинских односа у које ступају.

---

5 Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *Traité de droit civil. La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, le consentement*, Paris 2013, 68.

6 Владимир Водинелић, *Грађанско право. Општи део и Увод у грађанско право*, Београд 2012, 71; упор: Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, 2. издање, Београд 2010, 224.

7 Р. Лукић, 151.

8 Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, 2. издање, Београд 2007, 290.

9 Х. Келзен, 224.

10 Н. Kelsen, 48.

11 Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1991, 246.

## II Уговор и пресуда као два супротстављена начина уређивања друштвених односа

Заједничко уговору и пресуди је да уређују понашање тачно одређених лица. Тако, када је у питању пресуда, она простире правноснажност у субјективном смислу на лица која су учествовала у парници, исто као што и уговор својим дејством обавезује само уговорнике. Додуше, оба правна акта имају у савременом праву и проширено важење, тако да кружјем свог дејства понеки пут обухватају и лица која нису странке у процесном односу,<sup>12</sup> односно стране у уговорном односу.<sup>13</sup> Осим ове сличности између уговора и пресуде као појединачних правних аката постоје и друге. Тако, пресуда се не може побијати жалбом незадовољне стране након што наступе одређене процесне чињенице и постане правноснажна у формалном смислу, нити суд који ју је донео може да је опозове или измени. Ни закључени уговор једна страна не може да измени, ни да опозове, или да једнострано раскине, осим у изузетним случајевима прописаним законом.

Између уговора и мериторне судске одлуке постоје разлике. Задржаћемо се само на неколико битних. На првом месту, уговор ствара аутономну норму или поредак појединачних норми, а судска пресуда, хетерономну норму. У елаборацији уговорне норме учествују правни субјекти који ће нормом бити везани. Они сами уређују своје понашање према начелима грађанскоправног метода регулисања, а обавезна снага уговорне норме проистиче баш из тога што су уговорници лично, сами себи и за себе, одредили правило свог понашања.<sup>14</sup> Насупрот томе, хетерономна норма пресуде садржи правило о туђем понашању, о понашању субјеката која у њеном стварању нису учествовали. За разлику од уговора, пресуда не дугује настанак изјавама воља лица на чије понашање треба да буде примењена, него вољи трећег лица. Норму из пресуде ствара судија, а њена правна снага потиче од ауторитета судије који је непристрасан у односу на парничне субјекте.<sup>15</sup> Требало би запазити да ни друге врсте коначних одлука, попут арбитражне одлуке, не дугују обавезну снагу субјектима чије понашање уређују, па чак ни када је спор изнесен пред приватни облик решавања на основу споразума између учесника у спорном одно-

12 Вид. Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку према тексту Закона од 1976 године*, Београд 2009, 810-811.

13 Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 13-14.

14 В. Водинелић, 140.

15 Б. Познић (1991), 246.

су.<sup>16</sup> У области друштвених односа које регулишу норме грађанског права субјекти закључују уговоре управо да би избегли да њихово понашање уређује судија.

На другом месту треба поменути разлику између пресуде и уговора која се огледа у томе што је пресуда акт органа јавне власти. Због тога је пресуда у свом материјалном постојању јавна исправа. Насупрот томе, уговор је приватни акт субјеката грађанског права, а уколико по закону или вољи уговорних страна треба да има и материјалну егзистенцију, уговор је приватна исправа. С обзиром да је пресуда јавна исправа, она има посебну доказну снагу<sup>17</sup> коју уговор нема. Уговор може добити доказну снагу коју има судски акт само када је обучен у облик јавнобележничке исправе.<sup>18</sup>

Трећа разлика испољава се у томе што пресуда, поред обавезне снаге, посебне доказне снаге има и извршну снагу.<sup>19</sup> Она се испољава према суду тако што ствара дужност суда да одреди и спроведе извршење када затражи извршни поверилац.<sup>20</sup> Уговор нема извршну снагу, те поверилац на основу уговора не може покренути суд да одреди и спроведе извршење. Само поједини уговори, они састављени у форми јавнобележничког записа односно јавнобележнички солемнизоване приватне исправе (на пример, уговор о доживотном издржавању или уговор о продаји непокретности) имају извршну снагу<sup>21</sup> која може да се упореди са оном коју има пресуда.

Закључимо. За уговор и пресуду може да се каже не само да су два различита, него и два супротстављена начина уређивања друштвених односа. Ипак, два начина се не искључују. О томе сведоче прописи грађанског судског поступка који постављају судији дужност да и након што је парница започела препоручи парничним странкама уговор као начин да споразумно реше спор (ЗПП, чл. 11) уз посредовање трећег (медијацијом) или директно.<sup>22</sup> На другој страни, правила материјалног уговорног

---

16 У том смислу за арбитражну одлуку вид. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, 36.

17 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, чл. 438.

18 Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничко право*, Београд 2014, 33.

19 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 42.

20 Б. Познић (1991), 362.

21 Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/201, чл. 85 ст. 3.

22 Детаљније о споразумним начинима решавања спорова, вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 238.

права подразумевају да уколико се појави спор између уговорних страна, тај спор, у недостатку накнадног споразума, треба да реши судија.

### III Односи између уговора и пресуде

Пресуда и уговор се сусрећу када се пред судијом појави спор између уговорника у вези са уговором. Појава спора означава да је слагање између уговорних субјеката, које је постојало у моменту када су постигли сагласност воља, заменило неслагање које није могло да буде решено споразумно, те да је зато једна страна одлучила да затражи судску одлуку која ће сукоб решити.<sup>23</sup> У тим приликама поставља се питање какве функције судија има у односу на уговор. Наиме, Закон о облигационим односима (даље у тексту ЗОО) у правилима о уговору (глава II, одељак 1.) изричито и директно говори о односу судије према уговору на неколико места. Поменућемо карактеристичне примере. Први пример пружа правило о истицању ништавости које каже да „на ништавост суд пази по службеној дужности” (ЗОО, чл. 109). У овом правилу указујемо на део који каже да суд пази на ништавост, што значи да је његова улога у односу на уговор да с пажњом надзире да ли пред собом има уговор који је непуноважан. Други пример је правило: „на захтев заинтересоване стране суд ће наложити другој страни која одбија да приступи закључењу главног уговора да то уради у року који ће јој одредити” (ЗОО, чл. 45 ст. 4). Ово правило наводимо само зато што речитије од других илуструје другу врсту улоге коју има судија према уговору. Оно нам казује да је функција судије да заповеди уговорној страни да изврши оно понашање које уговор тражи од ње. Трећи пример даје правило о зеленашком уговору: „Ако оштећени захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ, суд ће удовољити таквом захтеву, ако је то могуће, а у том случају уговор са одговарајућом изменом остаје на снази” (ЗОО, чл. 141 ст. 3). Ова одредба указује нам да суд може под одређеним претпоставкама да измени уговорну норму.

Наведени примери упућују на то да према правилима материјалног уговорног права судија има више функција у односу на уговор. Оне

---

23 Могу се додуше десити и ситуације у којима између страна у уговору не постоји спор, а да се ипак покрене судска заштита у вези са уговором. То су оне ситуације када интервенцију суда иницира треће лице (на пример, јавни тужилац који тражи да се уговор поништи јер је противзаконит; противник побијања који истиче Паулијанску тужбу изван стечаја са циљем да суд огласи да је уговор без дејства према њему, у висини потраживања које противник има према једној страни у уговору).

се могу повезати са три својства која има уговор као правна норма односно правни акт: са важењем, ефикасношћу и праведношћу.<sup>24</sup>

## 1. Важење уговора и пресуда

Када се говори о важењу једне правне норме или правног акта мисли се на системско, временско и просторно важење. Територија на којој уговор има обавезну снагу (просторно важење), не може се појавити као спорно питање у уговорима без елемента иностраности. Због тога, питање односа између пресуде и важења уговора размотрићемо у контекстима системског и временског важења уговора.

### а) Системско важење уговора

Системско важење правне норме означава да једна норма правно постоји у једном одређеном правном систему. Норма правно егзистира уколико је заснована на некој вишој правној норми истог система. Према општој теорији права, заснованост на вишој норми означава да је нижа норма створена у складу са захтевима постављеним у вишој и то у погледу: 1) начина стварања и 2) предмета регулисања.<sup>25</sup> У систему српског грађанског права, виши правни акт који одређује захтеве у погледу начина стварања уговорне норме и предмета њеног регулисања је ЗОО.

1) *Које захтеве ЗОО поставља за начин настанака уговора?* Ово питање се отвара јер ЗОО нема одредбу у којој је издвојено и поименце набројано оно што треба да буде испуњено да би две сагласне изјаве воља створиле норму која правно обавезује, какву има на пример француски Грађански законик. Пре реформе спроведне Ордонансом од 2016-131 од 10. фебруара 2016. године која је ступила на снагу 1. октобра 2016. године, француски законик је прописивао да су за важност уговора битна четири услова: пристанак стране која се обавезује, способност за уговарање, одређени предмет и допуштена кауза облигације.<sup>26</sup> Наведеном ордонансом измењен је текст ове одредбе. У новој формулацији стоји да су за важност уговора неопходни: пристанак страна, способност за уговарање и допуштена и одређена садржина.<sup>27</sup> Ваљало би запазити да ордонанса ви-

24 Вид. Nikola Visković, *Teorija države i prava*, 2. izdanje, Zagreb 2006, 200-203.

25 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 231-232

26 Code civil (version en vigueur du 17. février 1804 au 1 octobre 2016), art. 1108, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1.03.2017.

27 Code civil, art. 1128, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, art. 2, доступно на <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1.03.2017.

ше не помиње услове за важност уговора, него да говори о елементима нужним за важност уговора. Уколико недостају пристанак страна, способност за уговарање, одређена и допуштена садржина, у којој су према првим коментарима фузионисани предмет и основ уговора,<sup>28</sup> онда нема ни речи о важности, него се може говорити само о неважности уговора.

Оно што је било набројано у некадашњем члану 1108 француског законика садржано је, поред осталог, у одсеку ЗОО под насловом „Закључење уговора“ ЗОО, у енумерацији под римским бројевима од један до девет, следећим редом: сагласност воља, предмет, основ, способност, мане воље, форма уговора, услов, рок, капара и одустаница. Иако су све ове законске одредбе смештене у комад Закона под истим насловом, оне немају исти значај. На једну страну, у једну групу, могу да се издвоје сагласност воља и мане воље, предмет, основ, способност, форма, услов и рок, а на другу страну, капара и одустаница.

За одредбе прве групе заједничко је да свака понаособ успоставља директну везу опште норме и санкције која је са њоме повезана. При томе, под санкцијом ми подразумевамо меру која се изриче као реакција за повреду једне норме (без обзира да ли законске или уговорне).<sup>29</sup> Тако, норма о сагласности воља каже да је „уговор закључен када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора“ (ЗОО, чл. 26). Мера против несавесности је да „уговор не настаје“ када стране верују да су сагласне, а између њих постоји неспоразум (ЗОО, чл. 63). Према диспозицији норме о предмету, предмет мора бити могућ, што значи да мора постојати, бити допуштен, одређен односно одредив (ЗОО, чл. 46 ст. 2). Мера против уговора који нема предмет је да је уговор ништав (ЗОО, чл. 47). По примарној заповести из опште норме о основу, свака уговорна обавеза мора да има основ и тај основ мора бити допуштен (ЗОО, чл. 51 ст. 1), а по секундарној, уколико основ не постоји „уговор је ништав“ (ЗОО, чл. 51). Одредба о способности прописује да је за закључење пуноважног уговора потребно да уговорник има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора (ЗОО, чл. 56 ст. 1). ЗОО не одређује меру против уговора који је закључило лице које је пословно неспособно, већ само против уговора релативно пословно способног лица закљученог изван граница његове пословне способности без одобрења законског заступника. Такав уговор је рушљив (ЗОО, чл. 56 ст. 3). Према норми о форми, закључење

28 Вид. Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 15 e édition renouvelée après la réforme du 10 février 2016, Paris 2016, 127.

29 Вид. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.- M. Serinet, 708.

уговора подлеже форми само у случајевима у којима је одређено (ЗОО, чл. 67 ст. 1), а у тим случајевима, уколико није закључен у прописаној форми, уговор нема правно дејство, осим када из циља прописа којим је одређена форма произлази што друго (ЗОО, чл. 70 ст.1). Када сагласност има недостатак, опште норме ЗОО о претњи, битној заблуди, превари, једна за другом предвиђају да уговорник на чијој страни је мана „може тражити да се уговор поништи“ (ЗОО, чл. 60, 61, 65). ЗОО прописује ништавост уговора и када је у уговору постављен одложни или раскидни услов који је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима (ЗОО, чл. 75).

„Ненастанак“, „ништавост“, „правно недејство“, „могућност да се тражи поништење уговора“ су различите речи и изрази који служе да означе реакцију коју правни поредак изриче кроз уста судије за повреду једне законске одредбе о закључењу уговора. Сви стављају акценат на непуноважност уговора. У општој теорији права непуноважност правног акта, односно поништење дејства које је један правни акт створио, представља меру према нижем правном акту због неусклађености са вишим. Мера се манифестује у два облика. Тежа неусклађеност изазива тежу реакцију, меру која ништи акт од самог почетка, брише све његове последице и налаже повраћај у пређашње стање. Блажа неусклађеност заслужује блажу реакцију, меру која укида, обеснажује акт само за будућност.<sup>30</sup>

У теорији грађанског права тежина неусклађености ниже норме са вишом нормом изражена је у тежини недостатка правног посла који је у свом стварању противан вишој норми. Тежина недостатка је основ за трипартитну деобу неважећих правних послова – на непостојеће, ништаве и рушљиве – и примену једне од две санкције: апсолутне ништавости или релативне ништавости. Уколико је у питању недостатак нечега што је елементарно потребно за сваки правни посао, ради се о непостојећем правном послу, док недостатак „друге врсте“ сврстава правни посао у категорију ништавих. За те правне послове следује апсолутна ништавост. Недостатак због којег правни посао може бити лишен дејства даје правном послу квалитет рушљивог, а санкција која се против њега изриче је релативна ништавост.<sup>31</sup>

У општим правилима ЗОО о закључењу уговора, тежина неусклађености ниже норме са вишом, односно тежина недостатка уговора је

---

30 Вид. Р. Лукић, 164; N. Visković, 183.

31 В. Водинелић, 457-468.



основ за поделу мера које се могу изрећи према појединачном уговору. Ништавост је мера (санкција) према уговору за тежу несуклађеност (недостатак). Могућност подношења захтева за поништај уговора је мера за мање тежак недостатак. Као што смо видели из општих норми ЗОО, ништавост уговора је мера, реакција, за повреду правила о сагласности воља, предмету и основу. Из тога би се могло закључити да правила о сагласности воља, предмету и основу садрже захтеве чије испуњење је конститутивно за настанак уговорне норме. Без њиховог истовременог испуњења не може се рећи да уговорна норма правно постоји, јер у погледу начина стварања није заснована на вишој општој законској норми.

Када је реч о повреди опште норме о форми, реакција према уговору који повређује ту норму је да уговор нема правно дејство – што значи да је ништав, а санкција која га прати је апсолутна ништавост. Међутим, мера може бити другачија, уколико испитавање циља прописа које је одредио форму (на пример, за уговор о грађењу, уговор о јемству, уговор о кредиту итд) покаже „што друго“. ЗОО полази од тога да је редовно циљ прописивања форме за поједине врсте уговора заштита општег интереса. Зато је поставио претпоставку да је санкција према уговору апсолутна ништавост. Тада се мора узети да је форма конститутивни елемент за дату врсту уговора. Ипак, претпоставка о томе да је уговор ништав и санкцији која га прати је оборива. Испитивање сврхе може показати да је циљ прописа био други, да се заштити посебни интерес, то јест интерес једне стране у уговору. Уговор је онда рушљив, а санкција је релативна ништавост. Одатле даље следи да за ту врсту уговора форма није конститутивни елемент.

Када је реч о способности за уговарање, ЗОО сасвим јасно одређује да је уговор рушљив ако га је закључило ограничено пословно способно лице без сагласности законског заступника. Санкција према таквом уговору је релативна ништавост. На основу разлога супротности може се закључити да је уговор ништав ако га је закључило потпуно пословно неспособно лице, а да је санкција за такав уговор апсолутна ништавост. Из тога проистиче да је потпуна пословна способност један од захтева који се траже за системско важење уговорне норме у погледу начина стварања.<sup>32</sup>

---

32 Према мишљењу професора Константиновића пословна способност има различит значај за конституисање уговора од сагласности воља, предмета и основа. Пословна способност је услов за пуноважност, док су сви остали услови за постојање уговора. Вид. Михаило Кон-

2) Које захтеве поставља ЗОО у погледу предмета регулисања уговора? Према Келзеновој теорији о конвенцији предмет регулисања конвенције је питање које се тиче сфере материјалног важења правне норме, то јест односа које норма уопште може да уређује.<sup>33</sup> Када је реч о уговору, по Келзену, кружје његовог важења ограничава унутрашњи правни поредак. Он наводи да су неки односи искључени из уговорног регулисања због своје природе (на пример, односи породичног права), а да закон може да забрани одређене предмете због неких посебних разлога (на пример, располагање неотвореним наследством) или због неморалности или зато што би извршење уговорних обавеза на тим предметима било апсолутно немогуће.<sup>34</sup>

Захтеви које правни поредак тражи за предмет уређења уговором у нашем праву постављени су у ЗОО, на првом месту, у општим одредбама о предмету и основу. Ни предмет ни основ не смеју бити противни тријади захтева: принудни прописи, добри обичаји и јавни поредак (ЗОО, чл. 48 и чл. 51 ст. 2). Иста тријада постављена је у погледу модалитета у уговору. Уговор не сме имати норму о услову, одложеном или раскидном, која би им била супротна (ЗОО, чл. 75 ст. 1). Најзад, и сва преостала садржина конкретног уговора мора се кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја (ЗОО, чл. 10).

У контексту испитивања да ли уговор испуњава захтеве за системско важење у погледу предмета регулисања, суд утврђује и да ли постоји економска принуда која се може састојати у искоришћавању тешког материјалног стања или стања нужде или зависности или недовољног искуства или лакомислености друге стране (ЗОО, чл. 141).

Када је у питању стандардизовани, формуларни уговор, ЗОО додаје наведеним захтевима још и оне које одређује за опште услове. Одредба општих услова формуларних уговора не може да уреди однос између страна супротно добрим пословним обичајама (ЗОО, чл. 143 ст. 1). ЗОО ограничава сферу важења општих услова и тако што прописује да судија може да одбије да примени оне одредбе које су неправичне (ЗОО, чл. 143 ст. 2).

---

стантиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1957, 28 и 56.

33 Н. Kelsen, 36.

34 *Ibid*, 49-50.

На крају треба приметити да захтеви у погледу системског важења уговора долазе изван уговорне сфере.<sup>35</sup> Да је реч о спољном државном, односно социјалном упливу на уговор сведочи одредба ЗОО о истицању ништавости. Она омогућава да усклађеност уговора са тим захтевима суд може да проверава не само на тражење сваког уговорника, већ и јавног тужиоца, сваког правно заинтересованог лица, као и по службеној дужности (ЗОО, чл. 109).<sup>36</sup> Санкција против неусклађености је апсолутна ништавост (ЗОО, чл. 103 ст. 1), а судија је изриче пресудом.

### б) Временско важење уговора

Под временским важењем правне норме у општој теорији права подразумева се трајање правне норме између две временске тачке: момента у коме почиње да обавезује и момента када престаје да обавезује.<sup>37</sup> Уколико се пред судијом појави спор у вези са временским важењем уговора, улога судије би била да испита ли је уговорна норма престала да важи.

Почетак важења уговорне норме везан је за моменат закључења уговора. Другим речима, крај поступка постизања сагласности воља увек је истовремен са ступањем на снагу уговорне норме.<sup>38</sup> Моменат почетка важења не треба мешати са моментом од када једна уговорна страна може да тражи од друге да изврши обавезу.<sup>39</sup> Наиме, извршење обавезе може бити временски одмакнуто од момента закључења уговора, уколико из опште норме проистиче да је остављено за доцније или је у самом уговору предвиђен одложни услов или рок. Ипак, уговарање ових темпоралних модалитета не значи да уговорна норма не ступа на снагу у тренутку закључења, нити да уговор нема обавезну снагу до наступања услова или истека рока, већ означава само да је извршење одложено.

35 Упор. Jean Carbonnier, *Droit civil. 4/ Les obligations*, 21e éd., Paris 1998, 69

36 Постоје и мишљења да би уговорне стране могле да се споразумеју о томе да је уговор супротан захтевима који су конститутивни за начин закључења и предмет регулисања ништав. Тада се налазимо у присуству ништавости која би се могла означити као конвенционална или споразумна, али која је спорна у погледу дејстава. Вид. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel – Munck, *Les obligations*, 6e éd., Paris 2013, 332.

37 К. Чавошки, Р. Васић, 339-341.

38 Н. Kelsen, 50.

39 Jacques Ghestin, Christophe Jamain, Marc Billau, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat*, 2 e éd., Paris 1993, 183-185.

Моменат престанка важења уговорне норме одређује или виша општа норма или уговор.<sup>40</sup> Опште норме ЗОО везују моменат у коме уговор престаје да важи за две групе случајева. У прву могу да се уврсте догађаји и то: околност која има за последицу апсолутну, трајну и потпуну немогућност испуњења обавезе; непридвиђена околност због које је извршење обавезе постало отежано или је немогуће остварити сврху уговора услед чега суд може да изрекне раскид уговора; смрт једне стране у уговорима у којима је извршење обавезе било везано за њена лична својства. У другу групу спадају случајеви престанка уговора на основу изјаве и то: изјаве једне стране о раскиду због тога што друга страна није извршила своју обавезу у знатном делу и изјаве једне стране о отказу. Уговор престаје да важи и на основу уговором предвиђеног будућег извесног догађаја, фиксираним за датум или за период (завршни, раскидни рок) или неизвесног догађаја (раскидни услов), то јест неке околности која може бити или независна од воље или вољна радња односно пропуштање. Напослетку, уговорна норма губи обавезну снагу и када буде укинута посебном накнадном сагласношћу уговорних страна (*mutuus disensus*).

## 2. Ефикасност (делотворност) уговора и пресуда

Поред важења, својство сваке правне норме је ефикасност односно делотворност. Ефикасност подразумева да се правни субјекти понашају у складу са садржајем норме.<sup>41</sup> У супротном, понашање противречи норми.

За правну норму кажемо да је ефикасна када се њена диспозиција извршава.<sup>42</sup> Полазећи од тога, можемо рећи да је уговорна норма делотворна када је уговорници извршавају, то јест када примењују нормативни садржај који је настао закључењем уговора.<sup>43</sup> Извршењем уговора обавезе треба да се реализују.

Судија се сусреће са проблемом ефикасности уговора када се појави спор око извршења, који претпоставља да један уговорник избегава да се понаша у складу са дужности да изврши обавезу (ЗОО, чл. 17 ст. 1). Редовно та дужност се реализује добровољно. Свака страна испуњава обавезе савесно и у свему како гласи (ЗОО, чл. 262 ст. 2) и такво извршење

---

40 Н. Kelsen, 51.

41 И. Висковић, 202.

42 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 317.

43 Yves Lequette, „Préface“, Oliver Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, Paris 2012, VII.

не изазива спорове. Међутим конфликти настају, на првом месту, јер једна страна неће да предузме радње које представљају испуњење обавезе. У том случају, друга страна, која претендује да је настало њено право на тужбу суду у формалном смислу, може у парничном поступку исходovati пресуду у којој ће судија изрећи санкцију по којој треба да се понаша страна која је прекршила уговорну норму.<sup>44</sup>

Може се десити да се у стадијуму извршења уговора, уз спор који настане због избегавања испуњења обавезе, појави и спор о смислу и до-машају уговорне норме. Тада се отвара питање тумачења уговора. Тумачење је ствар судије, осим ако није поверено неком трећем лицу, у ком случају стране не могу покренути спор пред судом или другим надлежним органом (ЗОО, чл. 102). У том контексту утврђивање смисла и до-машаја уговорних одредаба, истраживање заједничке намере уговорних страна и одређивање садржаја уговора применом објективних критеријума – начела облигационог права утврђеним у ЗОО – спада у функцију судије која омогућава да се уговорна обавеза сигурно оствари.<sup>45</sup>

У истом реду стоји и овлашћење судије да уреди споредне тачке када су уговорне стране након вођених преговора закључиле уговор постизањем сагласности о објективно битним елементима за постојање уговора, док су споредне тачке оставиле за доцније, за накнадне преговоре. Ако не постигну сагласност у преговорима, свака страна се може обратити судији са захтевом да уреди споредне тачке (ЗОО, чл. 32 ст. 2). Функција судије у овом случају је да пресудом употпуни уговор тачкама које недостају.<sup>46</sup>

У теорији постоји снажно настојање да се улога судије у употпуњавању уговора прошири и изван ове законом уређене ситуације. Реч је о томе да се улога судије протегне на попуњавање празнина у уговору, када сам уговор нема норму која садржи правно решење за спорну ситуацију, а решење не произлази из неке више, опште норме. Као што попуњавајући неку правну празнину ствара нову норму,<sup>47</sup> тако попуњавајући празнину уговора судија путем пресуде проширује уговор једном одредбом

---

44 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 599. Упор. Р. Лукић, 101.

45 Упор. Laurent Aynès, „Le juge et le contrat: nouveaux rôles“, *Revue des contrats*, 2016/hors –série, 14.

46 М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 268.

47 Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 367.

која пре тога није постојала, имајући на уму хипотетичку вољу уговорних страна.<sup>48</sup>

Између функција судије да испитује важење уговорне норме и да обезбеђује ефикасност уговора постоји једна битна разлика. У обављању прве функције суд дела као продужена рука правног поретка која чува хијерархију његових елемента у складном односу, уклањајући уговоре који су у погледу начина настанка и предмета уређења неусклађени са законом, као и уговоре чије дејство је престало. У обављању друге судија поступа као продужена рука самог уговора и има улогу која је повезана са остваривањем интереса стране чије право је повређено неизвршењем обавезе другог уговорника.<sup>49</sup>

### 3. Праведност уговора и пресуда

Треће својство правне норме је праведност. Оно означава да је норма у складу са начелом праведности и односи се на садржину норме.<sup>50</sup> Поводом садржине уговорне норме може се појавити неколико врста спорова. Они су карактеристични по томе што их једна страна оцењује да је њена обавеза несразмерно висока, претерано велика или неправична и због тога покреће спор за измену уговора.

До доношења ЗОО могућност судије да интервенише у уговор тако што би изменио његову садржину није постојала према правилима која су примењивана у решавању спорова из грађанскоправних уговора. Таква интервенција била је предвиђена само у Општим узансама за промет робом од 1954. године код уговора у привреди којима се обавља промет робе и пружају трговинске услуге, када је несразмера у уговорним обавезама („претерано отежано извршење обавезе“ и „претерано велики губитак“) наступила због променењих околности.<sup>51</sup>

ЗОО је одредио да се судија може умешати у сваки уговор и пресудом изменити уговорне одредбе због несразмере која је постојала већ у моменту закључења уговора. Тако, суд може удовољити захтеву оштећене стране у зеленашком уговору да се њена обавеза смањи на правичан износ тако што ће донети пресуду која ће заменити одговарајућу одредбу

48 У том смислу В. Водинелић, 184.

49 Упор. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, 6. издање, Београд 2007, 227.

50 Н. Висковић, 202.

51 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/1954, уз. 55.

уговора (ЗОО, чл. 141). Смањење висине обавезе на захтев дужника могуће је код споредних уговора, капаре и уговорне казне. Када је капара претерано велика судија може мериторном одлуком да је смањи (ЗОО, чл. 80 ст. 3). На исти начин судија може да поступи када дужник тражи смањење уговорне казну јер оцењује да је несразмерно висока у односу на вредност и значај предмета обавезе (ЗОО, чл. 274).

Интервенција у садржину уговора у стадијуму извршења која је код уговора у привреди била предвиђена у Општим узансама, после доношења ЗОО проширена је на све уговоре. Услов је да су после закључења уговора наступиле одређене околности које су утицале на испуњење обавезе једне стране тако да је постало отежано или се више не може остварити сврха уговора, у тој мери да уговор не одговара очекивањима уговорних страна и да је неправично према општем мишљењу да остане на снази такав какав је (ЗОО, чл. 133). Страна која је погођена деловањем промењених околности може тужбом тражити од судије да утврди да уговор не може да остане на снази такав какав је и да на основу тога изведе једну од две консеквенце: да донесе пресуду којом раскида уговор или пресуду којом ће изменити његову садржину, а уговор са изменама оставити на снази. Ту другу последицу, измену уговора, судија може да изрекне, ако поводом тужбе стране која је погођена променом околности друга страна пристане на измену или предложи измену.

#### IV Закључак

Уговор и пресуда су два појединачна правна акта која стварају појединачне правне норме и два различита и супротстављена начина уређивања друштвених односа. И поред тога што се супротстављени пресуда и уговор се не искључују и сусрећу се у споровима у вези са уговором.

Закон о облигационим односима истиче да су функције судије према уговору да пази на непуноважност уговора и под одређеним претпоставкама, да измени садржину уговора. Нормалне функције судије су да омогући да се уговорне обавезе сигурно остваре и да утврђује спорни смисао и домашај уговора.

На основу анализе ових функција у српском праву закључује се о следећим односима између уговора и пресуде: 1) пресудом се у служби правног поретка одлучује о (не)важењу уговорне норме због тога што није у складу са захтевима који су законом постављени у погледу начина настанака и предмета регулисања; 2) пресудом се обезбеђујује ефикасност (делотворност) уговорне норме, ради заштите интереса уговорних стра-

на; 3) пресудом се мења садржина уговорне норме, у сврху усклађивања са начелом праведности.

**Marko Đurđević, PhD**

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

## CONTRACT AND JUDGEMENT

### Summary

*Contract and judgment are two individual legal acts creating individual legal norms. They represent two different ways of regulating social relations. Contract and judgment are faced when judge has to deal with the case involving contracts. It can be noticed that norms of general part of the Law on Contracts and Torts regulating contracts define several functions belonging to judge in relation to contracts. The aim of this paper is to determine connection between these functions and contracts as legal norms.*

*For that purpose two types of rules are analyzed. On the one hand, the study focuses on invalid contracts provisions that emphasize judge ex officio duty to pay due attention on contract nullity, and on the other hand, on provisions that authorize judge to perform modification of contracts, under certain conditions. The analysis also involves the functions that judge is normally entitled to, such as interpretation of disputed contract's norms, and deciding on legal claim. The paper shows that these functions are attached to one of three features of contract's norm: validity, efficiency or equity.*

**Key words:** *individual legal act, contract, judgment, validity of contract, performance of contract, interpretation of contract, content of contract.*



Др Ненад ТЕШИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## КАКО РАСПЛАКАТИ ЕСХИЛА? - О ПРАВНОТРАГИЧНОЈ РЕСТРИКТИВНОСТИ У ТУМАЧЕЊУ ПОЈМА „ПРЕЛАЗ ПОТТРАЖИВАЊА“ -\*

*Tantum praecedentia habent de  
lege quantum habent de iustitia.*<sup>1</sup>

### Резиме

Током 2015. године у Републици Србији усвојен је нови Закон о извршењу и обезбеђењу који је почео да се примењује од 01.06.2016. године. Без било каквог устезања се може рећи да је доношење овог Закона још једном „усмерило рефлекторе“ на неколико кључних недостатака нашег савременог законодаписања:

1) Пренормираност (хиперинфлација норми). О овој злоћудној појави у нашој нормативној пракси довољно говори околност да је Закон о извршном поступку (2004)<sup>2</sup> имао само 306 чланова, Закон о извршењу и обезбеђењу (2011)<sup>3</sup> нешто више: 363 члана, а нови закон Закон о извршењу и обезбеђењу (2015) укупно 551 члан.<sup>4</sup> Околност да је Нови закон за 200

---

\* Овај научни чланак је резултат истраживачког рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду: „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

1 Прецеденти (ранија пракса, одлуке донесене раније у сличним случајевима) вреде онолико по закону колико су у складу са правичношћу. Ante Romac, *Latinske pravne izreke*, Zagreb 1982, 556.

2 Закон о извршном поступку – ЗИП, *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004.

3 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО (2011), *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 - одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

4 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО (2015), *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 - аутентично тумачење. Ова тенденција је у српском праву уочљива и у другим његовим грамама. Примера ради, Закон о привредним друштвима (2004), *Сл. гласник РС*, бр. 125/04, је имао 457 чланова, док је нови Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Сл. гласник РС*, бр.

чланова дужи од свог претходника указује на „апсолутно неподобан покушај“ законодавца да казуистички уреди све појединачне ситуације наивно заборављајући да тако нешто до сада, нити једном законодавцу није пошло за руком. Реалност је много инвентивнија од било ког законописца. Отуда овај свестан своје несавршености мора исту признати, креирајући унапред, одговарајуће инструменте, као што су: правна начела (принципи) и правни стандарди који су подобни за разрешење свих потенцијално спорних ситуација. Као што је за привреду једне државе прихватљива само умерена инфлација у погледу пораста нивоа цена и смањења куповне моћи новца, тако је и за њен правни систем неконтролисано гомилање закона и других прописа нека врста „порочне зависности која рађа потребу за новом и све већом дозом“. Хиперинфлација норми разара саму суштину правног поретка. Лаички речено, „од шуме се не види дрвеће“.

2) Недоследност (непостојаност). Измена неког закона још увек не значи промену на боље. Свака законодавна новина донекле утиче на правну сигурност, нарочито ако се ради о потпуном одступању од традиције као што је то чест случај у српском праву. Извлачење или померање „једне цигле“ из сложене творевине правног поретка може да доведе до урушавања целог система или његовог значајног дела. Ако свака нова влада има потребу да се похвали сетом системских – материјалноправних и процесних закона, онда правни систем који на овим законима почива не може да се подичи нарочитом правном сигурношћу. Ово нарочито ако се има на уму да правни систем једне државе не чине само закони, већ и пракса судова и управних органа која не може да се устали ако се закони бесомучно мењају у све краћим временским интервалима. По правилу у периоду од две до три године надлежни органи на основу „тазе прописа“ донесу неколико одлука које буду испитане на вишим инстанцама и потом објављене, тако да учесници у правном промету називу како правосуђе „дише“ у погледу одређене норме. Међутим, већ у следећем тренутку се на неком форуму, често и под утицајем „добро плаћених надриконсултаната“, закључује да ово до сада уопште није ваљало, усваја се нови закон и све почиње „Јово наново“.<sup>5</sup> „Страни инвеститори“ који затраже

---

36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015, захваљујући бројим изменама стигао до броја од 600 чланова.

5 У овом контексту се без оклевања као на ретку „ендемску врсту“ у нашем правном систему, може указати на Закон о облигационим односима који се у континуитету примењује, без значајнијих измена, у периоду дужем од 30 година. Ово довољно говори о унутрашњој снази

тумачење одређене норме у српском праву најчешће остају затечени њима неразумљивом интерпретацијом уобичајеном за примену права код нас, „тако је било по старом закону, по новом закону је нешто другачије, али не мора да значи да ће судови тако и судити”. Оно што се у тој врсти „законодавног авантуризма” нарочито заборавља јесте околност да је један закон далеко лакше усвојити него применити,<sup>6</sup> те да одличну оцену заслужује само закон који је добро написан и још боље примењен.<sup>7</sup> Све напред наведено чини немогућим објављивање поузданих коментара таквих закона од стране доказаних „правних ауторитета” који би са своје стране одговарајућим смерницама свакако допринели уједначеној примени права.

Управо ови недостаци који се збирно могу описати и као општа правна несигурност, посматрани кроз конкретну правну ситуацију судског тумачења норме из члана 48 ЗИО (2015), доспели су у овом раду, у средиште пажње нашег истраживања.

**Кључне речи:** промена имаоца тражбине, пренос и прелаз потраживања, форма уговора о цесији, збир тражбина, уступање тражбине обезбеђене извршном хипотеком.

## І „Коперникански обрт“ или необележена „опасна кривина“

По правилу поступак извршења бива инициран од лица у чију корист гласи одговарајућа извршна исправа. Ипак, у неким случајевима, правно дозвољена сукцесија доводи до неусклађености између субјекта који је као поверилац назначен у извршној исправи и лица које је као поверилац наведено у предлогу за извршење. Што је временски период између извршности неке исправе и иницирања принудног намирења дужи

---

нормативних решења из овог закона, али и о изузетној вештини законописања која је прославила професора Михаила Константиновића као његовог истинског творца.

- 6 Нови ЗИО је показао и друге типичне недостатке нашег савременог законописања као што је *неусклађеност (противречност)*. У многим својим деловима Закон је неусклађен са другим граничним прописима, на пример са Законом о хипотеци и Законом о државном премеру и катастру. Опет као „општа бољка“, и код овог Закона приметна је *недореченост* у погледу прелазних и завршних одредби које су од нарочитог значаја за однос старог и новог закона (тзв. интертемпорални сукоб закона).
- 7 Према проф. Водинелићу, примена права, доношење судске одлуке је увек стваралачке природе у двоструком погледу. С једне стране, суд у примени на основу опште норме ствара појединачну норму. С друге стране, норма која се примењује, не непримењује се ни аутоматски ни механички, већ стваралачки тумачењем, одн. конкретизовањем. Владимир Водинелић, *Грађанско право*, Београд 2012, 160.

то су могућности за наступање таквог несклада веће. У последњих неколико месеци, како се то популарно каже „постале су виралне“ неке одлуке Привредног апелационог суда у Београду у којима се расправља управо о одступању од начела формалног легалитета, односно о праву лица које није назначено у извршној исправи као поверилац да се на основу овереног уговора о цесији у извршном поступку појави као извршни поверилац. ПАС, како се акронимски уобичајно назива у правничким круговима овај суд, износи становиште које представља оштар заокрет по овом правном питању и засновано је негацији истоветности појмова „пренос и прелаз потраживања.“<sup>8</sup>

У конкретном случају извршни поверилац је била компанија из Вршца, основ извршење је представљао уговор о хипотеци оверен код Првог основног суда у Београду. Хипотекарни поверилац по тој извршној исправи је компанија основана и постојећа на Британским девичанских острвима, дужник је компанија инкорпорисана на Кипру, док је хипотекарни дужник предузеће из Београда. Уговором о уступању потраживања компанија са Девичанских острва је пренела потраживање на компанију из Вршца с тим да је заједно са потраживањем на пријемника прешла и хипотека. Поступајући по предлогу за извршење уз који је достављен Уговору о хипотеци, Уговор о уступању потраживања и Извод из листа непокретности на којима се предлаже извршење, првостепени суд је донео решење о извршењу. Пазећи по службеној дужности на правилну примену материјалног права, у овом случају материјалног права из чл. 48 Закона о извршењу и обезбеђењу, Привредни апелациони суд је нашао да је жалба извршног дужника основана. „Овај суд налази да актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу, сада дозвољава могућност да се извршни поступак води, а тиме и одреди извршење и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној исправи, само у случају прелазу потраживања. Дакле не и у случају преноса потраживања... Могућност преноса потраживања када је у питању извршна, а сада по први пут и веродостоја исправа, актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу у чл. 48 не познаје и не прописује. У том смислу, једино одступање од начела формалног легалитета јесте у ситуацији када је реч о прелазу потраживања...“ „Стога имајући у виду да је реч о одступању од начела формалног легалитета, те имајући у виду ранија решења из претходних закона који су регулисали поступак извршења..., према налажењу Привредног апелационог суда нема места ширем тумачењу чл. 48 Закона

---

8 Решење Привредног апелационог суда 3 Иж 713/16 од 05.01.2017. године (из архиве Суда).

о извршењу и обезбеђењу, тј. да се под прелазом потраживања сматра и пренос потраживања. *Наиме до прелаза потраживања долази на основу чињеница утврђених законом, док је код преноса потраживања другачије, јер пренос подразумева да једно лице путем правног посла пренесе другом лицу потраживање*, а што се десило у овом случају уговором о уступању потраживања. „Имајући горе наведено у виду“ како привредно друштво из Вршца није лице које је као извршни поверилац назначено у извршној исправи, а није реч о прелазу потраживања него је потраживање пренесено, то се ово лице не може основано легитимисати као извршни поверилац на основу Уговора који за предмет има пренос потраживања јер Закон о извршењу и обезбеђењу не прописује такву могућност.<sup>99</sup>

Све ово је отворило неколико сложених дилема:

- да ли је наше право извршења до сада правило било какву разлику између преноса и прелаза потраживања или је пренос потраживања престављао један од начина прелаза потраживања?

- да ли је код законодавца постојала било каква намера да се у сфери овог изузетка од начела формалног легалитета било шта промени, а ако је и постојала таква намера да ли је она била усмерена на ширење или сужавање овог изузетка?

- да ли наше облигационо право прави било какву разлику између преноса и прелаза потраживања, односно да ли се негде у правничкој литератури може пронаћи каква дефиниција по којој до прелаза потраживања долази искључиво на основу чињеница утврђених законом, док до преноса потраживања долази правним послом?

---

9 Уз мала одступања у образложењу у сличним правним ситуацијама када је са извршним повериоцем закључен уговор о уступању потраживања, ПАС је одлучивао идентично. „Дакле имајући у виду да је реч о одступању од начела формалног легалитета, а имајући у виду и ранија решења из претходних закона, који су у својим одредбама садржали и пренос и прелаз потраживања по оцени другостепеног суда, одредба члана 48 ЗИО мора се тумачити онако како гласи, те до промене извршног повериоца означеног у извршној исправи и оног означеног у предлогу може доћи искључиво прелазом, а не и преносом потраживања.“ Решење Привредног апелационог суда 5 Иж 337/16 од 10.11.2016. године, (из архиве Суда). „Како је у питању остваривање новчаног потраживања на основу извршне исправе из чл. 41, став 1, тачка 4 Закона о извршењу и обезбеђењу (залошне изјаве) у којој извршни поверилац није означен, извршни поверилац је био у обавези да докаже да је потраживање из извршне исправе прешло на њега“. Међутим, по становишту Суда „уговор о уступању потраживања ... нема снагу исправе у смислу члана 48 Закона о извршењу и обезбеђењу“. Решење Привредног апелационог суда 6 Иж 268/17 од 02.03.2017. године, (из архиве Суда).

- да ли би корекција у наслову уговора о цесији тако да се овај једноставно назове уговор о прелазу потраживања, те да се израз прелаз потраживања надаље доследно и без изузетка користи у самом тексту уговора нешто променила, или би се можда убрзо у „правном простору“ сучинили са констатацијом да је такав уговор ништав, пошто се прелаз потраживања уопште и не може стипулисати уговором.

## II Законодавни оквир у погледу промене имаоца тражбине

Преиспитивање понуђеног тумачења норме<sup>10</sup> из члана 48 актуелног Закона о извршењу и обезбеђењу као што смо већ истакли неминовно отвара питање: да ли се у нашем правом поретку из угла права извршења, облигационог и привредног права до сада правила каква разлика између израза „пренос и прелаз потраживања“, односно да ли су ова два појма алтернативна или имају исто значење?

### 1. Промена имаоца тражбине у праву извршења

Чини се да је за правилно разумевање норми новог закона у једном правном систему потребно осврнути се уназад па погледати, да ли је неки правни институт из новог закона у том правном систему и раније био регулисан и како. Да ли ће се нека од раније позната норма примењивати на исти начин и након доношења новог закона зависи од неколико околности. Пре свега од чињенице да ли је нова норма по свему текстуално идентична са претходном нормом, да ли је онако како је раније гласила нека норма изазивала недоумице у примени, односно, да ли су неке друге норме из новог закона другачије интониране тако да то условљава различиту примену ове од раније познате норме.

#### *а) Према Закону о извршном поступку (2004)*

Закон о извршном поступку (2004) у наслову предметног члана користи израз „пренос потраживања“. „Извршење се одређује и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин пре-

---

10 Тумачење права или правна херменаутика је мисоани процес којим се утврђује значење, тј. смисао правне норме. Нити једна норма није довршена творевина, па је свака интерпретација стваралачка делатност и достварање права. Опширније вид.: Nikola Visković, „Tumačenje u pravu“, *Pravni život* 7-8/1988, 999-1016.

шло, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном односно коначном одлуком донесеном у парничном, односно управном и прекршајном поступку.<sup>11</sup>

У некој врсти коментара уз Нацрт Закона о извршном поступку из 2004 године, аутори наглашавају да је терет доказивања таквог „прелаз за потраживања“ на повериоцу. „Ако се као поверилац или дужник у извршном поступку појаве лица која нису означена у извршној исправи, они стичу процесно својство странака у поступку, али ће се извршење дозволити и спровести само ако поверилац на законом прописани начин докаже да је потраживање прешло на њега“.<sup>12</sup> Другим речима, суд ће одбити да донесе решење о извршењу ако се као поверилац не појављује стварно легитимисано лица. Писци Нацрта додатно истичу да се „редовно као странке у извршном поступку појављују иста лица која имају својство повериоца и дужника према извршној исправи, па се извршна исправа редовно појављује као акт о легитимацији странака. Али, то не мора увек бити тако, могуће је да од времена настанка извршне исправе до покретања извршног поступка наступе извесне промене које утичу на стварну легитимацију странака. На пример, могуће је да лице означено као поверилац или дужник у извршној исправи умре пре покретања извршног поступка; поверилац може своје потраживање цедирати трећем лицу; обавезу дужника може на себе преузети треће лице; правно лице се може поделити или припојити другом правном лицу, итд. Тада се отвара питање начина на који ће извршни суд утврдити стварну легитимацију лица која се појављују као извршни поверилац или извршни дужник. Извршење ће се одредити на предлог лица које у извршној исправи није назначено као поверилац, ако то лице докаже јавном исправом (или по закону овереном исправом) да је потраживање пренесено или на други начин прешло на њега. Као јавна исправа у овим случајевима може се употребити, на пример, оставинско решење, оверени уговор о цесији, извод из земљишне књиге, зато што у случају извршења на непокретности, укњижено заложно право повериоца овлашћује на намирење из непокретности и кад се њен власник промени, итд. У случају да поверилац не може да прибави јавну (или по закону оверену) исправу, мора покренути

11 ЗИП, чл. 37, ст. 1.

12 Борис Беговић, Јелисавета Василић, Владимир Водинелић, Лепосава Карамарковић, Гашо Кнежевић, Бошко Мијатовић, Гордана Михајловић, Владимир Павић, Весна Ракић-Водинелић, Драгор Хибер, *Нови закон о извршном поступку. Уз нацрт Закона о извршном поступку*, Београд, 2004, 16.

парницу и тражити утврђење да је потраживање прешло на њега. Тада се легитимација доказује правноснажном парничном пресудом ... Стварна легитимација странака не може се доказивати ниједним другим доказним средством осим оних изричито одређених у ЗИП<sup>13</sup>.

На сличан начин резонују и други аутори. Тако у свом коментару Закона о извршном поступку, Шаркић и Николић пренос потраживања схватају далеко шире од промене повериоца на основу уговора. Пренос потраживања доказује се не само уговором о цесији, већ и правноснажном одлуком донетом у оставинском поступку... изводом из регистра суда, односно органа који води регистар предузећа..., као и изводом из земљишних књига<sup>14</sup>.

#### б) Према Закону о извршењу и обезбеђењу (2011)

Закон о извршењу и обезбеђењу (2011) чини се без преке потребе усложњава наслов предметног члана користећи синтагму „пренос и прелаз потраживања“. Тако односна норма гласи: „Извршење се одређује и спроводи и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренето или да је на њега на други начин прешло пре или у току поступка, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правноснажном, односно коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку“<sup>15</sup>.

У случају преноса или прелаза потраживања са извршног повериоца на треће лице након доношења решења о извршењу, стицалац ступа на место извршног повериоца.<sup>16</sup>

На предлог стицаоца који јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или прешло, суд односно извршитељ закључком утврђује да је стицалац ступио на место ранијег извршног повериоца.<sup>17</sup>

13 Одлука ВСХ Рев 307/83 од 21. 06. 1983. ППП1984/12; Б. Беговић и други, 17.

14 Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд, 74.

15 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 1

16 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 3.

17 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 4.



Стицалац прима поступак у стању у каквом се налази и према противној страни има иста права која је његов претходник имао.<sup>18</sup>

У Коментару уз чл. 23 ЗИО (2011) између осталог стоји: „Ако извршни поверилац није доказао да је на њега прешло потраживање на законом прописани начин (на пример: уговором о цесији), суд ће поднети предлог одбацити као непотпун.“<sup>19</sup> Другим речима, аутор Коментара тврди да управо уговор о цесији основ прелаза потраживања.

#### *в) Према Закону о извршењу и обезбеђењу (2015)*

Закон о извршењу и обезбеђењу (2015) у наслову предметног члана из непознатих разлога задржава само фразу „прелаз потраживања“. Тако да односна норма сада гласи:

„Извршни поступак води се и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној или веродостојној исправи, ако јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на њега, а ако такав доказ није могућ – ако прелаз потраживања докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.“<sup>20</sup>

„Кад после доношења решења о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе потраживање пређе са извршног повериоца на друго лице, на предлог стицаоца закључком се утврђује да је он ступио на место извршног повериоца, ако прелаз докаже јавном или по закону овереном исправом“.<sup>21</sup>

Стицалац ступа у извршни поступак у стању у коме се налази у часу ступања.<sup>22</sup>

18 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 6.

19 Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 95.

20 ЗИО (2015), чл. 48, ст. 1.

21 ЗИО (2015), чл. 48, ст. 2.

22 „Одредбу члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу треба разумети тако да суд који решава о предлогу за извршење дужан је да утврди истоветност дужника наведеног у извршној исправи и извршног дужника наведеног у предлогу за извршење. Ако те истоветности нема, дужан је да затражи да извршни поверилац достави јавну или по закону оверену исправу којом доказује да је обавеза прешла с дужника који је наведен у извршној исправи на треће лице које је наведено у предлогу за извршење. Ако таквом исправом не располаже дужан је да прелаз обавезе докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку. Наведена правила важе и када је прелаз обавезе предви-

Сматрамо да то што је законописац у „налетима креативности“ наслов предметног члана мењао од онога у коме се појављује само израз „пренос потраживања“, преко наслова у коме се један уз другог стоје „пренос и прелаз потраживања“ до наслова у коме се појављује само фраза „прелаз потраживања“ чини се суштински није много мењало.<sup>23</sup> Обичним речником речено радило се „козметичким корекцијама“. Мање разлике у језичкој формулацији текста постоје, као последица различитих редакторских склоности у избору речи и израза, али је њихова природа таква да не указује на измењен приступ законодавца овом правном питању.<sup>24</sup>

### г) У упоредном праву извршења

За тумачење права у Републици Србији понекад је од значаја и упоредноправна анализа оних правних система у региону Југоисточне Европе у којима право има исте корене, а правни термини који се користе у законима и правној пракси углавном исто значење.

У праву Републике Српске предметни члан носи наслов „прелаз потраживања или обавезе“, док текст односне норме гласи: „Извршење се одређује и на приједлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као тражилац извршења ако оно јавном или овјереном приватном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло. Ако се пренос не може доказати на тај на-

---

ђен законом или другим прописом.“ Аутентично тумачење одредбе члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/15, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2016.

- 23 Ако се израз „пренос потраживања“ сагледа у контексту осталих норми ЗИО нема места закључку да до преноса потраживања долази искључиво добровољно на основу правног посла. Тако се на пример извршење на новчаном потраживању извршног дужника (принудно спроводи пленидбом и *преносом* потраживања ради намирања извршног повериоца (ЗИО, чл. 259). О *преносу* потраживања на извршног повериоца доноси се закључак. (ЗИО, чл. 274, ст. 1). „*Преносом* уместо испуњења потраживање *прелази* на извршног повериоца до износа који је *пренесен*, с дејством уступања потраживања уз накнаду“ (ЗИО, чл. 286, ст. 1).
- 24 Са одређеним жаљењем се може констатовати да таква „терминолошка инвентивност“ која се на томе, по правилу, и не досеже даље од тога, није ништа необично за наше законописце. Примера ради, код нас су практично исти правни институт – увођења бесправно изграђених објеката у легалне токове регулисали: Закон о посебним условима за издавање грађевинске дозволе, односно употребне дозволе за одређене објекте, *Сл. гласник РС*, бр. 16/97, Закон о планирању и изградњи из 2003, 2006, 2009. и 2011, Закон о посебним условима за упис права својине на објектима изграђеним без грађевинске дозволе, *Сл. гласник РС*, бр. 25/2013 од 15. марта 2013. године, Закон о легализацији објеката, *Сл. гласник РС*, бр. 95/2013 и 117/2014, Закон о озакоњењу објеката, *Сл. гласник РС*, бр. 96/2015.

чин, странке своја права везана за пренос потраживања могу доказивати само у парничном поступку“.<sup>25</sup>

У праву Црне Горе предметни члан Закона о извршном поступку (2004) је носио наслов „Прелаз потраживања или обавезе“ тако да је односна норма гласила: „Извршење се одређује и на предлог лица које у извршној исправи није означено као повјерилац, ако оно јавном или по закону овјереном исправом докаже да је потраживање на њега пренешено или је на други начин прешло, а за случај да то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном одлуком донешеном у парничном поступку“.<sup>26</sup>

У новом Закону о извршењу и обезбеђењу (2011) црногорски законодавац мења наслов предметног румбрума у „пренос потраживања или обавезе“ са једва приметним разликама у формулацији норме. „Извршење се одређује и спроводи и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни повјерилац ако то лице јавном или, у складу са законом, овјереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло, а ако није у могућности да докаже на тај начин, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном извршном исправом.“<sup>27</sup>

У хрватском праву одговарајући члан носи наслов „пријенос тражбине или обавезе“, док односна норма гласи: „Оврха се одређује на приједлог и у корист особе која у овршној исправи није назначена као вјеровник ако она јавном или овјеровљеном приватном исправом докаже да је тражбина на њу пренесена или да је на њу на други начин прешла. Ако се пријенос не може доказати на тај начин, пријенос тражбине доказује се правомоћном одлуком донесеном у парничном поступку“.<sup>28</sup>

Из такве упоредноправне анализе законских текстова који користе исте правнотехничке изразе „прелаз и пренос потраживања“ може се извући јасан закључак да су ова два термина једнозначна, да се појављују наизменично на истом месту у тексту норме, те да један израз долази на

25 Закон о извршном поступку, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/13, 98/14, чл. 30, ст. 1.

26 Закон о извршном поступку Црне Горе, *Сл. лист Републике Црне Горе*, бр. 23/2004 од 5.4.2004. године, чл. 23.

27 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени лист Црне Горе*, бр. 36/2011 од 27.7.2011. године, чл. 28.

28 Ovršni zakon, *Narodne novine*, бр. 112/12 25/13, 93/14, 55/16, чл. 32.

место другог без промене суштине нормe.<sup>29</sup> Другим речима, језички метод тумачења анализираних норми не указује на било какву разлику између „преноса и прелаза потраживања“, а ако се она и прави онда се ова два појма не искључују, већ је прелаз потраживања схвата као шири појам који укључује и пренос потраживања као један од начина промене имаоца тражбине (деривативног стицања потраживања).

## 2. Промена имаоца тражбине у облигационом праву

### а) Према Закону о облигационим односима

Системско тумачење нормe из чл. 48 ЗИО налаже њено сагледавање у оквиру правног система као целине, како би се отклонила њена противречност у односу са другим законима. У Закону о облигационим односима, као матичном закону за персоналну суброгацију, изрази пренос и прелаз потраживања наизменично се појављују у уговорном контексту уступања.

„Поверилац може уговором закљученим са трећим пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца, или које се по својој природи противи преносу на другога.“<sup>30</sup> „Са потраживањем прелазе на пријемника споредна права, као што су право првенствене наплате, хипотека, залога, права из уговора са јемцем, права на камату, уговорну казну и сл.“<sup>31</sup>

### б) У теорији облигационог права

У трагању за одговором на питање постоји ли у облигационом праву каква разлика између преноса и прелаза тражбине ваља се присетити речи једног од наших највећих цивилиста Лазара Марковића. „Пренос тражбине може бити на основу правног посла или уговора закљученог између досадашњег повериоца и новог повериоца. То је најчешћи и најубичајнији основ преноса тражбине, и на тај основ се најчешће и мисли када се говори о цесији. Међутим, једна тражбина *прелази* у извесним случајевима на новог повериоца на основу законског прописа, без

29 У прилог такве тврдње говори и околност да је у законима и правној књижевности на светским језицима тешко пронаћи било какву термилошку и суштину разлику између преноса и прелаза потраживања: (енгл. *transfer of claim, assignment, cession*, нем. *die Abtretung, die Zession*, франц. *cession de créance*).

30 ЗОО, чл. 436, ст. 1.

31 ЗОО, чл. 437, ст. 1.

икаквог споразума странака. То су случајеви законског *преноса*. То бива најчешће код наслеђа, али постоје и други случајеви прелаза са досадашњег повериоца на друго лице по самом закону...<sup>32</sup> „Законски и судски преноси могу се сматрати као изузетни случајеви. Најчешће бива пренос тражбине по уговору или споразуму странака.“<sup>33</sup>

Приступ овом правном питању није се мењао ни у новијој правној теорији. Према проф. Радишићу, правно дејство цесије састоји се у томе што потраживање *прелази* са цедента на цесионара. Цедент престаје бити поверилац, а на његово место долази цесионар као нови поверилац. На цесионара *прелази* не само главно, него и споредна потраживања.

Из свега напред наведеног чини се да Закон о облигационим односима и српска правна књижевност из области облигационог права користи изразе пренос и прелаз потраживања једнозначно без обзира да ли је промена субјекта на активној страни у облигационом односу заснована на уговору или закону.

### 3. Промена имаоца тражбине у привредном праву

#### а) Према Закону о привредним друштвима

Правне последице статусне промене наступају даном регистрације статусне промене у складу са законом о регистрацији. Као једна од последица статусних промена наводи се и то да имовина и обавезе друштва преносиоца прелази на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе.<sup>34</sup>

#### б) У теорији привредног права

Код правних лица, разлози за наступање универзалне сукцесије могу бити различити и пре свега зависе од врсте самог правног лица и циљева његовог оснивања. Иако се о универзалној сукцесији може говорити и у контексту правних лица као што су задужбине, фондови<sup>35</sup> и

32 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 335.

33 Л. Марковић, 336.

34 ЗПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1.

35 О статусним променама код задужбина и фондација вид.: Закона о задужбинама и фондацијама, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2010 и 99/2011 - др. закон, чл. 54. О расподели преостале имовине задужбина и фондација вид.: Закона о задужбинама и фондацијама чл. 55.

удружења,<sup>36</sup> за правни промет су далеко значајнији случајеви универзалне сукцесије код привредних друштава. Ова сукцесија наступа као последица статусних промена<sup>37</sup> (припајања, спајања, поделе и издвајања)<sup>38</sup> привредних друштава услед чега имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе. С обзиром да правне последице статусних промена наступају даном регистрације и пренос права се доказује одговарајућим изводом из регистра привредних друштава,<sup>39</sup> а по потреби и одговарајућим уговором о статусној промени, односно планом поделе ако само једно друштво учествује у статусној промени.

„Уговор о статусној промени између осталог садржи и означавање вредности имовине и висине обавезе које се статусном променом преносе на друштво стицаоца и њихов опис, као и начин на који се тај пренос врши друштву стицаоцу.“<sup>40</sup>

Из напред наведеног је више него јасно да се и у привредном праву изрази пренос и прелаз потраживања употребљавају са истим значењем. И код статусне промене основ промене повериоца је уговор у коме се описује и назначавача вредност потраживања које се преноси друштву стицаоцу.

### III Досадашње судско разумевање „преноса и прелазатраживања“ у контексту извршења

Судска пракса у српском праву се до сада у више наврата изјашњавала о томе када је услед промене имаоца тражбине одступање од начела формалног легалитета допуштено, а када није.

Углавном су се судови држали правила да Закон о извршном поступку који прокламује начело формалног легалитета, „овлашћује суд да одреди извршење само у ситуацији када постоји идентитет означених

36 О припајању, спајању и подели удружења вид.: Закона о удружењима, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 99/2011 - др. закони, чл. 45-48. О примаоцу имовине у случају престанка рада удружења вид.: Закона о удружењима, чл. 42-43.

37 „Статусном променом се једно друштво (друштво преносилац) реорганизује тако што на друго друштво (друштво стицалац) преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе односно акције.“ Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштава*, Београд 2013, 519.

38 ЗПД, чл. 485.

39 Н. Шаркић, М. Николић, 75.

40 М. Васиљевић, 523.

странака у предлогу за извршење и у извршној исправи<sup>41</sup>. Ипак, Суд је дозвољавао сукцесију у оним случајевима када је поверилац приложио доказ о правном следбеништву. Примера ради код:

а) уговора о купопродаји стечајног дужника – „Извршни поверилац који уз извршну исправу достави адекватне доказе да је потраживање из извршне исправе прешло на њега, као што је Уговор о купопродаји стечајног дужника и решење Агенције за упис у судски регистар о уписаним статусним променама, доказује да је дошло до статусних промена код тужиоца из извршне исправе и да је на основу законске цесије на њега прешло потраживање из приложене извршне исправе, те се стога, сходно члану 37. Закона о извршном поступку, процесно легитимише за подношење предлога за одређивање извршења, иако у приложеној извршној исправи није означен као поверилац.“<sup>42</sup>

б) уговора о спајању уз припајање – у пракси привредних судова није спорно да је одступање од начела формалног легалитета допуштено код промене повериоца услед статусних промена као што је спајања уз припајање. Тако се у једној одлуци наводи: „Након тога, правно лице настало спајањем уз припајање је поднело предлог за промену извршног повериоца, односно прелаз потраживања јер је код извршног повериоца извршена статусна промена спајања уз припајање по решењу АПР-а, на основу закљученог уговора о спајању уз припајање при чему је извршни поверилац престао да постоји и брисан из регистра“.<sup>43</sup>

в) плаћања туђег дуга од стране јемца – до законске цесије долази и у случају плаћања туђег дуга. „На јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним правима и гаранцијама његовог испуњења. Јемац који је исплатио повериоцу његово потраживање може захтевати од дужника да му накнади све што је исплатио за његов рачун као и камату на дан исплате.“<sup>44</sup>

С друге стране, судови нису дозвољавали одступање од идентитета означених странака у предлогу за извршење и у извршној исправи код:

41 Решење Вишег трговинског суда, Иж. 1068/2007 од 14.5.2007. године, *Paragraf Lex*.

42 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 3033/2010 од 19.9.2010. године, *Paragraf Lex*.

43 Ипак, суд није дозвољавао прелаз потраживања између наведених правних субјеката, ако је предлог за промену повериоца поднет након што је решење о извршењу постало правноснажно и извршно. Решење Привредног апелационог суда, Иж. 344/2011 од 1.4.2011. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1/2011, *Paragraf Lex*.

44 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6321/2008(2) од 11.11.2008. године, *Paragraf Lex*.

а) уступања тражбине из веродостојних исправа – тако у једној одлуци суд истиче да се чл. 37 Закона о извршном поступку, који регулише могућност одређивања извршења у случају промене повериоца или дужника, односи само на извршење по извршној, а не и по веродостојној исправи.<sup>45</sup> Суд је сматрао да у оним ситуацијама „када се извршење спроводи на основу веродостојне исправе, не постоје законски услови да се дозволи промена повериоца без доношења новог решења о извршењу, чиме се поштује принцип формалног легалитета“.<sup>46</sup> Међутим, тако искључив став је претрпео и одређене корекције. Односни члан Закона о извршењу и обезбеђењу регулише прелаз, односно пренос потраживања и обавеза по основу извршне исправе. Међутим, „решење о извршењу на основу веродостојне исправе које је постало правноснажно у обавезујућем делу, у коме има природу платног налога, стиче извршност, па прелаз и пренос потраживања, односно обавезе после његове извршности може бити основ промене странке у извршном поступку“.<sup>47</sup>

б) уговора о пуномоћству – судови су углавном негирали могућност наплате трошкова поступка у корист пуномоћника. У једној одлуци се тако указује да „овлашћење које је садржано у уговору о пуномоћству да пуномоћник наплати трошкове поступка у име и за рачун властодавца, није довољан законит основ за пренос и прелаз потраживања у извршном поступку са извршног повериоца – властодавца у корист пуномоћника“.<sup>48</sup>

в) добровољне ликвидације – „Како се добровољна ликвидација привредних субјеката, сагласно одредбама Закона о привредним друштвима, не спроводи у судском поступку, то у случају престанка друштва ликвидацијом нема места прелазу потраживања са ликвидираниог друштва на његове осниваче, у смислу члана 48. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, јер у вансудској ликвидацији не постоји одлука која има

45 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 818/2010(2) од 4.3.2010. године, *Paragraf Lex*.

46 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 344/2011 од 1.4.2011. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1/2011, *Paragraf Lex*.

47 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, *Paragraf Lex*.

48 Решење Вишег трговинског суда, Иж. 2529/2008 од 11.12.2008. године, *Paragraf Lex*.



својство јавне исправе, којом би потраживање ликвидираниог друштва било пренето на његове осниваче“.<sup>49</sup>

Напред наведене одлуке и употребљено називље за промену повериоца ничим не указују на било какву разлику између прелаза и преноса потраживања. У правној теорији,<sup>50</sup> али ни у релевантној судској пракси се не наводи да је „прелаз потраживања“ искључиво заснован на закону. И код уговора о цесији и уговора о статусној промени промена повериоца је добровољна. И у једном и другом случају сукцесија у праву (правни континуитет) се може доказивати овереном приватном исправом, али и јавном исправом – изводом из катастра непокретности (код цесије потраживања обезбеђеног извршном вансудском хипотеком), односно изводом из регистра привредних друштава (код промене повериоца услед статусне промене).

Системско тумачење неке норме заснива се на идеји да је свака правна норма део једне сложене целине (система), чији су делови међусобно уско повезани. Као интегрални део правнога поретка свака позитивноправна норма заузима одређено место у односу на друга правна правила и са њима је у смисленој вези. Норма коју тумачимо може послужити у одгонетању смисла других норми, као што остале норме помажу у појашњењу смисла тумачене норме.<sup>51</sup> Ако се пажљиво сагледа значење израза „пренос потраживања“ и „прелаз потраживања“ у односу са другим нормама исте целине, на пример у односу са нормама ЗИО, као истог правног извора (ужа целина), и у односу са нормама ЗОО и ЗПД као других правних извора (шира целина), нема места закључку да је с једне стране „пренос потраживања“ увек добровољан, тј. искључиво вољна сукцесија, а да је, с друге стране, „прелаз потраживања“ заснован на закону и одвија се мимо воље уговорника. Прибавилац у оба случаја изводи своје право из права претходника. Ако је неко право преносиво његов стицалац на основу закона и на основу уговора (ако уговорна воља није другачија) стиче онолико права колико је имао његов претходник. Идеја

---

49 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 7.11.2016. и 8.11.2016. године и на седници Одељења за привредне преступе одржаној дана 10.11.2016. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2016, *Paragraf Lex*.

50 Вид: Ненад Тешић, „Пренос права и обавеза у оквиру начела формалног легалитета“, *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, 319-349.

51 Damir Aviani, Dario Đerđa, „Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, 2/2012, fn. 9, 372.

да сукцесор на основу закона стиче више права од сукцесора на основу уговора једноставно није у складу са природом деривативног стицања које почива на правном континуитету.

#### IV (Не)постојање законодавне *animus novandi*

Једно од питања које отвара претходно наведено рестриктивно тумачење норме из чл 48 ЗИО гласи: да ли је законодавац имао намеру да се у сфери овог изузетка од начела формалног легалитета било шта промени и надаље ако је таква намера постојала, да ли се правнополитички циљ „нове норме“ огледао у проширењу круга лица која могу покренути извршни поступак иако у исправи подобној за покретање извршног поступка нису назначени као повериоци, или је законодавац, управо супротно, имао жељу да круг ових лица битно ограничи?

Чини се да у откривању одговора на ова питања може добро да послужи историјски метод тумачења права. Проучавање записника о раду законодавне комисије, различитих верзија нацрта Закона, текстова које потписују чланови комисије из тог периода, њихових наступа у медијима и на стручним скуповима може бити од нарочите користи. Овом приликом посебну пажњу смо посветили Образложењу уз нацрт Закона, јавној расправи о нацрту Закона, као и скупштинској расправи о предлогу Закона. Свака појединачно, а поготово у међусобној интеракцији као заокружена целина ове припремне активности у доношењу Закона указују на могуће правце тумачења предметне норме о промени имаоца потраживања у извршном поступку.

#### 1. Образложење уз нацрт Закона

У образложењу уз нацрт ЗИО (2015) нема ни помена о томе да чл. 48 доноси неку новину, а нарочито нема упозорења да је дошло до потпуног заокрета у овој области.<sup>52</sup> С тим у вези неколико је могућих сценарија: први да је овде свесно оступљено од уобичајне законодавне технике, други да је услед номотехничке грешке законодавац пропустио да укаже на значајну измену досадашњег нормативног решења и трећи који се нама чини најверљивијим да суштинске измене у садржини тумачене нор-

52 Законодавац би вероватно и овом институту да је у питању нормативна новост посветио дужну пажњу, као што је, на пример, жалба у извршном поступку појашњена на неколико страница. Вид.: „Објашњење основних правних института и појединачних решења“, *Нацрт закон о извршењу и обезбеђењу*, 11. септембар 2015, 165 и даље. Извор: Министарство правде РС, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 16.04.2017.

ме нису ни планиране, нити је до њих дошло. Да је законодавац заиста желео да одступи од досадашње концепције, он би то без оградe урадио и подвукао без увијања.

## 2. Јавна расправа о нацрту Закона

Не можемо се отети утиску да нико од правника који су проучавали ЗИО током јавне расправе није уочио „жељу законодавца“ да у чл. 48 додатно ограничи изузетак од начела формалног легалитета. Напротив, недовосмислено су исказане сасвим супротне тенденције. Тако у предлогу Америчке привредне коморе стоји: „Нацрт дозвољава спровођење извршења на основу извршне исправе на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренето или да је на њега на други начин прешло пре или у току поступка, те би предложена допуна става 1 члана 44 Нацрта омогућила да се извршни поступак под истим условима води и на предлог и у корист лица које у веродостојној исправи није означено као извршни поверилац, а обзиром да нема разлога да се исто не дозволи и када је у питању веродостојна исправа ... Тренутно решење онемогућава компаније које се баве откупом потраживања, да након откупа потраживања заснованих на фактурама као веродостојним исправама, своја права остварују директно покретањем извршних поступака против дужника, већ су принуђене да се кроз парнични поступак – добијањем правоснажне судске одлуке, најпре легитимишу као нови поверилац, да би тек након тога покретањем извршног поступка на основу добијене одлуке као извршне исправе, остваривале своја права и наплаћивала своја потраживања према дужницима. Овим су компаније које се баве откупом потраживања, натеране да воде два судска поступка у циљу намирења свог потраживања, што значајно увећава трошкове компанијама и продужава време потребно за намирење судским путем.“ На основу напред наведеног Америчка привредна комора предложила је допуну односног члана<sup>53</sup> тако да гласи „Извршни поступак води се и на предлог и у корист лица које у извршној исправи или веродостојној исправи није означено као извршни поверилац, ако то лице јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на

53 Предложена измена Става 1, члана 44 Нацрта ЗИО, Америчка привредна комора, [https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham\\_Nacr%20Zakona%20o%20izvr%C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf](https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham_Nacr%20Zakona%20o%20izvr%C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf), 16.04.2017.

њега, а ако то није могуће – ако пренос или прелаз потраживања докаже правноснажном, односно коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.<sup>54</sup>

Несумњива потреба праксе за ширењем круга лица која нису иницијални имаоци тражбине, али могу покренути и водити извршни поступак је правилно препозната од стране законодавца. Лица која се баве откупом потраживања по фактурама сада су потенцијални извршни повериоци. На овај начин је кроз законодавну интервенцију олакшан посао факторинга у чијој основи лежи уговорна цесија.<sup>55</sup> Према нашим позитивноправним прописима, факторинг је финансијска услуга купопродаје постојећег недospelог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.<sup>56</sup> Продају сваког потраживања одређеног уговором о факторингу уступилац врши уз истовремену предају фактору: уговора (оригинал или копија оверена од стране надлежног органа) и/или фактуре и других докумената којима се доказује основ и врши идентификација потраживања.<sup>57</sup>

### 3. Скупштинска расправа о предлогу Закона

Ако се посматра скупштинска расправа у вези предлога Закона о извршењу и обезбеђењу може се приметити да народни посланицу нису у чл. 48 уочили неку нарочиту новину у односу на претходна законодавна решења. Није предложен било какав амандман на овај члан, иако су у односу на остатак закона у том послу посланици били прилично ревносни. Примера ради на члан 38 предлога ЗИО који уређује новчану казну за непоштовање суда, јавног извршитеља и других ученика у поступку амандман је заједно поднело неколико народних посланика.<sup>58</sup> Слично је и са

54 Притом је предложено да се у ставу 3 члана 44 Нацрта ЗИО пропише да на решење којим се утврђује да је стицалац ступио на место извршног повериоца није дозвољена жалба. У случају цесије, дужник нема право да се противи промени повериоца, па није јасно зашто би имао право на жалбу на решење којим се та промена утврђује, нити који би то били разлози за жалбу. Предлог 15, Релевантни члан Нацрта: чл. 44,

[https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham\\_Nact%20Zakona%20o%20izvr%20C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf](https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham_Nact%20Zakona%20o%20izvr%20C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf), 16.04.2017.

55 Опширније о појму факторингу: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2006, 290.

56 Закон о факторингу, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2013, чл. 2, ст. 1, тач. 1.

57 Закон о факторингу, чл. 23, ст. 1, тач. 1.

58 Амандман су заједно поднели народни посланици Гордана Чомић, Весна Марјановић, Драгољуб Мићуновић, Драган Шутановац, Јован Марковић и Јована Јовановић. Записник са седнице

чланом 41 предлога ЗИО<sup>59</sup> који уређује врсте извршних исправа, као и чланом 52 предлога ЗИО који уређује врсте веродостојних исправа.<sup>60</sup> Сматрамо да тако значајна измена досадашње концепције у овој сфери, да се промена субјеката на активној страни у извршном поступку више не дозвољава на основу уговора о уступању, већ само на основу законских чињеница, свакако не би промакла искусним парламентарцима, те да би макар неки од правнички образованих посланика покушао да у томе делу амандманима утиче на предлог Владе.

#### 4. Коментари новог Закона

У сусрет ступању на снагу новог ЗИО (2015) на тржишту правничке литературе појавио се његов Коментар и то из пера искусних аутора у сфери обезбеђења и извршења, од којих се неки овим питањима баве на теоријској равни, док су други изразити практичари. Нико од Коментатора код чл. 5 не указује на неку новину у сфери одступања од начела формалног легалитета, нити код чл. 48 на околност да је напуштена „шира концепција“ по којој се промена субјекта на активној страни у извршном поступку допушта у случају „преноса потраживања“ и „прелаза потраживања“, односно да је усвојена „ужа концепција“ по којој се прави оштра разлика између прелаза и преноса потраживања,<sup>61</sup> те наглашава да се поступак извршења може водити у корист лица које није назначено као поверилац у извршној исправи само у случају „прелаза потраживања“.<sup>62</sup>

---

НСРС, Привремене стенографске белешке (нередиговане и неауторизоване), Република Србија, Народна скупштина, Девета седница Другог редовног заседања Народне скупштине Републике Србије (Четврти дан рада) 01 Број 06-2/537-15 17. децембар 2015. године, Београд.

59 Амандман су заједно поднели народни посланици Дубравка Филиповски и Велимир Станојевић, *ibid.*

60 Амандман су заједно поднели народни посланици Дубравка Филиповски и Велимир Станојевић, као и народни посланик Олгица Батић, *ibid.*

61 Уместо свих види: Јасмина Стаменковић, „Поступак извршења на основу веродостојне исправе“, *Приручник за примену Закона о извршењу и обезбеђењу*, Јануар 2016, 40.

62 О концепцијском заокрету нема ни помена на стручним скуповима организованим од стране Привредне коморе Београда, „Поводом доношења Закона о извршењу и обезбеђењу“, „Сл. гласник РС“, бр. 106/15, чија примена почиње 01. јула 2016. године, Привредна комора Београда у сарадњи са Комором извршитеља Републике Србије организовала је прво од низа представљања нових решења Закона о извршењу и обезбеђењу. Нова законска решења представили су водећи стручњаци из ове области и чланови радне групе за израду новог ЗИО и то: Александра Трешњев, председник Коморе извршитеља РС; Јован Кордић, председник Привредног суда у Београду; Зоран Рогић, судија Првог основног суда у Београду и члан рад-

Сводећи напред казано, можемо закључити да се историјском методом тумачења норме из члана 48 ЗИО на основу проучених припремних радова с тим у вези, не може доћи до закључка да предметну норму треба уско тумачити. Ако је и постојала намера законодавца да нешто у овој норми промени, онда је планирана измена ишла у сасвим другом правцу ка ширењу изузетка од начела формалног легалитета, а не ка његовом сужавању.

Образложење таквог поступања законодавца није нарочито правно сложено. Уступањем потраживања из извршне исправе или веродостојене исправе позиција дужника се не мења, Ако дужнику остају на располагању сва правна средства која је имао према иницијалном повериоцу нема разлога да нови поверилац у погледу правних средстава усмерених на остварење свог потраживања буде у горем положају од свог правног претходника. Ако је нека тражбина постала подобна за извршење, њеним уступањем она из имовине цедента долази у имовину цесионара, али не губи своја претходно стечена својства.

## **V Примерен доказ промене имаоца тражбине на основу уговора**

У судској одлуци која се на неки начин може назвати поводом нашег истраживања, поступајући суд закључује да уговор о цесији не може бити основ „прелаза потраживања“ и да као такав нови ималац тражбине није подобан да поднесе предлог за извршење, не улазећи притом у питање форме овог уговора. Иако бављење формом основа уступања донекле одступа од главне линије наше анализе оно је свакако од значаја за њену заокруженост. Ово нарочито јер је питање форме таквог уговора изазвало озбиљне недоумице у пословној пракси.

У одлукама српских судова доминантно је становиште да „уговор о цесији представља самостални правни посао и писмена форма није услов његове пуноважности, већ се у погледу форме примењују општа правила, осим уколико се уговором уступа неко потраживање, које потиче из уговора, који по закону мора да се закључи у прописаној форми, у

---

не групе за израду ЗИО; Мирјана Банић, извршитељ.“ „Представљање нових решења закона о извршењу и обезбеђењу“, [http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/c\\_privprav/Detaljnije.aspx?veza=18734](http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/c_privprav/Detaljnije.aspx?veza=18734), 16.04.2017.

ком случају и споразум о уступању тог потраживања мора бити закључен у истој форми.<sup>63</sup>

Такво резонувања судова одраз је владајућег става у нашој теорији облигационог права да форма основног посла одређује форму цесије.<sup>64</sup> Према мишљењу проф. Перовића, ако се уговором уступа потраживање из уговора који по закону мора да се закључи у прописаној форми, тада и споразум о уступању потраживања мора бити закључен у истој форми.<sup>65</sup>

У том смислу, наша правна књижевност, чини се следи решење аустријског права, где је за цесију довољан неформални споразум, осим ако форма није потребна за ваљаност основног посла.<sup>66</sup>

Међутим, у правној литератури се јавља и становиште по коме код уступања потраживања из уговора о промету непокретности треба правити разлику између уступања потраживања на предају непокретности и цесије потраживања на исплату цене. „Ако је извор тражбине уговор о промету непокретности за који је у нашем праву предвиђена форма солемнизоване исправе, чини се да приступ по коме сваки уговор о цесији потраживања које потиче из таквог извора мора бити солемнизован код јавног бележника није примерен. Ако се уступа потраживање купца на предају куће, овај уговор мора бити закључен у форми коју закон захтева за промет непокретности“.<sup>67</sup> Међутим, ако се уступа новчано потраживање, па макар и потраживање цене из уговора о продаји непокретно-

---

63 Пресуда Врховног суда Србије број Рев. 667/07 од 15. маја 2008. године и Пресуда Окружног суда у Новом Саду, посл. бр. Гж. 3525/05 од 5. октобра 2006, *Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду*, бр. 14/2008, Intermex, Београд, аутор сентенце: М. Жежељ Јовановић, судија. „Уколико се уговором уступа неко потраживање које потиче из уговора који по закону мора да се закључи у прописаној форми, тада и споразум уступања тог потраживања мора бити закључен у истој форми.“ Видети: Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5724/2007 од 4. септембра 2008. године, *Paragraf Lex*.

64 Мада је основ за такво поступање могуће тражити и у аналогiji са правилом о форми повероочевог пристанка на уступање уговора. „Пристанак на уступање уговора је пуноважан само ако је дат у форми у закону прописаној за уступљени уговор“ (ЗОО, чл. 145, ст. 3).

65 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I Београд 1980, 990.

66 Видети: J. Krainz, L. Pfaff, A. Ehrenzweig, *Sistem austrijskoga općega privatnoga prava, Opći deo obveza* (prev. Ivan Maurović), Zagreb 1911, 138.

67 Тако у једној одлуци суд наглашава: „Како је посебним законом прописано да се уговор о промету непокретности закључује у писаној форми, закључује се, сходно правилима облигационог права о форми уговора, да је услов писане форме потребно испунити и у другим актима везаним за тај правни посао, па и цесију.“ Вид.: Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 986/2013 од 21.3.2013. године.

сти, не може се бранити теза о „континуитету форме“, пошто форма у овом случају не остварује своју сврху.

За делатност трговине потраживањима је од нарочитог значаја да купац тражбине обезбеђене извршном вансудском хипотеком купујући такву тражбину стекне могућност иницирања судског и вансудског поступка намирења. Према Закону о хипотеци, потраживање обезбеђено хипотеком може да се уступи на основу уговора између повериоца и лица коме се потраживање уступа.<sup>68</sup> Овај уговор се закључује у форми прописаној за уговор о хипотеци.<sup>69</sup> Како се уговор о хипотеци, односно заложна изјава у оним случајевима када се уписује у регистре непокретности као „извршна вансудска хипотека“,<sup>70</sup> закључује, односно даје у форми јавнобележничког записа, правило о „паралелизму форми“ налаже да се и уговор о уступању тако обезбеђене тражбине закључује у истоветној форми.<sup>71</sup> Ако је уговор о извршној хипотеци закључен пре почетка обављања

68 Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015 чл. 20, ст. 1. „Хипотекар може да располаже обезбеђеним потраживањем посредством уступања (цесије) или његовим залагањем (заснивањем надхипотеке).“ Исто дејство као и цесија имају и случајеви законске или уговорне персоналне суброгације. Вид.: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 251.

69 Закон о хипотеци, чл. 20, ст. 3, тачка 1 у погледу форме уговора о уступању потраживања обезбеђеног хипотеком упућује на чл. 10, ст. 1 Закона о хипотеци.

70 Чини се да израз „извршна вансудска хипотека“ у нашем правном поретку не одговара више садржини овог појма. Ово из разлога што поверилац чије је потраживање обезбеђено таквом хипотеком може одредити да ли ће водити вансудски поступак намирења сходно Закону о хипотеци, или ће одговарајућим предлогом иницирати поступак судског намирења сходно Закону о извршењу и обезбеђењу, с обзиром да овај закон наводи уговор о хипотеци и заложну изјаву као извршне исправе. Отуда би правилније било назвати овај институт извршна хипотека. Вид.: ЗИО, чл. 41, ст. 1, тачка 4.

71 С обзиром да се Законописац овде служи упућујућом нормом њена конкретизација допушта различита тумачења. Тако се овом питању може се приступити и нешто другачије узевши пре свега у обзир да се код таквих уступања по правилу, цедирају потраживања из уговора о кредиту. Ако је за уговор о кредиту прописана писана форма (ЗОО, чл. 1066), зашто би за уступање таквог потраживања био потребан строжи степен форме? Ипак, сматрамо да се код уступања обезбеђеног потраживања не може занемарити околност да са таквим потраживањем на прибавиоца прелази и извршна хипотека. Правнополитички циљеви који су навели законодавца да управо код уговора о хипотеци и заложне изјаве као основа за заснивање извршне хипотеке пропише форму јавнобележничког записа, односе превагу и код нашег одређења за истоветну форму код уговора о уступању тако обезбеђене тражбине. У том контексту ваља, пре свега, истаћи заштитну функцију форме која се огледа како у чувању интереса уговорника, тако и јавног интереса. Не сме се занемарити ни контролна функција форме, с обзиром да одговарајућа форма нуди надлежним органима податке о располагању, на пример, о времену и вредности промета. Тако, да порески органи лакше сазнају шта опо-



делатности јавних бележника у нашем правном систему и то у писменој форми, са потписима овереним у суду, онда и уговор о уступању тако обезбеђене тражбине може бити закључен у писменој форми уз оверу потписа странака од јавног бележника. Чини се да оно што купце тражбина у пословној пракси нарочито занима јесте одговор на питање у којој форми треба закључити уговор о уступању скупа (пакета)<sup>72</sup> потраживања од којих су неке тражбине сасвим необезбеђене, а друге обезбеђене хипотеком која је по правилу извршна.<sup>73</sup> Чини се да и овде важи оп-

---

резовати, а инспекцијски органи једноставније улазе у траг токовима новца, што код неких уговора, на пример, код цесије обезбеђеног потраживања са правом регреса није ни мало једноставно. Опширније о функцијама форме вид: Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније (2014)*, (ур. Вук Радовић), Београд 2014, 482-511, 509-510. Такво резонавање није неуобичајно у нашем правном систему. Чини се да слични аргументи и поред начела консесуализма опредељују законодавца да усвоји правило о паралелизму форми код пуномоћја. „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла“ (ЗОО чл. 90). О циљу због кога је прописана нека форма законодавац води рачуна и код раскидања формалних уговора. Тако формални уговори могу бити раскинути неформалним споразумом, изузев ако је за одређени случај законом предвиђено што друго, или ако циљ због кога је прописана форма за закључење уговора захтева да раскидање уговора буде обављено у истој форми (ЗОО чл. 68). Приступ заснован на континуитету форме доследно се спроводи и код залагања потраживања обезбеђеног хипотеком. Потраживање обезбеђено хипотеком може се заложити на основу уговора између хипотекарног повериоца и надхипотекарног повериоца, с тим да се такав уговор закључује у истој форми у којој је закључен уговор о хипотеци (Закон о хипотеци чл. 21, ст. 1 и ст. 2). На линији која подржава идеју о континуитету форме је и Закон о јавном бележничтву по коме се уговори, односно изјаве којима се мењају правни односи настали закључењем уговора о хипотеци или давањем заложне изјава ако ови садрже изричиту изјаву обвезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем закључују, односно дају у облику јавнобележничког записа. Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 82, ст. 3.

72 Као и у другим сличним ситуацијама и овом приликом се залажемо за одбацивање туђица и употребу правнотехничких израза из нашег језика, када год је то могуће и наравно смислено. Иако се у нашој пословној пракси запатио израз „портфолио потраживања“ сматрамо да је правилније казати: збир, скуп или пакет потраживања. О уступивости збира постојећих, али и будућих тражбина које су довољно одређене или одредиве. Вид.: Ненад Тешић, *Продаја и пренос потраживања*, Београд 2012, 144-145.

73 Чини се да је једногласно опредељење пословне праксе за овај институт у целости оправдало његово увођење у наш правни систем. Извршна хипотека која омогућава обезбеђеном повериоцу да без претходног вођења парнице покрене извршни поступак у циљу намирења по-

ште правило из чл. 69 ЗОО да уговорне стране могу стипулисати и виши степен форме у односу на прописани,<sup>74</sup> на пример тако што ће обезбеђена и необезбеђена потраживања у збиру уступити уговором закључним у форми записа. Притом је природно да водећи рачуна о трошковима трансакције, уговорници могу потраживања обезбеђена извршном хипотеком посебно уступити уговором закљученим у форми записа, док ће у погледу необезбеђених потраживања закључити други уговор о цесији у писаној форми са „обичном” овером потписа. Такву логику следи и немачко право, где је уступање тражбине пуноважно и ако је у усменом облику,<sup>75</sup> па се може се склопити и прећутно,<sup>76</sup> Ипак, ако је реч о потраживању које је обезбеђено хипотеком уговор о цесији је формалан.<sup>77</sup>

### VI *Iura novit curia*

Изрека *суд зна право* не доноси носиоцима правосудне функције само овлашћења, него и одређену одговорност за оно што је изречено у свакој појединачној судској одлуци. Судска независност се у правној теорији обично описује као њена потпуна одвојеност од извршне власти ради спречавања било каквог утицаја на пресуђивање. Како прокламована независност судова изгледа у стварности, у нашим, али и светским условима, опште је позната чињеница. То ипак не значи да се сходно учењу о правном оптимизму, за које се и овде залажемо, независности судства не морамо изнова враћати и истицати је као вечни идеал. Међутим, важно је нагласити да се независност судства и судија не сме разумети као њихова отргнутост од било какве контроле стручне јавности. Правној науци као истинољубивој сумњи поверен је сложен задатак да преиспита резо-

---

траживања пред судом или приступи вансудском намирењу је у банкарској пракси посве заменила класичну хипотеку утемељену на начелу официјелности. Изузетак је тако сасвим потиснуо правило.

74 „И онда када законодавац пропише одређену форму као битну, то јест када се по закону уговор мора закључити у одређеној форми да би могао да произведе жељена правна дејства, странама остаје слобода да прописану форму поопштре.“ Марија Караникић-Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао* 2/2015, 313–339, 317.

75 Hein Kötz, „Rights of Third Parties, Third Party Beneficiaries and Assignment“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1992, Vol. VII: *Contracts in General*, A. T. von Mehren (ed.), 75.

76 J. Busche у: J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern)*, M. Löwisch (red.), 13. Bearb.– Berlin: Sellier – de Gruyter, 2005, 78.

77 Приликом цесије потраживања обезбеђеног реалним обезбеђењем на непокретности, цесија потраживања мора поштовати правила о преносу хипотеке успостављена § 1117 и §1156 НГЗ.

новање судске власти, те укаже на евентуалне пропусте и последице формирања погрешне праксе. Ако тумачење неке норме крене у супротном правцу, правна наука нема право да ћути. Она је дужна да разумевање неке норме врати на прави пут како се непримерено тумачење не би устоличило као владајуће. Сходно напред наведеном, истинским успехом овог научног рада сматрали би иницирање покретања, по службеној дужности, одговарајућег поступка за решавање спорног правног питања пред Врховним касационим судом.<sup>78</sup> У таквом поступку Суд би могао заузети правно схватање о томе: да ли се појам „пренос потраживања“ разликује од појма „прелаз потраживања“, те да ли евентуална разлика почива на обрасцу по коме је основ „преноса потраживања“ уговор о цесији, док до „прелаза потраживања“ долази по самом закону?

Према становишту Привредног апелационог суда у Београду оштра граница између ова два појма није спорна и може се повући управо по наведеном критеријуму – основа промене повериоца. Начелно говорећи, не може било шта приговорити ставу да је подношење предлога за извршење од лица које у извршној исправи није назначено као поверилац изузетак од принципа формалног легалитета, те да се као и други изузеци у праву и овај мора тумачити што уже. Ипак то не значи да се различити облици сингуларне и универзалне сукцесије,<sup>79</sup> засновани на правном послу „једним потезом пера“ могу искључити из круга валидних основа за промену субјекта, тако да и поред правне сукцесије нови има-

---

78 „Ако у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима, првостепени суд ће по службеној дужности или на предлог странке покренути поступак пред Врховним касационим судом ради решавања спорног правног питања.“ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014 чл. 180-185. Опширније вид.: Марија Салма, „Поступак за решавање спорног правног питања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 289–298.

79 Сукцесија у извршном поступку наступа и као последица универзалне материјално правне сукцесије. Ранка Рачић, *Сукцесија у процесном односу* (докторска дисертација) Ниш 1996, 125. На пример, ако је по извршној исправи поверилац физичко лице које је умрло, наследници тог физичког лица су овлашћени да на основу постојеће извршне исправе поднесу предлог за извршење, али су дужни да уз предлог приложе и решење оставинског суда којим су оглашени за наследнике. Љиљана Поповић, „Странке и трећа лица у извршном поступку“, *Правни живот* 1/90, вол. 40, *fn.* 50, 221. Према неким ауторима у сличним ситуацијама промене субјекта, својство извршног повериоца најчешће се и доказује достављањем правноснажног решење о наслеђивању основног суда којим је утврђено ко су наследници претходног извршног повериоца. Н. Шаркић, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2016, 75

лац тражбине не може против дужника покренути и водити извршни поступак у своју корист.<sup>80</sup>

Таква рестриктивност ПАС-а у тумачењу чл. 48 ЗИО (2015) озбиљно је узнемирила све оне правнике у Републици Србији задужене за старање о проблематичним пласманима (енгл. „Non performing loans – NPL“). Ако се погледа стварно стање у овој области, подаци доступни јавности су прилично алармантни. Ниво проблематичних кредита у банкарском сектору је износио 426 милијарди динара, односно приближно 3,5 милијарде евра.<sup>81</sup> Удео ових кредита достигао је око 22% у односу на укупан број кредита.<sup>82</sup> Ови показатељи се истичу као један од највећих проблема банкарског сектора у Србији,<sup>83</sup> али и региона југоисточне Европе.<sup>84</sup> Управо из тог разлога домаће пословне банке су у 2014. и 2015. године продале<sup>85</sup> или уступиле 94 милијарде динара NPL-ова, уз накнаду од 46 милијарди динара што је око 50%. Од тога 35% је остало у банарском сектору где су банке

- 
- 80 Примера ради, по проучавању наведене одлуке, остаје сасвим без одговора питања. Ако по исказаном тумачењу суда до преноса тражбине долази само правним послом, да ли се под правним послом подразумева само посао *inter vivos* или долази у обзир и посао *mortis causa*, као што је тестамент.
- 81 У Србији око 3,5 милијарде евра проблематичних кредита, Тањуг, 08.03.2016, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/u-srbiji-oko-35-milijarde-evra-problematicnih-kredita/xv8stln> (16.04.2017).
- 82 По уделу ненаплативих кредита Србија је, уз Грчку и Кипар, у кругу европских рекордера. Решавање тог проблема један је од кључних задатака трогодишњег програма Србије са ММФ. „Ненаплативи кредити 3,6 милијарди евра“, 15.05.2015, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/nenaplativi-krediti-36-milijardi-evra/hykpdkj> (16.04.2017).
- 83 „Потпредседница Светске банке Лора Так оценила је да је један од највећих проблема банкарског сектора у Србији висок удео ненаплативих кредита“. Так је упозорила да висок удео лоших зајмова доприноси слабој кредитној активности банака и спором економском расту земље. Она, наима, сматра да тренутно законодавство у Србији не погодује решавању проблема ненаплативих кредита. Вид.: „Так: Ненаплативост кредита успорава економски раст“, Тањуг, 08.06.2014, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/tak-nenaplativost-kredita-usporava-ekonomski-rast/2pjqqbbp> (16.04.2017).
- 84 „Кредитни ризик евидентан је у високом нивоу учешћа некавалитетних кредита у портфолију банака. То је последица неадекватне кредитне активности из времена раста, али и преливања глобалне финансијске и дужничке кризе, нарочито из региона ЕУ у наш систем. Вид: Данијела Нишавић, „Самит гувернера: Највећи изазов региона ненаплативи кредити“, 08.11.2013, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/samit-guverneranaajveci-izazov-regiona-nenaplativi-krediti/er4018q> (16.04.2017).
- 85 Постоји неколико начина да се реши проблем ненаплативих кредита, а један од најефикаснијих је да лоше зајмове банке продају специјализованим фирмама. „Банкама се највише исплати да ненаплативе кредите продају“, Тањуг, 05.07.2014, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:499417-bankama-se-najvise-isplati-da-nenaplative-kredite-prodaju> (16.04.2017).

куповале једне од других, а 65% је изашло из тог сектора.<sup>86</sup> Дobar део потраживања којима се трговало на нашем тржишту, а свакако највреднији део укупног промета, јесу потраживања обезбеђена извршним вансудским хипотекама. Према општем правилу, хипотекарни поверилац може пренети своје потраживање према дужнику. Заједно са таквим потраживањем на треће лице прелази и хипотека као акцесорно право.<sup>87</sup> Сама за себе хипотека се не може пренети, као што је немогуће пренети неку хипотеком обезбеђену тражбину без преноса припадајуће хипотеке.<sup>88</sup>

Иако се правничкој јавности чинило да норма из чл. 48 ЗИО није значењски отворена и не дозвољава разноврсност у интерпретацији, читава једна индустријска грана се нашла у чуду суочена са сазнањем да ће сходно исказаном становишту Привредног апелационог суда купци обезбеђених тражбина, без обзира што је њихов правни претходник имао извршну исправу у односу на дужника, своје потраживање стечено на основу уредно овереног уговора о уступању морати да доказују у парници. Након иницијалне реакције да се сигурно ради о „првоаприлској шали“, неверицу је заменило запрепашћење и искрена забринутост за могућност даљег пословања. Ово нарочито, што нити један позитивноправни пропис у Републици Србији не прави било какву разлику између прелаза потраживања и преноса потраживања.

Сматрамо да такво уско тумачење члана 48 ЗИО (2015) једноставно не погађа *ratio legis* предметне нормe. Задатак тумачења правне нормe није у утврђивању њеног језичког већ [...] њеног правог значења.<sup>89</sup> У конкретном случају, тешко је докучити мотив због којег би законодавац мењао ову норму у правцу сужавања изузетка од начела формалног легали-

---

86 Тако један од банкара који су узели учешће на „Копаоник бизнис форуму“ – Славко Царић наглашава да је важно да након купопродаје проблематичних потраживања њихова наплата не траје годинама, те „да инвеститор не гледа у пасуљ, већ да има процес који ће бити бржи и ефикаснији“. Вид.: „У Србији око 3,5 милијарде евра проблематичних кредита“, Тањуг, 08. 03. 2016, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/u-srbiji-oko-35-milijarde-evra-problematичnih-kredita/xv8stln> (16.04.2017).

87 ЗОО, чл. 437, ст. 1. Опширније о преносу права и обавеза код хипотеке, Душко Медић, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука 2005, 190.

88 Драгољуб Стојановић, Божидар Павићевић, *Право обезбеђења потраживања*, Београд 1997, 275. Ипак, тако схваћена акцесорност хипотеке у савременим правним системима познаје и значајне изузетке. Опширније о одступањима од акцесорности код хипотеке вид.: Милош Живковић, *Акцесорност заложних права не непокретности*, Београд 2010, 190-191.

89 Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 73.

тета. Ово нарочито из разлога што није уочљива било каква промена у јавном интересу, нити у потребама и интересима учесника у овом правном односу. Законодавац је код креирања овог правног института морао водити рачуна о досадашњој пословној пракси и учесталости располагања потраживањима обезбеђеним извршном (вансудском) хипотеком. Купци се углавном и опредељује за куповину одређеног потраживања управо зато што је оно обезбеђено извршном хипотеком, тако да нови ималац тражбине остварује предност у намирењу не само у односу на хипотекарне повериоце слабије по рангу и обичне хирограферне повериоце, већ му на располагању стоји извршна исправа на основу које може без оклевања иницирати извршење. Од тога у ком року купац тражбине може приступити принудном намирењу, по правилу, зависи цена неког потраживања на тржишту. Исцрпљујућа парница, са рочиштима која се заказују на по неколико месеци, трошковно и на све друге начине одвраћа потенцијалне купце. Ако се неки купац и поред тога одлучи на трговину, оно што сигурно добија јесте осећај потпуне беспомоћности у погледу трајања поступка намирења купљене тражбине.<sup>90</sup>

Спорост у раду правосудних органа постала је нека врста нашег „правног фолклора“, за коју неки учесници у процесу доношења закона очигледно сматрају да га треба „љубоморно чувати“. Снагу такве идеологије доказује управо нови Закон о извршењу и обезбеђењу који је извршни поступак свесно или несвесно претворио у „малу парницу“.<sup>91</sup> Лучоноше ове идеје верују да је просечан извршни дужник пензионер који дугује за струју и друге комуналије. Међутим стварност је сасвим другачија, пензионери су најревносније платише. Типичан извршни дужник је „некадашњи тајкун“ који је „преинвестирао“, углавном тако што је кредит одобрен привредном друштву користио за личну потрошњу, ширећи се више него што може да се покрије. Правна замршеност је одлика једног закона коју такав дужник понајвише цени, док остали привредници тону у

---

90 Ипак, једно је сигурно да такво претварање „вина у воду“ односно потраживања обезбеђеног извршном вансудском хипотеком у потраживање обезбеђено обичном хипотеком неће спречити продају тражбина, већ ће само умањити њихову цену.

91 Са читавим „арсеналом правних средстава“ усмерених на развлачење у спровођењу онога што је већ утврђено као неспорно: жалба и приговор, тужба за недопушеност извршења, захтев за отклањање неправилности и захтев за одлагање извршења. Опширније вид.: Марина Ђукић, „Правна средства у извршном поступку“, *Закон о извршењу и обезбеђењу, Коментари новина у Закону и правних института извршног права на моделима аката*, Београд 2016, 53-67.

„живо благо“ због немогућности принудне наплате, овај „сналажљиви појединац“ у сличним ситуацијама „најбоље плива“.

Као један од својих најважнијих циљева Народна банка Србије наводи унапређење процеса управљања лошом активом у банкама.<sup>92</sup> Притом се нарочито наглашава да спречавање чишћења биланса банака онемогућава веће кредитирање у будућности без кога нема ни преко потребног привредног раста.<sup>93</sup> „Инвестициони фондови су флексибилнији и често ефикаснији у реализацији проблематичних кредита од самих банака,<sup>94</sup> па је јако важно кроз одговарајућа законодавна решења креирати модеран правни оквир за продају и куповину тражбина. У овом процесу свако треба ради свој део посла – Министарство финансија, НБС, пословне банке, али и судови.<sup>95</sup> Држава не може и не сме преузети на себе решавање проблема ненаплативих кредита нагомиланих услед погрешних одлука банака, али им мора омогућити да своје билансе растерете од баласта лоших пласмана. Супротно свим настојањима Владе и НБС, Привредни апелациони суд рестриктивним тумачењем синтагме „прелаз потраживања“ спушта „рампу“ за располагање тражбинама, доводећи сасвим у питање и онако спор развој тржишта проблематичних кредита у Републици Србији.<sup>96</sup>

92 Акциони план Народне банке Србије за спровођење Стратегије за решавање проблематичних кредита, [http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/npl/akcioni\\_plan.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/npl/akcioni_plan.pdf) (16.04.2017).

93 Тако бивши гувернер НБС Дејан Шошкић сматра да проблем лоших кредита не треба препустити само банкама да из својих интереса раде на томе. „Важно би било да постоји централизована иницијатива НБС, али и других државних органа да се тај проблем реши тако да не изазива додатне расходе за државу ... Банкама се највише исплати да ненаплативе кредите продају“, Тањуг, 05.07.2014, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:499417-Bankama-senajvise-isplati-da-nenaplative-kredite-prodaju> (16.04.2017).

94 Према речима Владимира Круља: „Ублажавање овог проблема је веома битно питање, јер омогућава „чишћење“ биланса банака, отвара простор за кредитну експанзију пословних банака, али и повољније услове за кредитирање, посебно привреде“. Вид: Аница Телесковић, „Богићевићеви рудници – потенцијални плен Американаца“, среда, 11.05.2016, <http://www.politika.rs/scc/clanak> (16.04.2017).

95 „Идемо на чишћење НПЛ-ова, који ће морати да иду паралелно са решавањем предузећа која не раде“, рекао је министар финансија Душан Вујовић и додао да је учешће НПЛ-ова у укупним кредитима 22 одсто, што је, како навео, неодрживо. Вид.: Јована Рабреновић, На јавној расправи 3,6 милијарди евра, субота, 21.11.2015, <http://www.politika.rs/scc/clanak/343896/Najavnoj-raspravi-3-6-milijardi-evra> (16.04.2017).

96 На све ово као и на неефикасности оквира за извршење, укључујући одлагања усред преоптерећености судова предметима указује и Влада РС. „Развој тржишта проблематичних кредита омогућио би правовремено и ефикасно решавање проблематичних кредита и помогао би напоре банака у погледу реструктурирања“. Вид: Стратегија за решавање проблематичних кредита, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 72/15. С тим што код таквог стања ствари ни-

Ако се циљно тумачење заснива на тези да се у циљу, односно свр-  
си правног акта увек налазе одређене друштвене вредности којима прав-  
на норма и служи,<sup>97</sup> онда се из тумачења ПАС-а исказаног у анализираној  
одлуци не може са сигурношћу закључити које друштвене вредности се  
таквим разумевањем предметне норме заиста штите. Тврдити да стица-  
лац тражбине на основу закона има шири овлашћења од стицаоца тра-  
жбине на основу уговора је исто тако „правно логично“ као казати да је  
стицалац права својине на основу закона по нечему има друкчије право  
од стицаоца права својине на основу уговора. Чини се да је у трагању за  
смислом предметне норме кључно уочити да у погледу права на наплату  
тражбине нови поверилац ступа на место изворног повериоца. Ова про-  
мена се може вршити без било каквог одобрења дужника, али не и на ње-  
гову штету. Другим речима, дужников правни положај се уступањем тра-  
жбине не мења. Пријемник, као нови поверилац, има према дужнику  
иста права која је имао и уступиоца.<sup>98</sup>

Сматрамо да рестриктивно тумачење члана 48 ЗИО (2015) које по-  
влачи оштру разлику између прелаза и преноса потраживања не одговара  
намери законодавца, али ни логици ствари. Стварање вештачке границе  
између ова два појма несумњиво не доприноси успостављању владавине  
права и поверењу грађана и привреде у правосудни систем Републике Ср-  
бије. Из ових и других напред наведених разлога, убеђени смо да би иска-  
зано уско тумачење 48 ЗИО (2015) у решењу Привредног апелационог суда  
3 Иж 713/16 требало изнова испитати и у интересу правне сигурности што  
пре кориговати у складу са стварним смислом предметне норме.

---

ко озбиљно и не размишља, на пример о секундарном хипотекарном тржишту на коме се тр-  
гује потраживањима обезбеђеним хипотекама израженим у хартијама од вредности. Опшир-  
није о овом институту у нашој правној књижевности вид.: Мирослав Лазић, *Права реалног  
обезбеђења*, Ниш 2009, 11.

97 Д. Авини, Д. Ђерђа, 371.

98 Из решења Врховног суда Србије Пзз 14/03 од 25. децембра 2003. Наведено према: Здравко  
Петровић, Владимир Козар, *Мега збирка судске праксе из облигационог права у два тома*, Бе-  
оград 2009, 133.



**Nenad TEŠIĆ, PhD**

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

## **HOW TO MAKE AESCHYLUS CRY? THE TRANSFER OF CLAIM AND JUDICIAL TRAGEDY BASED ON ITS NARROW INTERPRETATION**

### *Summary*

*In the centre of attention in this paper, the author has laid the Art. 48 in the new Law on enforcement and securing of claims. This provision regulates an exception to the principle of formal legality in enforcement procedure ruling that enforcement shall be ordered and levied also based on the petition and for the benefit of a person who is not designated as creditor in an enforceable document, if such person proves by a public or document authenticated in accordance with law that a claim has been transferred to him or that has been assigned to him in another manner.*

*In the recent decision rendered by the Commercial Court of Appeal in Belgrade (3 Iž 713/16) as of January 5. 2017., the Court draws a sharp distinction between the transfer of claim by operation of law (srb. „prelaz potraživanja”) and contractual transfer of claim (srb. „prenos potraživanja”), arguing that the succession in all enforcement creditor’s rights is possible only in a first case.*

*That practically means that the one who has acquired a claim on the basis of companies merger will be entitled to stand in the shoes of the creditor, and on the contrary, the buyer of the claim who concluded the properly notarized assignment contract, could not initiate enforcement proceedings in his favour. Such narrow interpretation of the transfer of claim in enforcement procedure, the author considers totally unacceptable.*

*Any legal phenomenon can be understood so that is interpreted by a number of methods of interpretation.*

*i) Linguistic (textual) interpretation of the respective norm in previous pieces of legislation: the Law of Enforcement procedure (2004) and Law on enforcement and securing of claims (2011), and comparative analysis of legal texts in the region of Southeast Europe regulating the same subject-matter, author concludes that the essence of the norm ruling the transfer of claim in enforcement procedure is not changed.*

*ii) Historical interpretation of the norm as set down in Art. 48 examined on the basis of preparatory work, in particular the explanatory memoran-*

*dum to the draft law, public hearings on the draft law, as well as the parliamentary debate on the draft law could not come to the conclusion that the relevant norm should be interpreted narrowly.*

*If there was the intention of the legislator to do some changes in the previous norm, the amendments were planned to be adopted in a completely different direction to spread, not to restrict the exceptions to the principle of formal legality i.e. to cover the assignment of claims on the basis of executive instruments and authentic documents.*

*iii) Systematic interpretation of Art. 48 of the new Law on enforcement and securing of claims does not assure us to the necessity of a narrow interpretation. Every legal rule is part of a complex entity and could not be interpreted separately from the other rule. If we carefully examine the meaning of the term the transfer of claim in: Law on enforcement and securing of claims as a same legal source, Code of obligation and Company Law as the related legal sources, there is no room for conclusion that the acquirer of the claim under the law obtains wider power than the one who buy the claim under the contract of cession.*

*iv) The author strongly believes that such narrow interpretation of Art. 48 entirely miss the reason behind the respective norm (ratio legis). This restrictive interpretation of this rule does not correspond to the demands of life, not business practices prevailing in the circle of people involved in the assignment of receivables.*

*It is not clear what legal values or interest the Court protects exercising such discretion, if the debtor's legal position in enforcement proceedings in any way is not compromised by cession.*

*On the other side, urging the assignee that already buys the claim with enforceable document (executive extra-judicial mortgage) to the litigation procedure to prove his claim, totally jeopardizes the non performing loans – NPL market.*

*The creation of artificial boundaries between voluntary assignment and assignment by the law certainly does not contribute to the establishment of the rule of law and the confidence of citizens and businesses in the judicial system of the Republic of Serbia.*

*For these and other reasons outlined above, the author is convinced that a narrow interpretation of Art. 48 in the Law on enforcement and securing of claims should be reconsidered in the interests of legal certainty and corrected as soon as possible in accordance with the real meaning of the respective norm.*

**Key words:** *transfer of claim, secured creditor, non performing loans, bulk assignment, succession in enforcement procedure.*

Др Михајло ЦВЕТКОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

## НЕПРЕДВИДИВОСТ ШТЕТЕ КОД УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ\*

### Резиме

Због повреде уговорне обавезе дужник одговара повериоцу само за штету коју је предвидео у тренутку закључења уговора. Будући да је предвидива штета добро обрађена у литератури, циљ овог рада је појашњење ситуација у којима је штета непредвидива, јер такви случајеви најбоље манифестују ограничење принципа потпуне накнаде. Предмет рада су реални и хипотетички примери у којима су губици оцењени као непредвидиви (нпр. изгубљена добит због неостварене препродаје, захтеви трећег лица према повериоцу, строга уговорна казна). Умањујући уговорну одговорност, у прилог дужнику иду неочекиване околности везане за повериоца или независне од воље уговарача. Анализирани су критеријуми значајни за исход одштетног захтева као што су: стварно и претпостављено знање, сразмерност штете, природа повређене уговорне обавезе, личност уговарача и степен дужникове кривице.

**Кључне речи:** ограничење одговорности, предвидива штета, судска пракса, доцња, одштетни захтев.

### І Увод

Уговорна одговорност ограничена је на тзв. предвидиву штету. Граница је прихваћена у француском грађанском законику (чл. 1150 СС) и сродним правима, *соттон law* и међународним изворима (Бечка конвенција чл. 74; UNIDROIT 7.4.4; PECL 9:503; DCFR III. 3:703).<sup>1</sup> Без обзира

---

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

1 UN Convention on the International Sale of Goods; Unidroit Principles of International Commercial Contracts; Principles of European Contract Law; Draft Common Frame of References.

на различите законске формулације и неуједначену примену, суштина је иста – принцип потпуне надокнаде штете због повреде уговорне обавезе ограничен је из бројних оправданих и у литератури добро образложених разлога.

Решење је прихваћено и у ЗОО: Поверилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате (чл. 266, ст. 1). Усвојен је апстрактни, тј. објективни критеријум („морао предвидети“), а релевантно је како стварно знање („чињенице биле познате“), тако и тзв. претпостављено знање („морале бити познате“). (Не)предвидивост се цени према тренутку закључења уговора, али и накнадних измена. Тада уговарачи имају прилику да размотре ризик као и шансу да се од њега заштите.

Будући да доступна литература углавном анализира предвидиву штету, предмет овог рада су случајеви где је *forum*, у целини или делимично, одбио захтев оштећеног уговарача. Тако индуктивним приступом откривамо када ограничење на предвидиву штету долази до изражаја.<sup>2</sup>

## II Изгубљена добит због неостварене препродаје

Литература показује да су најбројнији спорови у којима купац, услед продавчеве повреде уговора, захтева одштету због неостварене препродаје. У једном таквом случају суд је у потпуности одбио одштетни захтев купца на име изгубљене добити у виду марже из уговора са његовим купцем, зато што је препродајна цена била непредвидива за продавца у тренутку закључења уговора, а није било куповине ради покрића.<sup>3</sup> Одбијање одштетног захтева у целини је неуобичајено, јер када је купац трговац или је у питању дугорочна пословна сарадња, сматра се да је продавац знао купчеву намеру (претпостављено знање).

Зато су чешће ситуације где је барем делимично усвојен одштетни захтев. Тако је у једном случају,<sup>4</sup> руски продавац обавестио енглеског купца да није у могућности да испоручи робу због „више силе“, заправо пораста пореза. Купац, тужилац, захтева надокнаду штете у износу од

---

2 У наставку: Ограничење. Примери су засновани на реалним случајевима, али је аутор ради илустративности задржао слободу интерпретације.

3 СИЕТАС арбитража, 1. фебруар 2000. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000201c1.html>.

4 ICAC арбитража, 6. јун 2000. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>.

50% цене робе изражене у уговору, као и камату. На основу преписке трибунал је закључио да је продавац пристао да обештети купца, не пружајући никакве доказе „о вишој сили“. Купац тражи разлику између набавне цене из уговора са туженим и продајне цене из уговора са трећим лицем. Арбитража је утврдила да је заиста закључен уговор са трећим, као и да се ради о истој роби, и прихвата да купац има право на изгубљену добит. Међутим, купац није доказао да је продавац знао услове препродаје у тренутку закључења уговора.<sup>5</sup> Незнање потврђује и кореспонденција, где продавац захтева објашњење купчевог одштетног обрачуна „користећи знак узвика на крају реченице“. Начелно, изгубљена добит услед спречене препродаје јесте предвидива, али не и купчева препродајна маржа од 50%. Арбитража на име изгубљене добити досуђује 10% набавне цене, јер је то уобичајена маржа у међународној трговини. Захтев за надокнаду камате одбија, јер купац није дао каматну стопу, нити период за рачунавања. У сличном спору, упркос томе што је продавац могао да предвиди да купац препродаје робу трећем, ипак је нерационално очекивати да маржа износи читавих 100%. Арбитража је уважила одштетни захтев, али је досудила 20% износа цене, јер је толика маржа разумна и као таква предвидива.<sup>6</sup>

Дакле, чак и када је врста штете предвидива, њен обим можда није. Замислива је ситуација са обрнутим улогама, где је купац у доцњи. Претпоставимо да оштећени продавац прода савесно и благовремено робу на пољуљаном тржишту, па разлика између уговорене и продајне цене буде изузетно неповољна. У таквим околностима, купац је могао да предвиди флукуацију цене (тј. врсту штете), али не и драстичан пад (обим штете). Захтев да и обим разлике буде предвидив је у складу са сврхом Ограничења да равномерно распореди ризик међу уговарачима.<sup>7</sup>

Горе описане облике непредвидиве штете, тачније неизвесност у погледу њене висине, лепо описује следећа илустрација: Трговац маркама је уговорио куповину сета марака за 10 000, са фиксним роком испоруке. Продавац не испоручи марке, које на дан доспећа вреде на тржишту 12 000. Због доцње продавца, трговац не може да испуни своју уговорну обавезу према трећем лицу, свом купцу, са којим је уговорио цену од 25 000. Иако је продавац знао да трговац купује ради даље продаје, на име

5 Терет доказивања је засебно спорно питање и није предмет овог рада.

6 СИЕТАС арбитража, 3. јун 2003. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030603c1.html>.

7 Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Hart Publishing, 2008, 118.

уговорне одговорности он дугује само 2000, као разлику између уговорене и тржишне цене. Продавац није одговоран за преосталу изгубљену добит од 13 000, јер тај износ није био предвидив у тренутку закључења уговора са трговцем.<sup>8</sup> Закључак је да стање тржишта, односно маржа убицајена за делатност или повериочево место пословања утичу на оцену (не)предвидивости.

### III Захтеви трећег лица према повериоцу

#### 1. Туђа штета

Често дужникова повреда уговора изазове да поверилац западне у доцњу према трећем лицу, због које трпи последице. У наредном примеру, амерички продавац испоручио је ваљани алуминијум кинеском купцу, чија дебљина није одговарала уговореним спецификацијама.<sup>9</sup> Ономогућен да тестира и увезе нову производну линију, купчев купац (произвођач лименки) услед несаобразности зауставио је производњу, задоцнио је са отплатом кредита па је платио и уговорну казну банци.<sup>10</sup>

Купац је у два наврата, пре закључења уговора, упозорио продавца да роба мора да буде одговарајућег квалитета и дебљине како би је произвођач лименки обрадио у својој фабрици. Тужбом, између осталог, тражи да му се надокнади штета коју је претрпео његов купац због обуставе производње (закупнина за машине, камата на кредит, уговорна казна). Страхујући да ће да морати да обештети произвођача, купац покушава да превали одговорност на продавца.

Премда уопште није ни видео робу, продавац се брани да га је лажним сертификатом о пореклу преварио његов добављач. Такође, нуди стручњаке који ће подесили машине тако да раде са испорученом робом. Продавац тврди да није знао, нити је могао предвидети да ће робу користити купчев купац на закупљеној, недавно увезеној машини. Поред тога, продавац не зна за произвођачев кредит. Зато сматра да није одговоран за штету која произилази из споразума произвођача са банком и закупцавцем машина.

---

8 Christian von Bar and Eric Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Минхен, 2009, 929.

9 СИЕТАС арбитража, 30. октобар 1991. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911030c1.html>.

10 Околоности спора невезане за одштетни захтев су занемарене.

Арбитража је утврдила да је продавац повредио уговорну обавезу. Уговор се раскида и налаже се реституција. Продавац јесте одговоран за штету, али не у мери коју захтева купац. Продавац ће надокнадити купцу трошкове поводом отварања акредитива и превоза. Међутим, произвођачеви губици ван домаћаја споразума уговарача су непредвидљиви. Зато су одбијени купчеви захтеви да се надокнади закупнина, уговорна казна и камата. И да нема Ограничења, чини се да је арбитража могла да образложи одбијање аргументом *res inter alios acta*.

## 2. Повериочев спор са трећим лицем

Повреда уговорне обавезе свакако сауговарачу ствара расходе, некад и изванредне: Руски продавац испоручио је немачком купцу челичне шипке.<sup>11</sup> Дошло је до спора након што је купчев купац вратио робу због несаобразности. Купац је морао да ускладишти робу, све док она није продата „четвртом“ лицу, којем несаобразност није сметала. Крајња продајна цена нижа је од набавне. Продавац захтева остатак цене, а купац надокнаду низа трошкова, међу којима су и спорни захтеви шпедитера. Арбитар пресуђује да су предвидиви облици штете трошкови превоза, осигурања, складиштења и прегледа робе, као и царина и камате. Међутим, непредвидиви су правни трошкови спорења са шпедитером (17 500 DM),<sup>12</sup> као и висина шпедиције (54 000 DM) у поређењу са осталим трошковима. Арбитар је први захтев одбио, други умањио за 50%. Тако је купац од тражених 162 000 DM, добио 117 500 DM. Мимо проблема (не)предвидивости, у овом примеру ни узрочна веза између повреде уговора (несаобразности) и штете (захтеви шпедитера) није адекватна.

## 3. Строга уговорна казна

У теорији и пракси нарочито се разматра под којим условима поверилац треба да добије обештећење за уговорну казну плаћену трећем због дужникове повреде уговора. Јединственог одговора нема, мада следећи пример даје одређене смернице.<sup>13</sup> Немачки купац је извођач грађевинских радова. Материјал за изградњу, плоче од природног камена, купује од продавца у Италији. Током преговора купац је обавестио продав-

11 Arbitraža u Štokolmu, 1998. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>.

12 Валута није од значаја. Апсолутни износи наведени су ради илустрације ефикасности Ограничења.

13 Одлука немачког суда ЛГ Хамбург, 21. децембар 2001. Доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011221g1.html>.

ца да му прети уговорна казна уколико пробије рок изградње. Продавац је изјавио да ће испоручити робу благовремено. Уговор је закључен и почеле су узастопне испоруке у складу са темпом изградње. Незадовољан „спорим и неуједначеним“ испорукама, купац безуспешно упозорава продавца да му достави план доставе. Односи уговарача су нарушени, па продавац захтева исплату унапред. Суштина спора је у томе што купац сматра да су рокови испоруке фиксни, а продавац да се ради о оријентационим роковима.

Купац тврди да је продавац очигледно у доцњи, јер није благовремено обезбедио сировине. Због тога је купац изложен потраживањима инвеститора, о којима је обавестио продавца. Да је камен достављен благовремено, купац би окончао радове. Уместо тога, платио је уговорну казну и бесплатно извео радове које иначе наплаћује. Пошто је продавчев природни камен јединствен, купац је принуђен да мења већ уграђене делове уз дугачка одлагања и измене пројекта. На име губитака, купац захтева износ уговорне казне, трошкове везане за промену материјала, изградњу нових структура и продужено ангажовање подуговарача и опреме (око 400 000 DM од којих уговорна казна представља четвртину).

Продавац се брани како је купац, мењајући димензије појединачног камења, отежао испуњење. Он сматра да је за застој одговоран искључиво купац и његово „хаотично планирање“. Из чињенице да је последња наруџбина купца уследила након што је пробијен рок уговорен са инвеститором, следи да купац покушава да своју доцњу свали на продавца. Продавац се такође брани како није знао детаље уговорне казне, и тврди да материјал није замењен већ докупљен од другог продавца.

Суд је разматрао уговор купца и инвеститора о изградњи и закључио да у њему није прецизиран тачан датум завршетка радова. Суд је такође закључио да је клаузула о уговорној казни ништава према националном праву зато што поставља купца, тј. градитеља, у неравноправан положај према инвеститору. Неуобичајено је висока и намеће неодржив темпо узимајући у обзир обим и сложеност радова. Јасно је да је купац обавестио продавца о опасности уговорне казне, као и да су оне уобичајене у уговорима о градњи, али продавац није могао да предвиди неправичне услове на које је купац пристао.

Члан 74. БК предвиђа одговорност за штету коју је разумна особа могла предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговорне обавезе. Ризик реализован у овом случају је већи од ризика који је прихватио продавац закључењем уговора. Губици изазвани



доцњом јесу уобичајена, очекивана појава. Међутим, извођење радова без фактурисања инвеститору је неуобичајено, иако купац наводи да је то чинио у циљу спречавања још веће штете. Ове околности продавац није могао предвидети. Трошкови додатног ангажовања подизвођача и закупа посебне опреме представљају предвидиву штету. Међутим, купац није доказао висину тражених износа, а подаци о надокнади нису довољан доказ без података о броју додатних дана. Одштетни захтев купца одбијен је у целости.

У сличном примеру, домаћи суд је одбио одштетни захтев извођача радова да му подизвођач надокнади неуобичајено високу уговорну казну плаћену инвеститору због подизвођачеве доцње, јер „кад се извођач обавезао да ће платити уговорну казну за сваки дан закашњења, био је дужан да исту обавезу унесе и у подизвођачки уговор“. Тужени је преузео нормалан, а не повећани ризик.<sup>14</sup> Претпостављено знање (уговорна казна је уобичајена у грађевинској делатности) није било довољно за предвидивост.

## IV Непредвидиве околности везане за повериоца

### 1. Пословна одлука оштећеног

Несаобразност праћена доцњом свакако ремети повериоцеве планове и умањује његову продуктивност. Међутим, разгранатост производног процеса отежава предвидивост: Немачки купац тражи пребијање цене коју дугује португалском продавцу, са штетом због задоцњења и манљиве испоруке тканине.<sup>15</sup> Уместо у Турској, купац је због кашњења робу морао да преради у Немачкој, што је знатно скупље. Суд сматра да повећане трошкове прераде не треба да сноси продавац. Терет доказивања предвидивости носи оштећени. Штета је последица околности везаних за купца (кратак рок испоруке трећем лицу), и може се превалити на продавца једино уколико је он за њих знао у време закључења уговора. Купац није пружио такав доказ; напротив, сведок је потврдио продавчево незнање. Продавац није могао да предвиди развој догађаја, односно трошкове који су резултат економских одлука купца. Суд досуђује због несаобразности смањење цене за 10%, као и изгубљену добит, али одбија одштетни захтев у погледу повећаних трошкова прераде у Немачкој. Не-

14 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 353.

15 Одлука немачког суда ОЛГ Бамберг, 13. јануар 1999. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>.

спорно је да модерна пословна пракса, рачуноводствени методи, комуникациони системи и сл. проширују знање, односно предвидљивост,<sup>16</sup> али паралелно расте и замршеност пословних односа у глобалној привреди, делујући у супротном смеру. Тако се проблем (не)предвидивости штете компликује нагомилавањем броја пресудних фактора.

## 2. Несразмера штете и вредности посла

Повериочев губитак може деловати непредвидиво због његовог износа у поређењу са дужниковом обавезом: Налогодавац је неосновано отпустио налогопримца, због чега он тражи надокнаду трошкова поводом куповине куће у месту где је уговор требало испуњавати. Италијанска арбитража је одбила овај облик штете као превише удаљен и непредвидив.<sup>17</sup>

У другом случају трошкови су оцењени као нетипични и неуобичајени због њихове несразмере са противчинидбом оштећеног повериоца: Током путовања бродски мотор се зауставио, па је бродовласник одједрио до најближег пристаништа, где је механичар, након прегледа који је наплатио 25 DKK, рекао власнику да је радилица мотора оштећена. Бродовласник је одлучио да брод извуче на суво у другој луци ради инсталација новог мотора за 27 000 DKK. Том приликом је утврђено да је радилица сасвим исправна и да се заправо ради о мањем квару. Због грешке, бродовласник је тужио механичара за губитак времена и тражио надокнаду у висини цене новог мотора. Првостепени суд је прихватио одштетни захтев. Међутим, Дански Врховни суд је пресудио да је куповина новог мотора била у датим околностима непредвидива за механичара, те је обештетио само изгубљено време.<sup>18</sup> Чини се да је штета услед повреде облигације средства мање предвидива од штете услед повреде облигације резултата.

## 3. Претерана иницијатива

Губици које поверилац претрпи због своје претеране иницијативе су непредвидиви: Немачки продавац испоручио је жицу швајцарском

---

16 Јелена Перовић, „Принцип потпуне накнаде и правило предвидљивости штете у Конвенцији УН о међународној продаји робе“, *Правни живот*, бр. 11/2010, 284.

17 Ole Lando, „Foreseeability and Remoteness of Damages in Contract in the DCFR“, *European Review of Private Law*, 4-2009, 632.

18 O. Lando, 635.

купцу.<sup>19</sup> Купац је установио да роба није одговарајућег квалитета и жели да раскине уговор у погледу мањивог дела. Продавац је најпре прихватио одговорност, али је касније оспорио колики удео је манљив. Продавац тужи за неплаћену цену, а купац захтева пребијање са трошковима обраде, те сматра да роба након обраде више вреди. Наиме, он је у обрадио целу количину, јер „се несаобразност открива тек обрадом“, што продавац не спори. Суд је закључио да немогућност да се роба врати у првобитно стање не спречава купца да раскине уговор. Међутим, одбија захтев купца да се надокнаде трошкови обраде од 75 578 DM и 2850 CHF за рекалибрацију машине. Ови трошкови, иако начињени ради контроле квалитета робе, нерационални су и несразмерни у односу на њену цену (366 174 DM), па продавац није морао са њима да рачуна. Прихватљиви су само адекватни трошкови ради процене, превенције и умањења штете. Суд одбија и став купца да је роба вреднија након обраде, сматрајући да је купац једноставно могао да врати робу продавцу.

Ограничење је у складу са жељама пословног света да уговорна страна не пристаје да буде истовремено и осигуравач пословне авантуре друге уговорне стране.<sup>20</sup> Неочекивано понашање повериоца, или једноставно ненаменска употреба ствари такође повлаче непредвидивост. Ако је неко купио буре за пиво, а сипао је у њега вино које је истекло, јер је буре неквалитетно, бачвар му дугује надокнаду вредности пива, а не вина. Буре за пиво не прави се са таквом пажњом као буре за скупље пиће.<sup>21</sup>

#### IV Околности независне од воље уговарача

Неочекиване околности иду у прилог дужнику, нарочито када поверилац захтева „проблематичне“ видове штете. Амерички купац тужио је руског продавца због несаобразности робе испоручене у два контингента.<sup>22</sup> Купац захтева смањење цене у истој мери у којој његови купци мање плаћају, јер „робу бије лош глас на тржишту“, након што су откривени недостаци првог контингента. Захтева још и одштету на име нарушеног пословног угледа, праћеног значајним падом продаје. Продавац истиче своје аргументе: 1) Преглед робе уместо у луци утовара, како је

19 Одлука немачког Врховног суда, 25. јун 1997. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>.

20 Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд, 2012, 222.

21 И. Јанковец, 344.

22 ИЦАЦ арбитража, 24. јануар 2000. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>.

уговорено, обављен је у луци истовара; 2) Примењен метод прегледа одступа од уговореног и ствара лажну слику да је продавац грубо повредио своју обавезу.

Арбитража налази да је контрола одложена из оправданих техничких разлога, али да продавац није могао да предвиди, у време закључења уговора, контролу у иностранству методом који није уговорен, иако је уобичајен. Нема доказа да је несаобразност робе у првом контингенту изазвала сумњу тржишта у погледу другог. Евентуална штета је последица неадекватне контроле у месту истовара. Арбитража сматра да купац није доказао умањење угледа, нити да је продавчева повреда уговора проузроковала такву штету. Купчев одштетни захтев је одбијен, а продавцу је наложено да надокнади купцу 50% разлике између набавне цене и (пре)продајне цене. Нарушени пословни углед повериоца услед повреде уговорне обавезе начелно се третира као непредвидива штета.<sup>23</sup>

Губитак муштерија се ретко обештећује. Нешто је повољнија ситуација када се ради о тачно одређеним клијентима. У занимљивом енглеском случају, произвођач пасуља је наручио рекламу од авио-превозиоца. Игром случаја авион са натписом „Једите Бећаров пасуљ“ подигнут је изнад Манчестера баш током минута ћутања поводом Дана примирја. Произвођач је добио много писама револтираних грађана, увређених непоштовањем празника. Суд је досудио одштету на име изгубљених купаца.<sup>24</sup>

Неликвидност повериоца због дужникове повреде уговорне обавезе је предвидива, али трошкови задуживања могу бити непредвидиви, нарочито у међународној трговини: Купац је позајмио новац да намири цену, али је због продавчеве доцње спречен да врати зајам па је морао да плаћа камату. Суд је закључио да продавац није могао да предвиди високу каматну стопу у купчевој земљи и досудио штету у мери предвидивој за продавца. Купац није доказао да је продавцу познато да каматна стопа у Литванији достиже 7% месечно, и чак 0,5% дневно у доцњи, што је значајно више од каматне стопе у западној Европи.<sup>25</sup>

Званични коментар чл. 7.4.4 UNIDRIOT даје још једну илустрацију околности независних од воље уговарача. Приликом дистрибуције новца филијалама, банка увек ангажује агенцију за обезбеђење. Без обавештавања агенције, банка је послала пошиљку нарочитих кованица, 50

---

23 Dj. Saidov, 108, напомена 48.

24 O. Lando, 631.

25 Dj. Saidov, 116.

пута вреднију од претходних. Пошиљка је опљачкана. Банка има право једино на надокнаду вредности уобичајене пошиљке. Агенција је могла да предвиди штету услед крађе, али разлика у вредности представља новонастали, непредвидив ризик.<sup>26</sup>

## V Врсте штете и врсте знања

Анализирајући нордијску праксу, аутор Иверсен дао је хијерархију губитака тј. штета према извесности обештећења, корисну и за проблем (не)предвидивости. Најлакше је добити одштету за стварну штету због повреде личних добара; затим одштету због повреде имовинских права (нпр. уништење ствари). Следе „новчани губици“, који се такође степенују: најлакше се добија надокнада због разлике у цени (купопродаја ради покрића), следи пропуштена зарада, изгубљена прилика, узалудни трошкови пословања, изгубљене муштерије, удаљене штете.<sup>27</sup>

Неке штете су предвидиве већ на основу претпостављеног знања. У једном енглеском случају, продат је силос за сточну храну. Због лоше вентилације, храна у њему се убуђала, па је много купчевих животиња угинуло од ретке цревне болести. Продавац одговара за: вредност угинутих животиња, трошкове санирања инфекције, изосталу зараду коју би купац стекао продајом меса да нема тровања, али не и зараду из будуће продаје неузгојених животиња. За изгубљену добит се тражи већи степен вероватноће / предвидивости него за стварну штету.<sup>28</sup> У овом примеру предвидивост се цени према претпостављеном знању дужника. Продавцу је морало бити познато да ће слабост вентилације изазвати кварење хране, незнање га не оправдава.

Следећа илустрација је слична, али се ради о стварном знању: Приликом куповине сточне хране фармер није обавестио продавца коју врсту свиња гаји. Познато је да благи токсин присутан у храни понекад изазива сметње, али није фаталан. Међутим, фармерова сорта је нарочито осетљива на токсин па већина свиња угине. Продавац није одговоран за непредвидиву штету.<sup>29</sup> Сада незнање спашава дужника. Да је купац адекватно информисао продавца, он би због стеченог стварног знања од-

26 Доступно на: <http://www.unilex.info/>.

27 O. Lando, 624.

28 Parson (Livestock) Ltd v. Uttely Ingham & Co. Ltd. O. Lando, 635.

29 Овај пример можда и није најподеснији, јер заправо нема несаобразности, притом је продавац испунио своју обавезу уредно. C. v. Bar & E. Clive (ur.), 930.

говарао за штету (формулација из чл. 266, ст. 1. ЗОО: „чињенице биле познате“).

Стварно знање се захтева нарочито у погледу изгубљене добити, иначе се она оцењује као непредвидива. Пример је често цитиран случај *Victoria Laundry*: Дужник није одговоран за изгубљену добит коју његов сауговорач очекује из веома лукративног уговора са државом, а која је изостала, јер је дужник задоцнио са испоруком кључног елемента производне линије. Дужник није знао за такав уговор, па дугује само „редовну“ изгубљену добит, односно апстрактно обрачунату штету, не и виши, конкретно обрачунати износ.

Навођење штете у уговору не значи аутоматски стварно знање: Није довољно што је уговором предвиђена накнада штете као последица неуредног измирења кредита, већ банка мора доказати да је у време закључења уговора клијент био упознат да се средства кредита пласирају из средстава добијених од централне банке или пак да је морао знати да ће у случају његове доцње банка морати да се задужује, што је фактичко питање и мора се утврдити у поступку.<sup>30</sup>

Ниво „претпостављеног“ знања зависи од врсте уговора и личности дужника. Превозилац није одговоран наручиоцу превоза за изгубљене послове, уколико не испоручи једну од више кутија обележених натписом „делови“, иако је баш у њој кључни део за комплетирање постројења. Напротив, од продавца робе се очекује да предвиђа боље него превозилац. Најзад, произвођач опреме који није испоручио компоненту за купчеву фабрику је одговоран што фабрика стоји. У погледу новчаних обавеза, дужник који задоцни у начелу не одговара за повериочеву штету због неликвидности. Међутим, уколико банка не стави новац на располагање клијенту благовремено, одговорна је за штету.<sup>31</sup>

Поред личности дужника, важна је и информација ко је у улози повериоца. У једном случају, продавац приликом закључења уговора није имао разлог да претпостави да је купац заправо само заступник правог купца, па то што је заступник изгубио провизију због продавчеве доцње није предвидива штета.<sup>32</sup> Непредвидива је изгубљена добит зајмодавца, онемогућеног да инвестира позајмљени новац због доцње зајмопримца,

---

30 Правни став Вишег трговинског суда, 27. септембар 2004. *Судска пракса трговинских судова - Часопис за привредно право*, бр. 3/2004, 101.

31 O. Lando 629, 628.

32 Dj. Saidov, 109.

јер се јер се он иначе не бави стицањем добити пласманом слободних новчаних средстава, тим пре што се ради о бескаматном зајму.<sup>33</sup>

## VI Тумачење искључења ограничења због теже кривице

Француски класик *Pothier* (1699-1772) је представио идеју о ограничењу уговорне одговорности следећим примером. Трговац прода краву знајући да је инфицирана, што прећути. Он одговара за купчеву штету која обухвата поред продате краве и друге животиње угинуле због заразе. Ономогућен да обрађује имање због губитка стоке, осиромашени купац постаје презадужен, па му повериоци у извршном поступку багателно распродају имовину. Отвара се питање да ли је продавац одговоран и за удаљеније штете произашле из његовог поступка. *Pothier* сматра да су ови облици штете превише удаљени. Иако је ово пример за разликовање директне и посредне штете, он носи сличну идеју као и подела на предвидиву и непредвидиву штету, нарочито корисну у правима где се ограничење на директну штету не помиње.

У режиму Бечке конвенције ограничење на предвидиву штету важи без обзира на степен дужникове кривице. ЗОО предвиђа другачије решење: 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 је она настала (чл. 266, ст. 2). Слично решење је и у DCFR III. – 3:703. Неки аутори сматрају да поверилац у случају већег степена кривице има право „на накнаду и непредвидљиве штете“,<sup>34</sup> односно да „у случају *dolus*-а и *culpa lata* на дужника пада терет и непредвидљиве штете“.<sup>35</sup> Овакво тумачење ЗОО има одређене недостатке. Следећа илустрација показује да дужник ипак не треба да одговара за сваку штету која је у каузалној вези са повредом уговора: Љубоморни власник ресторана отрује госта, љубавника своје супруге. Гост заврши у болници где би се по уобичајеном току ствари опоравио, међутим страда у пожару који је запалио пацијент пироман. Угостиатељ је одговоран за штету проузроковану смрћу, иако је његова намера

33 Пресуда ВС Србије, рев. 394/2000. 6. дец. 2000. Судска пракса привредних судова, Билтен, бр. 1/2001, 80.

34 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 205. Оваква оцена више одговара формулацији употребљеној у DCFR, него у ст. 2, чл. 266. ЗОО.

35 Младен Драшкић, „Границе одговорности дужника за штету причињену повредом уговорних обавеза“, *Анали ПФБГ*, бр. 3-4/1985, 366.

била само да упозори ривала. Овакво искључење Ограничења због присутне кривице делује превише строго.<sup>36</sup> Чак и у аустријском праву, где се уговорна одговорност степенује према тежини кривице (АГЗ пар. 1324), дужник одговора само за извесне последице повреде уговорне обавезе, док у француском праву важи ограничење на директну штету (СС чл. 1151). У том смислу треба прецизирати чл. 301. Преднацрта ГЗ РС, копију чл. 266. ЗОО.

## VII Закључак

И поред примедбе немачке доктрине да је навођење типичних губитака штетно, јер води деперсонализацији,<sup>37</sup> анализа случајева у којима је „детектована“ непредвидива штета омогућава извођење корисних закључака. Проблем је врло релативан: свака штета уз довољан ниво знања постаје предвидива; очекивана штета постаје непредвидива у случају посебних околности.

Повериочев одштетни захтев је најчешће сложен и састоји се од више подзахтева (нпр. умањење вредности повериочеве ствари, изгубљена добит, повећање пасиве, узалудни трошкови). (Не)предвидљивост сваког вида штете се цени засебно, што значи да ово ограничење уговорне одговорности у пракси делује тако што у одређеној мери умањује дужникову одговорност, немајући „све или ништа“ дејство. Поготову се разликују мерила стварне штете и измакле добити; за прву је обично довољно претпостављено знање, а за другу се тражи стварно.

Са порастом стварног знања дужника, опада успех његовог приговора да се ради о непредвидивој штети. На ниво стварног знања директно утиче поверилац информисањем дужника приликом закључења уговора. Међутим, уколико купац обавести продавца о условима препродаје, тј. о својој великој маржи из посла са трећим, упитно је да ли ће продавац пристати на продајну цену, или ће вероватно и сам потражити бољег купца. У том смислу, тумачење по којем купац обезбеђује пуно обештећење једино када открије детаље свог пословања са трећим, нема економско утемељење. Парадокс нарочито долази до изражаја у унутрашњој трговини. Очекивање трибунала да купац открије своје пословне планове продавцу је нерационално. Осим тога, мотив није битан услов настанка уго-

---

36 О. Lando, 638.

37 Сандра Фишер-Шобот, „Правило предвидљивости штете у праву међународне и домаће продаје“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, 653.



вора и углавном је у привредним пословима скривен, поготову шпекулативним.

Непредвидива штета се може описати као удаљена последица повреде уговорне обавезе, што одговара *common law* концепту „*remotness of damage*“. Тако се обилазно долази до сазнања о предвидљивој штети, проучавањем супротног појма. Концепт немачког права о адекватној узрочности, мада оно формално не познаје Ограничење,<sup>38</sup> омогућава да се непредвидива штета одреди као губитак који није адекватна последица дужникове повреде уговора, већ је резултат неочекиваних и специфичних околности. Сличност између теорије адекватне узрочности и ограничења на предвидиву штету је објективни критеријум, односно мерило према добром домаћину / привреднику / стручњаку, али је разлика у томе што се адекватност цени према времену неизвршења, а не према тренутку закључења.<sup>39</sup>

Оцена о (не)предвидивости у пракси зависи од сразмере између штете и вредности робе или противчинидбе. Одштетни захтеви високи у односу на друге износе у уговору указују на непредвидивост. Штета услед повреде индивидуално одређене обавезе или облигације резултата је извеснија и „предвидљивија“ од штете због повреде генеричке обавезе или облигације средства. Непредвидива штета се не може приписати дужниковој повреди уговора.

Проблем (не)предвидивости је нарочито изражен када се јаве превисока маржа или камата, када треће лице претрпи штету, наплати повериоцу уговорну казну или уђе са њим у спор. Губици као резултат повериочевих радњи (пословне одлуке, претерана иницијатива, неочекивано понашање, ненаменска употреба ствари) начелно су непредвидиви, као и нарушени пословни углед са пратећим губитком клијената / муштерија. Приликом разматрања одштетног захтева треба утврдити конкретне информације којима је располагао дужник.

Штета непредвидива за повериоца, таква је и за дужника (ситуације описане у делу „Околности независне од воље уговарача“). Оне асоцирају на непредвидивост у вези са клаузулом *rebus sic stantibus* (нпр.

---

38 Додуше, пар. 254, ст. 2. BGB прописује да се дужникова одговорност за штету умањује уколико је поверилац пропустио да га упозори на опасност од ванредно великог губитка, за коју дужник није знао нити је могао да зна. Пропуштање оштећеног делује као његов допринос штети. Тако се ипак и у немачком праву примењује Ограничење.

39 М. Драшкић, 367.

природни или спољни догађаји, драстичне тржишне промене), али је разлика у томе да ли непредвиђена околност делује пре или после доспелости.

Дужниково претпостављено знање повлачи предвидивост штете обрачунате апстрактно, по редовном току ствари (нпр. нормална изгубљена добит). Са стварним знањем предвидива је и штета обрачуната конкретно, укључујући фактичке губитке повериоца (нпр. нарочито уносан посао). Осим купцу - препродавцу, осталим уговарачима се препоручује да информисањем сауговарача подигну ниво његовог стварног знања, јер тиме побољшавају свој положај у евентуалном спору.

**Mihajlo CVETKOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Niš**

## UNFORESEEABLE DAMAGE AND CONTRACTUAL LIABILITY

### Summary

*Debtor's liability for contract breach is limited only to loss which he foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach. Since the foreseeable damage is well explained in the literature by now, the goal of this paper is to clarify conditions where the damage is unforeseeable, as these are the best illustrations of limitation on full compensation principle. This paper focuses on the real-life and hypothetical examples in which the losses were treated as unpredictable (e.g. lost profits due to unfulfilled resale, third party claims against creditor, severe contractual penalty). Unanticipated circumstances related to the creditor or circumstances independent from the will of the contracting parties work in favor of the debtor by reducing his contractual liability. The author examines the criteria relevant to the compensation claim failure, such as: actual and presumed knowledge, the proportionality of the damage with other contractual amounts, the nature of breached contractual obligation, contract party personality and the degree of debtor's guilt.*

**Key words:** *limitation of liability, foreseeable damage, case law, mora debitoris, damage compensation claim.*

др *Страхиња* Д. МИЉКОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

## ПРЕДНОСТИ И МОГУЋНОСТИ ПОСЛОВАЊА У ОКВИРУ РАЗВИЈЕНОГ ФРАНШИЗИНГ ПОСЛОВНОГ СИСТЕМА У Р. СРБИЈИ

### Резиме

*Потреба капитала за освајањем нових тржишта кроз минимална инвестициона улагања може се остварити путем франшизинга као специфичног инвестиционог метода уговорног пословања. Франшизинг је метод уговорне кооперације који омогућава даваоцу франшизе да кроз минимална инвестициона улагања уђе и прошири пословање на циљаном тржишту. Употреба успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност у пословању јесу једни од опредељујућих разлога приступања франшизинг network-у од стране потенцијалног примаоца франшизе. Посебна пажња се у раду посвећује могућностима и потенцијалима развоја франшизинг пословања у Р. Србији. Франшизинг као облик уговорног инвестиционог пословања може бити још један у низу потенцијалних метода који може утицати на смањење стопе незапослености у Р. Србији путем само запослења.*

**Кључне речи:** *уговор о франшизингу, франшиза, франшизинг мрежа, далац франшизе, прималац франшизе*

### І Уводне напомене

Франшизинг<sup>1</sup> као специфичан метод уговорног инвестиционог пословања, као концепт уговорног ширења пословања на циљаном тржишту, у савременим тржишним околностима све више добија на знача-

---

1 *Franchise* – франшиза први пут је употребљена у средњовековној Француској као назив за уговор закључен између краља и градског савета на основу кога се градском савету гарантује право управљања у оквиру својих активности, као и у однос између града и државе, а такав франшизни град познат је под именом „*Ville Franche*“ – Marthin Mendelsohn, *Franchising in Europe*, I Titele, London 1992, 107.

ју. Разлози који се сигурно могу индетификовати, а који значајно утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повећавањем са другима који поседују капитал и радну снагу за тако нешто.<sup>2</sup> Франшизинг не представља ништа друго до дистрибутивну технику који уговором интегрише дистрибутивни систем уместо ланцем власништва, а којим се управља из једног центра.<sup>3</sup>

Франшизинг као инвестициони методом уговорног пословања, омогућава даваоцу франшизе<sup>4</sup> да уз минимална инвестициона улагања и минималне инвестиционе ризике прошири пословање на циљано тржиште, а примаоцу франшизе<sup>5</sup> закључењем уговора омогућава приступ развијеном франшизинг *network*-у (мрежи), франшизинг систему.<sup>6</sup> Прималац франшизе приступањем франшизинг мрежи користи све предности развијеног и у пракси провереног система пословања даваоца франшизе.<sup>7</sup> Инвестициони ризици нису искључени они и даље постоје али умногоме су мањи него да потенцијални прималац франшизе започиње самостално са развојем свог пословања. Треба истаћи да: а) коришћење успешног метода пословања, б) смањени инвестициони ризици и в) самосталност у пословању, представљају опредељујуће разлоге које потенцијални прима-

2 Martin Mendelsohn, M., *Franchising law*, Second edition, Richmond 2004, 1.

3 Robert Emerson, „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43:1503, 1990, 1508.

4 Аутор заступа став да је „франшиза – *franchise*“ (представља скуп елемената: права, услуга и метода пословања) предмет уговора о франшизингу, а да лице које на основу уговора о франшизингу уступа предмет треба називати „давалац франшизе“.

5 Аутор се опредељује за термин „прималац франшизе“, а не за термин „корисник франшизе“ из разлога што се као „корисник“ јавља крајњи корисник услуга и потрошач производа чија су права једносмерна. За разлику од „корисника“ „прималац франшизе“ је лице које се налази у правном односу према даваоцу франшизе, с једне стране, тако да се налази и у правном односу према кориснику услуга – крајњем потрошачу, с друге стране. Прималац франшизе има одређена права и обавезе у односу на даваоца франшизе, а такође има и одређена права и обавезе према кориснику услуга.

6 Франшизни систем чине давалац франшизе и сви примаоци његове франшизе. На даваоцу франшизе је да осигура рад и раст система те препознатљивост и квалитету марке. Захваљујући заједничкој марци, франшизни систем гради идентитет и репутацију у очима својих купаца. Главни чувар репутације, препознатљивости и вредности је давалац франшизе. Франшизни системи су изграђени на односу који давалац франшизе заснива са примаоцима франшизе. – [www.pks.rs/fransizing](http://www.pks.rs/fransizing)

7 Прималац франшизе – *franchisee* користи развијен метод пословања и технологије које је развио давалац франшизе – *franchisor*, а такође и одређене облике интелектуалне својине.

лац франшизе узима у разматрање приликом доношења одлуке о приступању франшизинг мрежи – *network*-у.

## II Делатности примене и кретања на глобалном тржишту

Производња и дистрибуција робе, а такође и вршење (пружање) услуга на свим нивоима у савременом привредно-трговинском пословању добрим делом су обезбеђени франшизинг трансакцијама.<sup>8</sup> У савременим околностима тржишног пословања франшизинг трансакцијама обухваћени су: а) произвођачи, б) продавци на велико и в) продавци на мало. Изузев ове три категорије учесника који спадају у категорију најзначајнијих привредних субјекта франшизинг трансакција, франшизинг своју примену налази и у областима: 1) малопродаје;<sup>9</sup> 2) туризма;<sup>10</sup> 3) хотелијерства;<sup>11</sup> 4) рекреације<sup>12</sup> разних видова забаве;<sup>13</sup> 5) брзе хране и ресторана;<sup>14</sup> 6) пекарске индустрије;<sup>15</sup> 7) пословних услуга (*advertising*, мар-

- 
- 8 Услужни сектор у Француској је у току 2010. године чинио преко 60 одсто укупног промета франшизе. Према подацима *Federation Francaise de la franchise (FFF)* у току 2012 године, број франшизинг мрежа је 1658, са оствареним прометом од 50,68 милијарди евра, 2013 године број франшизинг мрежа је 1719, са оствареним прометом од 47,4 милијарди евра, 2014 године број франшизинг мрежа је 1796 са оствареним прометом од 51,45 милијарди евра, 2015. године број франшизинг мрежа је 1834 са оствареним прометом од 53,38 милијарди евра, док је 2016. године број франшизинг мрежа достигао 1900 са оствареним прометом од 55,10 милијарди евра. доступно на адреси: <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html>, 05.04.2017. Током 2012. године у Немачкој је по основу франшизинг пословања остварен промет у обиму од 61,2 милијарди евра, док је 2015. године франшизинг индустрија генерисала је промет од 99,2 милијарди евра, доступно на адреси: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/EN/Invest/Industries/Consumer-industries/franchising.html>, 05.04.2017.
- 9 Walls of Books; 7-Eleven Inc., Street Corner, Learning Express Toys, Freshplus, Apricot Lane Boutique, Petland, итд.
- 10 Cruise Planer/American Express, Cruise Holidays, Cruise One, Cruise Holidays, Cruise On, ITrip, Expedia CruiseShipCentres.
- 11 Baymont Inn & Suites, Hilton Garden Inn, InterContinental Hotels Group, Hampton Hotels, Doubletree by Hilton, Par Inn by Radisson, Cenerstone Inns, Hotels & Plaza Hotels, Wyndham Hotel Group, Hilton Worldwide, Marriott International, Choce Hotels, InterContinental Hotels Group, итд.
- 12 Retro Fitness, Xist Fitness, Amazing Athletes, Max Muscle Sports Nutrition, Medi – Weightloss Clinics Natur house, Snap Fitness, Gold,s Gym, Jazzercise, GNC Live Well, итд.
- 13 Young Rembrandts, Nutty Scientists, Banch to Rock, Tasty Image, StageCoach Theatre Arts Schools, Club Scientific, Discount Part Stores, Young Rembrands, итд.
- 14 Taco Bell, KFC, McDonald,s, Burger King, A&W Restaurants, SUBWAY, Pizza Hut, итд.
- 15 Dunkin Donuts, Tim Hortons, Auntie Anne s Pretzels, Cinnabon, итд.

кетинг, рачуноводство, финансије итд.),<sup>16</sup> и 8) свим осталим терцијарним областима.<sup>17</sup> На основу: а) броја франшизних јединица; б) обима продаје; в) брзине раста; г) броја година колико послују; д) тржишног учешћа и осталих сличних критеријума,<sup>18</sup> *Franchise Direct* портал рангира 100 најбољих светских франшизи, десет топ франшизи за (табела бр. 1):

Табела бр. 1: Топ десет франшиза у свету, 2017. година<sup>19</sup>

РАНГ	НАЗИВ ФРАНШИЗЕ	ЗЕМЉА ПОРЕКЛА	ИНДУСТРИЈА
1	<i>McDonald's</i>	САД	<i>брза храна</i>
2	<i>KFC</i>	САД	<i>брза храна</i>
3	<i>Burger King</i>	САД	<i>брза храна</i>
4	<i>SUBWAY</i>	САД	<i>брза храна</i>
5	<i>7 Eleven</i>	САД	<i>брза храна</i>
6	<i>Hertz</i>	САД	<i>рента кар</i>
7	<i>Pizza Hut</i>	САД	<i>брза храна</i>
8	<i>Marriott International</i>	САД	<i>хотелијерство</i>
9	<i>Wyndham Hotels &amp; Resorts</i>	САД	<i>хотелијерство</i>
10	<i>Hilton Hotels &amp; Resorts</i>	САД	<i>хотелијерство</i>

Од 2008. године па надаље, тј. у периоду започињања светске економске кризе, франшизинг као инвестициони метод уговорног пословања показао је и показује особине стабилног финансијског инструмената. Став да светска економска криза није имала значајнијег утицаја на франшизинг пословање (иако овај став изгледа неаргументовано, а самим тим и парадоксално), већ да су постојале незнатне осцилације у развоју, по-

16 AArrow Advertising, Crestcom Intl LLC, Colbert/Ball Tax Service, Dynamic Advisory Solutions, Dale Carnegie Training, Murphy Business & Financial Corp, Top Match, Express Employment Professionals, Маасо, RadioShack Corporation, H&R Block, Liberty Tax Service, Action COACH, итд.

17 У којим областима пословања је развијен франшизинг доступно на адреси: [www.franchisedirect.com](http://www.franchisedirect.com), 10.03.2017.

18 доступно на адреси: <http://www.franchisedirect.com/top100globalfranchises/>, 15.03.2017.

19 доступно на адреси: <http://www.franchisedirect.com/top100globalfranchises/rankings/>, 15.03.2017.

тврђује се извештајем<sup>20</sup> припремљеним за *International Franchise Association* – *IFA* за период 2008 – 2016. године (табела бр. 2.)

**Табела бр. 2:** Кретање значајних индикатора развоја франшизинга у периоду од 2008 – 2016. године<sup>21</sup>

Године	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Број франшиза	774.016	746.646	740.098	736.114	747.359	757.857	769.782	782.573	795.932
промене%	0,4%	-3,5%	-0,9%	-0,5%	1,5%	1,4%	1,6%	1,7%	1,7%
Број директно запослених('000)	8,028	7,800	7,780	7,940	8,127	8,334	8,573	8,834	9,112
промене %	0,4%	-2,8%	-0,3%	2,1%	2,3%	2,5%	2,9%	3,0%	3,1%
Аутпут (млрд \$)	696	674	699	734	768	804	845	892	944
промене %	3,2%	-3,2%	3,6%	5,0%	4,7%	4,7%	5,0%	5,6%	5,8%
ГДП (млрд \$)	410	405	414	434	453	473	496	523	552
промене %	1,8%	-1,2%	2,2%	4,8%	4,4%	4,4%	4,8%	5,5%	5,6%

### III Предности пословања у оквиру развијеног франшизинг *network*-а

Потенцијални прималац франшизе, односно прималац франшизе на основу уговора о франшизингу ужива у одређеним беневитима које му пружа овај вид пословања. Прималац франшизе у тренутку приступања франшизинг мрежи увек је или барем у већем броју случајева, у предности над лицима која покушавају да самостално и независно наступе и послују на циљаном тржишту. Самосталан и независан наступ на тржишту, нарочито у околностима немилосрдне тржишне утакмице и стандарда пословања који знају бити високо постављени, огледа се у томе да веома често овакав наступ значи и пропаст пре него што се успе у тржишном позиционирању.

Да би независни субјект наступао на одређеном циљаном тржишту, неопходно је да поседује одређен *know-how* из области пословања. Приступањем франшизинг мрежи прималац франшизе превазилази проблем недостатка адекватног пословног и специјализованог *know-how*-а. Проблем недовољног *know-how*-а прималац франшизе превазилази и решава обуком од стране даваоца франшизе. Приступањем фран-

20 Franchise Business Economic Outlook for 2016, доступно на адреси: <http://emarket.franchise.org/FranchiseOutlookJan2016.pdf>, 21.03.2017.

21 доступно на адреси: <http://emarket.franchise.org/FranchiseOutlookJan2016.pdf>, 21.03.2017, 2.

шизинг мрежи прималац франшизе користи бенефите пословања под познатим: а) *brand*-ом, б) репутацијом и в) *goodwill*-ом,<sup>22</sup> који је током дугог и успешног пословања изградио давалац франшизе.

Капиталне инвестиције које самостални субјект улаже за покретање пословања значајна су, с тим да улагање капиталних инвестиција не мора нужно да значи и успех на циљаном тржишту. Прималац франшизе приступањем франшизинг мрежи избегава улагање знатнијих капиталних инвестиција.<sup>23</sup> Ипак, прималац франшизе мора да уложи одређена финансијска средства у систем, тачније мора да располаже одређеним износом капитала како би могао да послује у оквиру франшизинг мреже. Располагања одређеним износом капитала је уговорна обавеза, будући да представља и један од одлучујућих критеријума избора одређеног лица као примаоца франшизе. Позитиван аспект приступања франшизинг мрежи за примаоца франшизе је у томе да и поред одређене висине капитала којим мора располагати, инвестиција која се улаже увек је знатно нижа од износа расположивог и потребног капитала неопходног за самостално пословање. Примаоца франшизе, давалац франшизе мора да саветује о најекономичнијој употреби финансијских ресурса, а с обзиром на пословни *know-how* који је стекао вршењем пилот-пројеката и пословних операција.<sup>24</sup>

Приступањем франшизинг мрежи прималац франшизе код пословних банака ужива већи кредитни углед/рејтинг. Банке у свом пословању препознају предности финансирања примаоца франшизе те су услови кредитирања и добијање зајмова под атрактивнијим/повољнијим условима доступнији за разлику од кредита и зајмова који се нуде имаоцима нефраншизних пословања.

---

22 *Goodwill* се дефинише као, „као благодет и корист из доброг имена, репутације, и повезаности неког пословања. То је привлачна сила која доноси купце. То је оно што разликује раније успостављено пословање од новог пословања на самом почетку. *Goodwill* неког пословања мора потећи из одређеног центра или извора. Без обзира на то колико проширен или раштркан може бити његов утицај, *goodwill* нема никакав утицај ако нема довољно моћи привлачења да усмери купце ка извору из ког настаје“. – Lord Mancnaghten цитат из M. Mendelshon, (2004) 210.

23 Приликом приступања франшизинг мрежи прималац франшизе купује истраживања, развој и улагање даваоца франшизе, чиме смањује висок пословни ризик који је неопходан приликом успостављања самосталног пословања. Ипак, иако уласком у систем смањује ризик пословања треба истаћи да то не значи да је он у потпуности и искључен, већ напротив ризик пословања је и даље присутан само у мањем обиму.

24 Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 7th Edition, 2005, 49.



Као и приликом самосталног пословања где неминовно постоје пословни ризици који могу утицати на успех или неуспех пословања, треба напоменути да ни франшизинг као један од видова тржишног пословања није изузет од постојања ризика пословања,<sup>25</sup> с тим што су они у франшизинг пословању у мањем степену постојани. Иако је знатној мери заштићен од ризика пословања на тржишту, тј. ужива привилегију мањег утицаја, прималац франшизе неће аутоматски и апсолутно бити изузет од њиховог дејства.<sup>26</sup>

Обавеза даваоца франшизе да примаоцу франшизе „пружи одређени спектар услуга“ представља још једну у низу круцијалних предности над самосталним пословањем. Пружањем разноврсних услуга давалац франшизе ствара све неопходне услове за одређени степен успеха који прималац франшизе остварује или треба да оствари у свом пословању на циљаном тржишту. Мотивација даваоца франшизе да примаоцу франшизе пружа спектар – лепезу разноврсних услуга је у чињеници да давалац франшизе жели да прималац франшизе оствари пословни успех који остварује давалац франшизе приликом сопствених компанијских операција.<sup>27</sup> Лепеза услуга које давалац франшизе пружа примаоцу франшизе, које су по својој природи разноврсне могу се односити на: 1) примену развијених критеријума за избор и идентификацију трговачких локација или ако се франшиза базира на мобилним операцијама, област таквих операција; 2) вођење примаоца франшизе и помоћ при добијању права заузимања трговачке локације, у складу са законима о планирању (зонама), припреми планова за изглед, намештање и обнављање радње, као и општу помоћ при израчунавању коректног нивоа и микса залиха (инвентара) и приликом отварања пословања; 3) обука примаоца франшизе и запослених о операцијама пословног формата и припрему упутстава за рад са детаљним инструкцијама; 4) обука примаоца франшизе и запослених о свим прикладним методама производње или припреме; 5) обука примаоца франшизе о методама рачуноводства, пословних контрола, маркетинга, промоције, као о и технологији и познавању робе; 6) куповина опреме; 7) обезбеђивање финансија за успостављање послова-

---

25 Како почетни тако и иманентни – Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Београд, 1996, 28.

26 Ризици пословања постоје и постојаће, с тим да је прималац франшизе у мањем степену изложен њима, а то управо стога јер је приступио развијеном пословном систему који на тржишту већ има изграђен *brandname*, *goodwill* и *image*.

27 M. Mendelsohn, (2005) 49.

ња примаоца франшизе и 8) припремање новог франшизног пословања за трговање и отварање.<sup>28</sup>

#### IV Могућности пословања у оквиру франшизинг *network*-а у Р. Србији

##### 1. Франшизинг у Србији

Иако постоји већ дуго низ година<sup>29</sup> у Р. Србији франшизинг као пословни систем није коришћен у знатној мери. Учешће франшизинга у укупном пословању на домаћој пословној сцени доскоро је било занемарљиво, с тим да у последње време као пословни концепт почиње значајније да се развија, а све са тенденцијом знатније тржишне експанзије.

Период од 2003. године је период експанзије франшизинг пословања у Србији, који пре свега карактерише долазак великих франшизинг система, из области модне индустрије (*Zara*, *Springfield*, *Mango*, *Oviess*, итд.) и области продаје канцеларијског материјала (*Office 1 Superstore*). Иако 2003. година представља годину уласка великих иностраних франшизинг система на тржиште Р. Србије као циљаног тржишта, тржишта гладног за робом средњег квалитета, то је и период којем долази до развоја домаћих франшизи као што су: а) *Afrodite Mode Collection* (индустрија моде), б) ДИС (ланци малопродајних и велепродајних објеката), ц) *ComTrade* (дистрибуција компјутерске опреме и софтвера), д) *E-shop* (интернет портал за онлине куповину), е) *MiniMaxi* (малопродајни објекти), ф) *Крофна бар* (брза храна), итд. *Re/Max*<sup>30</sup> и *Century 21*,<sup>31</sup> компаније које своје пословање заснивају на франшизингу,<sup>32</sup> током 2006 и 2007. године (период експанзије тржишта некретнина) започињу са пословањем на тржишту некретнина Р. Србије.

28 М. Mendelsohn, (2005) 49–50.

29 Од 1970-их година, долази на тржиште СФРЈ неколико америчких франшизних система и то: *Coca Cola*, *Avis*, *Hertz*, *Diners Club International*, *Hyatt*, *American Express*, *McDonald's*, итд.

30 *Re/Max* франшизинг систем представља мрежу са преко 7. 000 независних агенција и више од 100.000 агената у 80 земаља, а од тога развијено пословање има у 36 земаља Европе, доступно на адреси: <http://www.remax.eu>, 12.02.2017.

31 *Century 21* је франшизинг систем који послује у преко 76 земаља света са развијеном мрежом преко 6,950 канцеларија у којима ради више од 106.000 агената, доступно на адреси: <http://www.century21.com/careerfranchise/real-estate-career/Why-C21>, 20.03.2017.

32 Доступно на адреси: <http://www.franchisedirect.com/realestatefranchises/remax-franchise-07067/ufoc/> и <http://www.franchisedirect.com/realestatefranchises/century-21-franchise-09094/ufoc/>, 20.03.2017.

Током 2012. године и у току прве половине 2013. године према подацима *PROFIT system*-а у Р. Србији пословало је више од 164 франшизинг система. Од тог броја, 54 система, односно, 33% припада домаћим франшизинг системима, а 110, односно, 67% страним франшизинг системима. Секторски посматрано, 111 франшизинг система послује у области трговине (68%), а 53 (32%) спада у услужне системе. Током 2012 године пословало је 54 домаћих франшизинг система, од тог броја 30 је трговачких, а 24 услужних система, процентуално посматрано, 56% система послује у трговини, а 44% у услужним делатностима. Насупрот томе од укупно 110 иностраних франшизи, 81 послује у области трговине (процентуално посматрано 74% од укупног броја)<sup>33</sup> што значајно више представља у односу на број од 29 (26%) франшизи у области услуга.<sup>34</sup>

## 2. Потребан износ минималних инвестиција

Неопходан износ минималних инвестиција<sup>35</sup> које је прималац франшизе у обавези да уложи у франшизинг јединицу давалац франшизе једнострано одређује. Износ минималне инвестиције зависи од следећих фактора као што су: а) индустрија у којој франшиза послује; б) локација, в) величина и тип пословне јединице франшизе, итд. Најзначајнија иницијална инвестициона улагања су из области: а) хотелијерства (укупне инвестиције у распону од 4 – 6 милиона \$); б) ресторана (од 700.000 – 3,5 милиона \$) и ресторана брзе хране (од 250.000 – 1 милион \$).<sup>36</sup> Иако су наведени износи почетних инвестиционих улагања импозантни, у Р. Србији постоји тржиште које би економски оправдало наведену висину улагања, а све у циљу пословања под *brand*-ом, *image*-ом и *goodwill*-ом познатог франшизинг *network*-а. Ипак, и поред тога што постоји интерес улагања наведених износа за ове врсте франшизи, треба истаћи да с обзиром на слабу куповну моћ<sup>37</sup> која индукује слабу потребу за луксузним производима и услугама, на тржишту Р. Србије до изражаја долазе оне

33 Претежно се ради иностраним брэндовима из сектора услуга са више од 2.000 малопродајних капацитета у којима је запослено више од 20.000 људи., доступно на адреси: <http://www.pks.rs/MSaradnja.aspx?id=679&p=0&>, 16.02.2017.

34 Доступно на адреси: <http://franchising.rs/clanak/391/prvi-izvestaj-o-trzistu-fransizinga-u-srbiji/>, 20.03.2017.

35 Доступно на адреси: <http://www.franchisedirect.com/>, 24.03.2017.

36 Доступно на адреси: <https://www.allbusiness.com/how-much-does-a-franchise-cost-2182-1.html>, 05.04.2017.

37 Према подацима УН-а за 2014 год. *GDP per capita* износио је 6154,8\$, доступно на адреси: <http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=Serbia>, 15.03.2017.

франшизе које су доступне већем броју потрошача (финансијска улагања су подношљивија).

У **табели 3** могу се видети прегледи потребних улагања у франшизинг јединице у Србији.

**Табела бр. 3:** Потребно улагање за франшизинг јединицу у Србији.

Назив франшизе	Област пословања	Потребно улагање (€)
<i>Coffeeshop Company</i>	<i>Храна, ресторани, барови</i>	50.000 - 200.000
<i>Gregory's &amp; Coffeeright</i>	<i>Храна, ресторани, барови</i>	80.000 - 120.000
<i>Adoré Chocolat</i>	<i>Храна, ресторани, барови</i>	25.000 - 28.000
<i>Rakia Bar</i>	<i>Храна, ресторани, барови</i>	15.000 - 30.000
<i>Dve Šmizle</i>	<i>Конфекција, накит, парфем</i>	4.000 - 15.000
<i>Dama Service</i>	<i>ИТ, техника</i>	15.000 - 40.000
<i>Expense Reduction Analysts</i>	<i>Финансије</i>	55.000
<i>K2 Chocolate Beauty Center</i>	<i>Здравље, фитнес, третмани</i>	150.000 - 200.000
<i>Body Creator</i>	<i>Здравље, фитнес, третмани</i>	27.000 - 72.000
<i>Arcus Club Fit &amp; Relax</i>	<i>Здравље, фитнес, третмани</i>	20.500 - 49.500
<i>Office 1 Superstore</i>	<i>Канцеларијски материјал</i>	5.000 - 50.000
<i>Battery Centar</i>	<i>Специјализована малопродаја</i>	10.000 - 80.000
<i>Husse</i>	<i>Кућни љубимци</i>	3.000 - 7.000
<i>Fly Fly Travel</i>	<i>Туризам</i>	6.500

### 3. Франшизинг као један од метода могућег решавање проблема незапослености у Р. Србији

Период од 2008. године тј. период у коме почиње светска економска криза и када се почињу осећати ефекти на глобалном тржишту капитала, послужила је одређеном кругу „економских стручњака“ као оправдање да треба искористити ефекте кризе и привући капитал ка домаћем тржишту. Као аргументи да ће доћи до преливања капитала користи су се: а) јефтина и стручна радна снага, б) правна регулатива усклађена са правном регулативом ЕУ којом се гарантује правна сигурност иностраног инвеститора и в) субвенције државе за свако новоотворено радно место. Иако су обећања о „благодетима“ које нашем тржишту може донети селидба капитала са запада звучила превише оптимистична са призвуком еуфорије, показала су се као још једна у континуитету нео-

стварених прогноза представника неолибералне економске елите. Заговарање и реализација става да је индустријализација превазиђена (приватизација се по сваку цену мора спровести) и да се претежно треба окренути сектору услуга за последицу је имало и има знатан број незапослених лица.

Иако се последњих година бележи тренд благог пада незапослених лица,<sup>38</sup> незапосленост и данас представља један од најакутнијих проблема српске привреде на које у датим околностима нема адекватан одговор. Удео лица старости од 25-39 године на основу података Националне службе за запошљавање из марта месеца текуће године чини 36% од 687.896 укупног броја незапослених лица у Р. Србији.<sup>39</sup> Податак да удео лица од 25-39 година чини трећину незапослених од укупног броја који чини најпродуктивнији део радно способне популације, представља шансу и прилику за агресивнијом маркетиншком промоцијом франшизинг пословања. Поред очигледних предности које пружа франшизинг пословање, не може се очекивати „чаробна формула“ брзог успеха, с тим да је пословна пракса показала да успех предузећа која послују у оквиру франшизинг *network*-а већи је од од успеха предузећа која крећу са самосталним пословањем.

Становиште о томе да франшизинг може представљати један у низу метода могућег смањења стопе незапослености, оправдавамо компаративним приказом стопе раста отворених броја радних места кроз франшизинг<sup>40</sup> у односу на остале послове, спроведеном од стране *International Franchise Association* за период од 2007 – 2014 године. Подаци из табеле бр. 4 нам пружају одговор да франшизинг пословање брже креира радна места у односу на остале врсте пословања.

---

38 Више о статистичким подацима о кретању броја незапослених лица у периоду од 2005 – 2015 године погледати Билтен Националне службе за запошљавање, доступно на адреси: [http://www.nsz.gov.rs/live/digitalAssets/7/7247\\_bilten\\_nsz\\_03\\_2017\\_-\\_broj\\_175.pdf](http://www.nsz.gov.rs/live/digitalAssets/7/7247_bilten_nsz_03_2017_-_broj_175.pdf), 01.04.2107.

39 Доступно на адреси: [http://www.nsz.gov.rs/live/digitalAssets/7/7247\\_bilten\\_nsz\\_03\\_2017\\_-\\_broj\\_175.pdf](http://www.nsz.gov.rs/live/digitalAssets/7/7247_bilten_nsz_03_2017_-_broj_175.pdf), 01.04.2107, 19.

40 Током 2012. године у Немачкој је регистровано 72.700 независних франшизи које су запослиле скоро 546.000 људи, док је 2015. године регистрован око 118.000 независних франшизи у којима је запослено више од 686.000 људи што предтврђа пораст од 25% у односу на 2012 год., доступно на адреси: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/EN/Invest/Industries/Consumer-industries/franchising.html>, 28.03.2017.

**Табела бр. 4:** Компаративни приказ стопе раста броја радних места<sup>41</sup>

Године	2007- 2008	2008- 2009	2009- 2010	2010- 2011	2011- 2012	2012- 2013	2013- 2014
Франши- зинг	0,4%	-2,8%	-0,3%	2,1%	2,3%	2,3%	2,6%
Остали по- слови	-0,9%	-5,3%	-0,8%	1,9%	2,2%	2,0%	2,1%

С обзиром да велики број франшизи не захтева превелика иницијална улагања (табела бр.3), сматрамо да отпремине које су добијене у складу са социјалним програмом приватизације или повољни банкарски кредити, могу да се уложе у франшизинг пословање које би допринело и самим тим сегментно утицало на раст средњег, а претежног малог сектора привреде у Р. Србији (овде се мисли на терцијарну делатност). На основу изложеног може се закључити да франшизинг може бити један у низу метода којим би се донекле смањила стопа незапослености и омогућило samozапослење. Ипак, на крају треба истаћи да без обзира на све компаративне предности пословања у оквиру развијене франшизинг мреже, без агресивније индустријализације привреде ни франшизинг пословање које се јавља као надоградња (претежно је у питању терцијарна делатност) не може доћи до изражаја.

**Strahinja D. MILJKOVIĆ, PhD**  
**Assistant professor at the Faculty of Law, Univeristy**  
**of Priština - Kosovska Mitrovica**

## ADVANTAGES AND BUSINESS CHOICES FOR DEVELOPED WITHIN THE FRANCHISING BUSINESS SYSTEM IN R. SERBIA

### Summary

*The needs of capital for new markets through the minimum of investment can be achieved through franchising as a specific investment method of contracting business. Franchising as a method of contracting cooperation that*

<sup>41</sup> Доступно на адреси: <http://www.franchise.org/two-reports-show-franchise-growth-expected-to-increase-at-fastest-rate-in-five-years>, 30.03.2017.

*allows the franchisor to the minimum investment and investment enter and expand business in the target market. Using the methods of successful operations, reduced investment risks and autonomy in operations are among the decisive reasons for joining the franchise network by the potential franchisee. Special attention is paid to the work of the opportunities and potential development of franchising business in R. Serbia. Franchising as a form of contractual investment business is one in a series of potential methods that may be to some extent affect the reduction of unemployment in R. Serbia.*

**Key words:** *franchising contracts, franchise, franchising network, franchisor, franchisee.*

Др Светислав Ђ. ЈАНКОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ОДГОВОРНОСТ ЗА ИЗБОР У УГОВОРИМА У ПРИВРЕДИ – ПОСЕБАН ОСВРТ НА УГОВОР О ОРГАНИЗОВАЊУ ПУТОВАЊА И ШПЕДИЦИЈИ\*

### Резиме

*У раду се разматра појава и значај одговорности за избор у привредном праву, а посебно у погледу шпедиције и организовања путовања. Уочава се да паралелно са одговорношћу за избор другог, постоји и одговорност за рад другог, која се, као строжија, примењује само када је изричито уговорена или као санкција за злонамерно понашање уговорног пружаоца услуге. Упоредијући шпедицију и организовање путовања у овом смислу, чини се да шпедитер треба и даље да одговара само за избор превозиоца, док организатор треба да одговара и за рад непосредних пружалаца туристичких услуга. Разлог овоме лежи у чињеници да шпедитер претежно обавља своју делатност са привредним субјектима, док је организатор путовања ограниченији на путнике као физичка лица. Због заштите путника као потрошача, али и због тога што прима јединствену, укупну, накнаду за своју услугу, чини се оправданим да организатор путовања одговара не само за избор, него и за рад лица која је ангажовао приликом испуњења своје обавезе.*

*Прво поглавље је посвећено настанку правног режима одговорности за избор у уговорима у привреди, а посебно имајући у виду све већу специјализацију привредника у њиховим делатностима, односно одсуство самосталности, аутохтоности, у њиховом обављању. У другом поглављу се разматра одговорност за другог, те апсолутни и релативни вид те одговорности зависно од тога да ли њен основ лежи у кривици (субјективна одговорност) или не (објективна одговорност). Треће поглавље је посвећено шпедицији, а посебно одређивању садржине стандарда савестан и стручан избор трећег лица, која ни у прописима, а ни у судској пракси не постоји, него се узима као таква у свом бланкетном обли-*



ку. У четвртном поглављу се разматра правни режим одговорности организатора путовања, као и поједини случајеви из судске праксе у овој области, док је пето, последње, поглавље посвећено закључним разматрањима.

**Кључне речи:** одговорност за избор, одговорност за рад другог, шпедиција, организовање путовања.

## І Уводно разматрање

У привредама савременог доба, тј. појавом индустријске ере, уочава се правилност која се састоји у специјализацији послова, односно у оформљивању све више посебних субјеката који ће обављати делатности ужег типа као своје професије. Као последица тога нестаје самодовољност привредног субјекта која води нужној сарадњи са другим привредним субјектима како би се одређени производни (или услужни) процес функционално заокружио (тј. обавио до краја). То је у смислу трговинског (привредног) права довело до настанка низа нових правних послова (које обављају појединачно независни субјекти), а који су опет са своје стране неодвојиво повезани. Тако, на пример, читав низ привредних услуга је везан за посао продаје који се без њих не би могао обавити – посредовање, заступање, шпедиција, контрола, осигурање, превоз итд. Са друге стране, постоје и други послови трговинског права код којих не постоји самодовољност услуге, попут уговора о организовању путовања и уговора о грађењу.

Свим набројаним правним пословима је заједничко то да се изворни корисник услуге обраћа конкретном пружаоцу услуге, а да је томе конкретном пружаоцу услуге функционално несврсисходно да му самостално пружи услугу. Он се тим поводом обраћа другим субјектима који пружају уже, специјализоване услуге, а то са своје стране, услед професионалне ораганизованости других, утиче на квалитет, цену и време пружања услуге.<sup>1</sup> Међутим, са правне тачке гледишта тиме долази до својеврсног мешања одговорности свих учествујућих субјеката према кориснику

---

\* Чланак је написан у оквиру пројекта Идентитетски преображај Србије.

1 Управо асиметрија информација пред којом се налази корисник услуге условљава настанак нових делатности којима је основни циљ организовање пружања услуга других субјеката. Типични примери за ово су шпедиција и организовање путовања, у којима шпедитер и организатор путовања не пружају услуге превоза и класичне туристичке услуге (смештај, исхрана), него ангажују субјекте који се тиме баве. До овакве специјализације делатности долази, управо, због ефикасности.

за пружену услугу, те се поставља питање који од њих више (или можда сви?) треба да одговара за пружање услуге. Као последица тога се појављује тзв. одговорност за другог према којој један субјект (првобитно ангажован за пружање услуге) одговара за другог којег је ангажовао поводом те исте или уже услуге.<sup>2</sup> Таква одговорност може да буде одговорност за рад другог (када одговара за пружање услуге као да је у целости самостално испуњавао обавезу из тог посла) или одговорност за избор, надзор и давање упутстава другом вршиоцу услуге (када одговара само за грешке у свом поступању у погледу избора, надзора и датих упутстава другоме).<sup>3</sup> С обзиром на правне последице различитости типова одговорности за другог, неопходно је одредити у којим правним пословима се одговара за рад, а у којим за избор, надзор и давање упутстава другоме.

У читавом привредном уговорном праву изведено је неколико правила поводом одговорности за другог, тј. оног коме се првобитни саговорач – пружалац услуге обраћа да би је потоњи брже, јефтиније и квалитетније пружио. Прво, одговара се за (погрешан) избор другог, ако је првобитни пружалац услуге био принуђен околностима да другог ангажује или га је корисник услуге за то изричито овластио.<sup>4</sup> Друго, одговара се за радње другог као за своје сопствене ако је првобитни пружалац услуге ангажовао другог мимо воље корисника услуге или, пак, ако је изричито прихватио појачану одговорност за другог подстакнут остваривањем веће накнаде (провизије) у конкретном послу.<sup>5</sup> Најзад, као правилност је прихваћена да се у свим осталим случајевима одговара за избор другог с обзиром на независност лица за која се одговара, односно на немогућност утицања на начин и, уопште, процес пружања услуга ових лица. Управо последњи тип одговорности за другога ће бити предмет разматрања на овом месту, а посебно уговори о шпедицији и организацији путовања.

---

2 Gyula Eörsi, „Private and Governmental Liability for Torts of Employees and Organs“, *International Encyclopedia of Comparative Law* (ed. Viktor Knapp), Vol. 6, Tübingen, 1980, 7.

3 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 220.

4 Таквог становишта је и домаћа судска пракса по којој неовлашћено ангажовање додатног шпедитера од стране постојећег шпедитера, чини потоњег одговорним за рад, а не само за избор. Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 155/2000 од 5.7.2000. године. О развоју одговорности за погрешан избор вид. Tobias Tröger, *Arbeitsteilung und Vertrag, Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen*, Tübingen, 2012, 89 и даље.

5 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 753.

Разлог посебног осврта на уговоре о шпедицији и организацији путовања се састоји у томе што се код оба правна посла јавља одговорност за избор трећих лица (превозиоца код шпедитера, угоститеља, превозиоца и осталих повезаних лица код организатора путовања), али истовремено постоји разлика међу њима. Она се односи на већу заступљеност уговора о организацији путовања међу грађанима, тј. у сфери потрошачких уговора, док је уговор о шпедицији претежнији у привредној сфери. Због тога, почињу да настају разлике у одговорности ових привредних субјеката у смеру да организатор путовања одговара и за рад трећих лица (чиме његова обавеза постаје облигација резултата), док шпедитер и даље одговара само за избор трећих лица (чиме његова обавеза остаје облигација средства).

## II Две групе случајева – основа одговорности за другог

Одговорност за другог постоји када једно лице одговара за испуњење обавезе коју извршава друго лице. Ова одговорност може да буде објективне или субјективне природе, зависно од тога да ли је кривица одговорног лица битна за установљење његове одговорности.<sup>6</sup> У случају да је битна, најчешће је реч о одговорности за избор, надзор и давање упутстава другоме, а када није, онда се ради о простој одговорности за радњу другог.

Прва група случајева је заступљена у привредном праву по коме један привредник одговара за другог, јер је направио грешку било у његовом избору, било у надзору и давању упутстава.<sup>7</sup> Супротно, у другој групи случајева је заступљена објективна одговорност за другог која постоји без обзира на кривицу одговорног лица, попут послодавца који одговара за радње свога запосленог без обзира на своју кривицу. Оправданост овакве поделе основа одговорности се састоји у томе што у првој групи случајева одговорно лице и оно за које одговара су међусобно, правно независни, те се утицај одговорног лица на другог може исцрпљивати само у спољном односу, попут његовог избора или предлагања

6 Постоје мишљења одређених домаћих судова да је одговорност за другог нужно одговорност по основу кривице, с обзиром да је за овакву врсту одговорности неопходно доказати узрочно-последичну везу између између неправилног / незаконитог понашања одговорног лица и радње лица за које оно одговара. Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Gž 7473/2010 од 16.3.2011. године.

7 Овакав тип субјективне одговорности постоји и у породичном праву по коме родитељи одговарају за поступке своје деце зато што су направили грешке васпитању или надзору над њима. Вид. Nuno Ferreira, *Fundamental Rights and Private Law in Europe*, London, 2011, 168.

начина обављања делатности, а крајња одлука везана за саму радњу остаје на том другом лицу. Супротно, у другој групи случајева, одговорно и друго лице за које одговара су знатно више повезани што се испољава и у формалноправној надређености одговорног и лица за које оно одговара.<sup>8</sup>

Ослањајући се на овакву класичну, облигационоправну, поставку о одговорности за другога долази се до нејасноће, па и забуне, због чега је савремени тренд да шпедитер и даље одговара субјективно за другога (за избор превозиоца), а организатор путовања објективно (за рад угоститеља, превозиоца и осталих повезаних лица). Нејасноћа се састоји у томе што је уговорни положај шпедитера и организатора путовања истоветан у смислу да обоје закључују уговоре са независним лицима (*independent contractors*) која пружају у потпуности мимо њиховог утицаја своје изворне услуге. Такође, и шпедитер и организатор путовања на истоветан начин црпу економску корист из услуга тих лица које ангажују за испуњење својих изворних (уговорних) обавеза.<sup>9</sup> Једина разлика која постоји међу њима јесте што је шпедиција остала у сфери привредних уговора, док је уговор о организацији путовања постао претежнији у потрошачкој сфери. У том смислу, једини аргумент у смислу појачане одговорности организатора путовања би био у појачаној заштити путника (као потрошача) као слабије уговорне стране, што, чини се, не би требало да има одлучујући утицај с обзиром на немогућност организатора путовања да утиче на угоститеља (остала повезана лица) на испуњење услуге, осим на нивоу његовог избора. Имајући у виду различит тренд у правном уређивању шпедиције и организације путовања, а суштински исти положај ова два привредна субјекта, неопходно их је детаљније размотрити, а посебно открити прави значај и садржину тзв. кривице у избору другога, те одговорности за радње другога. Због апстрактности, па и недоречености правних норми у овој области, потребно је узети у обзир и судску праксу због суочавања са овим проблемом у стварности, те сазнати какав је садржај судског тумачења ових норми.

8 Mauro Bussani, Franz Werro, *European Private Law*, Durham, 2009, 357.

9 У суштини, та економска корист је основа тзв. викарне одговорности, односно одговорности за другога када налогодавац ангажује налогопримца како би остваривао одређену корист од налогопримчевих радњи. Вид. Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann, *A History of Private Law in Scotland: Vol. 2: Obligations*, Oxford, 2000, 585. Осим корист, постоје и други разлози који оправдавају одговорност за другога попут ризика, гаранције за другога итд. Више о томе вид. Annete Albrecht, *Die deliktische Haftung für fremdes Verhalten im französischen und deutschen Recht: eine rechtsvergleichende unter besonderer Berücksichtigung der Blicke-Rechtsprechung der Cour de cassation*, Freiburg, 2012, 16.

### III Шпедитер – одговорност за избор

#### 1. Појам уговора о шпедицији

Уговор о шпедицији представља двострани правни однос у коме се шпедитер као носилац карактеристичне чинидбе обавезује да организује превоз и пратеће услуге њиховог корисника, а корисник се обавезује да за то плати накнаду.<sup>10</sup> Израз организовање превоза обухвата читав низ услуга од којих је свакако, правно, најочљивија одабир одговарајућих превозилаца. Поред тога, израз организовање у послу шпедиције упућује и на правилан избор осталих пружалаца услуга везаних за превоз робе попут складиштара, контролора, осигуравача, те обављање царинских формалности. Шпедитер, дакле, не обавља ни једну од наведених услуга, него само организује њихово обављање повезујући их својом (шпедитерском) услугом у недељиву целину – тзв. пакет услуга везаних за превоз.<sup>11</sup>

Суштина делатности шпедитера се састоји у правилној обавештености о стању на тржишту превоза како би се конкретни превоз робе организовао што јефтиније, брже и сигурније. С обзиром на шпедитерову искључиву посвећеност послу организовања превоза, корисник његових услуга се потпуно ослања на њега што као последицу има дужност шпедитера да своју услугу пружа стручно, тј. са високим степеном пажње.

На међународном плану се издвајају три типа шпедиције – самостални (германски), заступнички (англосаксонски)<sup>12</sup> и комисиони (француски). Англосаксонски и француски тип шпедиције уподобљавају правни режим уговора о шпедицији са правним режимом заступања или комисиона, што има највећу последицу на плану одговорности шпедитера.<sup>13</sup> Супротно, германски тип шпедиције чини ову делатност самостал-

10 Славко Царић, Владимир Капор, *Уговори робног промета*, Нови Сад, 2000, 209.

11 Наравно, постоји могућност да шпедитер изврши и неку од ових услуга, али је потребно имати у виду да тада престаје правни режим шпедиције и настаје правни режим везан за неку од конкретних услуга (превоз, складиштење итд.), тј. шпедитер (како се и тада назива та уговорна страна), одговара као превозилац, складиштар, контролор. Реч је о тзв. *del credere* шпедицији. Више о томе вид. М. Васиљевић, 211; Славко Царић, Предраг Шулејић, Ивица Јанковец, Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Нови Сад, 1998, 425.

12 Сличан као за шпедицију постоји и правни режим за посао организације путовања (смислу ослањања на правила института *agensu*. Вид. Вјеслав Шмид, „Правни односи између путника и путничке агенције приликом прибављања туристичких услуга у Common Law“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. XII/1975, 149. О установи *agensu* детаљније вид. Небојша Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015, 281 и даље.

13 Премда је шпедиција постала нужно повезана са међународним (унификованим) саобраћајем, ове разлике су остале, пре свега, због историјских разлога. У време доношења францу-

ном, уређујући на тај начин посебну шпедитерску одговорност за испуњење својих обавеза, тј. за услугу организовања превоза.

## 2. Одговорност шпедитера

### а) Уопште

Имајући у виду наведене разлике међу постојећим типовима шпедиције, уочава се разлика на плану карактера обавезе шпедитера. Наиме, према германском типу шпедиције, шпедитер има обавезу средства, за чије испуњење ће се ослободити одговорности ако докаже да је учинио све до што је до њега да до конкретног испуњења дође. Постављајући на овај начин шпедитерову одговорност, може се закључити да је она по основу субјективне природе. Супротно, према француском типу шпедиције, шпедитер има обавезу резултата, тј. он се чини одговорним ако не дође до испуњења обавезе. То даље води закључку да према овом типу, шпедитер одговара објективно, односно без обзира на сопствену кривицу.<sup>14</sup>

У српском праву је прихваћен германски, самостални тип шпедиције, односно субјективна одговорност шпедитера које се може ослободити доказом постојања стручне пажње приликом пружања конкретне услуге.<sup>15</sup> При томе, одговорност шпедитера је ограничена спрам вредно-

---

ског Трговачког законика (19. век) потреба за осамостаљеним организатором превоза није постојала – јављала се спорадично, па је зато и интегрисана у комисиони правни посао. Слично је и са англосаксонским схватањем према којем општи посао *agency* обухвата и шпедицију. Вид. С. Царић, В. Капор, 211.

- 14 У суштини, овде се ради о својеврсној модификованој облигацији резултата према којој шпедитер не може да се ослободи одговорности доказом одсуства сопствене кривице, али је се може ослободити доказом одсуства кривице (или, уопште одговорности) лица којима се служи у испуњењу своје основне обавезе. У француском систему шпедиције, уговорни шпедитер одговара за испуњење превозичеве обавезе чак и ако је конкретног превозиоца изабрао неко од потоњих шпедитера (у случају тзв. узастопне, серијске шпедиције). У српском праву ова ситуација је другачије правно уређена. Вид. Cecile Legros, *Transport Law in France*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012, 186 и даље. Шпедитер одговара за рад изабраних лица само у случају тзв. подшпедиције (када, иначе, није овлашћен да у целини или делимично повери услугу организовања превоза другом лицу), а не и међушпедиције (када га је, корисник, за тако нешто претходно овласти). М. Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, 211; ЗОО, чл. 834, ст. 3.
- 15 У појединим случајевима, и у српском праву је присутна објективна одговорност шпедитера, попут фиксне и тзв. *del credere* шпедиције. Разлика између ове две врсте шпедиције се састоји у томе што фиксни шпедитер одговара за штету која у превозу на роби настане као и превозилац на чијем делу пута је оштећење настало (према основу и границама одговорности који важе за превозиоца), док *del credere* шпедитер одговара за испуњење организовања пре-

сти робе чији превоз се организује, а не спрам нижих јединичних вредности које постоје у правним режимима превоза.

*б) Одговорност за избор*

Имајући у виду да шпедитер за испуњење своје обавезе одговара субјективно, односно да је приликом пружања услуге дужан да покаже стручну пажњу, као битно (посебно за примену права) питање се намеће како се испољава таква, стручна, пажња. У чему се она састоји, и како се може препознати стручно пружање услуге од нестручног? Премда делује као неспорно, те га судови у том смислу често и не разматрају, чини се, ипак (ако се прецизније, конкретније посматра) да тражена стручност шпедитера није најјаснији појам. С обзиром да се основна шпедитерова чинидба састоји у организацији превоза, процена стандарда његове стручности се, управо у том делу најчешће јавља. Како се организација превоза састоји у одабиру што јефтинијег, бржег и сигурнијег превозног пута и превозиоца, тако се и основна обавеза шпедитера састоји у правилном (стручном) избору превозиоца. У том смислу је и састављена основна норма о одговорности шпедитера која га чини одговорним ако није савесно (стручно, правилно, *lege artis*) изабрао превозиоца и супротно (ако је савесно изабрао превозиоца, неће одговарати ако доцније дође до неиспуњења услуге превоза). Иако је у свом значењу, на први поглед, поменута норма врло јасна, нејасно остаје како је препознати у примени права. Да ли савестан избор значи једноставан избор превозиоца са одређене листе превозилаца који су добили дозволу за обављање делатности од државног органа или, пак, то значи да је шпедитер дужан да подробније истражи конкретног превозиоца у смислу квалитета његове услуге?

*в) Насумичан одабир превозиоца или „трагање“ за најбољим на тржишту?*

Имајући у виду, на први поглед, очигледну различитост у поднаслову наведених алтернатива, могло би се учинити, чак, неозбиљним поредити их и научно изучавати. Наиме, свака насумичност би требала да води површности и, свакако, удаљености од правног значаја стандарда савесног и стручног избора. Међутим, под изразом насумичан одабир превозиоца (у оквиру шпедитерове обавезе организовања превоза) у

---

воза и сам превоз робе према сопственим правилима, самостално (без могућности да се ослони на основ и границе одговорности из правног режима превоза). Вид. Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, 2005, 64.

пракси се подразумева одабир (превозиоца) са листе превозилаца која постоји на интернет страници министарства надлежног за послове саобраћаја. Да би било који превозилац (привредни субјект који се бави делатношћу превоза) био у могућности да легално обавља своју делатност, неопходно је да добије лиценцу од стране управног органа. Лиценца за превоз представља потврду да је њен ималац у потпуности оспособљен за квалитетно и безбедно обављање делатности превоза, а да би је стекао, нужно је да докаже да испуњава одређене строге услове. Између осталог, потребно је да докаже да ужива пословни углед, финансијску стабилност и професионалну оспособљеност за обављање делатности превоза.<sup>16</sup> Стога, имајући наведено у виду, не би могло без задршке да се тврди да је овакав насумичан избор крајње несавестан и нестручан.

Са друге стране, трагајући за садржином стандарда савесног и стручног избора превозиоца, као полазна основа би могао да се узме стандард савесности избора који је присутан код класичног посредника. Наиме, посредник је одговоран ако свога налогодавца доведе у пословну везу са лицем које је пословно неспособно или је, иначе, у немогућности да испуни обавезе из конкретног правног посла (што се у привредном праву најчешће испољава у виду презадужености, односно (пред)стечајног стања).<sup>17</sup> Иако веома важан за све послове привредног права, посреднички стандард савесности не би могао да се примени изоловано и као једина мера пажње шпедитера. Разлог за то је, управо, општост таквог стандарда који се својом применом односи на посредника као општег привредника, односно лице које може да учествује (посредује) у неограниченом броју и врсти правних послова. Због такве ширине могућих послова у којима (за које) може да посредује, од посредника се захтева само основни ниво пажње који се испољава у томе да корисника својих услуга повезује само са пословно способним и финансијски стабилним лицима. Од таквог, општег, посредника се не може захтевати да подробније испитује конкретне квалитете сваког лица које повезује са својим налогодавцем, јер за то, услед брзине правног саобраћаја у привреди, најчешће нема времена. Супротно, у послу шпедиције се лице које организује превоз за корисника својих услуга ограничава да закључује само правне послове

16 Примера ради, у друмском саобраћају услови за добијање лиценце су правно уређени у Закону о превозу терета у друмском саобраћају, *Сл. гласник РС*, бр. 68/2015, чл. 7, као и у подзаконским актима којима се у пуној садржини може приступити на интернет страници министарства надлежног за послове саобраћаја: <http://www.mgsi.gov.rs/cir/dokumenti/prevoz-tereta>, 26. март 2017. године.

17 ЗОО, чл. 820, ст. 1.



који су у вези са делатношћу превоза, а то је најчешће неколико познатих уговора (превоз, контрола, складиштење и осигурање). Зато је оправдано очекивати да шпедитер буде већи професионалац од обичног посредника и у том смислу да се мера његове пажње не задржава само на посредничком стандарду (пословне способности и солвентности трећег лица), него да се продубљује на опсежнију проверу квалитета трећих лица путем којих ће се посао организације превоза испунити.

Имајући у виду наведена два обрасца процене пажње шпедитера, могло би да се закључи да није довољан ни један за самосталну примену, него би најцелисходнија била истовременост, односно кумулираност ових стандарда. У том смислу, недовољно би било примењивати стандард избора превозиоца са листе оних који имају лиценцу, јер се и међу њима може наћи онај који се налази, примера ради, у предстечајном стању. И, супротно, недовољно би било бирати превозиоца који је пословно способан и солвентан, а који нема (или му је истекла) лиценцу за обављање превоза. Због тога, као најправилније, чини се решење да би шпедитер могао да се ослободи своје одговорности ако докаже да је приликом испуњења својих обавеза показао такву пажњу да је са оним знањем које му је у конкретном тренутку било доступно изабрао превозиоца (односно другог привредника) који је пословно способан, солвентан и који има лиценцу за обављање своје делатности.

Насупрот оваквом решењу, инсистирајући на томе да шпедитер у обављању посла организације превоза „трага“ за најбољим превозиоцем на тржишту се чини неодговарајућим, јер са једне стране шпедитер за то нема времена с обзиром на захтеве „тржишта“ за брзином обављања правног саобраћаја, а са друге, он, заправо, то на неки начин и ради. Наиме, избором превозиоца са листе оних који имају лиценцу, шпедитер је већ изабрао „најбољег“ за конкретну организацију превоза, јер се приликом његовог избора са листе руководио и смерницама да сам превоз буде што краћи, бржи и сигурнији.

Мимо наведених стандарда који се примењују у класичним случајевима шпедиције где шпедитер увек има могућност избора између више конкурентних превозилаца (и других лица везаних за посао шпедиције), као проблем се може уочити ситуација у којој шпедитер овакву могућност нема, односно када за конкретни превоз (на одређеној превозној ре-

лацији) постоји само један превозилац. Овакве ситуације би,<sup>18</sup> формално-правно, најлакше било сврстати у правне празнине, односно како поједи-ни правни писци тврде у таквим случајевима би било „илузорно“ говори-ти о шпедитеровој одговорности за избор, кад саме могућности избора није било.<sup>19</sup> Међутим, то никако не би смело да води закључку да шпеди-тер не одговара за „избор“ тог јединог превозица, али и, супротно, да од-говара за његов рад (ако, већ, не одговара за његов избор), јер такву одго-ворност није изричито / прећутно уговором на себе преузео. Зато би у оваквим случајевима требало применити посреднички, основни, општи, стандард савесности и тако учинити шпедитера одговорним само за слу-чај избора превозиоца који је презадужен и уопште у немогућности да испуни своју обавезу. На примену овог стандарда би се требало ослонити и када превозилац није лиценциран, односно када корисник шпедитеро-ве услуге инсистира да се превоз обави, па и са превозиоцем без званичног овлашћења за обављање своје делатности.

## IV Организатор путовања – одговорност за избор или рад?

### 1. Појам

Уговор о организовању путовања представља уговор у коме се организатор као једна страна обавезује да путнику буде пружен одговара-јући скуп туристичких услуга, а путник, као друга уговорна страна, се обавезује да за то плати одговарајућу (укупну) цену.<sup>20</sup> Овај уговор се све чешће означава као уговор о пакет аранжману из разлога што подразуме-ва обавезу организатора путовања да кориснику пружи више туристич-ких услуга које представљају целину (попут услуге превоза, смештаја, ис-хране, осигурања итд.).<sup>21</sup> Наспрам скупа туристичких услуга које дугује организатор путовања, стоји укупна цена за све те услуге коју организато-

18 Примера ради, то би могао да буде превоз робе / лица на удаљене, економски неисплативе дестинације, попут Северног и Јужног пола итд.

19 Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга*, Београд, 1995, 1383.

20 М. Васиљевић, 193; С. Царић, В. Капор, 492.

21 У том смислу и скраћени преведени назив прописа ЕУ – Директива о пакет аранжманима (енгл. Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC). О новинама у одређивању појам уговора о организовању путовања, као и утицају права ЕУ по овом питању детаљније вид. Вук Радовић, „Ширење појма уговора о организовању путовања“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2014, 300 и даље.

ру путовања дугује корисник, а коју ће организатор да проследи пружаоцима конкретних услуга. Као битно, намеће се питање одговорности организатора путовања за испуњење конкретних туристичких услуга, које он не пружа непосредно, него је за њихово испуњење ангажовао конкретне пружаоце услуга. На ово питање се може одговорити из два угла посматрања.

Наиме, ако се као битан елемент уговора о организовању путовања сматра укупна цена коју за услуге организације дугује корисник (путник), онда би била логична сходна примена правила које постоји код фиксне шпедиције, а то је да организатор одговара и за рад, тј. испуњење обавезе пружалаца конкретних услуга које је он на тржишту пронашао и ангажовао.<sup>22</sup> Супротно, ако цена за пружене услуге није укупна, нити је то, уопште, битна одредница овог уговора (него сама укупност пружених услуга), онда би могло да се размишља о томе да организатор путовања не одговара за само пружање конкретних туристичких услуга (превоза, смештаја итд.), него само за савестан избор пружалаца тих услуга.<sup>23</sup>

Српско право по овом питању заузима својеврстан „средњи пут“ обухватајући као битне обе чинидбе (укупну цену и скуп (пакет) услуга) уговорних страна. Међутим, на плану одговорности организатора путовања поменуто правно уређење чини донекле спорним његову одговорност (обухватајући, сходно томе, одговорност и за рад и за избор трећих лица). Наиме, организатор путовања према једном правилу одговара не само за саму организацију путовања, него и за (не)испуњење обавеза конкретних пружалаца туристичких услуга.<sup>24</sup> По другом правилу, организатор путовања одговара за избор конкретних пружалаца услуга, ако је услед испуњења њихових услуга наступила штета кориснику.<sup>25</sup> Остаје не-

---

22 Таква одговорност код фиксне шпедиције постоји због тога што постоји ризик да фиксни шпедитер (а иста логика важи и за организатора путовања) може да буде подстакнут ка ангажовању што јефтиније услуге, а на уштрб квалитета, како би му од укупне цене што више остало као зарада (профит).

23 У појединим правним порецима, попут немачког или швајцарског, уговор о организовању путовања се назива још и уговор о „паушалном“ путовању (нем. *Pauschalreise*), указујући тиме на битност укупности и целовитости туристичких услуга, наспрам укупне цене која није битан елемент уговора. Вид. *Bundesgesetz über Pauschalreisen* (пун текст доступан на адреси: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19930203/index.html>, 30.3.2017. године), art. 1; *Bürgerliches Gesetzbuch* (доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, 30.3.2017. године), par. 651.

24 ЗОО, чл. 898, ст. 1.

25 ЗОО, чл. 898, ст. 2.

јасно како се може у пракси препознати чињенични склоп на који би се примењивало друго правило. Постоје мишљења да би то могло да буде у случају када је путник, као корисник хотелских услуга, покраден у хотелу или, су му, пак, нанете телесне / душевне повреде, попут тога да буде отрован храном у хотелу или авиону, или, пак да буде повређен у лифту хотела.<sup>26</sup> Чини се да се у таквим случајевима не може радити о испуњењу услуге (хотелске, у конкретном случају), јер услуга смештаја подразумева не само преноћиште и исхрану, него и бригу о путниковим материјалним и душевним добрима (иста аналогија би могла да се примени када би се сматрало да је провозилац испунио своју услугу превоза тако што је до одредишта превезао робу која се, додуше, приликом превоза, оштетила, занемарујући, при том, улогу превозиоца као путујућег складиштара). Имајући у виду логичну недоследност ова два правила српског Закона о облигационим односима, чини се неопходним размотрити неколико случајева из праксе, како би се могло доћи до закључка о правном режиму одговорности организатора путовања.

*а) Случај први – одговорност за избор*

Госпођа у средњим годинама је уплатила код туристичке организације из Загреба услугу крстарења бродом које је обухватало вишедневно обилажење острва у Јадранском мору. Туристичка организација је у ту сврху ангажовала поморског превозиоца који, иначе, редовно пружа услуге крстарења и обиласка јадранских острва, те је као такав уписан у Уписнику бродова. Након што се госпођа укрцала на брод и почела да ужива у крстарењу, у једном тренутку брод се зауставио на једном од острва која су била у плану за обилазак и препоручио путницима да се искрцају и искористе прилику да прошетају острвом. Силазивши са брода, госпођа је пала и том приликом поломила ножни палац и задобила, уз то, уобичајене повреде, угрувавши се, приликом пада. Разлог пада, по госпођиним тврдњама је била неприпремљеност бродара за овакво путовање с обзиром да су броду недостајале степенице за улазак и силазак са брода. Због тога, она је тужила туристичку организацију из Загреба сматрајући је одговорном за пропуст у испуњењу обавезе бродара, а што је утемељила позивом на правила привредног права према којима организатор путовања одговара и за испуњење обавеза конкретних пружалаца

---

26 М. Васиљевић, 198; Вјеслав Шмид, „Одговорност путничке агенције прама међународној конвенцији о уговору о путовању“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. X/1973, 183.

туристичких услуга које је тим поводом ангажовао. Конкретно, она је захтевала накнаду материјалне и нематеријалне штете (за душевни бол због смањења животне активности и наружености). Са друге стране, туристичка организација из Загреба као организатор путовања се бранила од оваквог тужбеног захтева тврдећи да је она одговорна само за савестан избор конкретног пружаоца услуге (овде бродара – превозиоца), али не и за његов рад (тј. испуњење његове обавезе), што је са своје стране, такође, утемељила на правилима позитивног привредног права.<sup>27</sup>

Одлучујући о овом захтеву, те у жалби, првостепени и другостепени суд (у Загребу) су донели одлуку која је организатора путовања учинила одговорним и путем које је обавезан да путници исплати (укупну) накнаду штете у висини од 8000 евра (када се износи домаће валуте – куне прерачунају у евро). Образлажући своју одлуку (посебно другостепени суд) је навео да организатор одговара за избор превозиоца када га није савесно и стручно одабрао, а чињеница да га је одабрао са листе превозника који су, у конкретном случају, уписани у Уписник бродова, не чини га савесним, јер је поред утврђивања стања у Уписнику бродова, организатор морао детаљније да истражи и његове остале квалитете у погледу конкретног пружања услуге.<sup>28</sup>

*Напомена:* Овај случај је разматран из разлога што су правила из ове области садржински истоветна оним која постоје у српском праву. Наиме, реч је члану 868, ст. 1. и 2. Закона о облигационим (у Хрватској – обвезним) односима путем кога је уређена одговорност организатора путовања на објективан (у ставу 1) и субјективан начин (у ставу 2). Управо је организатор путовања покушао да се ослањањем на став 2. чл. 868. ЗОО ослободи одговорности доказујући да је савесно изабрао превозиоца. Чини се да би примена овог члана (и става) била основана у случају да се спор водио пред српским судом и по српском праву, с обзиром да би одабиром превозиоца са листе оних којима је државни орган дао лиценцу за обављање превоза, сам организатор себе ослободио одговорности за избор. Оправдање оваквом мишљењу се налази у томе што, уопште

27 У питању су два правила из Закона о обвезним односима која су истоветна постојећим правилима српског Закона о облигационим односима, што се уочава не само у погледу садржине, него и у погледу саме нумерације ових чланова. Упор. Закон о обвезним односима, *Народне новине РХ*, бр. 35/2005 до 78/15, чл. 868, ст. 1 и 2 и ЗОО, чл. 868, ст. 1 и 2.

28 Vesna Skorupan Wolff, „Odgovornost organizatora putovanja putniku za štetu prouzročenu nepažnjom u izboru osobe kojoj je povjerio izvršenje usluge prijevoza“, *Pomorsko poredbeno pravo*, br. 55/2016, 114-117.

посматрано, превозилац не може да добије лиценцу ако није пружио доказе о својој оспособљености за обављање делатности превоза, као и пословном угледу који ужива на тржишту. Због тога се чини неоправданим очекивати (односно захтевати) од организатора путовања да детаљније истражује пословна својства превозиоца када је државни орган то већ претходно утврдио. Штавише, условљавајући организаторову савесност тим додатним претрагама, отворио би се широк простор сумњи у државу која стоји иза такве лиценце, а онда би се (с обзиром на ванвременску условљеност државе и права), урушило поверење и у само право.<sup>29</sup>

*б) Случај други – одговорност за рад, а не и избор*

Позната естрадна уметница је закључила уговор са организатором путовања из Београда чија је основна чинидба била организација превоза из Београда у западну земљу како би тамо одржала турнеју (тј. низ наступа). Организатор путовања је пронашао одговарајући авио аранжман за поменуту уметницу резервишући лет са поласком 1.6.2010. и повратком 26.6.2010. године. Међутим, након доласка и схвативши да јој је турнеја изузетно успела, уметница је одлучила да је продужи и затражила од организатора путовања да јој изврши промену термина повратног лета са 26.6. на 5.7.2010. године. Организатор путовања је извршио резервацију наведене промене повратног лета у систему за резервације „Амадеус“ и о томе обавестио уметницу пославши јој путем електронске поште поруку са којом ће моћи да подигне карту на аеродрому повратка. Но, када је она дошла 5.7.2010. године на аеродром повратка, службеник аеродрома јој је саопштио да њене резервације нема, тј. да је нема на списку путника тог дана. Уметница је одмах потом позвала телефоном организатора путовања (тј. његовог радника у Београду) који јој је тим путем саопштио да је, што се тиче организације путовања (односно резервације повратног лета), све учињено а да поменута грешка није њихова грешка, него особља на аеродрому. Након тога, организатор (и његово особље) се више нису јављали на позиве путнице, те је она, у паници због истека визе одлучила да позове познаника који би је одвезао аутомобилом до следећег најближег аеродрома како би напустила односну земљу 5.7.2010.<sup>30</sup> Он ју је пре-

29 Коста Чавошки, *Увод у право I*, Београд, 1994, 130. и даље.

30 О дужности организатора путовања да пружа обавештења путнику вид. Вјекослав Шмид, „Одговорност путничке агенције за погрешно дата обавештења путнику“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. XV/1978, 97.

везао 150 км до следећег најближег аеродрома где је она купила за 650 долара карту до Београда.

Вративши се у Београд, она је цео случај пријавила туристичкој инспекцији која је утврдила пропусте у раду организатора путовања, а посебно то што организатор није проверио да ли је промена резервације повратног лета забележена и на карти. Након тога, уметница је поднела тужбу пред Првим основним судом који је пресудио да је организатор путовања одговоран за неизвршење како своје услуге организације пута, тако и услуге аеродрома, односно авио – превозиоца, заснивајући своју одлуку на члану 868, ст. 1. ЗОО. Такође, обавезао је организатора путовања да уметници плати све додатне трошкове које је имала код повратног лета (знатно скупља карта, накнада познанику да је превезе до другог аеродрома), те да јој надокнади нематеријалну штету за претрпљени страх и плати трошкове парничног поступка. Организатор путовања је на овакву пресуду изјавио жалбу оправдавајући свој поступак тиме да је он стручно и савесно изабрао авио – превозиоца, те да је исто тако извршио резервацију промене термина повратног лета, а да је грешка настала због поступка аеродрома и авио – превозиоца који наведену резервацију нису унели у карту. Своју жалбу је правно засновао на чл. 868, ст. 2. ЗОО, према коме организатор не одговара за штету путнику која је настала при испуњењу обавезе непосредног пружаоца туристичке услуге, ако је потоњег организатор изабрао стручно и савесно. Апелациони суд у Београду је потврдио пресуду првостепеног суда образлажући своју одлуку тиме да „Иако организатор путовања није сам требало да изврши наведене услуге, он ипак одговара путнику за штету која је настала због потпуног или делимичног неизвршења ових услуга, сходно чл. 868, ст. 1. ЗОО, изузев ако докаже да се понашао као пажљив организатор путовања при избору лица која су их извршила (чл. 868, ст. 2)“.<sup>31</sup>

*Напомена:* С обзиром да је, овде разматрани правни посао, у питању уговор о организовању путовања за који је туристичка агенција као организатор добила паушалну накнаду која обухвата све услуге, јасно је да организатор путовања одговара путнику ако је дошло до неиспуњења било које од ових услуга (чл. 868, ст. 1. ЗОО). Сходно томе, нетачан је став Апелационог суда у Београду да се организатор могао ослободити одговорности ако би доказао да се понашао пажљиво, стручно и савесно при избору лица која су требала да врше непосредне туристичке услуге

31 Пресуда Апелационог суда у Београду, Gž. 3947/12 од 17.10.2012. године, а у вези са Пресудом Првог основног суда у Београду Р 81987/10 од 23.3.2012. године.

(чл. 868, ст. 2. ЗОО), јер се наведено правило односи само на ситуацију када је до испуњења такве услуге дошло, а путник је упркос томе претрпео штету, а не и када до њеног испуњења није дошло, као што је овде случај. Због тога, утврђивање да ли је организатор проверавао потврђеност резервације промене термина повратног лета нема правни значај, јер до остваривања тог лета није ни дошло.

## 2. Разматрање у прилог новог правног режима

Имајући у виду наведене случајеве из судске праксе, као и аргументе за одговорност организатора путовања на двојак начин у погледу основа (објективно за неиспуњење обавезе непосредног пружаоца услуге и субјективно за његов избор када штета настаје упркос ваљаном испуњењу), уочава се нејасност постојећег правног режима која води ка правној несигурности. Наиме, постојећи правни режим се састоји како из, већ, разматраних правила Закона о облигационим односима, тако и из правила Закона о заштити потрошача које је усвојено под притиском правила Европске уније и развијања потрошачке културе.<sup>32</sup> Потоња правила безпоговорно утврђују објективну одговорност организатора путовања (са могућношћу регреса од непосредног пружаоца туристичке услуге) без могућности да је се он ослободи доказивањем да се поношао пажљиво и стручно приликом одабира непосредних пружалаца туристичких услуга.<sup>33</sup> Ово правило није утемељено толико на аргументацији која прати сличан правни режим код фиксне шпедиције (када због јединствености накнаде шпедитер одговара и за услуге превозилаца и других лица), колико на утицају развоја потрошачког права које у први план ставља што већу заштиту потрошача. Она се састоји у томе да потрошач не треба да размишља да ли је за испуњење туристичке услуге одговоран организатор или непосредни пружалац услуге, нити да буде у неизвесности да ли се организатор може ослободити одговорности према њему доказом одсуства своје кривице. Прихваћено решење, са једне стране, у потпуности штити потрошача, а са друге стране (и у другом процедуралном кораку), пружа заштиту и објективно одговорном организатору, да се регресира од непосредног пружаоца услуге (ако је потоњи за неиспуњење услуге по

32 Упор. ЗОО, чл. 868, ст. 1 и 2, Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016, чл. 107 и Директива о пакет аранжманима, чл. 13.

33 Вид. Вук Радовић, „Предлог нове директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима“, *Усклађивање пословног права Србије са правном Европске уније*, 2014, 472 и даље.



правилима која важе за тај правни посао, одговоран). Овакав тренд у правном уређивању одговорности организатора путовања прихвата се и у Нацрту Грађанског законика Србије, чијим усвајањем би се постигла преко потребна јединственост у правном ражиму, наспрот различитости која тренутно постоји у правилима Закона о облигационим односима и Закона о заштити потрошача.<sup>34</sup>

## V Закључак

Имајући у виду сличност послова шпедитера и организатора путовања која се састоји у организовању пружања одређених услуга свом клијенту (било да је то пошиљалац робе или путник), произлази да би и правни режим њихове одговорности требало да буде истоветан. Посебно се то односи на одговорност за избор које би се шпедитер и организатор путовања ослобађали доказом да су савесно и стручно изабрали непосредног пружаоца услуга. Међутим, разлике које постоје на пољу битних елемената ових уговора (попут јединствене, укупне цене код организовања путовања), те путничког својства потрошача као корисника услуге, закључује се да би одговорност организатора путовања требала да буде строже одређене, него шпедитерова. Наиме, шпедитер би, ако друкчије није уговорено, требало да одговара само за савестан избор превозиоца (и осталих одабраних лица), а не и за његов рад. Савесност би се у овом случају садржински састојала у истовременој примени стандарда посредничке савесности (да је изабрано пословно способно и солвентно лице) и одабира превозиоца са листе оних који су од стране државног органа добили лиценцу за обављање превоза.

Са друге стране, организатор путовања би требало да одговара за рад лица која је ангажовао као непосредне пружаоце туристичких услуга, а не и за њихов избор из два разлога. Прво, као и у случају фиксне шпедиције (где шпедитер одговара за рад, а не само за избор), организатор путовања прима као противчинидбу своје услуге јединствену, укупну накнаду, коју по свом нахођењу може да расподели на непосредне пружаце услуга. Управо да би се спречио морални хазард организатора путовања (како би што више профитирао, ангажујући јефтиније и неквалитетније непосредне пружаоце услуга), одређује се његова одговорност за рад трећих, изабраних лица. Други разлог за установљење оваквог режима одговорности се састоји у томе што путник, као физичко лице и корисник ту-

34 Вид. Нацрт Грађанског законика Републике Србије, текст у целости доступан на адреси: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 6.4.2017. године, чл. 1358.

ристичке услуге, има својство потрошача и, стога га је потребно појачано штитити. У том смислу је и норма преднацрта српског Грађанског законика која, уопште, не предвиђа одговорност за избор организатора путовања, него само за рад изабраних лица. Супротно је по тренутно важећим правилима облигационог и потрошачког права где према првима одговорност за избор постоји, док по другима не постоји, иако је њихова истовремена примена могућа на истоветни чињенични склоп, што знатно одузима од правне сигурности.

**Svetislav Đ. JANKOVIĆ, PhD**

**Assistant professor at Faculty of Law University of Belgrade**

## **LIABILITY FOR WRONGFUL SELECTION IN COMMERCIAL LAW WITH SPECIAL REGARD TO THE FREIGHT FORWARDER AND PACKAGE TOUR OPERATOR**

### **Summary**

*In this article, the author analyzes phenomenon and significance of liability for wrongful selection of agent in Commercial Law, especially in freight forwarding contract and in some of travel agent contracts, namely package tour. It is evident that across legal systems in Europe exist two legal regime of liability of aforementioned persons. First, strict liability, which is especially represented in France, and second, liability for wrongful selection of agents – assistants in concrete contract, which is based on guilt. The second is predominant in Europe and as such is widespread accepted in Serbian legal system. Comparing freight forwarding and package tour contracts, it seems that freight forwarder should continue be responsible only for his own mistake in selecting sub-agents (so, not for their actions). On the other hand, package tour operator should be responsible not only for wrongfully selection, but primarily for actions of his sub-agents. The reason for this lays in fact that tour operator receive overall, total, price for his service which he can spend on sub-agents irrespectively quality of their service, motivated in their choice by moral hazard. Also, reason for this solution can be find in fact that other party in package tour contract predominantly is natural person as a consumer, passenger who is weakly protected contractor.*

*First part of the article is dedicated to genesis of liability for wrongful selection in Commercial Law, peculiarly having regard to specialization of working process in economy. In the second part, author considers relatively and absolutely aspect of liability for other person, depending on whether guilt is neces-*

*sary condition for liability. In third and forth part, author considers legal regime of freight forwarding and package tour contract in detail and pays special attention to true content of legal standard of prudent and in a good faith selection of third person as a sub-agent. Author proposes solution in cumulative application of two standards: first, good faith and prudence of ordinary intermediary and second, selecting the carrier or other sub-agent from the list which is approved from the state authority.*

**Key words:** *liability for wrongful selection, liability for other(s), freight forwarding, package tour contract.*

---

# МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

---

Др Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

## О ПРОЦЕСНОЈ ЛЕГИТИМАЦИЈИ ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ У МОНЕТАРНИМ СПОРОВИМА\*

### Резиме

*Предмет анализе у овом раду јесте сагледавање процесне легитимације Европске централне банке (ЕЦБ) у монетарним споровима. У том смислу се у истраживању акценат ставља на питања која се тичу институционалне, функционалне и финансијске независности ЕЦБ, јединствене монетарне стратегије и мера које предузима на финансијском тржишту. У даљем тексту, пажња се посвећује анализи монетарног спора из 2003. године, којим се (по први пут) поставља питање монетарне јурисдикције Европског суда правде и пресуди у случају комплементарности програма мера за куповину обвезница на секундарном тржишту (ОМТ) из 2015. године са одредбама примарног права, где се као општи закључак уочава потреба за заштитом независног положаја институција које обезбеђују монетарну стабилност на начин *de lege artis*, јер је то предуслов опште привредне стабилности земаља чланица Економске монетарне уније.*

**Кључне речи:** монетарно право, Европска централна банка, монетарни спор, Европски суд правде, ОМТ програм.

---

\* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018.

## I Уводна разматрања

Конституисањем Европског система централних банака (ЕСЦБ) државе чланице су у одређеним сегментима свог монетарног суверенитета пристале на ограничења у погледу слободног креирања и вођења монетарне политике. Стварањем Европске централне банке, националне банке нису престале да постоје, као што то поједини теоретичари истичу, али је свакако дошло до сужавања њихове надлежности из области монетарно-кредитне политике. ЕЦБ има својство правног лица, тј. поседује способност да буде титулар права и обавеза и да закључује различите врсте уговора и других правних послова, располаже покретном и непокретном имовином и има статус учесника у судском поступку.<sup>1</sup> Основни задаци ЕЦБ су заправо задаци ЕСЦБ и обухватају утврђивање монетарне политике Заједнице, али и одређивање висине средњорочних монетарних циљева, кључних каматних стопа, висине обавезних резерви националних банака и издавања смерница за њихову реализацију.<sup>2</sup> Европска централна банка иницира монетарно законодавство Уније и обавља саветодавну улогу везану за предлоге појединих правних аката. Надлежност ЕЦБ је у пракси често била модификована актуелним привредним приликама и неретко добијала нове димензије утврђене актима секундарне легислативе (који су понекада противуречни са одредбама примарног права). Надлежности ЕЦБ није дефинитивно заокружена због чега се мора сагледавати реално, ван садашњих законских решења и уобличавати тако да увек остане довољно маневарског простора за стицање неких нових ингеренција које су у кризним моментима неопходне за стабилизацију монетарног система.

## II Регулаторна надлежност ЕЦБ

У оквиру својих регулаторних надлежности ЕЦБ може доносити различите врсте правних аката. Према дејству и територијалном обухвату, можемо их разврстати на акте који имају *опште* правно дејство и акте

- 1 Овлашћења којим располаже ЕЦБ нису резултат делегирања овлашћења од стране главних институција ЕУ, већ су она резултат *оригинарних овлашћења* утврђених оснивачким уговорима. Ово је значајно напоменути, јер управо то одваја ЕЦБ од положаја осталих децентрализованих агенција унутар Уније, које такође имају статус правног лица, али су њихова овлашћења деривирани.
- 2 Protocol on the Statute of European System of Central Banks and of the European Central Bank, art. 12. Конкретније, ЕЦБ је одлучујући орган ЕСЦБ и Евросистема који се стара о имплементацији јединствене монетарне политике, располаже регулаторном моћи и у складу са тим има овлашћење да изриче санкције.

са *интерним* дејством.<sup>3</sup> У акте са општим правним дејством спадају *уредбе, одлуке, мишљења и препоруке*. Акти са интерним дејством (са локализованом применом само унутар еврозоне) обухватају: *смернице, инструкције и интерне одлуке*.<sup>4</sup> Када је у питању јавно публикување поменутих аката, наводи се да ЕЦБ ужива посебно дискреционо право да не објављује своје одлуке у Службеном гласнику ЕУ.<sup>5</sup> Уредбе ЕЦБ представљају најзначајнији општи правни акт. Ове правне акте ЕЦБ може доносити искључиво у областима у којима суверено дефинише и спроводи монетарну политику и утврђује обавезе кредитних институција у вези са обавезом држања минималних резерви. ЕЦБ може да изриче санкције субјектима који крше уредбе, али под условима које одређује Савет.<sup>6</sup>

У циљу обезбеђивања конзистентне реализације монетарне политике, ЕЦБ може издавати и посебне правне акте: *смернице, упутства и интерне одлуке*. Правни основ доношења ових акта није одређен у оснивачким актима, већ је настао као резултат практичних потреба и прилагођавања, тј. утврђен је правилима процедуре ЕЦБ и у складу са генералним принципима комунитарног права.<sup>7</sup> Специфичност посебних аката је у томе што се они усвајају без контролне функције Савета ЕУ или Европског парламента. Поједини аутори су става да то фактички може значити стварање новог законодавног тела у ЕУ.<sup>8</sup> Одсуство поменуте контроле се надомештава контролом од стране Европског суда правде (ЕСП) који контролише законитост свих аката ЕЦБ. Судска контрола одлука ЕЦБ се сматра комплементарном ненормативној контроли која се налази у функцији принципа владавине права и принципа федералне поделе власти. Смернице производе правно дејство само унутар Еврозоне и њихови адресати су националне банке оних држава које су приступиле Еврозони. Прихватање смерница се може јавити у двојаком виду: као облик уговора између централне банке и њених партнера или се може јавити у форми

---

3 Hanspeter K. Scheller, *The European Central Bank: History Role and Functions*, 2nd ed, European Central Bank, 2006, 63-65.

4 *Ibid.*

5 Atilla Arda, „Regulatory Powers of the European Central Bank: A Commentary on the Article 110 TEC“, *On the Law of the European Union* (ed. Christian Campbell, Peter Herzog, Gudrun Zagel), 2005, 9-10. Ипак, у циљу подстицања транспарентности у раду и задовољавања јавности која жели увид у значајну документацију, ЕЦБ своје одлуке увек објављује у службеним гласилима.

6 Срђан Голубовић, *Европска монетарна унија – Институционални аспекти*, Ниш, 2007, 60-62.

7 H. K. Scheller, 64.

8 Barbara Dutzler, *The European System of Central Banks: An Autonomus Actor?*, The Quest for an Institutional Balance in EMU, Springer, 2003, 10-11.

неког другог акта. Облик прихватања одређују разлике у правним системима земаља чланица као и институционална решења правног регулисања рада централних банака, која се међу државама могу значајно разликовати.<sup>9</sup>

### III Независност, одговорност и јавност у раду ЕЦБ

Независност ЕЦБ има неколико компоненти, где се у сфери монетарног права посебно издвајају институционална и функционална независност.<sup>10</sup> *Институционална независност* јесте најзначајнија димензија независности и односи се на степен утицаја осталих облика власти на одлуке које ЕЦБ доноси у монетарној политици.<sup>11</sup> Овај сегмент обухвата неколико овлашћења, од којих је на терену монетарног права наглашено право треће стране да одобри, суспендује, анулира или одложи одлуку централне банке уколико није компатибилна са одредбама примарног права о координацији јединствене монетарне политике. *Функционална независност* подразумева потпуну и искључиву самосталност ЕЦБ у одређивању статутарних циљева, задатака, инструмента, мера и организационих правила везаних за област јединствене монетарне политике. Из тог разлога се морају створити услови за поштовање и примену одлука ЕЦБ, јер не сме постојати правило које ограничава или искључује органе банке у доношењу одлука везаних за монетарне интеграције.

Рад Суда правде је веома значајан за реализацију концепта независности ЕЦБ. Значајан предмет из јудикатуре ЕСП јесте пресуда у случају *ОЛАФ* којом је децидно потврђена независност ЕЦБ у свим поменутих димензијама.<sup>12</sup> У овом случају се радило о спору који је Комисија покренула против одлуке ЕЦБ која се тиче превенције и сузбијања фразулозног (преварног) понашања, које штети финансијским интересима банке (*Decision 1999/726/EC of 7 October 1999 on fraud prevention*). У овом спору ЕЦБ је истакла постојање споразума који је закључила са Комиси-

9 Инструкције (упутства) су неопходне ради обезбеђивања примене јединствене монетарне политике на оптималан начин. Овим интерним правним актима се концизније разрађују решења из смерница не би ли се на тај начин предупредили пропусти у њиховом извршењу. Најзначајније инструкције се односе на предузимање операција на отвореном тржишту.

10 Персонална независност је структурне природе и тиче се трајања мандата чланова главних органа ЕЦБ. Richard Sparve, „Central Bank Independence under European Union and other International Standards“, *Legal Aspects of European System of Central Banks* (Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli), ECB, 2005, 276-277.

11 С. Голубовић, 67.

12 Case C-11/00, Commission v ECB, 2003.

јом у циљу борбе против штетних уговора и поступака по њене финансијске интересе. Та сарадња је на крају резултирала доношењем Европске регулативе којом је основана Европска канцеларија за сузбијање превара (*European Anti-fraud Office – OLAF*). Ово тело представља општу службу Генералних директората Комисије. Његов задатак је да спроводи истрагу у вези са свим пословима који су штетни по буџет ЕУ унутар институционалне структуре Уније на начин који је одговоран, транспарентан и трошковно ефикасан. ОЛАФ нема извршну, нити судску функцију и представља хибридно стручно тело Комисије, које је независно у спровођењу истрага и задатака, али подноси извештаје о свом раду Комисији.<sup>13</sup> Постојање својства правног лица, сопствених органа одлучивања и капитала, привилегије у раду ЕЦБ уз могућност да једино ЕСП решава о разрешењу чланова савета гувернера и извршног одбора, према схватању које је изражено у пресуди јесте довољан и неопходан услов (потврда) независности рада врховне монетарне институције ЕУ. Европски суд правде је експлицитно заузео став да ЕЦБ треба наступати самостално у извршавању поверених задатака. Суд сматра да члан 108. Мастрихтског уговора представља својеврстан „заклон“ ЕЦБ од разноликих политичких утицаја, зарад ефикасне реализације задатака утврђених одредбама оснивачког уговора и статута ЕСЦБ и ЕЦБ. Свакако, *можемо* приметити да Суд у овој пресуди говори о лимитираној, не апсолутној независности, јер ЕЦБ јесте независна унутар комунитарне институционалне структуре, али није независна од саме Заједнице. Њена независност је ограничена одредбама примарног и секундарног права ЕУ, односно оснивачким уговорима и Статутом ЕЦБ. У овој пресуди Суд изричито наводи да рад ЕЦБ подлеже контроли одговорности, преваходно од стране Првостепеног суда, као првостепене инстанце, али и ЕСП, као (крајње) другостепене инстанце.<sup>14</sup>

Узимајући у обзир концепт демократског легитимитета, по коме власт свих државно-политичких институција потиче од грађана и њима се враћа, може се направити разлика између тзв. *инпут легитимитета* (енгл. *input legitimacy*) односно легитимитета по поступку и *аутпут легитимитета* (енгл. *output legitimacy*), односно легитимитета по резултатима.<sup>15</sup> Легитимитет поступка постоји у случају када субјекти доносе одлуке на бази овлашћења делегираним од грађана, док се легитимитет ре-

13 Special Report, European Court of Auditors, July 2005.

14 Jean-Victor Louis, Rosa Maria Lastra, „European Economic and Monetary Union: History, Trends and Role“, *Year Book of European Law*, Oxford, 2013, 97-98.

15 H. K. Scheller, 127.



злтата процењује у односу на чињеницу да ли су изабрани мандатарни остварили њихова очекивања и потребе. Сходно овој теоријској поставци, ЕЦБ ужива *легитимитет поступка*, који произлази из делегирања дела монетарног суверенитета са државног на супранационални ниво власти.<sup>16</sup>

#### IV Монетарни спорови и Европска централна банка

Процесна легитимација ЕЦБ је током глобалне економске и финансијске кризе добила битне елементе своје манифестације што се у пракси поклопило са усвајањем нових институционалних модела макроекономског управљања усмерених на оснаживање целокупног привредног система земаља чланица. До избијања дужничке кризе процесна легитимација ЕЦБ је имала више спорадичан карактер и била ограничена на последице неадекватног макроекономског дијалога са осталим комунитарним институцијама, и то превасходно са Европском комисијом. Са усвајањем нових институционалних механизма долази и до значајаног редефинисања базичних принципа европског монетарног права (примарно у делу домашаја *lex monetae* у монетарном саобраћају, екстериторијалне примене монетарног суверенитета и непоштовања одредаба о колективној одговорности за јавни дуг, тј. другачијег гледања на садржину принципа *lex contractus*), што је проузроковало далекосежне монетарне спорове. Анализом ових случајева из судске праксе можемо уочити најбољу потврду институционалне, функционалне и финансијске независности врховне монетарне институције ЕУ и из исхода спорова идентификовати њен неспоран ауторитет у обликовању и дерогацији норми монетарног права, где се монетарна стабилност јавља као *conditio sine qua non* привредне стабилности целокупне еврозоне.

Значајан предмет из судске праксе везује се разматрање компатибилности програма ЕЦБ за куповину обвезница на секундарном финансијском тржишту (енг. *outright monetary transaction-омт* у даљем тексту) са примарним правом ЕУ (оснивачким актима). ЕЦБ је овај програм усвојила током 2012. године, када је ЕСЦБ добио овлашћење за куповину обвезница на секундарном тржишту у циљу спречавања реметења уоби-

---

16 Начин именовања чланова Извршног одбора и генералног савета говори у прилог овој чињеници. Овлашћења ЕЦБ у области јединствене монетарне политике су ограничена јасним условима и правилима који потврђују облик легитимитета по поступку. ЕЦБ у одређеним околностима може имати и други облик легитимитета, уколико сноси одговорност за пропусте у постизању и одржавању ценовне и финансијске стабилности.

чајеног тока трансмисионих механизма куповине обвезница и очувања јединствене монетарне политике.<sup>17</sup> Наиме, ЕЦБ је претходно утврдила да су каматне стопе обвезница у различитим државама чланицама међусобно прилично диференциране, где такве разлике у висини стопе не произилазе из другачијих макроекономских прилика у конкретним државама, већ су проузроковане великом тражњом за високо ризичним обвезницама које имаоцу могу донети значајну премију. Трансмисиони механизми показују да политиком обавезних резерви централна банка одређују ниво ликвидности комерцијалних банака, где очекивања клијента о каматној стопи утичу и на дугорочне (тржишне) каматне стопе, па поремећаји у њеној висини утичу на понуду и тражњу за добрима и услугама и одређују њихову цену.<sup>18</sup> Такве околности могу утицати на фрагментацију банкарског тржишта, одступање од опште усвојених принципа код услова рефинансирања дуга и кредитних трошкова у еврозони, што умањује допринос монетарних мера и инструмената жељеном привредном развоју и стабилности.

Имплементација концепта поменутих мера је у *Немачкој*, као водећој чланици еврозоне била условљена претходним одлучивањем Уставног суда о правној природи поменутог концепта, где се поставило питање да ли ЕЦБ поседује мандат за усвајање таквог програма сходно одредбама примарног права (због кршења чл. 136. Уговора о ЕУ о забрани колективне одговорности за јавни дуг, односно финансирања туђих дугова) и да ли се оваквим поступањем доводе у питање основни принципи демократског друштва гарантовани уставом.<sup>19</sup> Уставни суд је у својој одлуци стао на становиште да ОМТ програм представља вид арбитрарног поступања ЕЦБ и да последице дужничких криза, које се и у будућности могу очекивати не дају легитимитет ЕЦБ да одступа од принципа утврђених одредбама оснивачких аката.<sup>20</sup> Одсуство легитимитета ОМТ концепта, према схватању суда, произлази због непостојања квантитативних ограничења приликом куповине обвезница што може променити опсег мера финансијске подршке утврђених Споразумом о

---

17 Decision of the Governing Council of ECB of 6 September 2012 on a number of technical features regarding the Eurosystem outright monetary transaction in secondary sovereign bond markets, 1-5.

18 Antonio Luca Riso, „An Analysis of the OMT Case from a EU Law Perspective“, *The ECB's Outright Monetary Transactions in the Courts* (ed. Helmut Siekmann and Al.), IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability, 1/2015, 19-29.

19 BVerfG, 2 BVR 2728/13 of 14.01.2014.

20 A. L. Riso, 19-20.

Европском стабилизационом механизму.<sup>21</sup> Према мишљењу неких аутора, овако поступање уставног суда представља подршку постулатима тзв. теорије сепарације (енгл. *separation theory*), који указују на потешкоће које судије имају приликом решавања спорова у којима учествује централна банка и где свеобухватно разматрање њеног вођења монетарне политике означава и повреду институционалне независности у раду, због чега се морају поставити одређена ограничења судијама у монетарним споровима.<sup>22</sup>

Монетарна политика не представља само обичан сет управних активности који се морају ставити под судску контролу у циљу остваривања и заштите индивидуалних права, већ имлицира употребу комплексних техника и модела усмерених на одрживи привредни раст. Централна банка као главни субјект такве политике мора деловати *pro futuro* и сносити одговорност за одступања од циљева утврђених јединственом монетарном стратегијом. Судије са друге стране, имају ретроспективан поглед на решавање спорова, што је сасвим очекивано, јер суд не може нагађати какво ће будуће понашање монетарних агента бити, нити за то може имати надлежност. Управо из тога произлази и слабост аргумента који се у пресуди тиче арбитрарног поступања ЕЦБ током дужничке кризе, јер се такво нешто децидно не може утврдити. Занимљиво је да је уставни суд, по први пут, у својој историји упутио спорно питање на решавање Европском суду правде, што само говори у прилог чињеници да је у питању био вероватно најзначајнији монетарни спор у новој истоји ЕМУ (*субјективан став аутора*), који захтева синергију деловања националних и наднационалних судских инстанци. Монетарни спорови представљају посебну категорију спорова у којима се решава о поступању централне банке, тачније, одлучује се о управноправној природи аката врховне независне монетарне институције.<sup>23</sup> Чињеница је да у савременом монетарном праву централне банке наликују независним агенцијама које уживају значајно место у уставном поретку земље и чије одлуке има-

- 
- 21 Ипак, постоји фактичко ограничење, јер се ОМТ програмом таргетирају обвезнице, чији је рок доспелости од 1 до 3 године, што погађа само краткорочне услове финансирања и остаје искључиво у сфери монетарне политике, па остаје без утицаја на дугорочне мере финансијске подршке.
  - 22 Matthias Goldman, „Adjudicating Economics?, Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review“, *German Law Journal*, Special Issue: „The OMT Decision of the German Constitutional Court“, Vol. 15. No. 2 (2014), 265-280.
  - 23 Herwig C. H. Hofman, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and European Economic and Monetary Union*, IMF Working Paper, No. 19, 2015, 2-5.

ју битне импликације на буџет и јавне финансије, а чије се надлежности разрађују посебним законима и подзаконским актима.

Европски суд правде је својом одлуком потврдио легитимитет и легалитет предложених мера ЕЦБ, образложивши га чињеницом да ОМТ програм потпада под сферу јединствене монетарне политике коју ЕЦБ суверено води сходно монетарној стратегији у циљу очувања монетарне стабилности, тачније ценовне стабилности као примарног циља који се конзистентније реализује применом поменутих мера.<sup>24</sup> У овом контексту, у одлуци суда *можемо видети* јасну дистинкцију између монетарне и економске уније у ЕМУ, коју управо одликује јака монетарна унија и слаба (нејединствена) економска политика. ОМТ концепт *de facto* јесте мера јединствене монетарне политике, која се води на наднационалном нивоу и чији је циљ монетарна стабилност, а не мера децентрализоване опште економске политике, које чланице воде на националном нивоу сходно ограничењима из принципа пропорционалности и супсидијарности, иако можемо приметити да ове мере имају посредан ефекат и на општу економску политику. Када је у питању куповина обвезница на секундарном тржишту, Суд сматра да се тиме не повређују норме примарног права, већ се просто ради о манифестацији једне од стандардних мера ЕЦБ утврђених њеним *Статутом (члан 18) и Протоколом бр. 4*, којим се презициције уређују операције ЕЦБ на отвореном тржишту.<sup>25</sup> Имплементација ОМТ програма је условљена задацима које су државе чланице еврозоне преузеле приликом ратификације *Споразума о Европском стабилizacionом механизму*, а тиче се израде макроекономских програма прилагођавања, што још једном потврђује утицај мера на циљеве опште економске политике, али опет, наглашавамо само као секундарне ефекте без опасности на кршење принципа комунитарног права.

Суд је, такође, био става да се усвојеним мерама не повређује принцип пропорционалности, јер се поменути концептом не иде даље од потребног минимума за постизање монетарне стабилности, чиме су циљеви јасно дефинисани унутар оквира програма без екстензивног тумачења њихове сврхе и оправданости. У вези са потенцијалном забраном кршења колективне одговорности за јавни дуг (енгл. *no-bailout clause*), Суд је, слично као и приликом решавања правне природе Фискалног споразума, стао на становиште да поменута клаузула забрањује сваки об-

24 Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag (OMT) of 16 June 2015, AC-LI:EU:c:2015:400.

25 Protocol (No 4) on the Statute of the ESCB and ECB, art. 17-24.

лик монетизације државног дуга, тј. одобравања кредита владама држава чланица од стране ЕСЦБ као зајмодавца, али у основи не забрањује ЕСЦБ да купује обвезнице од повериоца држава (које су се претходно јавиле као издаваоци тих обвезница). Према схватању Суда, интервенције ЕЦБ на секундарном тржишту у пракси могу имати идентичан ефекат као и куповина хартија од вредности на примарном финансијском тржишту, уколико потенцијални купци тих обвезница поуздано знају да ЕЦБ купује обвезнице под условима који њима дозвољавају да делају као *de facto* посредници банке у трансакцијама са органима јавне управе држава чланица.

Како је немачки уставни суд дефинисао ОМТ програм *ultra vires*, постојала је латентна опасност да у случају нерезоновања његове правне природе од стране ЕСП на исти начин, дође до непримењивања у водећој чланици Еврозоне. Мора се имати у виду да би такво негирање програма од стране Немачке уједно значило и негирање принципа супрематије европског права.<sup>26</sup> У том смислу, одлука Суда не само да је потврдила независност ЕЦБ у раду, већ је истовремено упућен недвосмислен сигнал свим чланицама Уније да не могу самовољно одређивати које комуни-тарне акте ће прихватити у националном праву, јер је имплементација комуни-тарних аката општи интерес свих земаља чланица. Овакво поступање Суда је посебно значајно, када се у обзир узму ранији пропусти и одлуке везане за непоштовање фискалних правила из одредаба *Пакта о стабилности расту* (случај *Француске и Немачке*), које је Суд оправдао својим тврдњама. Монетарни спорови због специфичне природе односа и исхода не могу бити вођени у складу са интересима политички утицај-них земаља чланица и правдани разлозима политичког прагматизма, већ превасходно морају бити мотивисани заштитом институција које своје задатке обављају у интересу друштва и привреде на начин *de lege artis*, која је, *према нашем мишљењу*, своју потврду по први пут добила управо у случају примене ОМТ програма.

## V Закључак

Можемо приметити да у монетарним споровима захтев за оцену уставности и законитости трпи одређена ограничења, што је и Европски суд правде потврдио својом одлуком у случају правне усклађености мера

---

26 Federico Fabbrini, „After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States“, *German Law Journal*, Vol. 16, No. 4, 2015, 1004-1022.

ЕЦБ о куповини обвезница на секундарном тржишту. Из одлуке Суда јасно произлази да је за вођење монетарне политике потребно поседовање стручних знања и експертизе, која у европском монетарном праву има једино ЕЦБ и ужива дискрециона овлашћења за њену имплементацију. С обзиром да у монетарним споровима, Суд не може задирати у суштину монетарних мера (јер за тако нешто нема компетенције, одлучивање се у већини случајева своди на примену критеријума одговорног поступања, односно, правних стандарда доброг привредника, који поступа са дужном пажњом приликом примене одређене монетарне мере). Свакако, судије морају стицати посебна знања из области монетарне политике услед спорова који се у будућности могу очекивати, нарочито када концепт банкарске уније буде заживео у пуном смислу. Иако за неке ауторе одлука ЕСП о ОМТ програму представља још једну потврду тенденције ширења надлежности комунитарних институција одредбама секундарног законодавства, сматрамо да у конкретном случају поступање ЕЦБ није било противно одредбама примарног права, већ представља само нов начин манифестације њене надлежности у условима кризе усмерен на очување тековина ЕМУ. Такво поступање је у складу са принципом пропорционалности и јасно је детерминисано монетарним таргетима који се шире посматрано налазе у функцији постизања одрживог привредног развоја, а где се бојазан од непознавања циљева монетарне политике може надоместити оснаживањем макроекономског дијалога између ЕЦБ и ЕСП уз ширу партиципацију националних централних банака.

**Marko DIMITRIJEVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law University of Niš**

## **ABOUT PROCESS LEGITIMATION OF EUROPEAN CENTRAL BANK IN THE MONETARY DISPUTES**

### **Summary**

*The subject of analysis in this paper is to review the procedural legitimacy of the European Central Bank in monetary disputes. In this sense, in the research it emphasis the issues related to the institutional, functional and financial independence of the ECB, the unique monetary strategy and the measures taken in the financial market. Hereinafter, attention is paid to the analysis of the initial monetary dispute of 2003, which raises the question of monetary jurisdiction of the European Court of Justice and the judgment in the case of the*

*complementarity of outright monetary transaction programme with the provisions of primary law, where as a general conclusion sees the need for protection of institutions which provide monetary stability as a precondition for overall economic stability of member countries of the Economic Monetary Union.*

**Key words:** *monetary law, the European Central Bank, monetary dispute, the European Court of Justice, the OMT programme.*

**Душан ДУБАЈИЋ, мастер права**

**студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Нишу**

## **ФУНКЦИЈЕ РЕВИЗИОНЕ КЛАУЗУЛЕ У УГОВОРИМА О СТРАНИМ ИНВЕСТИЦИЈАМА\***

### **Резиме**

*Стране инвестиције, као главни облик прекограничног кретања капитала, најчешће се реализују на основу уговора. Уговорни облици који се користе за нормативно уобличиће страних инвестиција варирају од уговора о концесијама, затим уговора о истраживању и експлоатацији нафте, гаса и руда до joint venture уговора. Разноликост уговорних облика указује на чињеницу да је област уговорног регулисања страних инвестиција веома обимна и разноврсна. Из тог разлога, научно утемељено и поуздано сагледавање поменуте области може бити остварено, уколико се пажња посвети њеним парцијалним деловима. Следствено томе, предмет анализе у овом раду је ревизиона клаузула и функције које остварује у уговорима о страним инвестицијама. У раду је указано на неколико основних функција ревизионе клаузуле, које се могу окарактерисати као њене примарне функције. С тим у вези би требало имати у виду да квалитетно формулисана ревизиона клаузула може остваривати и друге функција мањег значаја. Циљ рада је да кроз функционални приказ укаже на важност ревизионе клаузуле, не само за уговоре о страним инвестицијама, већ и за међународно инвестиционо право у целини.*

**Кључне речи:** *стрране инвестиције, уговори, ревизиона клаузула, поновно преговарање, функција.*

### **I Нов квалитет културе уговарања код уговора о страним инвестицијама**

Уговори о страним инвестицијама, познати и као дијагонални споразуми, су правним пословима које одликује низ специфичности. Не-

---

\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, број 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.



ке од њих се односе на чињеницу да се уговори о страним инвестицијама закључују између приватних компанија са једне стране и јавно–правних тела државе пријема инвестиције са друге стране.<sup>1</sup> Поред тога, уговори о страним инвестицијама се реализују током дугог временског периода, током којег се екстерне околности које утичу на позицију уговорних страна могу променити.<sup>2</sup> Материјална улагања која настају на основу ових уговора су изузетно велике вредности, а самим тим су и ризици који утичу на исплативост инвестиције значајни.<sup>3</sup> Коначно, уговори о страним инвестицијама немају само економску и правну димензију, као што је то случај са већином других уговора. Ови уговори са собом носе незанемарљив политички утицај, с обзиром на то да за предмет често имају располагање природним богатствима.<sup>4</sup> Следствено томе, ефекти уговора о страним инвестицијама се преносе на ширу друштвену заједницу, која може имати велику корист, али и потенцијално велику штету.

Претходно наведене специфичности уговора о страним инвестицијама, налажу да се при изради и спровођењу ових уговора мора одступити од традиционалних образаца понашања, карактеристичних за уговорно право. Бројни изазови утемељују схватања према којима класични приступ уговорних страна које се концентришу само на себе и своје потребе и очекивања од уговора, није одржив и да је неопходно изградити један нов квалитет културе уговарања. Код уговора о страним инвестицијама неопходно је знатно више координације, сарадње и солидарности уговорних страна, што може бити постигнуто само уколико се перцепција културе уговарања промени. Ревизиона клаузула подразумева да уговорне стране приступе поновним преговорима када наступе околности дефинисане као покретач или „окидач“ за поновне преговоре, као и да поновне преговоре воде у доброј вери. Као саставни део новог квалитета културе уговарања, који ревизиона клаузула у уговорима о страним инвестицијама доноси, у наставку ће бити указано на њену функцију очувања уговора, затим на функцију усклађивања интереса уговорних страна, као и на функције координације деловања и промоције сарадње уговорних страна.

---

1 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 72.

2 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2010, 39.

3 Colin White, Miao Fan, *Risk and Foreign Direct Investment*, Palgrave Macmillan, 2006, 128.

4 Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 214.

## II Очување уговора (лат. *in favorem contractus*)

Због природе уговора, уговорних страна, интереса које ангажују и дугог периода током којег се реализују, опстанак уговора о страним инвестицијама често бива доведен у питање. Поновни преговори нарочито могу бити корисни за уговор о страним инвестицијама и могу обезбедити његов опстанак, у приликама када се чини да су односи између уговорних страна тешко нарушени. Повезаност уговора о страним инвестицијама и поновних преговора је препозната и од стране релевантних међународних институција. У циљу опстанка закљученог уговора о страним инвестицијама, усвојени су међународни акти који захтевају од уговорних страна да воде поновне преговоре. Као пример се може навести Нацрт кодекса УН о поступању са транснационалним компанијама (енгл. *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*) из 1983. године<sup>5</sup> и Нацрт кодекса УН о трансферу технологије (енгл. *Draft United Nations Code on the Transfer of Technology*) из 1985. године. Другопоменути Нацрт садржи нешто детаљнију обавезу уговорних страна да у циљу очувања уговора „учествују у поновним преговорима, покажу одговорност према економским и социјалним развојним циљевима државе пријема технологије, очувају правичну и часну пословну праксу, доставе затражене релевантне информације, као и да очувају поверљивост информација током преговора“.<sup>6</sup>

Како би ревизиона клаузула заиста остварила своју функцију очувања уговора о страним инвестицијама, неопходно је да буде адекватно састављена. Ревизиона клаузула мора бити прецизна, а уједно и довољно широко постављена, како би обухватила све околности које настану. Формулисање ревизионе клаузуле која поседује ове квалитете тражи време, стручност, сарадњу и координисано деловање појединаца који раде на састављању уговора. Велика вредност уговора тражи улагање великих временских и људских ресурса. Из тог разлога, у изради уговора о страним инвестицијама учествују тимови правних експерата, ангажовани од обеју уговорних страна. Током свог рада они могу произвести више на-

---

5 У члану 11. се наводи да: „Преговори о уговорима између влада и транснационалних компанија би требало да се воде, а њихово тумачење обавља у доброј вери. У таквим уговорима, нарочито оним дугорочним, ревизиона или клаузула поновног преговарања би требало да буде укључена у сваком случају. У одсуству такве клаузуле и када дође до суштинске промене околности на којима је уговор заснован, транснационалне компаније би требало да, у доброј вери, сарађују са владом државе пријема инвестиције на ревизији и поновном преговарању уговора.“

6 Поглавље 5.

црта уговора, да би се на крају, заједно са представницима уговорних страна, определили за онај који највише одговара њиховим жељама и потреби очувања уговора.<sup>7</sup>

Као пример добро структуриране ревизионе клаузуле, која остварује функцију очувања уговора о страним инвестицијама, може послужити међудржавни инвестициони споразум закључен 1999. године између Азербејџана, Грузије и Турске, а којим је уређен инвестициони подухват изградње и одржавања Баку – Тбилиси – Цејхан гасовода.<sup>8</sup> Чланом 6. анализаног споразума најпре се образује мешовита Међувладина Комисија за спровођење уговора (енгл. *Intergovernmental Implementation Commission*). Према 2. ставу предметног члана, задатак Комисије је да „створи консултативни простор за владе држава учесница и инвеститоре пројекта, затим да пружи брзу и ефикасну асистенцију при имплементацији гасоводног пројекта, као и да у доброј вери решава сваку компликацију, питање, проблем или спор који могу настати у вези са споразумом или да размотри било које питање повезано са тумачењем, применом и спровођењем споразума.“ Ова одредба је значајна и може послужити као водич за друге уговораче, с обзиром да је довољно широко дефинисана тако да омогући ревизију и поновне преговоре о одређеним елементима уговора.<sup>9</sup>

Поновни преговори се код уговора о страним инвестицијама могу искористити и као средство којим се отклањају озбиљни недостаци уговора. Постоје виђења према којима се поновним преговорима омогућава опстанак уговора о страним инвестиција, тешко оштећеног корупцијом. Овакво становиште заступају Решке-Кеслер и Готвард<sup>10</sup> као и Фернандез-Арместо<sup>11</sup> и Кулик.<sup>12</sup> Санкционисање уговорне стране која је нудила мито, поништење уговора и одређивање правичне накнаде штете за уговор-

7 Elmer Doonan, Charles Foster, *Cavendish Legal Skills Series: Drafting*, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, Sydney, 2000, 44–47.

8 Текст споразума доступан је на: <http://www.caspiandevlopmentandexport.com/Downloads/BTC/Eng/agmt4/agmt4.PDF>, на дан 17. 01. 2017. године.

9 UNCTAD, *State Contracts*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 2004, 26.

10 Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, „Corruption“, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer), 2008, 584–616.

11 Juan Fernández-Armesto, „The Effects of Positive Finding of Corruption“, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (eds. Domitille Baizeau, Richard H. Kreindler), ICC Publication No. 768E, International Chamber of Commerce, 2015, 167–174.

12 Andreas Kulick, „*Global Public Interest in International Investment Law*“, Cambridge University Press, 2012, 331, 332.

ну страну која није одговорна, уобичајено је решење чија примена се практикује у случајевима корупције. Међутим, уговори о страним инвестицијама су у овом погледу посебни, имајући у виду да се њима уређују односи уговорних страна у оквиру пројектно специфичне инвестиције. Проналажење начина на који би инвестиција била одржана, било би пожељно због важности уговора за ширу друштвену заједницу, као и због спречавања покушаја државе пријема инвестиције, одговорне за корупцију, да буде изузета од одговорности.<sup>13</sup> Поновни преговори или директна адаптација коју би обавио суд, у оваквим случајевима могли би да се искористе у наведену сврху.<sup>14</sup>

Законитост адаптације уговора о страним инвестицијама од стране арбитраже може бити доведена у питање. Адаптација уговора о страним инвестицијама може бити законита уколико су испуњена два услова. Први услов односи се на дозвољеност адаптације оваквог уговора према одредбама меродавног права за уговор.<sup>15</sup> Други услов се тиче могућности да се идентификују прецизни елементи и услови, који су могли бити уговорени, да није било корупције.<sup>16</sup> Уколико претпоставимо да су оба услова испуњена, адаптација уговора од стране арбитражног трибунала, представља корисно средство којим се одстрањују ефекти корупције за убудуће, уз задржавање корисних ефеката уговора.<sup>17</sup> Уколико меродовано право не дозвољава арбитражи да изврши адаптацију уговора, или уколико арбитража није у стању да то учини, поновни преговори су једини механизам кроз који уговор може опстати. Уговорна страна која није одговорна за корупцију, може од арбитражног трибунала да тражи да досуди новчану надокнаду, а да након тога започне поновне преговоре са другом страном. Преговори би се у том случају обављали изван арбитражног поступка или у оквиру неког од савремених поступака, које нуде Међународна трговинска комора (ICC) и Комисија УН за међународно трговинско право (UNCITRAL).<sup>18</sup>

### III Усклађивање интереса уговорних страна

Уговорне стране су носиоци уговорног односа и његови су примарни модератори. Свака од њих покушава да, током трајања уговора,

---

13 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 597.

14 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 598, 599, 600.

15 J. Fernández-Armesto, 171.

16 J. Fernández-Armesto, 171.

17 J. Fernández-Armesto, 171.

18 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 599.

успостави примат својих интереса и виђења како би уговор требало да изгледа. Када се говори о равноправности интереса уговорних страна и потреби њиховог усклађивања, мисли се на јавни и приватни интерес који су ангажовани. Уговори о страним инвестицијама су специфични због учешћа државе или неког другог јавно–правног тела као уговорне стране. Задатак државе је да се стара о заштити и пуном афирмисању јавног интереса, као интереса шире друштвене заједнице. Наспрам јавног интереса постоји приватни интерес страног инвеститора. Дуализам интереса уговорних страна, представља примарну разлику између уговора о страним инвестицијама и класичних трговинских уговора.

Држава пријема инвестиције јесте најчешће уговорна страна у уговорима о страним инвестицијама. Поред ње то могу бити органи јединица локалне самоуправе и привредни субјекти у већинском или значајном државном или јавном власништву. Поред своје улоге уговорне стране, поменути ентитети остварују улогу заштитника јавног интереса. Њихов задатак је да се руководе оним што је у најбољем интересу шире заједнице грађана које представљају и пред којима носе одговорност за своје поступке. Старање о заштити јавног интереса у области страних инвестиција превазилази појединачне државе и све више постаје карактеристично за регионалне и међународне организације. Тако су, уз позивање на циљеве социјалне правде, кохезије и заштите права потрошача, у прописима у овој области, донетим на нивоу Европске уније, инкорпорисана ограничења либерализације страних инвестиција.<sup>19</sup> Ограничења служе остваривању циљева јавних политика.<sup>20</sup> Упоредо са стварањем идеје о потреби увођења ограничења за стране инвестиције, сличних трговинским ограничењима у систему Светске трговинске организације, Европска унија подржава развој и примену средства којима се остварује равнотежа између инвестиционих циљева и захтева јавних политика.<sup>21</sup> Функционални систем неприсилног, стручног и равноправног адаптирања закључених уговора о страним инвестицијама, Европска унија види као средство успостављања поменуте равнотеже и подстиче његову изградњу.

Требало би имати у виду да се иза изјава о потреби одржавања равнотеже интереса, крије чињеница да, тако жељену равнотежу није лако остварити.<sup>22</sup> Једном када предузме заштитне мере у јавном интересу,

---

19 Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011, 234.

20 A. Dimopoulos, 234.

21 A. Dimopoulos, 236.

22 M. Sornarajah, 223.

држава пријема инвестиције почиње да умањује значаја начела заштите страних инвестиција.<sup>23</sup> Под оваквим околностима, главну конкуренцију поновним преговорима између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, као средству уравнотежења јавног и приватног интереса, представља арбитражно поступање. Поред несумњивих предности, арбитражно решавање конфликта носи одређене недостатке, када је реч о проналажењу праве мере између различитих интереса. Препуштање арбитражима да пронађу неопходну равнотежу не ствара потпуну сигурност. Наведено с обзиром на чињеницу да би арбитражни трибунали, требало да се ослањају на субјективну перцепцију тога да ли се заштитне мере државе пријема инвестиције могу применити.<sup>24</sup> Субјективни доживљаји неких апстрактних вредности, као што је јавни интерес, стварају ситуације у којима има доста прилика да се арбитражи оптуже за пристрасност.<sup>25</sup> Уговорним регулисањем страних инвестиција и вођењем поновних преговора када је то неопходно, искључују се прилике за изношење оваквих оптужби, оптужби које подривају саме темеље међународног арбитражног система. Током поновних преговора, свака од уговорних страна је свесна чињенице да се друга страна руководи својим субјективним виђењем околности и да је пристрасна када је реч о својим интересима. Поновни преговори не стварају никакву сумњу, они су транспарентни, у њима се зна да свака од уговорних страна највише цени своје интересе и то је управо оно што страну инвестицију може да одржи. Представници државе пријема инвестиције су свесни да за страног инвеститора, не постоји ништа важније од заштите капитала који је уложио. Са друге стране, заступници страних инвеститора су веома добро упознати са тим, да је за државу пријема инвестиције очување јавног интереса апсолутни приоритет. Обострана свест о значају субјективних циљева уговорних страна, прераста у логичан закључак да је неопходно постићи компромис и да се не може до краја истрајавати на максималном задовољењу сопствених захтева.

#### **IV Координација деловања уговорних страна**

Вођење поновних преговора у уговорима о страним инвестицијама промовише координисано деловање државе пријема инвестиције и страних инвеститора. Неопходно је да координација постоји од самог

---

23 M. Sornarajah, 223.

24 M. Sornarajah, 223.

25 M. Sornarajah, 224.

формирања уговора, како би се ревизиона клаузула уопште нашла у уговору о страним инвестицијама. Започета координација се наставља иницирањем поновних преговори, када стране уговорнице морају постигнути сагласност како би поновни преговори били покренути. Координација достиже врхунац током поновних преговора, када је обавезна како би се постигао договор уговорних страна. Након постизања договора креће се са његовом имплементацијом, опет уз подразумевану координацију деловања уговорних страна. Ревизиона клаузула захтева координацију између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, током четири ступња адаптације уговора. Њен изостанак на неком од ова четири ступња адаптације уговора, онемогућава успех преговора и води судском или арбитражном решавању спора.

Када је реч о односу између мултинационалних компанија и држава, теорија „промене равнотеже снага“ или теорија „превазиђености преговора“, како се још назива, умањује значај координације током поновних преговора. Поменута теорија, која се развила почетком 1970–их година, уочава да је дошло до дистрибуције преговарачке снаге од мултинационалних компанија према државама пријема инвестиција.<sup>26</sup> Суштина наведене теорије састоји се у уочавању специфичног трансфера преговарачке снаге, коју на почетку реализације инвестиције поседује мултинационална компанија.<sup>27</sup> Током развоја инвестиције, развојни процес повећава могућности државе пријема инвестиције да приступи иностраним тржиштима и новим технологијама.<sup>28</sup> Овим се подижу капацитети домаћих компанија и оне се доводе у позицију у којој су у стању да врше притисак на стране инвеститоре.<sup>29</sup> Из наведеног разлога, компаније које инвестирају на страним тржиштима, не могу бити отворене за координисано деловање заједно са владом државе пријема инвестиције. Мања преговарачка снага којом ови субјекти располажу у односу на државу пријема инвестиције, према становишту поменуте теорије, искључује успостављање координације. Теорија „превазиђености преговора“ не види поновне преговоре као средство остваривања координације, због подређеног положаја мултинационалних компанија у односу на државе пријема инвестиције.

---

26 Thomas Andersson, *Multinational Investment in Developing Countries: A Study of Taxation and Nationalization*, Routledge, 1991, 39.

27 T. Andersson, 39.

28 T. Andersson, 39.

29 T. Andersson, 39.

Становишта према којима координација деловања уговорних страна у уговорима о страним инвестицијама није могућа, због неједнаког распореда преговарачке снаге, морају бити узета са резервом. Решење за нарушене уговорне односе између државе пријема инвестиције и страног инвеститора, не може бити примена радикалне Калво доктрине и њој случајних, које државе у развоју настоје да реafirмишу. Такође, време је показало да није могуће наставити са бескомпромисним спровођењем неолибералних идеја и апсолутном заштитом интереса доминантних мултинационалних компанија. Све наведено указује на то да се идеални режим страних инвестиција, уколико заиста постоји, може пронаћи негде између претходно наведених режима, можда у тзв. „трећем путу“ у међународном инвестиционом праву.<sup>30</sup> Поред две могућности које се састоје у допуњавању постојећих либералних билатералних инвестиционих споразума (даље и ВITs), нормама о правима држава пријема инвестиција и обавезама страних инвеститора (комплентарни приступ), односно о одговорности страних инвеститора (консолидовани приступ),<sup>31</sup> постоји и трећа могућност. Ради се о враћању на уговорно регулисање страних инвестиција,<sup>32</sup> и његову афирмацију, али овога пута засновану на другим премисама. Једна од основних јесте перманентна координација уговарача која би се обављала на редовној бази, уз потпуну размену информација,<sup>33</sup>

---

30 Wenhua Shan, „Calvo Doctrine, State Sovereignty and the Changing Landscape of International Investment Law“, *Redefining Sovereignty in International Economic Law* (eds. Wenhua Shan, Penelope Simons, Dalvinder Singh), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, 303.

31 W. Shan, 303.

32 Уговорно регулисање страних инвестиција је дуго била пракса и једини облик нормативног уређења прекограничног инвестирања капитала. Са порастом броја, интензитета и вредности страних инвестиција, закључивање појединачних уговора са страним инвеститором, бива све више потиснуто ВITs – овима, закљученим између државе пријема капитала и државе порекла капитала. Пораст боја закључених ВITs – ова, у односу на појединачне уговоре о страним инвестицијама, узроковала је чињеница да уговорни спорови нису покривени ВITs–ом, осим уколико држава пријема инвестиције не предузме противправну радњу која превазилази кршење саме уговорне обавезе. Наведено у Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010, 347. Непридржавање уговора о страним инвестицијама од државе пријема инвестиције, не представља уједно и кршење закљученог ВITs–а, осим ако ВITs не садржи тзв. „кишобран клаузулу“ (енгл. *umbrella clause*), која сваку повреду уговора о страним инвестицијама изједначава са повредама меродавног ВITs–а.

33 Информациона асиметрија представља велику препреку успостављања пуне координације уговорних страна. Непоседовање кључних информација ствара код једне уговорне стране погрешну представу о позицији друге стране, што се одражава на сам уговорни однос. Долази до стварања неповерења и преиспитивања веродостојности сваког податка, добијеног од друге уговорне стране.



редуковање максималистичких захтева, развој обостраног поверења и превазилажење антагонизма између држава у развоју и мултинационалних компанија. Уговори о страним инвестицијама који поседују наведене карактеристике, могу подједнако штити интересе државе пријема инвестиција и страног инвеститора, чак и више него ВITs–ови.<sup>34</sup> Поред тога, формулисање уговора о страним инвестицијама на принципу координације деловања уговорних страна шири области у којима се ови уговори закључују, а самим тим шири и области сарадње страних инвеститора и држава пријема инвестиција.<sup>35</sup> Све наведено указује на то да је коришћење отворених прилика за ревизију уговора, први корак ка успостављању координације и њеној изградњи, а самим тим и формирању „трећег пута“ у међународном инвестиционом праву.

## У Промоција сарадње уговорних страна

Ниво сарадње који ће уговорне стране испољити током поновних преговора, условљен је тиме шта представља алтернативу поновним преговорима. Колики ће степен сарадње уговорне стране током поновних преговора показати, зависи и од тога које су алтернативе уговарача у односу на успех поновних преговора. Очекивања уговорних страна од поновних преговора су у значајној мери обликована тзв. „најбољом алтернативом испреговораном уговору“ (енгл. *Best Alternative To a Negotiated Agreement – BATNA*), коју свака уговорна страна има претходно конструисану.

---

34 Овакви уговори могу бити прихватљивији облик заштите права страних инвеститора у односу на ВITs–ове, с обзиром да пружају гаранције да ће бити остварена обећања специфичног правног посла, у односу на уопштену заштиту, по принципу „једна величина одговара свима“ (енгл. *one-size-fits-all*), која је типична за ВITs–ове. Наведено према: Jason Yackee, „Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment“, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows* (eds. Karl P. Sauvant, Lisa E. Sachs), Oxford University Press, 2009, 382.

35 Одговарајући квалитет уговора о страним инвестицијама утиче на то да се они не закључују само у областима као што су експлоатација природних ресурса и инфраструктурне концесије. Све више их користе страни инвеститори који послују у области високотехнолошке производње. Тако на пример компанија „Интел“ (енгл. *Intel*) инсистира на закључењу писаног уговора о страним инвестицијама са државом пријема инвестиције пре реализације инвестиције. Видети: Debora Spar, *Attracting High Technology Investment: Intel's Costa Rican Plant*, Foreign Investment Advisory Service Occasional Paper No. 11, The World Bank, Washington D.C., 1998, 11.

Да ли ће уговор бити и очуван зависи од тога каква је *BANTA*. Ову кованицу су формулисали теоретичари права, Фишер и Ури.<sup>36</sup> Упростиће-но речено, представља мере које ће уговорне стране предузети, у случају уколико не постигну договор.<sup>37</sup> Поменути теоретичари користе фразу „најбоља алтернатива“, из разлога што у већини ситуација постоји пуно алтернатива, а преговарачка стратегија зависи од упознатости са тим која је од њих најбоља.<sup>38</sup> У суштини, свака уговорна страна која се припрема за рунде поновних преговора, мора размотрити најмање три питања:

1. „најбољу алтернативу испреговараном уговору“ (*BATNA*);
2. оно што представља најгори могући договор, тзв. „резервисана цена“ или „цена одустанка од даљих преговора“ (енгл. „*reservation*“, „*walk away price*“);
3. шта представља најбољи могући договор?<sup>39</sup>

„Цена одустанка од даљих преговора“ и „најбољи могући договор“ уско су повезани са *BATNA*. „Цена одустанка од даљих преговора“ представља минимум до којег је једна уговорна страна у поновним преговорима спремна да иде.<sup>40</sup> Одражава доњу границу користи коју једна уговорна страна очекује да оствари од уговора, након завршетка поновних преговора. Што се ова корист приближава „цени одустанка од преговора“, пропорционално се смањује степен сарадње који је уговорна страна у преговорима вољна да испољи. Сваки резултат поновних преговора који је испод поменуте „цене“, према мишљењу уговорних страна, сматра се лошим и као такав их не обавезује.

„Најбољи могући договор“ између државе пријема инвестиције и страног инвеститора би требало тражити у оквиру „зоне могућег договора“ (енгл. the „*zone of possible agreement*“ – *ZOPA*).<sup>41</sup> Реч је о распону могућих уговорних модификација, које задовољавају очекивања уговорних страна, с тим што је степен тог задовољства различит. Негде у тој зони се налази „најбољи могући договор“, као и договор који у мањој мери одго-

36 R. Fisher, W. L. Ury, *Getting to Yes: Negotiating an agreement without giving in*, Penguin Books, New York, 1991, наведено у: Jeanne M. Brett, *Negotiating Globally*, 2nd edition, John Wiley and Sons, 2007, 11.

37 J. M. Brett, 11.

38 J. M. Brett, 12.

39 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Vol. II: Handbook*, Kluwer Law International, 2006, 63.

40 K. P. Berger, 65.

41 K. P. Berger, 65.

вара очекивањима уговорних страна, али је ипак прихватљив. У овој зони је простор за остваривање сарадње уговорних страна највећи. Било би пожељно да уговорне стране испоље максимум својих напора на постизању договора, када процене да су поновни преговори ушли у ову зону.

Ослањање на доступне алтернативе поновним преговорима није увек могуће. Веровање у припремљену BATNA је оправдано докле год је она независна у односу на BATNA друге уговорне стране. Када се каже да су њихове BATNA независне, мисли се на ситуацију у којој ни једна уговорна страна не може негативно да утиче на BATNA друге стране.<sup>42</sup> Одустанак државе пријема инвестиције или страног инвеститора од даљих преговора, јесте пример независне алтернативе. Међутим постоје случајеви у којима уговорне стране немају слободу да се окрену својој најбољој алтернативи, која би се састојала од простог одустанка од даљих преговора.<sup>43</sup>

Алтернатива поновним преговорима може бити: покретање судског или арбитражног поступка пред надлежним форумом; коришћење услуга медијатора; дипломатска заштита и интервенција државе порекла инвеститора; активирање купљене полисе осигурања; и друго. Неке од наведених алтернатива се могу спровести уз одржање уговора на снази, док улазак у друге алтернативе подразумева и привремено суспендовање даље реализације инвестиције, а можда и трајну обуставу спровођења инвестиционог пројекта. Поред тога расположиве алтернативе нису савршени инструменти заштите интереса, нити државе пријема инвестиције нити страног инвеститора. Оне поседују бројне недостатке и у својој основи траже од уговорних страна да модификују или чак редукују своје захтеве. Ради се о самој суштини ових алтернатива, која одговара суштини поновних преговора. Уз то, поновни преговори, уколико нису резултат притисака, поседују извесну предност, која се не може приписати наведеним алтернативама. Предност се огледа у томе што поновни преговори и сама динамика преговарачког процеса, стварају повољну атмосферу међу учесницима да је договор могућ и да се до њега може доћи, уколико се обострано испољи виши ниво сарадње.

---

42 J. M. Brett, 12.

43 J. M. Brett, 12.

**Dušan DUBAJIĆ, M.A.**

**PhD candidate at the Faculty of Law University of Niš**

## **THE FUNCTIONS OF RENEGOTIATION CLAUSE IN FOREIGN INVESTMENT CONTRACTS**

### **Summary**

*Foreign investments as the main form of cross-border movement of capital are usually implemented on the basis of the contract. Contract forms used for normative shaping of foreign investments vary from concession contracts, then the contract for the exploration and exploitation of oil, gas and ores up to a joint venture contract. The variety of contractual forms point out the fact that the area of contracting regulation of foreign investment is very extensive and varied. For this reason, scientifically based and reliable overview of mentioned area can be achieved, if attention is paid to its partial parts. Consequently, the subject of analysis in this paper is the renegotiation clause and its functions exercised in the foreign investment contract. The paper points to several basic functions of the renegotiation clause, which can be characterized as its primary functions. In this connection, it should be borne in mind that quality worded renegotiation clause can fulfill other functions as a minor character. The aim of this study is that, through functional view, point to the importance of the renegotiation clause, not just for foreign investment contracts, but also for the international investment law in its entirety.*

**Key words:** *foreign investments, contracts, renegotiation clause, renegotiation, function.*

---

# ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

---

Др Слободан М. МАРКОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА У КОНТЕКСТУ ЈАВНИХ НАБАВКИ\*

### Резиме

*Полазећи од значаја који се у развијеним земљама придаје јавним набавкама као инструменту иновационе политике, аутор указује на осетљивост питања судбине права интелектуалне својине која настају као резултат реализације такве набавке. Јавна набавка нема функцију да покрије цео трошак истраживања и развоја, него треба да креира почетну тражњу за иновативним решењем и омогући тако добављачу да валоризује своје интелектуално добро на тржишту. Да би то било могуће, критичан обим права интелектуалне својине мора остати код добављача. Аутор скреће пажњу на значај постојања конзистентне иновационе политике која ће афирмисати овај принцип и омогућити да јавне набавке изађу из тесног традиционалног оквира државне куповине добара и услуга.*

**Кључне речи:** добављач, наручилац, интелектуално добро, тендер, лиценца.

### І Уводне напомене

Као што је познато, предмет заштите у праву интелектуалне својине су нематеријална (интелектуална) добра као, на пример, ауторско дело, проналазак, дизајн и друго. Стога, кад говоримо о јавним набавкама у којима постоји питање интелектуалне својине, мислимо на јавне набавке оних добара и услуга у којима је материјализовано одређено интелектуално добро као реални или потенцијални предмет одређеног права интелектуалне својине. Пример за такве јавне набавке су архитектонски конкурси, затим конкурси за креативна софтверска или техничка решења

одређених проблема у јавним службама, набавка одређене робе које нема на тржишту, тј. која тек треба да се развије на основу одређених проналазака, и др.

Јавне набавке су уређене прописима<sup>1</sup> чији дух и метод су битно различити од духа и метода прописа којима се уређује интелектуална својина.<sup>2</sup> У праву јавних набавки акценат је на подршци конкуренцији међу понуђачима и слободи наручиоца да учини економски најрационалнији избор, јер законодавац сматра да се на тај начин најефикасније употребљавају јавне финансије и тако доприноси друштвеном благостању. Насупрот томе, суштина права интелектуалне својине је у искључењу конкуренције у погледу привредног коришћења предмета заштите, јер се на тај начин подстичу креативност и иновативност који су такође значајни за друштвени напредак и благостање. Појавни правни облик ове иманентне супротности огледа се у питању ко и под којим условима ће бити титулар тог права: добављач или наручилац.

Будући да су искључива имовинска овлашћења из субјективног права интелектуалне својине предмет промета, могло би се на први поглед рећи да се значај горњег питања ограничава на конкретан уговор између добављача (који је изворни носилац тих права) и наручиоца (који има легитимни интерес да их прибави). Дубљи увид у ствар, међутим, открива додатне димензије улоге права интелектуалне својине у јавним набавкама. Реч је о томе да су јавне набавке један од моћних инструмената иновационе политике,<sup>3</sup> где право јавних набавки, са једне, и право интелектуалне својине, са друге стране, упркос разлици у духу и методу, синергетски делују као подстицај стваралаштву, иновативности и развоју друштва.

Намера нам је да осветлимо превасходно тај аспект односа између јавних набавки и интелектуалне својине, апелујући на креирање једног

---

\* Овај рад је прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

1 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 124/2012, 14/2015, 68/2015.

2 Закон о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 119/2012; Закон о патентима, *Сл. гласник РС*, 99/2011 и др.

3 „Владе све више препознају огромну моћ јавних набавки у решавању глобалних друштвених изазова, побољшању продуктивности и убрзању иновација, обезбеђујући, при том, вредност адекватну уложеном новцу. Јавне набавке представљају 12% бруто националног производа и 29% укупних државних трошкова држава *OECD*-а, што је јасан сигнал њиховог потенцијала да подрже шире циљеве јавне политике, укључујући јачање иновативности.“ *OECD Public Governance Reviews: Public Procurement for Innovation*, 2016, 3.

конзистентног правног оквира иновационе политике на државном нивоу. Пре тога, међутим, ваља разумети базичан ниво односа права јавних набавки према интелектуалној својини.

## II Интелектуална својина и јавне набавке изван контекста иновационе политике

Истакнимо одмах да се највећи број јавних набавки односи на робу и услуге чија израда и испорука уопште не захтевају иновативност или креативност, те се питање интелектуалне својине код тих трансакција и не поставља. Знатно ређи су случајеви јавне набавке робе и услуга у којима је опредељено одређено интелектуално добро које добављач креира за ту сврху и које је (или може бити) предмет заштите одређеним правом интелектуалне својине. Будући да континентални правни систем, по правилу, сматра ствараоца интелектуалног добра изворним носиоцем субјективног права интелектуалне својине, овде се отвара питање односа између ствараоца (једног или више физичких лица), добављача и наручиоца у погледу судбине тог права: а) остаје ли оно код ствараоца или б) бива пренесено / уступљено добављачу или в) преко добављача бива пренесено / уступљено наручиоцу. Ми овде не можемо расправљати однос између ствараоца и добављача, који је, по правилу, решен уговором о раду или делу, или се на њега примењују правила *ex lege* промета права интелектуалне својине на интелектуалним добрима насталим у радном односу или по наруцби. За потребе овог рада концентрисаћемо се само на однос између добављача и наручиоца, полазећи од претпоставке да се добављач постарао да права интелектуалне својине прибави од ствараоца.<sup>4</sup>

Логика јавне набавке је да се одређено добро прибави средствима пореских обвезника под најповољнијим условима (цена, квалитет и остали критеријуми) и да се максимално искористи за задовољење одређене јавне потребе. Ово природно води закључку да ће наручилац инсистирати на томе да уговором прибави сва искључива овлашћења на коришћење заштићеног интелектуалног добра, без временског ограничења и без плаћања накнаде за коришћење. Уз то ће добављача обавезати да гаран-

---

4 Не треба занемарити чињеницу да постоје и нематеријална добра на којима изворни носилац права интелектуалне својине може бити правно лице као добављач. Реч је о тзв. псеудотворевинама као што су фонограм, видеограм, емисија и база података, који се штите путем одговарајућих права сродних ауторском праву. Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2016, 81-95. У том случају се судбина конкретног права интелектуалне својине решава у директном односу добављача са наручиоцем.

тује за правне недостатке те трансакције, што значи да ће добављач бити одговоран ако наручилац, користећи испоручену робу или услугу, повреди право интелектуалне својине трећег лица. Такав модел третмана права интелектуалне својине у јавним набавкама има за циљ да елиминира ризик да добављач онемогући или ограничи наручиоца у коришћењу прибављене робе или услуге, односно да му проузрокује додатне трошкове који нису били обухваћени ценом јавне набавке.

Клаузула којом наручилац бесплатно и без ограничења прибавља права интелектуалне својине, која се могу појавити у процесу јавне набавке, често је део типских уговора које примењују управе за јавне набавке. Пример за целисходност такве клаузуле могла би бити јавна набавка софтвера за потребе јавног предузећа које управља паркинг услугама у једној општини. Софтвер би требало да служи за евидентирање и сигнализацију слободних паркинг места, као и евиденцију и контролу наплате паркирања. Кад међу више понуђача одабере једног, наручилац ће с њим закључити уговор о набавци, којим ће, поред осталог, прибавити сва припадајућа права интелектуалне својине. У конкретном случају то значи да ће прибавити искључиву, временски и територијално неограничену, бесплатну лиценцу за коришћење и измене тог софтвера (који има својство ауторског дела). На тај начин, наручилац обезбеђује не само потпуну слободу коришћења софтвера, него и слободу у избору субјекта који ће касније сервисирати или преправљати / прилагођавати тај софтвер новим потребама наручиоца. Подразумева се да ће тај субјект бити изабран у новом поступку јавне набавке где ће се опет јавити више понуђача, што је у функцији заштите конкуренције.

Код јавне набавке која се састоји нпр. у изради одређеног уџбеника, наручилац може обавезати добављача (аутора) да своје дело стави под режим одговарајуће *Creative Commons* лиценце. На основу ње, допуштено је свакоме да без плаћања накнаде користи (умножава, ставља у промет, поставља на интернет и сл.) то дело, уз обавезу да га не мења и да поштује личноправна овлашћења аутора на патернитет и назначење имена.<sup>5</sup> На овом примеру видимо да наручилац јавне набавке не мора сам прибавити искључива права интелектуалне својине од добављача, већ да га може обавезати да он сам врши своја права на начин који неће бити пре-

---

5 Ово је лиценца типа *CC-BY*. Постоји више типова тзв. *CC* лиценци. За ближу практичну информацију види интернет страницу српског огранка међународног пројекта *Creative Commons*: <http://creativecommons.org.rs/>, фебруар 2017. године.



прека другима да бесплатно користе предмет јавне набавке (ауторско дело).

### **III Јавне набавке као инструмент иновационе политике**

#### **1. Место јавних набавки у систему економских подстицаја стваралаштва**

Тежиште нашег интересовања су јавне набавке у којима се максимизација јавне користи од набавке премешта са терена безусловне заштите конкуренције на терен стимулисања иновација и стваралаштва. Такав модел јавних набавки је инструмент посебне јавне политике, коју можемо назвати иновациона политика. Сам појам иновационе политике сугерише постојање уверења друштва да се одређеним подстицајним мерама може утицати на интензитет и обим стваралаштва у области науке, технике, уметности и др., па самим тим и на темпо економског раста и општег културног прогреса. Најопштити теоријски оквир државног интервенционизма у овој области представља теорија ендеогеног привредног раста, према којој су технолошки и културни развој функције економског процеса и зависе од обима и квалитета инвестирања у њих.<sup>6</sup>

С обзиром на то да интелектуална добра имају економску природу јавних добара (неривалитет и неискључивост у потрошњи), приватни капитал у условима конкуренције показује ограничено интересовање за инвестирање у продукцију тих добара. Логично је да ту слабост тржишта настоји да превазиђе држава, инвестирањем буџетских средстава у виду субвенција, грантова, награда и наруџби у области науке, истраживања и развоја, као и уметничког стваралаштва. Концепт ове интервенције је да се технолошки и културни напредак финансира средствима пореских обвезника, а да резултати те инвестиције буду свакоме доступни и слободни за коришћење.

Паралелно са системом јавног финансирања, развијен је и систем приватног финансирања интелектуалног стваралаштва, у виду права интелектуалне својине. Овде се поменути слабост тржишта превазилази конструкцијом искључивих апсолутних права на одређеним нематеријалним добрима, чиме се елиминише конкуренција и ствара могућност за присвајање дела друштвене вредности тих добара. Овај систем представља јаку институционалну полуту за стимулисање технолошког и култур-

---

6 Види ближе о доктринама егзогеног и ендеогеног привредног раста у Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Београд, 2011, 60-106.

ног развоја, јер показује одређене предности у односу на јавно финансирање. Реч је, пре свега, о томе да је инвестициони потенцијал приватног капитала већи од инвестиционог потенцијала јавних финансија. Затим, децентрализованост приватног капитала води децентрализацији управљања инвестицијом, што значи да сваки инвеститор доноси сопствену пословну одлуку и преузима економске ризике који произлазе из ње. То гарантује већи степен кореспонденције између произведених интелектуалних добара и објективних друштвених потреба које се њима задовољавају. Коначно, инвеститор (титулар права интелектуалне својине) преваљује трошак инвестиције само на оне потрошаче којима је његова инвестиција била корисна и који хоће да плате за набавку конкретног производа или услуге. Тиме се отклања озбиљан приговор који се може упутити јавном финансирању, по којем терет инвестирања носе и они порески обвезници који немају никакву корист од тога.

Данас је, упркос својим несавршеностима, право интелектуалне својине доминантан вид институционалног стимулуса интелектуалног стваралаштва, с тим да јавно финансирање и даље има своје место у иновационој политици. Ова два система се међусобно не искључују. Право интелектуалне својине делује и у случају јавног финансирања. Отуда, садејство ова два система (као што је то случај код јавних набавки) отвара питање друштвено оптималне расподеле субјективних права интелектуалне својине међу учесницима у трансакцији.

Када анализира лепезу инструмената иновационе политике, савремена литература разликује мере које стимулишу понуду интелектуалних добара (енгл. *Supply side incentives*) и мере које су окренуте потражњи интелектуалних добара (енгл. *Demand side incentives*). Понуду је могуће стимулисати стварањем финансијских и других (нпр. организационих, кадровских) претпоставки које би навеле одређеног субјекта да ради на стварању одређеног нематеријалног добра. Ове мере су драгоцене онда кад је одређени субјект идентификовао потенцијалну тражњу за одређеним интелектуалним добром (преточеним у робу или услугу), али му недостају ресурси да такво добро створи. Насупрот томе, тражња за интелектуалним добром се стимулише *ex ante* обезбеђењем тржишта за то добро (преточено у робу или услугу), чиме се сигнализира економска оправданост инвестирања у његово стварање.

Имајући све то у виду, може се констатовати да јавне набавке припадају мерама иновационе политике којима се доминантно стимулише тражња за интелектуалним добрима, будући да држава њима: а) ствара

почетно тржиште за односну робу или услугу, и, евентуално, б) допринеси креирању техничких стандарда који олакшавају проширење тржишта.<sup>7</sup>

Овде вреди дати још три напомене. Прва је да су јавне набавке само једна од мера државног спонзорства продукције јавних добара уопште, као што су путеви, заштита од поплава, здравствена заштита, проналасци, уметничка дела. Друга је да је одувек било и приватних спонзора продукције јавних добара, посебно у области технолошког и културног стваралаштва (мецене, патрони, фондације, филантропи). Трећа је да током последњих деценија у развијеним земљама функционише и концепт јавно-приватног партнерства у циљу продукције јавних добара, којим се комбинују предности државног спонзорства и капиталистичког пословања. Отуда се јавне набавке у пракси не појављују увек као самосталан инструмент државног стимулисања технолошког и културног развоја, него су уплетене у мрежу компликованих правноекономских односа множине актера.

Јавне набавке, као инструмент иновационе политике, доживеле су своју афирмацију током XX века, мада је било спорадичних рудиментарних примера још у антици и средњем веку.<sup>8</sup> Земља у којој се јавним набавкама приписује лавовски део заслуга за технолошки напредак су Сједињене Америчке Државе. Економска депресија тридесетих година прошлог века омогућила је економистима нове увиде у одређене законитости у области цена, камата и запослености,<sup>9</sup> на основу чега се држава, поред емитовања новца, прихватила и посла његовог организованог и ци-

---

7 Jakob Edler, Luke Georghiou, „Public Procurement and Innovation – Restructuring the Demand Side“, *Research Policy*, Vol. 36, 2007, 949-957.

8 Занимљиве примере из старог и средњег века види у Suzanne Scotchmer, *Innovation and Incentives*, London, 2004, 3-10.

9 Мислимо у првом реду на радове Ирвинга Фишера (енгл. *Irving Fisher*) и Џона Мајнарда Кејнза (енгл. *John Maynard Keynes*). Први је формулисао закон по којем цене зависе од количине новца у оптицају, помножене брзином његове циркулације и подељене бројем новчаних трансакција. Како је у време велике депресије проблем био у ниским ценама која су биле повезане са ниским нивоом привредне активности, монетарна политика заснована на Фише-ровом закону активирала је државу као највећег потрошача, која ће на бази зајмова постати и највећи инвеститор у држави. Наслањајући се на Фишера (који се бавио само монетарним аспектом цена), Кејнз је у свом чувеном делу „Општа теорија запослености, камата и новца“ афирмисао идеју државног интервенционизма у привредне токове, као неопходног чиниоца у балансирању капиталистичког тржишта. Вид. John Kenneth Galbraith, *Doba nezivjesnosti*, Zagreb, 1977, 210-248.

љаног трошења у значајној количини, како би тиме стабилизујуће деловала на привреду. Оно што је почело издашним јавним финасирањем великих инфраструктурних објеката (тзв. јавни радови) током Рузвелтовог *new deal*-а,<sup>10</sup> прерасло је после Другог светског рата у масивне наруцбе истраживања и развоја у области наоружања, комуникација, свемирског програма, здравства и екологије. Технолошка достигнућа остварена, поред осталог, путем јавних набавки Владе САД, убрзо су постала опште добро целе планете.

## 2. Место јавних набавки у актуелној иновационој политици Европске уније

Кључни важећи програмски документ ЕУ, који се тиче њеног развоја и будућности, је Европска стратегија за паметан, одржив и инклузиван раст „Европа 2020“.<sup>11</sup> Прва од седам водећих иницијатива промовисаних у том документу названа је „Иновациона унија“. Њен циљ је да „побољша оквирне услове и приступачност финансија за истраживање и иновације да би осигурало да се иновативне идеје могу претворити у производе и услуге које обезбеђују раст и радна места“.<sup>12</sup> Друга на листи иницијатива је „Дигитална агенда за Европу“ која циља на „убрзање и ширење интернета, и убирање користи од дигиталног јединственог тржишта за домаћинства и фирме“.<sup>13</sup> Из ове две иницијативе проистекао је низ докумената, мера и активности у којима се помињу јавне набавке као „велики неискоришћени потенцијал подршке иновацијама на тржишту“, ради чијег активирања треба „наставити с напорима да се значајно повећа део буџета за јавне набавке посвећене иновативним производима, поступцима и услугама“.<sup>14</sup>

Најконкретнији ехо ових иницијатива јесте што су јавне набавке иновација нашле своје скромно место у Директиви о јавним набавкама из 2014. године,<sup>15</sup> и што су у међувремену организоване мреже / конзорцију-

10 Сличан програм спроводио се у доба националсоцијализма у Немачкој, после доласка Хитлера на власт 1933. године. J. K. Galbraith, 233-234.

11 A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth EUROPE 2020, Communication from the Commission, Brussels, 3.3.2010 COM(2010) 2020.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 Conclusions on Creating an innovative Europe, Council of the European union, 3016th Competitiveness Council meeting, Brussels, 26 May 2010, тачка 2.1.

15 Directive 2014/24/EU of the European parliament and of the Council, on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, 26 February 2014.

ми наручилаца јавних набавки иновација из различитих земаља ЕУ, специјализовани према предмету набавке.<sup>16</sup>

### 3. Расподела права интелектуалне својине између наручиоца и добављача

Није могуће користити јавне набавке као инструмент иновационе политике, а да се не разуме и уважи механизам функционисања права интелектуалне својине.<sup>17</sup> Пођимо од основног: а) право интелектуалне својине је економски подстицај за приватни капитал; б) приватни добављач једини има моћ да реализује економски потенцијал права интелектуалне својине и тако оствари друштвену сврху овог права; в) наручиоцу, као јавноправном субјекту, право интелектуалне својине је важно само у мери у којој може бити основ добављачу да спречи или ограничи наручиоца у коришћењу набављеног добра.

Следи да јавна набавка може бити подстицај стваралаштву ако добављачу не одузме његова права интелектуалне својине преко оне мере која је неопходна да би наручилац заштитио смисао и сврху јавне набавке. Будући да се судбина права интелектуалне својине уређује уговором о јавној наручби, чији нацрт чини саставни део тендерске документације, битно је да будући наручилац унапред дефинише свој интерес у погледу прибављања интелектуалне својине. Управо тај аспект будућег уговора је, заједно с осталим елементима, одлучујући за одзив понуђача и квалитет иновативних решења која ће понудити. Из низа тачака које будући наручилац јавне набавке мора размотрити пре него распише тендер,<sup>18</sup> издвојићемо тек неколико најзначајнијих за обликовање оног дела нацрта уговора, који се тиче интелектуалне својине.

По нашем мишљењу, требало би поћи од тога да ли трошкове истраживања и развоја сноси добављач или наручилац, или су трошкови подељени. Ако те трошкове сноси добављач (не може да их поврати кроз

16 Вид. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-funded-projects>, фебруар 2017. године.

17 Дobar преглед свих врста проблема види у Elvira Uyarra et al., „Barriers to innovation through public procurement: A supplier perspective“, *Technovation*, Vol. 34, 2014, 631 и даље. Посебан осврт на право интелектуалне својине вид. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166497214000388>, јануар 2017. године, 634.

18 Procurement of Innovation Platform, Introduction to Intellectual Property Rights in Public Procurement of Innovation, доступно на адреси: [https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform\\_Guide\\_new-final\\_download.pdf](https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf), фебруар 2017. године, 7.

цену јавне набавке), његово учешће на тендеру битно зависи од задржавања највећег дела његових права интелектуалне својине, како би могао да их врши на отвореном тржишту. У осталим случајевима има места одређеној подели права интелектуалне својине, с тим да ни тад наручилац не би требало да узме више од онога што му је неопходно да би заштитио јавну сврху набавке. Ово питање је, међутим, неодвојиво од следећег.

Реч је о томе да ли постоји реално или потенцијално тржиште за иновативно решење које је створено у оквиру јавне набавке. У вези с тим је и процена вероватноће да то иновативно решење буде предмет модификација и унапређења у ближој будућности. У пракси је то најчешћи случај. Да би јавна набавка била подстицај за иновацију и креативност, неопходно је да уговор остави најшира права интелектуалне својине добављачу, који ће своје трошкове истраживања и развоја повратити изван иницијалне трансакције с наручиоцем.

Сажимајући речено, можемо констатовати обим права интелектуалне својине која остају добављачу мора бити сразмеран очекивањима да приватни капитал изнедри инвестиције неопходне за иновацију и развој, као и могућностима за тржишну комерцијализацију иновације или њених модификација / унапређења.<sup>19</sup>

Са друге стране, не само легитимни интерес, него и дужност наручиоца је да уговором обезбеди да за новац пореских обвезника добије адекватну вредност којом ће задовољити јавну потребу ради које је набавка обављена. То значи да он мора прибавити она права интелектуалне својине која ће му омогућити да употребљава, одржава и прилагођава прибављено добро, а да притом не дође у сукоб с правом интелектуалне својине добављача. Тек у таквој, фино избалансираној констелацији наручилац се јавља у драгоцепој улози креатора „почетног тржишта иновације“, уводећи предмет јавне набавке у примену, демонстрирајући његова својства, сигнализирајући евентуалну потребу за даљим развојем, евентуално утичући на обликовање техничког стандарда који ће подстаћи и

---

19 „Традиционално, Министарство инфраструктуре и екологије (Холандије, прим. аут.) преузима права интелектуалне својине, што лишава тржишног учесника подстицаја да даље развија иновацију. Министарство има намеру да уклони ову препреку у најкраћем року. Уместо прибављања права интелектуалне својине, алтернатива би била узимање само лиценце за употребу, укључујући одржавање, или лиценцу за сталну употребу иновативног решења“. Rijkswaterstaat, *Public Procurement of Innovation Policy Framework*, 2014, доступно на адреси: [https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Factsheet%20Policy%20Framework%20-%20Public%20Procurement%20of%20Innovation\\_tcm21-36762.pdf](https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Factsheet%20Policy%20Framework%20-%20Public%20Procurement%20of%20Innovation_tcm21-36762.pdf), фебруар 2017. године, 45.

конкуренцију и иновацију итд. По правилу, реч је о тржишту у областима које држава сматра важним за спровођење одређених јавних политика као што су заштита околине, енергија, здравство, саобраћај и сл.

Рекавши ово, достигли смо границу до које је могуће на ову тему говорити уопштено. Надаље се простире поље специјализоване правничке експертизе која је у стању да конципира оптимално уговорно решење за сваку конкретну јавну набавку, коју карактеришу специфичан предмет набавке, планирани начин његовог коришћења, врста права интелектуалне својине које се ту појављује и начин плаћања цене. Без амбиције да ствар расправимо до детаља, илустроваћемо сложеност задатка примерима који се односе на дефинисање права интелектуалне својине која уговором прибавља наручилац.

Поменуто је већ да он мора бити у могућности са несметано употребљава предмет набавке. У водичима за наручиоце се о томе говори као о неискључивој „лиценци за употребу“. Овај термин је крајње дескриптиван и непрецизан, те захтева „превод“ на стручни језик, зависно од тога шта је предмет набавке и о којем праву интелектуалне својине је реч.

Ако је реч о јавној набавци планова за градњу одређеног инфраструктурног објекта, који (планови) представљају ауторско дело, употреба плана од стране наручиоца се практично своди на умножавање (што укључује и грађевинску реализацију објекта), стављање у промет примерака, јавно саопштавање са носача звука и слике, јавно саопштавање путем интернета и прераду. Ова ауторска имовинскоправна овлашћења ће наручилац прибавити ауторским уговором који за предмет има њихов конститутиван промет (уступање), и то на неискључив начин.

Ако је, пак, реч о јавној набавци техничког решења за аутономно напајање струјом саобраћајне сигнализације на ауто-путу, употреба тог решења се у пракси своди на производњу конкретног уређаја и пратеће опреме, и њихово сврсисходно коришћење. У том случају, наручилац свакако мора прибавити неискључиву лиценцу за вршење ових овлашћења. Надаље, рационално је да прибави и неискључиву лиценцу за вршење ових истих овлашћења на било којој модификацији, односно унапређењу постојећег система. Кад је реч о обавези плаћања накнаде за употребу тих модификација, односно унапређења, постоје две могућности. Једна је да та накнада буде већ обухваћена „ценом“ јавне набавке, а друга да ће та накнада сваки пут бити засебно утврђена и плаћена. Евидентно је да је ова друга могућност атрактивнија за добављача, јер му даје подстицај да

ради на усавршавању првобитног техничког решења, чиме та јавна набавка још наглашеније врши улогу промотора иновативности.

На овом месту вреди поменути и то да сваки пут кад се јавна набавка односи на предмет који ће бити коришћен на једној локацији (нпр. техничко решење за санирање одређене депоније биолошког отпада у месту X), има смисла да наручилац прибави неискључиву и лиценцу за употребу тог предмета на целој државној територији, с тим да се цена јавне набавке односи на употребу тог техничког решења у месту X, а да наручилац може уступити подлиценцу свакој локалној власти или јавном предузећу на територији Србије, уз обавезу да стицалац подлиценце плаћа посебно уговорену накнаду добављачу. Оваквом конструкцијом су постигнута четири друштвено корисна циља. Прво, добављачу је остављено право да пласира своје техничко решење путем уговора о лиценци: а) на територији Србије, ако је за то заинтересован неки субјект приватног права (нпр. кланица или сл.), и б) на територији изван Србије, ако за то постоји тржиште. Друго, држава (у лику једног или више наручилаца) има право на употребу јединственог техничког решења на целој својој територији (ако се оно покаже као квалитетно), с тим да ће је то коштати пропорционално обиму употребе. Треће, овиме се отвара пут техничкој стандардизацији у конкретној области, што подстиче конкуренцију на домаћем тржишту комплементарних добара и услуга. Четврто, успешна употреба тог техничког решења од стране државе утиче на афирмацију тог решења и његовог добављача, отварајући му нова тржишта на којима ће он моћи да валоризује своју иновацију на основу својих права интелектуалне својине, која су остала код њега.

На основу реченог може се лако закључити колико је рационално и пожељно да наручиоци међусобно координишу своје потребе и укрупњавају јавне набавке добара (у конкретном случају, иновација) како би могли да издашније финансирају истраживање и развој, са једне стране, и креирају веће почетно тржиште (енгл. *Lead market*) за пласман испоручене иновације, са друге стране.<sup>20</sup>

Уместо даљег низања конкретних модалитета расподеле права интелектуалне својине између наручиоца и добављача, поменимо један релативно нови тип јавне набавке, који се тиче набавке истраживања и развоја (енгл. *pre-commercial procurement; PCP*). Његова специфичност је у томе што предмет јавне набавке није одређена роба или услуга у којој је материјализована иновација, него је то инвентивно решење као такво,

---

20 За ЕУ вид. фусноту 16.



евентуално материјализовано у прототипу производа ради демонстрације његове функционалности. Због релативне неодређености свог предмета, оваква јавна набавка има своје процедуралне специфичности (више кругова и нивоа селекције понуђача, непосредни преговори, накнадна редефинисања предмета набавке и др.), и носи ризике да резултат не буде задовољавајући. С друге стране, управо тај тип јавних набавки је врхунац идеје о јавним набавкама као промотору иновација. Не улазећи у посебности и проблеме РСР јавних набавки,<sup>21</sup> можемо само констатовати да напред изнети општи принципи расподеле права интелектуалне својине између наручиоца и добављача остају исти.<sup>22</sup>

#### 4. Осврт на један домаћи пример

Угледна професионална невладина организација Друштво архитеката Београда објављује на својој интернет страници конкурсе за архитектонска решења јавних простора и објеката, које расписује Дирекција за грађевинско земљиште и изградњу Београда.<sup>23</sup> Од недавно, ти конкурси имају правну природу јавне набавке, па се у њима користи специфична терминологија Закона о јавним набавкама Републике Србије. Тако, набавка се спроводи по процедури која важи за дизајн, а предмет набавке су архитектонске и друге услуге. Кад се то дешифрира на језик права интелектуалне својине

---

21 Види нпр. Commission of the European Communities: Pre-commercial Procurement- Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe Brussels, 14.12.2007 COM(2007) 799 final. Такође Anca Amona Apostol, „Pre-commercial procurement in support of innovation-Regulatory effectiveness“, *Public Procurement Law Review*, Vol. 6, 2012, 213 и даље.

22 Ти принципи су уграђени у амерички закон познат под именом *Bayh Dole Act*, којим су 1980. године амандирани Закон о патентима и Закон о жиговима САД. Суштина Закона је у томе да се права индустријске својине на проналасцима који су створени на бази комплетног или делимичног финансирања јавним средствима из буџета САД, остављају правним субјектима који су били корисници тих средстава (институти, универзитети, компаније), с тим да Влада САД стиче неискључиву и бесплатну лиценцу за коришћење тих проналазака. Тај модел се примењује не само на јавне набавке, него и на све облике јавног финансирања истраживања и развоја. Његова суштина је у томе да створи правноекономски амбијент у којем иновативни субјект добија двоструки постицај: иницијална средства за истраживање и развој, али и скоро неограничену слободу тржишне валоризације резултата свог рада. Истовремено, тиме се делује на јачање везе између институција које се баве истраживањем и развојем, с једне, и привреде, с друге стране, чиме се подстиче дисеминација нових технологија. Овај модел прихваћен је касније у великом броју земаља (укључујући Србију - види Закон о иновационој делатности, *Сл. гласник РС*, 110/2005, 18/2010, 55/2013), с тим да је његов домет ограничен на државне субвенције, грантове и сл., и не односи се на јавне набавке.

23 Вид. <http://www.dab.rs/konkursi>, март 2017. године.

лектуалне својине, долази се до закључка да се набавком заправо наручује израда архитектонског ауторског дела. Отуда је сасвим оправдано што тендер садржи и правила о судбини ауторског права на том будућем делу. Дакле, по свим параметрима, реч је набавци интелектуалног добра заштићеног правом интелектуалне својине, те је занимљиво да ближе погледамо колико таква јавна набавка одговара концепту јавне набавке као инструмента иновационе политике.

Узећемо као пример Конкурс за део блока 13 на Новом Београду. У конкурсној документацији, под насловом „Правне и финансијске последице за врсту и висину накнаде и услови заштите ауторских права и преноса имовинских права са аутора на инвеститора“ стоји шта ће бити са ауторским правом на награђеном ауторском делу.<sup>24</sup> Из врло неспретне и делом нејасне формулације произлази да се награђени аутор обавезује да сва своја имовинска овлашћења из ауторског права уступи инвеститору будуће градње. Реч је, дакле, о конститутивном располагању имовинским ауторским правом (јер по Закону о ауторском и сродним правима Републике Србије аутор и не може другачије располагати) али није јасно да ли је то располагање на искључив или неискључив начин. Ова нејасноћа, међутим, није од превеликог значаја за овај тип ауторског дела, чија реализација (па тиме и економска валоризација) почива на једнократном и јединственом пројекту изградње грађевинског објекта, те је мала вероватноћа да би аутор фактички могао да уступи право на изградњу објекта још некоме поред првог инвеститора. У сваком случају, награђени аутор се оваквим аранжманом лишава могућности да накнадно или додатно валоризује своје ауторско дело, и прихвата да конкурсна награда буде једина имовинска корист коју ће имати од свог дела.

Ако занемаримо идеалне мотиве који могу бити од значаја за учествовање у надметању за прву награду, поставља се питање колико је понуђени аранжман атрактиван за афирмисане ствараоце и погодан да резултира квалитетним решењем. Није тешко претпоставити да одговор треба тражити у висини утврђене награде. Логично је да интензитет подстицаја буде пропорционалан висини накнаде. Пре него наставимо на тему накнаде, осврнимо се на могуће алтернативне аранжмане.

Наиме, могуће је да се ауторско право у целини остави аутору архитектонског дела. То би било свакако напогодније за њега, али не и за сврху

---

24 Конкурсна документација за јавну набавку – конкурс за дизајн, број јавне набавке K2/16, [http://www.dab.rs/downloads/02.KD\\_K-2-16.pdf](http://www.dab.rs/downloads/02.KD_K-2-16.pdf), март 2016. године, 7 и 49.

конкурса. Аутор би тад могао условљавати даљу разраду, измене и прилагођавања његовог дела, као и коначну градњу објекта потраживањем ауторске накнаде која би могла бити јако висока, чиме би угрозио циљ јавне набавке. Јасно је да такав концепт не долази у обзир, са аспекта наручиоца. Могуће је, међутим, и средње решење по којем аутор уступа искључиво овлашћење на градњу објекта (вид умножавања ауторског дела), али задржава право на измене дела, до којих неминовно долази у фази разраде планова за градњу. Тад би инвеститор имао избор између две могућности. Прва је да ангажује другог архитекту за разраду планова, а да од награђеног аутора прибави овлашћење за измене његовог дела, уз плаћање ауторске накнаде. Друга је да за разраду планова ангажује награђеног аутора и на тај начин превазиђе проблем прибављања овлашћења за измену ауторског дела. Подразумева се да би ангажовани аутор био за тај посао плаћен према уобичајеним критеријумима који важе на тржишту, и не би имао основ за потраживање накнаде за измене дела, будући да их је сам начинио.<sup>25</sup>

Враћајући се сад на награду која је обећана победнику на конкурс, јасно је да се подстицајна снага њеног износа мора сагледавати у односу на износ који би награђени архитекта примио за радно ангажовање на разради планова за грађевинску реализацију свог ауторског дела. Наиме, ако је износ награде мањи од износа накнаде за рад, јавна набавка у којој архитекта уступа сва своја имовинска ауторска овлашћења инвеститору, свакако је мање подстицајна од јавне набавке у којој би архитекта задржао право на измене дела (и на тај начин мотивисао инвеститора да га ангазује на разради планова). У конкретном случају, то је управо тако. Награда од десетак хиљада евра<sup>26</sup> је неколико десетина пута мања од уобичајене накнаде за посао разраде планова за један сложенији објекат. Имајући то у виду, крајњи резултат је да конкурс није атрактиван за афирмисане архитекте, те да је вероватноћа добијања квалитетног решења мања него што би била да је конкурс другачије конципиран.

Природно се намеће питање зашто наручилац (јавна власт) овој јавној набавци одузима потенцијал да буде инструмент иновационе поли-

---

25 Да би тај аранжман био перфектан са ауторскоправног становишта, неопходно би било да архитекта, уз уговор о делу, закључи с инвеститором и ауторски уговор којим ће му без накнаде уступити овлашћење на умножавање ауторског дела које је сам модификовао, што укључује и градњу објекта по том модификованом делу.

26 У конкретном случају, прва награда износи 1.152.000 динара, вид. Конкурсна документација за јавну набавку-конкурс за дизајн – бр. јавне набавке K2/16, [http://www.dab.rs/downloads/02.KD\\_K-2-16.pdf](http://www.dab.rs/downloads/02.KD_K-2-16.pdf), март 2016. године, 6.

тике. Да ли иза тога стоји одређени легитимни интерес наручиоца? Сма-трамо да не стоји, и то из два главна разлога. Прво, укупни трошкови конкурса и градње објекта су, у основи, исти, без обзира да ли је на разради планова ангажован награђени архитекта или други архитекта. Друго, аргумент по којем наручилац хоће да обезбеди конкуренцију у послу разраде планова једноставно није компатибилан са идејом јавне набавке као инструмента иновационе политике. Наиме, задржавање искључивог положаја прибавиоца у валоризацији његове интелектуалне креације (на основу његовог права интелектуалне својине) након посла јавне набавке, јесте суштина тог специфичног подстицаја стваралаштву, о којем говоримо.

То, наравно, не значи да иза овог типа јавне набавке не стоји некакав интерес наручиоца, али је његова легитимност, у најмању руку, проблематична.

#### IV Закључак

Држава располаже разноврсним облицима финансирања јавних потреба. Кад је реч о потреби да се стимулишу иновативност и креативност, поред давања уобичајених грантова и субвенција у области истраживања, развоја, културног стваралаштва, савремена држава има још један инструмент иновационе / културне политике на располагању – јавне набавке. У развијеним државама је препознат потенцијал јавних набавки као подстицаја технолошком и културном напретку, с тим да и тамо постоји незадовољство степеном његове искоришћености.

Поента јавне набавке као инструмента иновационе политике није у томе да цена набавке покрије трошак истраживања и развоја које је имао добављач, јер у том случају се јавна набавка приближава државној субвенцији. Поента је, напротив, у томе да јавна набавка креира почетну тражњу за одређеним иновативним, односно креативним решењем одређеним у одређеној роби или услузи. Да би добављач могао да валоризује своје решење на том и будућем тржишту, он мора задржати критични обим права интелектуалне својине. Одустајање наручиоца од прибављања свих права интелектуалне својине из јавне набавке је, дакле, кључни моменат у перцепцији иновационе улоге јавних набавки.

У Србији је област јавних набавки остала заробљена у ригидним процедурама које не остављају простор за стављање овог института у службу развоја заснованог на креативности. То је, међутим, мање проблем оних који се баве јавним набавкама, већ је проблем оних који креирају политике развоја. Србија има фрагментисане политике развоја (научно

истраживање, технолошки развој, интелектуална својина, индустрија, пољопривреда, туризам итд.) али нема кровну политику развоја заснованог на иновацијама и креативности, коју можемо скраћено назвати иновациона политика.

Значај постојања иновационе политике је у томе што она формулише принципе свих парцијалних јавних политика развоја, и кроз одговарајући акциони план обавезује државне органе да у све аспекте деловања унесу елементе који би били функционално компатибилни с тим принципима. Тако би и до Управе за јавне набавке дошао импулс да покуша, макар и с врло ограниченим дометом, афирмацију јавних набавки као инструмента иновационе политике. Истовремено би се тиме помогло и Државној ревизорској институцији да релаксира своје критеријуме за оцену правилности јавних набавки.

У сваком случају, са или без такве политике, питање регулисања права интелектуалне својине у уговорима о јавној набавци постаје све актуелније и заслужује посебну пажњу.

**Slobodan M. MARKOVIĆ, PhD**  
**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **INTELLECTUAL PROPERTY IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT**

### **Summary**

*Given the importance developed countries ascribe to public procurement as an instrument of innovation policy, the author points to the sensitivity of the distribution of intellectual property rights arising as a result of the realization of such procurement. Public procurement is not intended to cover the whole cost of research and development incurred by the supplier, but should only create an initial demand for the innovative solution, and enable the supplier to valorize his/her intellectual good in the market. To make this possible, a critical volume of intellectual property rights has to remain with the supplier. The author draws attention to the importance of having a consistent state innovation policy which will promote this principle and allow public procurement to escape from the rigid framework of the traditional government purchases of goods and services.*

**Key words:** *supplier, public authority, intellectual good, tender, license.*

Др Божин ВЛАШКОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## УПОТРЕБА СЕРИЈСКИХ ЖИГОВА – УСЛОВ ЗА ЊИХОВО ОДРЖАВАЊЕ У ВАЖНОСТИ ПРЕМА ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА

### Резиме

*Регистровани жиг се, у циљу одржавања у важности, може користити и у незнатно измењеном облику, којим се не утиче на дистинктивну моћ већ регистрованог жига. Промењени облик може, такође, бити и самостално регистрован као жиг. Питање посебне регистрације промењеног облика има нарочити значај када је реч о серијским жиговима, с обзиром да се прво мора доказати постојање и коришћење довољног броја жигова исте серије.*

**Кључне речи:** *озбиљно коришћење жига, дистинктивност, стални део, незнатне измене, самостална регистрација.*

### І Увод

Заштита која се стиче жигом временом постаје обухватнија и интензивнија. То се нарочито огледа у чињеници да је трајање заштите која се стиче правом жига начелно неограничено, чиме су потенцијални конкуренти битно ограничени у избору ознака за обележавање сопствених производа. У циљу спречавања таквих негативних последица уведена је и обавеза да жиг буде коришћен да би остао у важности. Међутим, није довољно било које коришћење жига, већ само оно које поседује законом прописана обележја. При томе постоје два основна обележја таквог коришћења жига.<sup>1</sup> Прво је комерцијално коришћење, које се огледа у производњи и испоруци производа или пружању услуга на тржишту. Другим обележјем је одређен циљ комерцијалног коришћења, који мора да буде

---

1 Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, „Schlussanträge: C-40/01-Begriff der ernsthaften Benutzung der Marke“, InfoCuria, доступно на: [curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-40/01](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-40/01), тач. 47 и 48, I-2452.

разликовање производа или услуга према њиховом пореклу, особинама и угледу. Да би се говорило о коришћењу жига у наведеном смислу није довољно да се он употребљава у промету у наведене сврхе, већ је неопходно да је у питању озбиљно коришћење.<sup>2</sup> Другим речима, у обзир не долази фиктивно, формално и реторичко коришћење, чији је једини циљ спречавање поништаја жига. Коришћење се мора односити на производе или услуге за које је жиг регистрован, па заштита жигом остаје у важности само у вези са производима или услугама за које је конкретно коришћен. То значи да коришћење жига за део регистрованих производа или услуга није коришћење за преостале производе или услуге, чак и када је реч о сличним производима или услугама.<sup>3</sup> Обавеза коришћења жига се традиционално сматра као коректив стицања жига путем регистрације. Наиме, у интересу заједнице је да регистар жигова буде ослобођен од некоришћених ознака, чиме се ствара могућност да трећа лица региструју своје ознаке. Поред тога, реч је и о растерећењу управних органа или судова, као и о смањивању броја могућих колизија жигова.<sup>4</sup>

У контексту коришћења жигова постоји велики број проблема. Неки од њих су, на пример, оправдавајући разлози за некоришћење жига, коришћење жига од стране трећих лица, релевантно подручје коришћења, проблеми поновљене регистрације и сл.<sup>5</sup> Посебну пажњу изазивају случајеви када се ознака не користи у регистрованом облику, већ је у одређеној мери измењена, односно модификована. Специфично је и питање да ли се модификована ознака може регистровати као жиг. С обзиром на све чешћу употребу серијских жигова и на услове који се постављају за њихово дефинисање у новијој судској пракси, нарочито је актуелно питање коришћења сталног дела, као услова за постојање и одржавање у важности ових жигова.

Предмет истраживања у овом раду је употреба серијских жигова, нарочито у вези са модификацијом сталног дела неке серије жигова. Ово питање анализирано је на основу пресуда Европског суда правде.

---

2 Исто, тач. 49, I-2453; Alfred Bergmann, „*Rechtserhaltende Benutzung von Marken*“, *MarkenR*, бр. 1/2009, 1; Manfred Klette, „*Zur rechtserhaltenden Benutzung durch Verwendung abweichender Markenformen*“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, бр. 8/2000, 913.

3 Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht*, Auflage 3, München, 2001, 1234.

4 Jan Eichelberger, „*Die rechtserhaltende Benutzung einer Marke durch eine ihrerseits eingetragene abgewandelte Benutzungsform im nationalen und im Gemeinschaftsmarkenrecht*“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, бр. 11/2009, 1492.

5 Nils Dietrich, „*Zum Benutzungszwang im Gemeinschaftsmarkenrecht*“, *MarkenR*, бр. 7-8/2013, 249.

## II Појам серијских жигова

Појам серијских жигова поступно је дефинисан у немачкој судској пракси за време важења Закона о обележавању производа из 1936. године, с обзиром на специфичне формулације које се односе на опасност замене у погледу порекла производа. Засновани су на реалностима привредног промета, које су јасно сажете у пресуди „Pentavenon“.<sup>6</sup> Наиме, Савезни врховни суд Немачке је, у овој пресуди, истакао: „Многа предузећа за обележавање различитих врста производа уобичајено користе одређени стални знак и модификују га додавањем префикса или суфикса, или изостављањем слогова. Полазећи од овакве праксе, знак се у промету схвата као варијација сталног знака и претпоставља се да тако обележени производи потичу из истог предузећа, које већ користи стални знак.“<sup>7</sup>

Временом су дефинисани и ближи услови за постојање серијских жигова, што је нарочито видљиво у пресуди „Almglocke“ у којој је заступан став: „Опасност замене у смислу да се у промету две међусобно различите ознаке сматрају као упућивање на серијске производе једног те истог предузећа долази у обзир само ако су испуњена два услова. Први је да обе ознаке, које се међусобно пореде, имају исту сталну реч. Други услов је да та стална реч поседује упућујући карактер на предузеће приоритетно старијег корисника. О упућујућем карактеру не може се говорити у случају када је стална реч неки навод о пореклу или особинама, који није подобан за заштиту.“<sup>8</sup> Заштита серијских жигова развијана је управо за случајеве у којима се колизија ознака, које се јасно разликују у осталим саставним деловима, заснива само на једном и то истом саставном делу обе ознаке. Дакле, реч је о само једном, иако најчешћем и најважнијем облику посредне опасности замене.

У пракси Европског суда правде битно су измењени услови за постојање серијских жигова у поређењу са ранијим немачким правом. Поред тога, предмет разматрања проширен је и на коришћење ознаке, као дела низа који може бити обухваћен појмом серијских жигова, са аспекта

---

6 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.5.1968, „BGH, I ZB 3/67 Pentavenon“, *GRUR*, бр. 1/1969, 40.

7 Исто, 41.

8 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 17.2.1961, „BGH, I ZR 115/59 Almglocke“, *GRUR*, бр. 7/1961, 347.



њеног одржавања у важности. Ово питање је први пут било предмет разматрања у пресуди „Il Ponte Finalziaria“.<sup>9</sup>

### III Пресуда „Il Ponte Finalziaria“ C-234/06 P

У овом спору компанија Il Ponte Finalziaria је у Италији регистровала 11 старијих жигова у којима је садржан део у речи „bridge“. На основу регистрације ових жигова компанија се успротивила пријави за регистрацију комунитарног жига у слици „BAINBRIDGE“.

У претходној инстанци жалба је одбијена, између осталог, зато што је утврђено да пет жигова није коришћено, а да се преосталих шест жигова не могу квалификовати као серијски, јер није доказано коришћење довољног броја жигова, као услова за постојање серије. Поред тога, није утврђена ни опасност замене између наведених шест жигова и пријављеног комунитарног жига „BAINBRIDGE“, с образложењем да између жигова који се пореде не постоји минимални степен сличности.<sup>10</sup>

Против ове одлуке компанија Il Ponte Finalziaria је поднела приговор Европском суду, сматрајући да је суд прве инстанце погрешно применио чл. 15, ст. 2, (а) Уредбе бр. 40/94/ЕЗ о комунитарном жигу,<sup>11</sup> јер је при утврђивању сличности изоставио жиг „Bridge“, а да при том није испитао да ли се он може сматрати лако измењеном верзијом жига „THE BRIDGE“. Компанија је у свом приговору, такође, истакла да чињеница да је овај жиг регистрован нема никакав значај. Иако је прихватила став претходне инстанце да за жиг „Bridge“ није поднела неопходне доказе о коришћењу, компанија сматра да такву обавезу није имала, јер је поднела доказе о коришћењу жига „THE BRIDGE“, који користи за обележавање истих производа. Једина разлика између ових жигова је у употреби одређеног члана „THE“, чиме се не може утицати на дистинктивност жига „Bridge“. Поред тога, тумачење је погрешно и зато што за последицу има правну неједнакост између титулара жига који је регистровао само

9 Пресуда Европског суда правде од 13.9.2007, „C-234/06 P: Verwechslungsgefahr bei Markenfamilie Il Ponte Finanziaria Spa/Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt [HABM]“, - *GRUR*, бр. 4/2008, 343.

10 Пресуда Суда правде прве инстанце од 23.2.2006, „Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Rechtssache T-194/03 Il Ponte Finanziaria SpA/Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt [BAINBRIDGE]“, *GRUR INT*, бр. 5/2006, 404.

11 Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke, *Amtsblat L 11/1994*, 1-36.

основну верзију жига, а користи велики број модификованих верзија, и титулара жига који је регистровао све те модификације.

У свом одговору, Европски суд прво истиче да се по Уредби бр. 40/94/ЕЗ о комунитарном жигу ознака може само појединачно регистровати и да заштита по основу регистрације од најмање пет година припада само појединачним жиговима, чак и када је истовремено регистрован већи број жигова који садрже заједнички обележавајући део.<sup>12</sup>

У случају приговора против пријаве комунитарног жига, која се заснива на једном једином старијем жигу, оцена опасности замене утврђује се поређењем оба жига у облицима у којима су регистровани. На други начин се поступа у случају када се приговор заснива на постојању већег броја жигова, који показују заједничка обележја на основу којих се могу сматрати као део исте фамилије или серије жигова. У случају ових жигова, опасност замене произлази тачније на основу околности да се потрошач може довести у забуну у погледу порекла производа или услуга на које се односи пријављени жиг и при том погрешно претпоставља да пријављени жиг припада фамилији или серији жигова. Међутим, када није коришћен довољан број жигова да би се формирала фамилија или серија, од потрошача се не може очекивати да он у тој групи жигова открије заједнички елемент и да ове жигове доведе у везу са другим жигом у којем је садржан исти заједнички елемент. За постојање опасности да потрошачи буду доведени у забуну у погледу припадности пријављеног жига некој серији или фамилији жигова неопходно је да старији жигови који припадају овој фамилији или серији буду присутни на тржишту.

Карактеристично је да Европски суд правде уопште није разматрао питање да ли се жиг „THE BRIDGE“ може сматрати жигом који одступа од жига „Bridge“, а да се тиме не утиче на његову дистинктивност, јер је сматрао да коришћење жига „THE BRIDGE“ није доказано, па зато не може бити ни доказ за коришћење жига „Bridge“. Наиме, суд истиче да важећи европски прописи дозвољавају да се регистровани жиг сматра коришћеним у случају подношења доказа да се жиг користи у форми која се незнатно разликује од форме у којој је регистрован. Међутим, прописима се не дозвољава да се заштита која припада регистрованом жигу, на основу доказа о његовом коришћењу, прошири и на други регистровани

---

12 Paul Lange, „Rechtserhaltende Benutzung von Registermarken im Abwandlungsverhältnis – Eine Besprechung der Rintisch-Entscheidung des Gerichtshofs (PROTI) im Anschluss an seine II Ponte-Entscheidung (Bainbridge)“, *MarkenR*, бр. 1/2013, 98.

жиг чије коришћење није доказано, а на основу образложења да је неко-ришћени жиг само незнатно одступање у поређењу са коришћеним.<sup>13</sup> Другим речима, доказ коришћења регистрованог жига не може се заснивати на доказу коришћења жига који се само незнатно разликује од регистрованог, ако је тај други жиг такође регистрован.

Овакав приступ је био нарочито споран у Немачкој, с обзиром на § 26 (3), Закона о жиговима,<sup>14</sup> којим је прописано да се доказ о коришћењу може поднети и на основу коришћења другог самостално регистрованог облика. Наиме, истакнуто је да на основу ове пресуде настају проблеми нарочито у случају модернизовања жига.

Правило је да предузећа своје жигове прилагођавају производним и модним трендовима. При том није реч о битним изменама, тако да се модернизована форма у промету још увек схвата као исти жиг. У случају да се модернизовани жиг региструје поред изворне, већ регистроване форме, тада би се, по ставу Европског суда, коришћење модернизованог жига могло приписати само том жигу. То би за последицу имало гашење старог жига, после истека рока од пет година, уз истовремени губитак његовог значајног ранијег приоритета. Недоумице које су изазване овом пресудом Европски суд је отклонио у пресуди „Rintisch“.<sup>15</sup>

#### IV Пресуда „Rintisch“

Титулар жига у речи „PROTI PLUS“, затим жига „PROTI“ и жига у речи и слици „proti Power“ је у претходном поступку пред Савезним врховним судом Немачке покренуо спор против титулара жига „Protifit“, који је регистрован после регистрације његових жигова. У току спора, тужени је истакао да жиг PROTI није коришћен, а тужилац да је жиг користио употребом ознака PROTI PLUS“ и „proti Power“. Савезни врховни суд Немачке је обуставио поступак и Европском суду поставио питање да ли је и под којим условима § 26, ст. 3, (друга реченица) немачког Закона о

13 Исто, 102.

14 Види другу реченицу: § 26 Benutzung der Marke, (3) Als Benutzung einer eingetragenen Marke gilt auch die Benutzung der Marke in einer Form, die von der Eintragung abweicht, soweit die Abweichungen den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändern. Satz 1 ist auch dann anzuwenden, wenn die Marke in der Form, in der sie benutzt worden ist, ebenfalls eingetragen ist. MarkenG, доступно на: <https://dejure.org/gesetze/MarkenG/26.html>, 23.2.2017.

15 Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs eingereicht am 2. November 2011, Bernhard Rintisch gegen Klaus Eder (Rechtssache C-553/11), доступно на: [curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-553/11](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-553/11), 22.2.2017.

жиговима у сагласности са чл. 10, ст. 1 и 2, (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ.<sup>16</sup>

Европски суд сматра да је суштина постављених питања у томе да ли је титулару регистрованог жига забрањено да његово коришћење, у смислу наведених прописа, доказује коришћењем жига у измењеном облику, који се разликује од оног у којем је регистрован, ако се тим разликама не утиче на дистинктивност жига, независно од чињенице да је измењени облик, такође, регистрован као жиг.

У овој пресуди је прво наглашено да је дистинктивност жига, у смислу одредаба Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ, подесност жига да се њиме обележе производи за које је захтевана регистрација, као производи који потичу из одређеног предузећа, и да се тиме они разликују од производа других предузећа. Затим је закључено да на основу чл. 10, ст. 2, (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ не произлази да се измењени облик, у којем се жиг користи, такође, не може регистровати као жиг. Једини услов који је садржан у овој одредби састоји се у томе да се облик у којем се жиг користи може разликовати од оног у којем је регистрован само у деловима којима се не утичу на дистинктивност жига. Наиме, одредбом се отклања стриктна подударност између облика која се примењује у промету и облика који је регистрован. Смисао одредбе је да се титулару жига омогуће измене регистрованог жига у циљу бољег прилагођавања захтевима комерцијализације и поспешивања промета одређених производа или услуга, а да се, при томе, не утиче на његову дистинктивност.

Наведени циљ био би доведен у питање уколико би се за доказ коришћења регистрованог жига поставио додатни услов који би се огледао у томе да различит облик у којем се жиг користи не би могао, такође, да буде регистрован као жиг. Регистрација нових облика жига омогућава антиципирање могућих измена у појавном облику жига и тиме његово прилагођавање реалностима тржишта, које се стално развија.<sup>17</sup>

С обзиром на општи став о усаглашености Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ са прописима Париске конвенције, јасно је да се чл. 10, став 2, (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр.

16 Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40, 1.

17 Наведена пресуда C-553/11, тач. 22.

89/104/ЕЕЗ мора бити у потпуној сагласности са чл. 5 (ц), ст. 2, Париске конвенције. На основу ове одредбе, ни на који начин се не може закључити да би регистрација ознаке као жига имала за последицу да њено коришћење више није доказ о коришћењу неког другог регистрованог жига у односу на који се ознака разликује у мери којом се не утиче на његову дистинктивност. На основу тога, Европски суд закључује да регистравање измењеног облика у којем се жиг користи, а који се разликује од првобитног облика у којем је жиг регистрован, при чему се не утиче на његову дистинктивност, није супротно чл. 10, ст. 2 (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ.

Ово тумачење није у супротности са ставовима Европског суда који су изложени у пресуди „Il Ponte Finanziaria vs. НАВМ“, а нарочито у тач. 86. Наиме, ова пресуда је донета у спору у којем се једна странка позивала на заштиту „фамилије“ или „серије“ сличних жигова приликом оцене опасности замене. Европски суд правде, у овој пресуди, сматра да је за доказ о постојању „фамилије“ или „серије“ жигова неопходно коришћење довољног броја жигова да би се уопште могло говорити о формирању „серије“ или „фамилије“. Наиме, у случају да није коришћен довољан број жигова, па се не може формирати „фамилија“ или „серија“, од потрошача се не може очекивати да у њима установи заједнички елемент и да ову серију доведе у везу са неким другим жигом који садржи исти заједнички елемент. За постојање опасности да се потрошачи доводе у забуну у погледу припадности пријављеног жига „фамилији“ или „серији“ жигова неопходно је да други жигови, који припадају овој „фамилији“ или „серији“, буду презентовани на тржишту.

У овом специјалном контексту, у којем је реч о „фамилији“ или „серији“ жигова морају се разумети и излагања суда у тач. 86, пресуде „Il Ponte Finalziaria“. То значи да се чл. 10, ст. 2 (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ не дозвољава проширење заштите која припада регистрованом жигу, по основу његовог коришћења, на други регистровани жиг, чије коришћење није доказано са образложењем да он представља благу измену првог. Управо такво позивање на коришћење једног жига као доказ за коришћење другог жига није могуће, јер најпре треба да се докаже постојање и коришћење довољног броја жигова исте „серије“ или „фамилије“. Пресуда „Il Ponte Finalziaria“ се односи на случај у којем је реч о више регистрација истих или измењених жигова, при чему се користи само један облик жига. Према тумачењу Европског суда, коришћење ознаке „THE BRIDGE“ односи се само на

тај регистровани жиг, а не и на остале наведене регистроване форме. У случају регистравања великог броја сличних жигова од којих се фактички користи само један, било би неоправдано истовремено пружити проширену заштиту која припада фамилији или серији жигова.

У пресуди „Rintisch“ Европски суд је разматрао и питање дефанзивних жигова, који су по владајућем мишљењу у теорији недозвољени и да је њихово пријављивање за регистрацију злоупотреба права. Сам појам дефанзивних жигова је споран, али се сматра да је реч о жиговима који, као одбрамбени, окружују главни жиг у циљу проширења његовог обима заштите и на тај начин штите његов развој. Ови жигови су слични главном, јер садрже неки заједнички део или сам главни жиг и нису само модернизација, него, напротив, самосталне ознаке које се, као такве, посебно пријављују и региструју.<sup>18</sup> То значи да се о дефанзивним жиговима не може говорити уколико је реч о незнатним модификацијама, којима се не утиче на дистинктивност регистрованог жига. Карактеристично за ове жигове је да њихов титулар нема намеру да их користи у промету за разликовање својих производа или услуга од других. Европски суд сматра да је субјективна намера титулара везана за пријаву жига потпуно небитна за примену чл. 10, ст. 2, (а) Прве директиве о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу бр. 89/104/ЕЕЗ. Другим речима, напуштено је класично схватање о недозвољености дефанзивних жигова, па се они сматрају дозвољеним. Међутим, ови жигови су фактички и даље без вредности, с обзиром да се не могу користити на начин којим се главни жиг одржава у важности, јер није реч о незнатним модификацијама главног жига. Дефанзивни жигови се могу користити као самостални жигови, а након пет година некоришћења морају се поништити.

## V Закључак

Регистровани жиг мора бити коришћен на квалификовани начин да би остао у важности. Правило је да се жиг користи у облику у којем је регистрован, али су могући изузеци у смислу да се коришћени облик незнатно разликује од регистрованог. Услов за коришћење новог облика је да се његовим изменама не утиче на дистинктивну моћ регистрованог жига. У том контексту, поставља се питање да ли коришћени измењени облик може, такође, бити регистрован као жиг.

---

18 Alexander Mühlendahl, „Eintragung und Benutzung von Defensivmarken, Serienmarken und Abwandlungen“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, бр. 1/2009, 1.

Европски суд је у пресуди „Il Ponte Finalziaria“ заузео став да није дозвољено да се заштита која припада регистрованом жигу, на основу доказа о његовом коришћењу, прошири на други регистровани жиг који није коришћен, само са образложењем да је некоришћени жиг незнатно одступање у поређењу са коришћеним жигом. Другим речима, доказ коришћења регистрованог жига не може се заснивати на доказу коришћења жига који се само незнатно разликује од регистрованог, ако је тај други жиг такође регистрован.

Ово решење је изазвало критике, па је промењено у пресуди „Rintisch“, с образложењем да се односи само на серијске жигове. То значи да се не дозвољава проширење заштите која припада регистрованом жигу, по основу његовог коришћења, на други регистровани жиг, чије коришћење није доказано с образложењем да је други регистровани жиг само незнатна измена првог. Такво позивање на коришћење једног жига, као доказ за коришћење другог, није могуће, јер најпре треба да се докаже постојање и коришћење довољног броја жигова исте серије. Наиме, у случају регистравања већег броја сличних жигова од којих се фактички користи само један, неоправдано је истовремено пружити проширену заштиту која припада серији жигова.

**Božin VLAŠKOVIĆ, PhD**

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

## **THE USAGE OF SERIAL TRADEMARKS – CONDITIONS FOR THEIR VALIDITY MAINTENANCE ACCORDING TO THE EUROPEAN COURT PRACTISE**

### **Summary**

*In the terms of validity maintenance, the registered trademark can be used in a remotely altered form, which does not affect the distinctive power of an already registered trademark. The altered form can also be registered as an independent trademark. The question of the separate registration of an altered trademark form has a specific meaning when it comes to serial trademarks, considering that first one has to prove the existence and the usage of a sufficient number of trademarks from the same series.*

**Key words:** *serious usage of trademark, distinctiveness, permanent part, slight changes, independent registration.*

Др Зоран МИЛАДИНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

## НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ\*

### Резиме

*У случају повреде права интелектуалне својине, оштећени - носилац права интелектуалне својине има право на накнаду штете. Повредом права интелектуалне својине, оштећени може претрпети материјалну, а у неким случајевима и нематеријалну штету. Питање накнаде штете због повреде права интелектуалне својине у правној теорији и судској пракси изазива доста недоумица. Проблем се јавља не само када је реч о накнади материјалне, већ и када је реч о накнади нематеријалне штете. Када је реч о накнади материјалне штете као проблематично, поставља се питање начина одмеравања висине штете, будући да је предмет повреде нематеријално - интелектуално добро. Усвојене методе које представљају полазну основу за одмеравање висине накнаде материјалне штете нису најправедније решење и требало би их усавршити. Када је реч о накнади нематеријалне штете, као спорно поставља се питање имају ли правна лица као носиоци права интелектуалне својине право на накнаду нематеријалне штете. О овом питању и у стручној литератури и у судској пракси постоје различита схватања. Неуједначеној судској пракси при усвајању, односно неусвајању тужбеног захтева за накнаду нематеријалне штете, када су у питању правна лица, између осталог доприносе и различита законска решења којима су уређена поједина права интелектуалне својине. Мислимо да нема разлога да се у одређеним случајевима и правним лицима призна право на накнаду нематеријалне штете, јер је очигледно да им неовлашћеним коришћењем њиховог права интелектуалне својине може бити нанета нематеријална штета у виду повреде пословног угледа.*

**Кључне речи:** *интелектуална својина, повреда права, материјална штета, нематеријална штета, правна теорија, судска пракса.*



## I Уводне напомене

Питање накнаде штете и њене висине (нарочито нематеријалне) једно је од питања о коме се у стручној литератури доста расправља,<sup>1</sup> па и када је реч о накнади штете због повреде права интелектуалне својине. При томе, и у правној литератури и у судској пракси је неспорно да у случају повреде права интелектуалне својине, носилац права интелектуалне својине има право да у судском поступку поред осталих тужбених захтева истакне и тужбени захтев за накнаду штете. Обавезу држава чланица Светске трговинске организације (даље: СТО), али и оних које претендују да то постану, да у случају повреде права интелектуалне својине, носиоцу права треба признати право на накнаду штете предвиђају Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (енг. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) и Директива 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савета о спровођењу права интелектуалне својине,<sup>2</sup> као два најзначајнија међународна и регионална документа, која се баве питањем заштите интелектуалне својине. Како се повредом права интелектуалне својине може причинити материјална и нематеријална штета и како су носиоци права интелектуалне својине физичка и правна лица, као питања која привлаче пажњу и правне теорије и судске праксе јесу питања како утврдити висину накнаде материјалне штете будући да је предмет повреде нематеријално добро, и да ли правна лица као носиоци права интелектуалне својине имају право на накнаду нематеријалне штете у случају повреде права интелектуалне својине. Ова питања су предмет дискусије из разлога што се у улози носиоца права интелектуалне својине, поред физичких, у већој мери јављају правна лица, па постоје схватања да правна лица генерално посматрано намају право на накнаду нематеријалне штете, па и у случају повреде права интелекту-

\* Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног Факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“, који се финансира из средстава Факултета.

- 1 Александар Радованов, „Нека спорна питања из области накнаде нематеријалне штете (de lege lata i de lege ferenda), *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda* (уредник Радован Вулкадиновић), Крагујевац, 2009, 316; Обрен Станковић, *Новчана накнада неимовинске штете*, 3. допуњено издање, Београд, 1968, 188; Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац, 1981, 483-491 и 597-605; Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 401, 428-431, 534-541.
- 2 Директива бр. 2004/48 од 24. априла 2004. године, о спровођењу права интелектуалне својине (енгл. Directive No 2004/48 EC of the European Parliament and of Council of 29. April, on the Enforcement of intellectual property rights, *OJ L 157*, 30. 4. 2004).

алне својине, али постоје и схватања, како у стручној литератури тако и у судској пракси да и правна лица имају право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде права интелектуалне својине.

Ова питања су одувек изазивала различита мишљења стручне јавности, чему нарочито доприносе и различита законска решења што се одражава и на различите ставове судске праксе. Из тих разлога, предмет нашег интересовања у овом раду биће управо питање накнада штете због повреде права интелектуалне својине у правној теорији и судској пракси.

## II Накнада материјалне штете

Претпоставка за постављање тужбеног захтева за накнаду штете у грађанском судском поступку јесте повреда нечијег права и проузроковање штете таквом радњом. Повреда права постоји увек када се садржина нечијег субјективног права промени радњама другог лица и то тако што то лице присваја право које му не припада, што угрожава туђе субјективно право или неовлашћено врши поједина овлашћења из садржине субјективног права.<sup>3</sup>

Према општим правилима облигационог права ко другоме проузрокује штету дужан је надокнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице (чл. 154, ст. 1. Закона о облигационим односима, даље: ЗОО).<sup>4</sup> Такође, према одредби члана 155. ЗОО, захтев за накнаду материјалне штете је основан онда када је тужилац (оштећени), због повреде свога права од стране другог лица (туженог), претрпео умањење на својој имовини (стварна штета), као и онда када је, због истог разлога био онемогућен да увећа своју имовину (измакла корист). Накнада штете је могућа у натуралном облику, што је пожељно, али у пракси ређе применљиво и у новчаном облику, што је у пракси правило.

Штета због повреде права интелектуалне својине може настати из уговорног односа (када се предмет заштите користи на основу уговора о лиценци) или извршењем деликта. Из тих разлога се прави разлика између уговорне и вануговорне одговорности за штету због повреде права интелектуалне својине.

Уговорна одговорност због повреде права интелектуалне својине може настати неизвршењем уговорне обавезе или прекорачењем вршења

3 Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у Грађанско право*, Београд, 1993, 278.

4 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

уступљених овлашћења, што је у пракси чешћи случај. У пракси међутим, штета због повреде права интелектуалне својине настаје мимо уговорног односа, тј. неовлашћеним коришћењем неког од заштићених права интелектуалне својине.

Основна претпоставка одговорности за штету, према класичном концепту субјективне одговорности су постојање штете, кривица штетника и узрочна веза између понашања штетника и штете.<sup>5</sup>

Када је реч о материјалној штети која настаје повредом права интелектуалне својине, она се огледа у губитку накнаде (лиценцне накнаде, ауторског хонорара) коју носилац конкретног субјективног права интелектуалне својине трпи због тога што неко без плаћања накнаде искоришћава његово заштићено интелектуално добро (проналазак, ауторско дело, индустријски дизајн, предмет заштите сродног права и др.). Иако је код захтева за накнаду материјалне штете натурална реституција пожељна, у случају повреде права интелектуалне својине, она због предмета заштите (повреда се састоји у неовлашћеном коришћењу интелектуалног – нематеријалног добра, а не оштећење или уништење телесне ствари), скоро да никада није могућа, већ се накнада увек досуђује у новчаном облику.<sup>6</sup> Пошто се код повреде права интелектуалне својине штета састоји у губитку новца који би носилац права остварио да је било коришћење правно заштићеног интелектуалног добра на основу уговора, односно уз његову сагласност, једини могући и целисходан начин да се материјална ситуација оштећеног доведе у оно стање у којем би се налазила да није било штетне радње, јесте накнада у новчаном облику.<sup>7</sup> С обзиром да у грађанском судском поступку тужбени захтев за накнаду штете мора бити јасно одређен, односно прецизиран, тужилац мора у тужби јасно да наведе износ накнаде који суд треба да му досуди, односно износ стварне штете и измакле користи коју је он претрпео неовлашћеним коришћењем конкретног права интелектуалне својине. То је управо кључни проблем у случају тужбе са тужбеним захтевом за накнаду материјалне штете због повреде права интелектуалне својине, јер је и самом носиоцу права, оштећеном, односно тужиоцу, често врло тешко да докаже колику је

5 Оливер Антић, *Облигационо право*, 6. издање, Београд, 2011, 466.

6 Зоран Миладиновић, „Накнада штете по ЗОО и прописима о заштити права интелектуалне својине“, у: *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda* (уредник Радован Вукадиновић), Крагујевац, 2009, 316

7 Зоран Миладиновић, *Субјективна права интелектуалне својине*, Ниш, 2004, 201.

штету претрпео зато што је неко без његове сагласности користио његово заштићено интелектуално добро.

Прописи који уређују правну заштиту појединих права интелектуалне својине, у одредбама које се односе на грађанскоправну заштиту углавном садрже скоро идентична решења у смислу да се каже да лице које повреди туђе право интелектуалне својине одговара за штету по општим правилима о накнади штете. Међутим, сви ти прописи садрже и посебне одредбе које се примењују у случају повреде права интелектуалне својине, нарочито када је повреда права учињена намерно или из крајње непажње.

Тако се у члану 206. Закона о ауторском и сродним правима (даље: ЗАСП)<sup>8</sup> каже „ако је повреда имовинског права учињена намерно или крајњом непажњом, тужилац може, уместо накнаде имовинске штете захтевати накнаду до троструког износа уобичајене накнаде коју би примио за конкретан облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито“. Потпуно исто решење садржи члан 133, став 2. Закона о патентима (даље ЗОПат),<sup>9</sup> и члан 73а Закона о жиговима (даље: ЗОЖ).<sup>10</sup> Према члану 64, став 2. Закона о правној заштити индустријског дизајна (даље: ЗОДИЗ)<sup>11</sup> лице које повреди право, дужно је да тужиоцу у потпуности надокнади штету произашлу из те повреде. То значи да се према овој одредби ЗОДИЗ, накнада штете надокнађује у пуном износу. Међутим, према ставу 7. истога члана, „при одређивању висине накнаде штете ако је учинилац повреде знао или могао да зна да чини повреду права суд ће узети у обзир све околности конкретног случаја, као што су негативне економске последице које трпи оштећени, укључујући изгубљену добит, добит коју је штетник остварио повредом права и, у одговарајућим случајевима, околности које немају економски карактер, као што је неимовинска штета. У одређеним случајевима, суд може уместо накнаде штете, када околности случаја то оправдавају, да досуди оштећеном паушалну накнаду која не може бити нижа од уобичајене накнаде коју би примио за конкретни облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито“.

8 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11 и 119/12.

9 Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/11

10 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/99; 45/15.

11 Закон о правној заштити индустријског дизајна, *Службени гласник РС*, бр. 104/09.

Нешто компликованије решење налазимо у Закону о заштити топографија интегрисаних кола (даље: ЗОЗТИК).<sup>12</sup> Наиме, у члану 32. ЗОЗТИК, најпре се каже да у случају повреде права на топографију висина накнаде која припада носиоцу права одређује се у висини накнаде коју би носилац права добио за слободно уговорену лиценцу за ту топографију. Ако носилац права докаже да је неко лице преваром отпочело производњу, комерцијалну употребу или увоз у те сврхе заштићене топографије, или полупроводничког производа који садржи заштићену топографију, или производа који у себи садржи такав полупроводнички производ, суд ће то лице обавезати да носиоцу права плати накнаду која не може бити мања од накнаде коју би носилац права добио за слободно уговорену лиценцу за ту топографију. Дакле, и у случају коришћења заштићене топографије намерно или крајњом непажњом, лице које чини повреду права неће платити више него што би платило да је топографију користило на основу уговора о лиценци. Овакво решење је очигледно повољно за потенцијалне повредиоце права на заштићену топографију, јер у сваком случају они не могу бити обавезани да плате више него што би платили да су коришћење заштићене топографије користили на легалан начин, тј. на основу уговора о лиценци. На овај начин се неовлашћени корисници директно подстичу да не закључују уговор о лиценци за коришћење топографије, јер ће ризиковати да топографију користе без закључења уговора, а ако буду „ухваћени“ неће платити више него што би платили да су закључили уговор о лиценци.

Додатну компликацију представља став 7. члана 32. ЗОЗТИК, у коме се каже „на грађанскоправну заштиту топографије сходно се примењују одредбе о грађанскоправној заштити закона којим се уређује заштита проналазака“, а ова правила су у случају намерног коришћења заштићеног проналазак сасвим различита у односу на решења из ЗОЗТИК.

Специфично решење садржи члан 71, став 2. Закона о заштити ознака географског порекла (даље: ЗООГП)<sup>13</sup> према коме, „ако је повреда регистрованог имена порекла, односно географске ознаке учињена намерно, тужилац може да захтева накнаду до троструког износа стварне штете и измакле добити“.

Ово шаренило у погледу права оштећеног на накнаду штете када је повреда права интелектуалне својине учињена намерно или крајњом непа-

12 Закон о заштити топографија интегрисаних кола, *Службени гласник РС*, бр. 55/13.

13 Закон о заштити ознака географског порекла, *Службени гласник РС*, бр. 18/10.

жњом свакако није добро решење. То се нарочито односи на решење из члана 71, став 2. ЗООГП, према коме се у случају намерне повреде регистровеног имена порекла или географске ознаке тужени може обавезати на накнаду штете до троструког износа стварне штете и измакле добити. Овакво решење садржали су скоро сви наши ранији прописи из области права интелектуалне својине, које је као неодрживо било предмет бројних критика,<sup>14</sup> јер је излазило изван оквира грађанског права према коме накнада штете треба да има компензациони, а не казнени карактер.<sup>15</sup>

Иако на први поглед изгледа да у случају тужбеног захтева за накнаду материјалне штете, судови имају прилично јасна решења у законима који уређују поједина права интелектуалне својине то ипак није случај. Кључни проблем је у начину обрачуна износа штете који се мора досудити. Теорија и пракса су обликовале три методе за обрачун и то: 1. диференцијалну методу, 2. методу противправне добити штетника и 3. методу аналогije са накнадом за пренос, односно уступање права интелектуалне својине.<sup>16</sup>

Диференцијална метода је метода којом се упоређује стање у којем би се имовина тужиоца налазила да није било повреде права, са стањем у којем се његова имовина налази после повреде права. Према овој методи висину штете представља разлика утврђена у имовини тужиоца, односно губитак који је претрпео. Надокнада штете по овој методи је најприближнија појму и функцији накнаде штете. Међутим, мана ове методе је у томе што се она не може применити када тужилац привредно не искористишћава заштићено интелектуално добро. Такође, у процесном смислу, тужилац би коришћењем ове методе имао врло тежак задатак да докаже добит коју би остварио да се повреда није десила.<sup>17</sup>

Према методи противправне добити висина штете једнака је висини добити коју је штетник остварио неовлашћеним коришћењем туђег интелектуалног добра. Основни недостатак ове методе је у чињеници да се целокупан добитак који је тужени остварио повредом права интелектуалне својине не може квалификовати као штета тужиоца. Наиме, добит коју

---

14 Слободан Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, 332; Сања Радвановић, „Трострука накнада у нашем праву интелектуалне својине“, *Правни живот*, бр. 11/2003, 335; Павле Тијанић, „Грађанскоправна заштита права према закону о патентима“, *Правни живот*, бр. 5-6/2005, 336.

15 Душан Николић, *Грађанскоправна санкција – генеза, еволуција и савремени појам*, Нови Сад, 1995, 144.

16 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 249.

17 С. Марковић, Д. Поповић, 250.

је тужени остварио неовлашћеним коришћењем неког права интелектуалне својине може бити резултат разних околности, тако да оштећени може рачунати само на један део те добити, који је у непосредној узрочној вези са повредом права, а никако целокупна добит. Но, суштински проблем је како утврдити узрочну везу између штетникове добити и повреде права.<sup>18</sup>

Према схватању немачког савезног суда (BGH) приликом обрачуна накнаде штете по методи противправне добити штетника, узима се у обзир само онај део добити који се може приписати коришћењу туђег заштићеног проналаска или другог интелектуалног добра. При одређивању тог дела добити, суд мора установити да ли се и у којој мери добит може приписати техничким особинама производа које поседује захваљујући проналаску и свим другим факторима који су утицали на одлуку потрошача да купи производ. То могу бити дизајн производа, очекивани квалитет производа с обзиром на репутацију произвођача или нижа цена.<sup>19</sup>

Према методи аналогije са накнадом за уступање - пренос права, висина накнаде штете се обрачунава тако што се узима износ који би тужени платио тужиоцу да је искоришћавао предмет заштите на основу уговора о уступању, односно преносу одређених имовинскоправних овлашћења, а не противправно. Предност ове методе је у њеној јасноћи, неспорној заснованости на реалним односима и нешпекулативности.<sup>20</sup> Главни недостатак ове методе је што она изједначава легалне кориснике предмета заштите интелектуалне својине и повредиоце права, тј. оне који то чине на нелегалан начин. Наиме, ако повредилац зна да ће у случају да буде тужен због нелегалног коришћења предмета заштите права интелектуалне својине, платити онолико колико би платио да је коришћење било легално (на основу уговора), онда повреда права за њега не представља никакав ризик. Штавише, он је стимулисан да покуша са повредом права, а ако буде „откривен“ зна да не може платити више него што би платио да је закључио уговор о стицању овлашћења на коришћење предмета заштите.

Сагледавањем предности и мана све три наведене методе, долази се до закључка да је метода аналогije са накнадом за пренос, односно уступање права најреалнија и најлакше применљива. Приговор да се применом ове методе нелегални и легални корисник интелектуалног добра изједначавају у пракси се отклања тако што се износ накнаде који би био

18 Сениша Варга, *Право индустријске својине*, 4. издање, Крагујевац, 2014, 173.

19 Пресуда Савезног врховног суда BGH, *Flaschentrager*, I ZR 51/11, 24.07.2012. JIPLP GRUR Int. 2013.

20 С. Марковић, Д. Поповић, 251.

плаћен да је закључен уговор узима само као полазна основица за обрачун износа штете која мора бити надокнађена. Овој основици мора се додати износ који компензује разлику која постоји између економског положаја у којем би тужилац био да је тај износ уредно примио као уговорену накнаду за уступање, односно пренос права, и економског положаја у којем се он стварно налази када тај износ прима као накнаду штете за своје повређено право.<sup>21</sup>

Сматрајући је као најприхватљивијом методом, већина законодавстава укључујући и законе о заштити права интелектуалне својине Србије, углавном као полазну основицу за одмеравања висине накнаде штете због повреде права интелектуалне својине узимају методу аналогije са накнадом за уступање, односно пренос права, уз одређене модификације у смислу права тужиоца да од суда захтева да му се уместо накнаде штете досуди виши износ у односу на онај који би платио да је закључен уговор о стицању права на искоришћавање предмета права интелектуалне својине, нарочито када је повреда права вршена намерно или из крајње непажње.

Наши закони из области интелектуалне својине углавном прописују да у случају повреде права интелектуалне својине намерно или из крајње непажње, тужилац уместо накнаде штете може од суда захтевати да туженог обавезе на накнаду троструког износа накнаде који би платио да је било легалног коришћења. Изузетак је актуелни ЗООГП, који задржава решење из ранијег закона према коме се у случају намерне или грубе повреде регистрованог имена порекла или географске ознаке тужени може обавезати на накнаду штете до троструког износа стварне штете и измакле добити. Као што смо истакли ово је једно доста проблематично решење и то из два разлога.

Прво, није јасно зашто је ово решење задржано једино у ЗООГП, када је напуштено у осталим законима из области интелектуалне својине. Поставља се питање у чему је право овлашћеног корисника регистроване ознаке географског порекла вредније од осталих права интелектуалне својине, па да се тужиоцу на његов захтев може досудити троструки износ стварне штете и измакле добити. Друго, можда и још нелогичније питање је како утврдити износ стварне штете и измакле добити ако се зна да право овлашћеног корисника регистроване ознаке географског порекла није у промету, па се не може ни знати колика би била накнада за уступљено право на легално коришћење.

---

21 С. Марковић, Д. Поповић, 250.



Закључно се може констатовати да иако на први поглед изгледа да када је реч о накнади материјалне штете због повреде права интелектуалне својине нема проблема и нејасноћа, очигледно да ствари не стоје тако. Различита законска решења по овом питању у појединим законима очигледно ће стварати тешкоће судовима при одмеравању висине накнаде материјалне штете, нарочито када је иста причињена намерно или крајњом непажњом. Зато се чини да би ово питање требало уредити на јединствен начин, односно прописати иста правила за накнаду материјалне штете у случају повреде права интелектуалне својине.

### III Накнада нематеријалне штете

За разлику од права на накнаду материјалне штете због повреде права интелектуалне својине, које у правној теорији није спорно, када је реч о праву на накнаду нематеријалне штете, ствари стоје нешто другачије. Наиме, питање накнаде нематеријалне штете и њене висине у грађанском праву уопште, одражава се и у материји права интелектуалне својине. Нематеријална штета се дефинише као повреда неког неимовинског, личног добра или штета која се огледа у губитку или оштећењу неког личног добра.<sup>22</sup> По правилу, нематеријална штета подразумева психичко узнемиравање човека у виду физичког или душевног бола, страха, осећаја неугодности, стида. Међутим, и штета на материјалним добрима такође погађа лица којима та добра припадају. Другим речима, предузимањем одређених радњи које погађају одређено добро, погађа се и само лице коме то добро припада. У правној литератури и у судској пракси је неспорно да право на новчану накнаду на име нематеријалне штете припада оним субјектима права интелектуалне својине који су физичка лица. Према прописима који уређују правну заштиту интелектуалне својине аутор и интерпретатор, као физичка лица и као изворни носиоци права интелектуалне својине, поред имовинскоправних имају и личноправна овлашћења, па у случају повреде личноправних овлашћења имају право на накнаду нематеријалне штете због повреде истих. Њихови наследници, као и удружења и културне институције које су иначе овлашћене да подносе тужбе због повреде личноправних овлашћења, немају право на постављање тужбеног захтева за накнаду нематеријалне штете. Међутим, ако је правоснажном пресудом за живота аутора или интерпретатора утврђено право на новчану накнаду нематеријалне штете, наследници

22 Зоран Петровић, Наташа Мрвић-Петровић, *Накнада нематеријалне штете*, Београд, 2012, 16.

имају право да од туженог захтевају исплату тог износа. Такође, стваралац проналаска, аутор дизајна, аутор топографије интегрисаног кола и стваралац нове биљне сорте, као физичка лица која такође имају лично-правна овлашћења да њихово име буде наведено у пријави за признавање права и другим исправама и списима, имају право на накнаду нематеријалне штете у случају повреде овог личноправног овлашћења. Остали носиоци права интелектуалне својине који су физичка лица, имају право на накнаду нематеријалне штете ако суд утврди да су испуњени општи услови за то, који су предвиђени одредбама ЗОО. Сматра се да ће ови услови ретко бити испуњени, јер је неопходно да је повреда права праћена специфичним околностима на основу којих би се могло говорити о повреди права личности. Остали носиоци права интелектуалне својине, који су правна лица, немају право на накнаду нематеријалне штете, јер по ЗОО, нематеријалну штету могу претрпети само физичка лица.<sup>23</sup>

Присталице схватања да правна лица која су носиоци права интелектуалне својине немају право на новчану накнаду нематеријалне штете, сматрају да она то право немају, јер не могу претрпети нематеријалну штету, будући да и не трпе физичке болове, душевне болове, умањење животне активности и слично, што иначе трпе физичка лица. У теорији међутим, има мишљења да се неновчана накнада може захтевати и у случају када не постоји душевни бол због повреде права личности.<sup>24</sup> У судској пракси су заузимани супротни ставови у смислу да је и правним лицима преизавано право на новчану накнаду на име нематеријалне штете, али и да им то право не припада. Тако је у једном спору пред привредним судом постављен тужбени захтев за новчану накнаду на име нематеријалне штете због повреде пословног угледа правног лица повредом жига. Првостепени суд усвојио је тужбени захтев тужиоца и обавезао туженог да престане са повредом жига тужиоца и да му на име накнаде нематеријалне штете исплати одређени новчани износ. Виши привредни суд је одбио жалбу туженог и потврдио пресуду првостепеног суда. Врховни суд Србије је уважио разлоге за ревизију и укинуо пресуде привредних судова у делу тужбеног захтева који се односи на новчану накнаду на име нематеријалне штете.

---

23 С. Марковић, Д. Поповић, 250.

24 Александар Радованов, 316; Милован Дедијер, „Неновчана и новчана накнада нематеријалне - штете“, *Правни живот*, бр. 9-10/92, 1478; Братислав Новаковић, „Накнада нематеријалне штете и недозвољено економско искоришћавање патента“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1997, 699.

„Ревизијски суд не може да прихвати становиште привредних судова да се за повреду пословног угледа (као вид неимовинске штете) правном лицу може досудити новчана накнада у смислу члана 200. ЗОО. Наиме, накнаду за нематеријалну штету је могуће признати само за ону нематеријалну штету коју као такву признаје закон, а не за било коју нематеријалну штету. Под нематеријалном штетом у смислу ЗОО подразумевају се физички бол, психички бол и страх и иста штета се везује (по природи ствари) за физичко лице. Нематеријалне штете су у закону таксативно набројане: претрпљени и будући душевни болови због умањења животне активности, због наружености, због повреде угледа и части, због повреде слободе, због повреде права личности, због смрти блиског лица, због нарочито тешког инвалидитета блиског лица и због кривичног дела против полног интегритета, достојанства личности и морала, као и претрпљени и будући душевни болови због повреде угледа и части (чл. 200, став 1; чл. 202. и чл. 203. ЗОО). Повреда доброг пословног угледа тужиоца сама по себи не може довести до новчане накнаде на име нематеријалне штете, зато што се последице те повреде не манифестују у једном од правно признатих видова нематеријалне штете.“<sup>25</sup>

Из даљег образложења решења Врховног суда Србије закључује се да суд стоји на становишту да се повредом пословне репутације правног лица као носиоца жига може нанети само материјална штета у виду нарушеног угледа који се може повратити објављивањем пресуде у средствима јавног информисања о трошку туженог.

И у другим сличним ситуацијама судска пракса стајала је на становишту да се правном лицу не може досудити новчана накнада на име нематеријалне штете због повреде пословног угледа. Тако се у једној пресуди каже: „према одредбама члана 200, став 1. ЗОО, под нематеријалном штетом подразумева се накнада за претрпљене физичке болове, психичке болове и страх и таква штета везује се за физичко лице. Тужилац потражује накнаду моралне, нематеријалне штете због повреде пословног угледа – репутације. Пошто је накнаду за нематеријалну штету могуће признати само за ону нематеријалну штету коју као такву познаје закон, и како се накнада тражене нематеријалне штете постиже одговарајућим средствима грађанскоправне заштите, као што је објављивање пресуде о трошку туженог, то је првостепена пресуда преиначена у делу у коме је ту-

---

25 Решење Врховног суда Србије, Прев. 122/97 од 26. марта 1997. године.

жиоцу досуђена накнада за моралну односно нематеријалну штету, па је такав захтев одбијен“.<sup>26</sup>

Наведене пресуде Врховног и Вишег привредног суда дакле стоје на становишту да правно лице, носилац права на жиг као нематеријалног добра не може остваривати право на накнаду нематеријалне штете. При томе се из наведених образложења закључује да суд такав став заснива на уском тумачењу одредбе члана 200, став 1. ЗОО, према којој се част и углед може нарушити само физичком лицу.

Међутим, у судској пракси постоје и супротна схватања, према којима, у случају повреде субјективног права интелектуалне својине, оштећеном правном лицу, поред права на накнаду материјалне штете припада и право на новчану накнаду нематеријалне штете, јер повреда жига, на пример, представља радњу којом се његовом носиоцу наноси нематеријална штета.<sup>27</sup> Исти став суд је заузео у и случају повреде патента.<sup>28</sup> Првостепени суд је досудио накнаду нематеријалне штете која се огледа у психичком болу који је тужилац претрпео услед неовлашћеног економског искоришћавања патентом заштићеног проналаска, нарочито узимајући у обзир дужину трајања повреде и судског поступка.<sup>29</sup> Другостепени суд је установио да повреда заштићеног проналаска представља „право личности да иступа као проналазач на тржишту, па угрожавање тог права несумњиво код човека ствара осећај осујећености, због чега трпи душевне болове“.<sup>30</sup> Ревизијски суд је заузео став да је носилац патента претрпео нематеријалну штету због повреде угледа.<sup>31</sup>

Према становишту судске праксе која заступа такво схватање новчана накнада на име нематеријалне штете представља сатисфакцију због нарушеног пословног угледа привредног субјекта. У неколико случајева где је предмет спора била повреда жига као права интелектуалне својине, судови су усвојили захтев за накнаду нематеријалне штете. Привредни

26 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, П. 1885/98 од 21. октобра 1998. године.

27 Пресуда Округног привредног суда у Београду, П. бр. 30570/87.

28 Округни суд у Београду делимично је усвојио тужбени захтев тужиоца и досудио му накнаду материјалне и нематеријалне штете због неовлашћеног искоришћавања патента. Врховни суд потврдио је пресуду нижестепеног суда да би по ревизији био умањен износ накнаде нематеријалне штете. Пресуда П. бр. 17334/98. Цитирано према Весна Бесаровић, *Интелектуална својина (Индустријска својина и ауторско право)*, Београд, 2000, 209.

29 Пресуда Округног суда у Београду, П-2848/96 од 21.09.1997.

30 Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 100/97 од 16.06.1998.

31 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. И. 7334/98 од 15.08.1999.

суд, у првостепеном поступку, и Виши привредни суд, у поступку по жалби туженог, стали су на становиште да је тужени дужан да тужиоцу надокнади, на име нематеријалне штете, одређени износ због повреде заштићених робних ознака (жигова). Врховни суд Србије одбио је захтев туженог за ревизију као неоснован и потврдио пресуду Вишег привредног суда уз следеће образложење:

„Према чињеничном стању утврђеном у поступку, правоснажном пресудом привредног суда, утврђено је да је тужени извршио повреду четири заштићена робна жига тужиоца. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања привредни суд је усвојио тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете у девизном износу у динарској противвредности на дан исплате“. У овом случају се правилно пошло од одредбе члана 117. Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, према коме лице које повреди право из пријављеног или заштићеног проналазка, модела, узорка или жига, или неовлашћено користи заштићену ознаку порекла производа, одговара за штету по општим правилима о накнади штете.<sup>32</sup> С тим у вези испуњени су услови за накнаду штете из члана 154. и 155. Закона о облигационим односима, јер је правоснажном пресудом утврђено да је тужени извршио повреду заштићених жигова тужиоца.

Неосновано се ревизијом туженог истиче да у овом случају евентуално може бити речи само о накнади материјалне, а не и нематеријалне штете. Тужилац би имао право и на накнаду нематеријалне штете, уколико би доказао да је овакву штету претрпео, јер, по самој природи ствари, нематеријална штета такође није искључена. Она представља сатисфакцију тужиоцу због повреде коју је претрпео. За утврђивање висине штете нижи судови су правилно пошли од одредбе члана 200. Закона о облигационим односима.<sup>33</sup>

Одговорност за повреду права индустријске својине по основу проузроковане штете, независна је од одговорности за дело нелојалне конкуренције.<sup>34</sup> Према члану 22. Закона о трговини<sup>35</sup> „нелојална конкуренција је радња трговца која је противна добрим пословним обичајима и пословном моралу и којом се наноси, или се може нанети, штета другом трговцу,

32 Потпуно исту одредбу садрже и важећи законски прописи из области индустријске својине.

33 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 47/95 од 12.7.1995. године.

34 То изричито предвиђају Закон о жиговима (члан 49, став 2), Закон о заштити индустријског дизајна (члан 44, став 2) и Закон о заштити ознака географског порекла (члан 49, став 2).

35 *Службени гласник РС*, бр. 53/10, 10/13.

правном лицу или купцу, односно потрошачу“. Према томе, и у случају предузимања радње која представља дело нелојалне конкуренције као што је неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг, услужни жиг, знак квалитета, знак порекла и др.) оштећено лице има право на накнаду штете. У судској пракси, такође постоји став да и у случају тужбе за накнаду штете због дела нелојалне конкуренције тужиоцу поред права на накнаду материјалне штете, припада и право на новчану накнаду нематеријалне штете.

У конкретном случају тужени је неовлашћено користио заштићени знак (жиг) тужиоца. Првостепени суд је усвојио тужбени захтев тужиоца и обавезао туженог на накнаду нематеријалне штете. Виши привредни суд је одбио жалбу туженог и потврдио првостепену пресуду уз следеће образложење:

„Правилно је првостепени суд нашао да је тужени починио дело нелојалне конкуренције у смислу члана 23, тачка 7. Закона о трговини, по коме неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг услужни жиг, знак квалитета и др.) или употреба ознака које нису законом заштићене, којом се ствара, или се може створити заблуда у промету робе на тржишту, представља дело нелојалне конкуренције. Жалба туженог се не може прихватити као основана. Правилно је првостепени суд обавезао туженог на плаћање нематеријалне штете, јер је она досуђена по оцени суда и има симболичан карактер и примерена је у потпуности локалним приликама и стању на нашем тржишту.“<sup>36</sup>

Због различитих тумачења судске праксе, Врховни суд Србије је 2001. године заузео јединствен став да „правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.“<sup>37</sup>

Нематеријална (неимовинска) штета у Нацрту Грађанског законика Србије (чл. 296, став 2.) одређује се као повреда права личности и нашошење другом физичког или душевног бола. У права личности, између осталог, спадају част и углед, а правно лице ужива правну заштиту свих права личности, осим оних која произилазе из природних особина човека као физичког лица. Наведеним предлогом уводи се објективни критеријум за одређивање појма нематеријалне штете. Уколико се сама повре-

36 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, П. 4060/97 од 10. јула 1997. године.

37 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године.

да права личности сматра штетом, а не њене последице у виду психичких и физичких болова, онда је тиме отворен пут да се правном лицу призна нематеријална штета.<sup>38</sup>

У упоредном праву, постоје различита схватања о накнади нематеријалне штете. Накнада нематеријалне штете у Белгији везана је за повреду репутације, односно угледа. С обзиром да је тешко одредити износ претрпљене штете, по правилу се досуђује паушални износ накнаде.<sup>39</sup> Правно лице може добити новчану накнаду нематеријалне штете у француском и швајцарском праву, енглеско право предвиђа цивилни деликт клевете којим се штити углед правног лица, а у англоамеричком праву исти учинак има казнена одштета.<sup>40</sup>

Право на новчану накнаду нематеријалне штете у Немачкој, осим аутора и интерпретатора имају писци научних дела и фотографи. Међутим, у Грчкој је могућа накнада нематеријалне штете због повреде свих права интелектуалне својине, а што се тиче жига, то је често и једини облик обештећења који се може добити.<sup>41</sup> Француско и Швајцарско право познају цивилни деликт којим се штити углед правног лица. Руски грађански законик предвиђа да правна лица имају иста права у случају повреде пословног угледа као и физичка лица, што значи да између осталог, имају право на накнаду моралне штете.<sup>42</sup>

Питање накнаде нематеријалне штете у ЕУ углавном је препуштено националном законодавству. Директива о спровођењу права интелектуалне својине наводи нематеријалну или моралну штету као врсте штета које суд узима у обзир приликом накнаде штете. Поред критеријума економске природе, као што су изгубљена добит оштећеног и непоштено стечена добит повредиоца права, у одговарајућим случајевима узима се у обзир и нематеријална штета коју трпи титулар права услед повреде његовог субјективног права интелектуалне својине. Смисао је да се омогући потпуна накнада штете коју је носилац права претрпео.

38 Бранко Мораит, „О неким принципијелним питањима нематеријалне штете“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бања Луци*, бр. 31-3/2010, 76.

39 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, 23, 24.

40 Дијана Драговић, „Накнада нематеријалне штете правном лицу због повреде пословног угледа“, у: *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања* (уредник Здравко Петровић), Београд.

41 Свјетлана Ивановић, *Судска заштита субјективних права интелектуалне својине*, докторска дисертација, Крагујевац, 2016, 179.

42 Д. Драговић, 129-130.

Европски суд правде је имао прилику да се изјасни о тумачењу одредбе Директиве о накнади нематеријалне штете, па је у неколико случајева досудио нематеријалну штету правним лицима.<sup>43</sup>

#### IV Неоправданост различитог поступања судова у сличним ситуацијама

У погледу признавања новчане накнаде на име нематеријалне штете уопште, наша судска пракса изјашњавала се доста несигурно.<sup>44</sup> У послератном периоду, по угледу на рускосовјетски кодекс није се уопште признавала. Касније су судови почели признавати накнаду нематеријалне штете физичким лицима због претрпљених физичких болова, затим душевних болова, а постепено се признају и други облици нематеријалне штете.<sup>45</sup> При томе се, приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, ценила кривица починиоца штете.<sup>46</sup> Од 1968. године, након усвајања правног закључка са саветовања судија - представника грађанских одељења републичких судова и судија Грађанског одељења врховног суда Југославије,<sup>47</sup> накнада неимовинске штете досуђивана је независно од основа одговорности починиоца штете. Доношењем Закона о облигационим односима питање накнаде нематеријалне штете када су у питању физичка лица дефинитивно је и законски јасно уређено.

Проблем је, међутим, и за судску праксу и за правну теорију одредба члана 200, став 1. ЗОО, према којој се накнада нематеријалне штете поред осталог може досудити и за повреду угледа. Управо та реч је камен спотицања и узрок различитих ставова судске праксе и правне теорије по овом питању када се ради о тужбеним захтевима за накнаду нематеријалне штете правних лица. Наиме, правна теорија и судска пракса која се изјашњава против права правних лица на накнаду нематеријалне штете (па и када је реч о повреди права интелектуалне својине као нематеријалних добара), сматра да штету због повреде угледа може трпети само физичко лице.<sup>48</sup> Напротив, правна теорија и судска пракса која стоји на станови-

43 С. Ивановић, 189.

44 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1978, 232-233.

45 Михајло Вуковић, *Одговорност за штете*, Загреб, 1971, 100.

46 Ј. Радишић, 233.

47 Саветовање одржано 18-19. јуна 1968. године у Београду, Збирка судских одлука, књига 14, свеска 3, 108.

48 Б. Благојевић, В. Круљ, 534. Исто схватање заступа Слободан Марковић, *Расправа на секцији Интелектуална својина*, одржана на Копаонику у оквиру Копаоничке школе природног права 13-17. децембра 2001.



шту да и правна лица могу претрпети нематеријалну штету због повреде угледа, полази од чињенице да је повреда угледа могућа и код правних лица. При томе се сматра да новчана накнада нематеријалне штете и не представља накнаду у правом смислу речи, јер се њоме не успоставља онакво стање какво је постојало пре проузроковања штете. Она је по својој природи сатисфакција која се оштећеном признаје за повреду његових нематеријалних добара - части и достојанства, свеједно да ли се ради о физичком или правном лицу.<sup>49</sup>

## V Закључак

Повредом права интелектуалне својине, оштећени – носилац права интелектуалне својине трпи штету. Штета може бити материјална и нематеријална. Материјална штета због повреде права интелектуалне својине састоји се у губитку накнаде коју носилац права не добија на име лицендне накнаде, односно ауторског хонорара. Нематеријална штета огледа се у повреди личноправних овлашћења, и нарушавању пословног угледа. Питање накнаде штете због повреде права интелектуалне својине у правној теорији и судској пракси изазива доста недоумица. Проблем се јавља не само када је реч о накнади нематеријалне, већ и када је реч о накнади материјалне штете. Када је реч о накнади нематеријалне штете, као спорно поставља се питање имају ли правна лица као носиоци права интелектуалне својине право на накнаду нематеријалне штете. О овом питању и у стручној литератури и у судској пракси постоје различита схватања. Када је реч о накнади материјалне штете као проблематично поставља се питање одмеравања висине накнаде штете, будући да је предмет повреде неовлашћено коришћење правно заштићеног интелектуалног добра. Неуједначеној судској пракси доприносе различита законска решења којима су уређена поједина права интелектуалне својине. Усвојене методе као полазна основа за одмеравање висине накнаде материјалне штете нису најправедније решење и требало би их усавршити. Што се тиче права правних лица на накнаду нематеријалне штете, нема разлога да се у одређеним случајевима и овим лицима не призна право на накнаду нематеријалне штете, јер је очигледно да им неовлашћеним коришћењем

---

49 С. Перовић, Д. Стојановић, 598; О. Станковић, 34; Марија Тороман, *Одмеравање накнаде штете у грађанском праву*, Београд, 1969, 54; Миленко Манигодић, *Расправа на секцији Интелектуалне својине у оквиру Копаоничке школе природног права одржане на Копаонику* 13-17. децембра 2001.

њиховог права интелектуалне својине може бити нанета нематеријална штете у виду повреде угледа.

Различити ставови судске праксе о праву правних лица на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде права интелектуалне својине, свакако су непожељна појава. Томе свакако доприносе непрецизности законских решења из ЗОО, али и важећи прописи из области интелектуалне својине, који у том погледу нису прецизни и уједначени.

Непрецизност законских решења доприноси да буду разноврсни и ставови правне теорије по овом питању. На њих се у доброј мери ослања и судска пракса. Ипак, чињеница да правно лице чије је право интелектуалне својине неовлашћено коришћено таквом радњом штетника трпи не само материјалну штету која се манифестује у губитку прихода, већ и нематеријалну која се састоји у нарушеном пословном угледу, наводи нас да се приклонимо оном делу судске праксе и правне теорије која стоји на становишту да и правном лицу треба признати право на новчану накнаду нематеријалне штете због нарушеног пословног угледа. Није спорно да и правна лица имају пословни углед на тржишту и да се нарушени углед делимично може повратити објављивањем пресуде о трошку туженог у средствима информисања, што као посебан тужбени захтев предвиђају сви прописи из области интелектуалне својине. Међутим, та мера сигурно неће много погодити лице одговорно за штету, што није случај ако му се изрекне и наплати новчана накнада.

У том смислу још пре неколико година потекао је и предлог са Копаоничке школе природног права да при предстојећим изменама и допунама Закона о облигационим односима (односно усвајања Грађанског законика) треба уградити јасан став који ће дати правни основ да и правна лица могу претрпети нематеријалну штету, па зато имати и право на новчану накнаду нематеријалне штете.<sup>50</sup> Овом предлогу треба додати и јасно прописивање такве могућности у будућим изменама законских прописа из области интелектуалне својине, који су у много чему *lex specialis* у односу на ЗОО.

---

50 Поруке са XV сусрета Копаоничке школе природног права одржаног на Копаонику од 13-17. децембра 2002. године, *Правни живот*, бр. 1-2/2003, 105.

**Zoran MILADINOVIĆ, PhD**

**Professor at the University of Kragujevac, Faculty of Law**

**THE COMPENSATION OF DAMAGES INCURRED  
BY THE INFRINGEMENT OF THE INTELLECTUAL PROPERTY  
RIGHTS IN LEGAL THEORY AND IN COURT PRACTICE**

***Summary***

*In case of the infringement of intellectual property rights, the damaged party, the holder of the intellectual property rights, is entitled to damage compensation. The infringement of intellectual property rights can cause to the rightholder material, and in some cases, non-material damage. The question of damage compensation for intellectual property infringement raises some dilemma in legal theory, as well as in court practice. The problem has appeared in awarding both material and non-material damage compensation. As for the material damage compensation, the issue is how to estimate the amount of damages since the object of the infringement is of non-material nature – intellectual property. Already adopted methods can be used as a starting point for calculating the amount of damages, but they need to be further improved. As for the non-material damage compensation, the question has been raised whether a legal entity which is the holder of intellectual property rights is entitled to non-material damage compensation. This issue has been differently dealt with in professional literature, as well as in court practice. This inconsistent court practice (accepting or rejecting the lawsuits related to non-material damage compensation to legal entities) is, among other things, the result of different legal solutions that regulate certain intellectual property rights. Our opinion is that there is no reason why, in certain cases, legal entities should not be compensated for non-material damage since it is obvious that the infringement of their intellectual property rights can lead to non-material damage, such as the damage of their business reputation.*

**Key words:** *intellectual property, infringement of rights, material damage, non-material damage, legal theory, court practice.*

Др Душан В. ПОПОВИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ПОСЕБНА НАКНАДА У АУТОРСКОМ ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И СРБИЈЕ: ОСВРТ НА ПРАВА ИЗДАВАЧА\*

### Резиме

*У раду се анализира начин остваривања овлашћења на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите у ауторском праву Европске уније и Србије. Посебна пажња посвећена је анализи пресуде Суда правде Европске уније донете у предмету Reprobel, којом се истиче одсуство јасног правног основа за учешће издавача у расподели износа прикупљеног на име посебне накнаде. Како поменута пресуда не би угрозила традиционални начин остваривања овлашћења на посебну накнаду, који подразумева поделу прикупљеног износа између аутора и издавача, Европска комисија је у оквиру актуелне реформе ауторског права ЕУ понудила трајно решење овог проблема. У закључном делу рада, аутор анализира ауторскоправне прописе Србије и указује на два спорна питања у вези са колективним остваривањем овлашћења на посебну накнаду у нашој земљи. Најпре, аутор истиче потребу за уређивањем питања повраћаја посебне накнаде оним субјектима за које не постоји основ наплате. Потом, аутор указује на недоследност домаћег законодавца приликом уређивања положаја издавача при убирању и расподели посебне накнаде.*

**Кључне речи:** *посебна накнада, ауторско право, издавачи, ограничења права, колективно остваривање ауторског права и сродних права.*

### І Уводне напомене

Последњих година, остваривање овлашћења на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите предмет је преиспитивања у правној теорији и пракси. У већини европских држава, па и у Ре-

публици Србији, прописано је ово овлашћење које чини садржину субјективног ауторског права и неких сродних права. Начин остваривања овог овлашћења, као и начин утврђивања износа тзв. посебне накнаде коју плаћају обвезници нису хармонизовани, а поједина спорна питања решавају национални судови и судови Европске уније. Након што представимо најважније карактеристике колективног остваривања овлашћења на накнаду од производње, односно промета средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите, анализираћемо пресуду Суда правде Европске уније донету у предмету *Reprobel*.<sup>1</sup> Овом пресудом утврђено је да издавачи не могу учествовати у расподели износа прикупљених на основу наплате посебне накнаде, што је супротно традиционалном систему наплате и расподеле ове накнаде у већини европских држава. Пресуда је дочекана са великом пажњом у европским ауторскоправним круговима и наишла је на оштре критике издавача и њихових удружења. Пресудом је, очигледно, незадовољна и Европска комисија, која је својим Предлогом директиве о ауторском праву на јединственем дигиталном тржишту покушала да отклони штетне последице које поменута пресуда може имати по издавачку делатност у Европској унији. У закључку рада анализираћемо релевантне домаће прописе у вези са остваривањем овлашћења на тзв. посебну накнаду, нарочито у светлу пресуде Суда правде ЕУ донете у предмету *Reprobel*. Несумњиво, пред домаћим законодавцем стоје два задатка. Најпре, потребно је уредити питање повраћаја посебне накнаде оним субјектима за које не постоји основ наплате. Потом, потребно је решити проблем одсуства јасног правног основа за учешће издавача у расподели износа прикупљеног на име посебне накнаде.

## **II Опште карактеристике колективног остваривања овлашћења на накнаду од производње, односно промета средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите**

Субјективно ауторско право чине искључива и неискључива овлашћења. Искључива овлашћења су типична за ауторско право, па се због тога она често означавају као овлашћења која чине садржину субјектив-

---

\* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

1 Суд правде ЕУ, *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL, Epson Europe BV intervening (Reprobel)*, предмет бр. C-572/13, 12. новембар 2015. године.

ног ауторског права у ужем смислу. Насупрот томе, неискључива овлашћења чине садржину субјективног ауторског права у ширем смислу. Ова овлашћења настала су у новије доба, а по својој правној природи представљају законске облигације које титулар ауторског права има према одређеним лицима. Међу овим тзв. осталим овлашћењима има оних која су имовинскоправне, личноправне и мешовите природе. У већини националних правних система европских држава, па и у српском праву, законодавац је прописао следећа овлашћења која чине садржину субјективног ауторског права у ширем смислу: 1) овлашћење на приступ примеру дела; 2) овлашћење на забрану излагања оригиналног примерка дела ликовне уметности; 3) право слеђења; 4) овлашћење на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела.

Овлашћење на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела (овлашћење на тзв. посебну накнаду)<sup>2</sup> уведено је због чињенице да је, услед технолошког развоја, могућност брзог и квалитетног умножавања примерака ауторских дела постала доступна огромном броју људи. Преласком са аналогне на дигиталну технологију умножавања готово да више нема разлике у квалитету између „оригиналног“ и умноженог примерка дела. Овакав развој технологије довео је до губитака аутора у приходима од продаје примерака њихових дела, због чега су законодавци почев од осамдесетих година прошлог века почели да прописују ново неискључиво овлашћење на тзв. посебну накнаду. Домаћи законодавац прописао је ово овлашћење усклађујући се са чл. 5, ст. 2 Директиве бр. 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информационом друштву (надаље, Директива ЕУ о информационом друштву).<sup>3</sup> Међутим, прописивање овог овлашћења није обавеза држава чланица Европске уније, па ни обавеза држава кандидата за чланство. Наиме, Директивом ЕУ се државама чланицама допушта да дозволе умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите на било који медијум, за приватне потребе или другу сврху која није комерцијална, али уз обавезу да за такво умножавање титуларима ауторског, односно сродних права обезбде правичну накнаду. Уколико национални законодавац пропише ово ограничење субјективног ауторског права и сродних права, дужан је да

2 Усклађујући се са Директивом ЕУ о информационом друштву, домаћи законодавац је енглески термин *fair compensation* превео као „посебну накнаду“ и као „правичну накнаду“.

3 *Сл. лист ЕЗ*, бр. L 167, 22. јуни 2001. године.

титуларима права обезбеди накнаду за такав вид коришћења предмета заштите.

У већини ауторскоправних законодавстава, па и у нашем, прописано је ограничење субјективног ауторског права у случају умножавања примерака туђег ауторског дела за личне, некомерцијалне потребе. Овлашћење на посебну накнаду је, заправо, начин да се аутору компензују губици које има од таквог законитог умножавања његовог дела. Обавезу плаћања посебне накнаде немају лица која непосредно умножавају примерке ауторских дела, иако би то на први поглед било логично. Међутим, због очигледних проблема који би постојали приликом убирања накнаде на овај начин, законодавац се определио да као обвезнике накнаде одреди произвођаче уређаја подобних за умножавање дела, односно лица која стављају у промет такве уређаје и опрему. У нашој земљи, конкретно, за плаћање накнаде солидарно одговарају произвођачи и увозници техничких уређаја и опреме. Систем наплате представља, заправо, компромис: пошто се накнада из практичних разлога не може убирати од појединачних корисника ауторских дела и предмета сродноправне заштите, она се убира од оних који такво коришћење омогућавају, тј. оних које кориснике снабдевају уређајима подобним за умножавање предмета заштите. Непосредни обвезници накнаде (произвођачи и увозници уређаја) њен износ заправо урачунавају у продајну цену, тако да терет коначно и посредно снесе корисници.

Како би се утврдило да ли је конкретан уређај подобан за умножавање ауторских дела потребно је поћи од уобичајене намене уређаја. У нашој земљи, списак таквих уређаја утврђује Влада Србије. Домаћи законодавац је прописао да се накнада не наплаћује уколико су медијуми, односно уређаји намењени извозу, уколико је реч о техничким уређајима чија превасходна намена није умножавање дела за личне, некомерцијалне потребе, за празне носаче звука, текста и слике који су применљиви једино уз те уређаје, за техничке уређаје и празне медијуме који се купују у другој држави или царинској територији, ако се они непосредно испоручују у другу државу или царинску територију или ако их потенцијални обвезник плаћања накнаде после спроведеног царинског поступка отпрема са територије Србије, као ни за рачунаре, рачунарску опрему, компоненте и рачунарске меморије, изузев ако неки од тих уређаја није изричито наведен у листи уређаја коју усваја Влада.<sup>4</sup>

4 Закон о ауторском праву и сродним правима (даље: ЗАСП РС), *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016, чл. 39, ст. 6.

Директива ЕУ о информационом друштву пружа националним законодавцима само неколико смерница у погледу утврђивања износа посебне накнаде. У преамбули Директиве наводи се да посебна накнада треба да буде таква да титуларе права адекватно обештети када се њихови предмети заштите користе без њихове сагласности, на основу прописаног ограничења ауторског или сродног права. Приликом одређивања облика и висине накнаде треба узети у обзир околности случаја. При оци тих околности, као критеријум би могла бити узета штета коју титулари права трпе због коришћења предмета заштите на основу прописаног ограничења субјективног права. Такође, уколико постоје друге накнаде, посебна накнада не треба да буде одређена. Најзад, када је проузрокована минимална штета, обавеза плаћања посебне накнаде би требало да изостане.<sup>5</sup> У нашој земљи, износ накнаде утврђује се посебним подзаконским актом. Тумачењем релевантних одредаба домаћих ауторско-правних прописа може се закључити да српски законодавац посебну накнаду одређује као обештећење, а при одређивању висине накнаде узима у обзир вероватну штету која аутору, односно титулару сродног права настаје када се његов предмет заштите без његовог одобрења умножава за личне, некомерцијалне сврхе. Такође, у обзир се узима примена техничких мера заштите, као и друге околности које могу утицати на правилно одмеравање износа посебне накнаде.<sup>6</sup>

У праву Србије, ограничење субјективног ауторског права за које се везује посебна накнада постоји само у корист физичких лица.<sup>7</sup> Међутим, посебна накнада плаћа се у проценту од сваког продатог уређаја и средства подобног за умножавање предмета заштите. Тиме терет пада и на правна лица, која нису обухваћена прописаним ограничењем права.<sup>8</sup>

Овлашћење на посебну накнаду односи се и на и случај репрографског умножавања писаних ауторских дела (умножавање техником фотокопирања).<sup>9</sup> Аутори имају право на накнаду од коришћења фотокопир апарата, уколико се њиме пружају услуге фотокопирања уз накнаду. Обвезници плаћања посебне накнаде у овом случају су заправо власници

5 Директива ЕУ о информационом друштву, преамбула, § 35. За подробнију анализу вид. Сања Радовановић, „Нека питања у вези са наплатом посебне накнаде у случају умножавања за приватне потребе“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању* (уредник Божин Влашковић), Крагујевац, 2013, 175-188.

6 Вид. ЗАСП РС, чл. 39, ст. 9. и чл. 46, ст. 4.

7 Вид. ЗАСП РС, чл. 46, ст. 1. и 39, ст. 1.

8 Тако и С. Радовановић, 182. О овом питању биће више речи у последњем одељку овог рада.

9 Директива ЕУ о информационом друштву, чл. 5, ст. 2, а); ЗАСП РС, чл. 39, ст. 5.



фотокопирница, тј. лица која уз накнаду пружају услуге копирања. Као и у претходном случају, посебна накнада служи да компензује губитке које аутори имају од законитог умножавања њихових дела, предузетих на основу прописаног ограничења субјективног ауторског права.

По правилу, овлашћење на посебну накнаду остварује се путем организација за колективно остваривање ауторског права. Тако је и у Србији. Колективно остваривање прописано је због чињенице да постоји огроман број аутора чија дела се умножавају у личне, некомерцијалне сврхе, док постоји такође изузетно велики број обвезника накнаде. На овај начин избегнута су појединачна потраживања одређених аутора према појединим произвођачима, односно увозницима техничких уређаја и опреме подобних за умножавање ауторских дела.<sup>10</sup> Организације за колективно остваривање ауторског и сродних права иступају, дакле, као пуномоћници титулара права. Овлашћење за заступање дато је у самом закону, пошто је прописано да се ово овлашћење мора остваривати колективно. Износи који су прикупљени на име посебне накнаде се даље расподељују титуларима ауторског или сродног права, у складу са критеријумима утврђеним актима организације за колективно остваривање права.

### III Кратки приказ пресуде донете у предмету *Reprobel*

У пресуди донетој у предмету *Reprobel* Суд правде Европске уније одговарао је на претходна питања<sup>11</sup> која је упутио Апелациони суд у Бриселу (Белгија). Предмет о коме је одлучивао белгијски суд односио се на убирање тзв. посебне накнаде од увоза, односно продаје техничких уређаја подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите. Конкретно, привредно друштво „Хјулит Пакард (ХП)“ увозило је у Белгију техничке уређаје подобне за репрографско умножавање, међу којима су били и мултифункционални уређаји, чија специфичност се огледа у штампању докумената у више брзина и са различитим квалите-

10 Више о посебној накнади у ауторском праву Србије вид. Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београду, 2016, 74-76.

11 Прелиминарне одлуке Суда правде ЕУ су обавезујуће за националне судове, посебно када је пресудом, односно мишљењем, Суд правде одлучивао о правној ваљаности националног правног акта. Исто важи и у погледу тумачења, јер је национални суд везан тумачењем, тј. интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања. За подробнију анализу вид. Александра Чавошки, Ана Кнежевић Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, Београд, 2006, 62-71.

том штампе. Репробел, организација за колективно остваривање ауторског права и сродних права, убирала је накнаде и расподељивала их у складу са чл. 5, ст. 2. Директиве ЕУ о информационом друштву, односно у складу са националним прописом којим је овај члан Директиве ЕУ транспонован у право државе чланице. Репробел је затражио од ХП да плати накнаду за увоз таквих мултифункционалних уређаја, сматрајући да су и они подобни за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите. Одбијање ХП да плати посебну накнаду довело је до вишегодишњих неуспешних преговора између страна и, коначно, судског спора пред белгијским судом. У апелационом поступку, белгијски суд упутио је више питања Суду правде ЕУ, међу којима су била и следећа:

1. Да ли појам „правичне накнаде“ у смислу чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) Директиве ЕУ о информационом друштву треба тумачити различито у зависности од тога да ли се умножавање на папиру или сличном носачу уз помоћ технике фотокопирања или на други начин са истим дејствима, предузима од стране било ког лица или од стране физичког лица које то чини за личне потребе и у циљу који ни посредно, ни непосредно није комерцијалан? Уколико је одговор на питање потврдан, на ком критеријуму треба засновати такво различито тумачење?

2. Треба ли чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) тумачити тако да се њима допушта државама чланицама ЕУ да утврде правичну накнаду која се плаћа носиоцима права у облику:

а) паушалног износа који дугује произвођач, увозник или прибавилац на унутрашњем тржишту уређаја којим се заштићена дела могу умножити, у тренутку када се такав уређај стави у промет на националној територији, при чему се износ накнаде рачуна једино у односу на брзину којом уређај може израдити примерке дела у минути, не узимајући у обзир штету коју је претрпео носилац права; и

б) пропорционалног износа, који се утврђује искључиво путем јединичне цене помножене бројем израђених примерака, који варира у зависности од тога да ли је дужник обавезе сарађивао приликом убирања накнаде, при чему накнаду плаћају физичка или правна лица која израђују примерке дела или, уместо њих, она лица која чине уређаје подобне за умножавање доступним другима?

Уколико је одговор на ово питање негативан, који су то релевантни и конзистентни критеријуми које државе чланице ЕУ морају применити како би осигурале да, у складу са правом ЕУ, накнада буде правична

и да буде постигнут правичан баланс између интереса заинтересованих страна?

3. Треба ли чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) тумачити тако да се њима допушта државама чланицама ЕУ да расподеле половину правичне накнаде издавачима дела које су створили аутори, при чему издавачи немају обавезу да обезбеде да аутори имају корист, макар посредно, од дела накнаде ког су на тај начин лишени?

4. Треба ли чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) тумачити тако да се њима допушта државама чланицама ЕУ да уведу недиференцијалан систем убирања правичне накнаде, којим се, имплицитно али недвосмислено, делом покрива умножавање нотних записа и незаконито умножавање?

Одговарајући на питања која му је упутио Апелациони суд у Бриселу, Суд правде Европске уније истакао је да појам „правичне накнаде“ у смислу чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) Директиве ЕУ о информационом друштву треба тумачити различито у зависности од тога да ли се умножавање на папиру или сличном носачу уз помоћ технике фотокопирања или на други начин са истим дејствима, предузима од стране било ког лица или од стране физичког лица које то чини за личне потребе и у циљу који ни посредно, ни непосредно није комерцијалан. Надаље, Суд правде ЕУ је истакао да национални пропис којим се половина правичне накнаде расподељује издавачима дела које су створили аутори, при чему издавачи немају обавезу да обезбеде да аутори имају корист, макар посредно, од дела накнаде ког су на тај начин лишени, није у складу са чл. 5, ст. 2, а) и чл. 5, ст. 2, б) Директиве ЕУ о информационом друштву. Суд је такође закључио да недиференцијалан систем, којим се делом обухвата умножавање нотних записа и умножавање из незаконитих извора није у складу са правом Европске уније. Најзад, Суд је закључио да није у складу са правом ЕУ увођење система убирања правичне накнаде којим се комбинује наплата у облику паушалног износа који пре умножавања плаћају произвођач, увозник или прибавилац на унутрашњем тржишту уређаја којим се заштићена дела могу умножити, са наплатом пропорционалног износа који се утврђује искључиво путем јединичне цене помножене бројем израђених примерака и којег, након умножавања, плаћају физичка или правна лица која су умножила дело.<sup>12</sup>

12 Суд правде ЕУ, *Reprobel*, § 21, 89.

#### IV Значај пресуде донете у предмету *Reprobel*

Пресуда коју је Суд правде Европске уније донео у предмету *Reprobel* значајна је из најмање три разлога. Први разлог се односи на прецизирање појма „правичне накнаде“ у смислу чл. 5, ст. 2. Директиве ЕУ о информационом друштву (подсетимо, у домаћем праву углавном користимо термин „посебна накнада“). Наиме, Суд сматра да се мора правити разлика између појма „правичне накнаде“ у контексту репрографског умножавања (чл. 5, ст. 2, а) Директиве) и појма „правичне накнаде“ у контексту умножавања у личне, некомерцијалне сврхе (чл. 5, ст. 2, б) Директиве). Суд је подсетио да је правична накнада аутономни концепт права Европске уније, те да њен износ треба да буде утврђен на основу штете коју аутори трпе због коришћења предмета заштите на основу прописаног ограничења права. Суд је такође подсетио да „(...) из тач. 35. и 38. преамбуле Директиве очигледно произилази да је (...) висина правичне накнаде у вези са штетом коју трпи аутор због умножавања његовог заштићеног дела без његове сагласности (...). У том смислу, правична накнада представља вид обештећења аутору (...)“.<sup>13</sup> Суд је надаље разматрао да ли се штета која је ауторима причињена услед коришћења њихових дела од стране физичких лица, за потребе које ни непосредно, ни посредно нису комерцијалног карактера, разликује од штете причињене тим истим ауторима када њихова дела умножавају други корисници. Суд је на ово питање одговорио потврдно, чиме је упутио националне судове држава чланица да чине разлику приликом утврђивања правичне накнаде у контексту репрографског умножавања дела од стране физичких лица за некомерцијалне сврхе, с једне стране, и умножавања које предузимају друге категорије корисника. Имајући у виду да је Суд правде ЕУ истакао да као критеријум за одређивање износа посебне накнаде треба узети *стварну* штету коју титулар овлашћења на умножавање трпи због прописаног ограничења субјективног права интелектуалне својине, поједини правни теоретичари<sup>14</sup> сматрају да би, под одређеним условима, чак и прописано ограничење права у личне, некомерцијалне сврхе, које није праћено системом убирања посебне накнаде, могло бити у складу са правом ЕУ. Наиме, државе чланице би могле прописати изразито рестриктивно ограничење права у личне, некомерцијалне сврхе, чија примена не би проузроковала значајну штету титуларима права.

13 Суд правде ЕУ, *Reprobel*, § 35.

14 Вид. Eleonora Rosati, „Current Intelligence: Reprobel Decision“, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 11, 3/2016, 169.

Други разлог се односи на прецизирање правила о расподели посебне накнаде између појединих титулара права интелектуалне својине и издавача. Наиме, Суд је подсетио да издавачи нису наведени у чл. 2. Директиве ЕУ о информационом друштву као титулари искључивог овлашћења на умножавање ауторског дела, односно предмета сродноправне заштите. У Директиви се као носиоци овог овлашћења наводе аутори, интерпретатори, произвођачи фонограма, произвођачи првог стандардног примерка филмског дела и произвођачи емисије. Имајући у виду да посебна накнада треба да представља својеврсно обештећење титуларима права, наведеним у чл. 2. Директиве, за штету коју трпе услед умножавања њихових предмета заштите на основу прописаног ограничења права, Суд је закључио да нема оправдања да издавачи, који у чл. 2. Директиве нису поменути и који не трпе никакву штету од прописаног ограничења, учествују у убирању и расподели посебне накнаде.<sup>15</sup> Суд је даље закључио да национални прописи држава чланица на основу којих се посебна накнада расподељује између титулара права наведених у чл. 2. Директиве ЕУ о информационом друштву, с једне стране, и издавача, с друге стране, није у складу са правом Европске уније, пошто носиоце овлашћења на умножавање онемогућава да у пуној мери буду обештећени за штету коју трпе услед умножавања њихових предмета заштите на основу прописаног ограничења права.

Најзад, овом пресудом Суд правде ЕУ пружио је одређене смернице националним законодавцима у погледу начина утврђивања износа посебне накнаде. Наиме, Суд је закључио да *ex ante* начин утврђивања паушалног износа који се дугује на име посебне накнаде, а који би зависио од брзине умножавања примерака ауторских дела на одређеном техничком уређају није у складу са правом ЕУ. Међутим, систем који би комбиновао овако утврђен паушални износ са износом који би био утврђен након умножавања, у односу на број умножених примерака, не би био противан европским прописима *per se*.

## **V Права издавача и Предлог директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту**

Пресуда коју је Суд правде Европске уније донео у предмету *Reprobel* може значајно погоршати положај издавача у државама чланицама ЕУ, пошто се њоме задире у традиционални модел колективног оства-

---

15 Суд правде ЕУ, *Reprobel*, § 47.

ривања овлашћења на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродно-правне заштите. Стога је Европска комисија одлучила да, у оквиру реформе ауторског права ЕУ, извесну пажњу посвети управо издавачима. Поменута реформа ауторског права Европске уније започела је крајем 2015. године, када је Европска комисија објавила саопштење „Ка модерном и европском ауторскоправном оквиру“.<sup>16</sup> Током наредне године, Европска комисија је утврдила предлоге неколико уредаба и директива:

- Предлог уредбе о обезбеђењу прекограничне преносивости услуга приступа онлајн садржају на унутрашњем тржишту;<sup>17</sup>

- Предлог директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту;<sup>18</sup>

- Предлог уредбе којом се одређују правила о вршењу ауторског и сродних права у случају одређених онлајн трансмисија од стране емисионих организација и ретрансмисије телевизијског и радио програма;<sup>19</sup>

- Предлог директиве о одређеним допуштеним употребама дела и других добара који су заштићени ауторским правом и сродним правима у корист слепих и слабовидих особа или особа које имају друге сметње при читању штампаног текста и о измени Директиве бр. 2001/29/ЕЗ о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву;<sup>20</sup>

- Предлог уредбе о прекограничној размени између Уније и трећих земаља примерака у приступачним форматима одређених дела и других добара заштићених ауторским правом и сродним правима у корист слепих и слабовидих особа или особа које имају друге сметње при читању штампаног текста.<sup>21</sup>

Права издавача уређена су Предлогом директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту. Најпре, Предлогом директиве утврђује се ново сродно право издавача на накнаду за интерактивно чињење доступним одломака вести и сродних интелектуалних добара, по узору на решења законодаваца у Немачкој и Шпанији. Подсетимо, реч је

---

16 COM/2015/0626 final.

17 COM/2015/0627 final - 2015/0284 (COD).

18 COM(2016) 593 final - 2016/0280 (COD).

19 COM(2016) 594 final - 2016/0284 (COD).

20 COM(2016) 596 final - 2016/0278 (COD).

21 COM(2016) 595 final - 2016/0279 (COD).

о облику сродноправне заштите који овлашћује издаваче да потражују накнаду од интернет-сервиса на којима се на збирни начин саопштавају одломци вести (најчешће наслови и сам почетак текста), чиме се интернет саобраћај усмерава према сајтовима таквих интернет-сервиса, уместо ка сајтовима медијских кућа које су сачиниле вести. Обим интернет саобраћаја утиче на цену огласног простора, због чега медијске куће могу остварити мањи приход од своје интернет-презентације. Пружаоци услуге интерактивног чињења доступним одломака вести и других сродних интелектуалних добара називају се и „агрегаторима вести“ (енгл. *news aggregators*). Прва европска држава која је прописала овај облик сродноправне заштите издавача била је Немачка 2013. године.<sup>22</sup> Тако, издавач новинског издања има искључиво овлашћење да другоме дозволи или забрани да јавно саопшти издање или његов одломак у комерцијалне сврхе, осим уколико се не ради о одломку малог обима или само о појединим речима. Ово сродно право траје годину дана од дана издавања новинског издања. Титулар се може одрећи свог права на накнаду. Након што је закон ступио на снагу, водећи издавачи новинских издања дозволили су „Гуглу“ и другим пружаоцима услуге да без накнаде преузимају одломке њихових вести. Заправо, једина промена која је наступила на немачком тржишту онлајн вести састоји се у чињеници да су такви интернет-сервиси сада у обавези да унапред прибаве сагласност медијских кућа за укључивање одломака њихових вести у своју понуду.<sup>23</sup> У Шпанији, која је такође прописала сродноправну заштиту издавача у случају интерактивног чињења доступним одломака вести,<sup>24</sup> након ступања на снагу закона „Гугл“ је, као водећи „агрегатор вести“, престао са пружањем ове услуге. Наиме, титулар сродног права издавача у Шпанији не може се одрећи права на накнаду, па је овај облик сродноправне заштите издавача знатно повећао трошкове пружања услуге обједињавања одломака вести.

Како се наводи у преамбули Предлога Директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, организациони и финансијски допринос издавача медијских публикација мора бити признат и даље подржан, да би се осигурала одрживост издавачке делатности. Због

22 Закон о изменама и допунама Закона о ауторском праву и сродним правима, *Службени лист СР Немачке*, бр. 23, 14. мај 2013. године.

23 За подробнију анализу вид. Душан В. Поповић, „Критички осврт на сродноправну заштиту издавача – заштита привредног или културног подухвата“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015, 116-132.

24 Закон о изменама и допунама Закона о интелектуалној својини, *Службени лист Краљевине Шпаније*, бр. 268, 5. новембар 2014. године, чл. 1, ст. 5.

тога је потребно хармонизовати правну заштиту медијских публикација које се користе у дигиталном облику. Став је Европске комисије да се таква заштита може најделотворније постићи увођењем новог сродног права издавача.<sup>25</sup> У случају да Предлог директиве буде усвојен, државе чланице Европске уније биће обавезне да пропишу ново сродно право издавача медијских публикација, које је конципирано по узору на сродна права која су већ прописана у Немачкој и Шпанији.<sup>26</sup> У Предлогу директиве користи се енглески термин *press publications* под који се подводе новински чланци који се објављују периодично или се редовно ажурирају, и чији циљ је да читаоца информишу или забаве. То би, на пример, биле дневне новине, недељници, месечни магазини или информативни веб-портали. Насупрот томе, чланци објављени у научним часописима не би потпадали под ову категорију.<sup>27</sup> Издавачи медијских публикација имаће право да убиру накнаду за радње умножавања њихових творевина у дигиталном облику, као и за радње интерактивног чињења доступним одломака њихових медијских публикација. Овлашћења која чине садржину новог сродног права издавача трпела би иста ограничења прописана Директивом ЕУ о информационом друштву и Директивом ЕУ о дигитализацији дела недоступних титулара ауторског и сродних права<sup>28</sup>. Према предлогу, сродноправна заштита издавача медијских публикација би трајала двадесет година, рачунајући од дана издавања медијске публикације.

У оквиру реформе ауторског права ЕУ, Европска комисија је, поред увођења новог сродног права издавача, предложила и усвајање правила којим би се отклониле штетне последице које по издавачку делатност може имати пресуда донета у предмету *Reprobel*. Наиме, сходно чл. 12 Предлога директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, државе чланице могу прописати да пренос имовинско-правних овлашћења са аутора на издавача, као и уступање лиценце издавачу, представљају довољан правни основ за учешће издавача у расподели износа убраног у виду накнаде за радње коришћења ауторског дела које су предузете на основу прописаног ограничења субјективног ауторског права. Транспонованем овог члана Предлога директиве у националне прописе држава чланица ЕУ издавачи би стекли недвосмислен правни основ за учешће у расподели износа прикупљеног на име посебне накна-

25 Директива ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, преамбула, § 32.

26 *Ibid*, чл. 11.

27 *Ibid*, преамбула, § 33.

28 *Сл. лист ЕУ*, бр. L 299, 27. октобар 2012. године.



де, чиме би законодавци у овим државама избегли да, због пресуде Суда правде ЕУ донете у предмету *Reprobel*, мењају традиционални начин прикупљања и расподеле посебне накнаде. Европска комисија несумњиво је показала разумевање за положај издавача, с правом истичући да повраћај њихове инвестиције може бити отежан или онемогућен због губитака које трпе услед коришћења ауторског дела на основу прописаних ограничења субјективног права, као што је ограничење у личне, некомерцијалне сврхе.<sup>29</sup> Имајући у виду чињеницу да се у великом броју држава чланица накнада прикупљена по овом основу већ расподељује између аутора и издавача, предложено правило увећало би правну сигурност свих заинтересованих страна.<sup>30</sup>

## VI Задаци пред домаћим законодавцем

Начин остваривања овлашћења на накнаду од производње, односно промета средстава подобних за умножавање ауторских дела и предмета сродноправне заштите прописан у српском ауторском праву не разликује се у значајној мери од решења законодаваца у већини европских држава. Ипак, подробном анализом чл. 39. ЗАСП РС откривају се одређене недоследности домаћег законодавца. Наиме, посебна накнада везује се за ограничење искључивог имовинскоправног овлашћења на умножавање ауторског дела у личне, некомерцијалне сврхе. Као што смо већ истакли, посебна накнада јавља се као вид својеврсног обештећења аутору чије дело, због прописаног ограничења права, трећа лица могу слободно умножавати за личне потребе. У домаћем праву, ограничење овлашћења на умножавање у личне, некомерцијалне сврхе прописано је само у корист физичких лица,<sup>31</sup> док се посебна накнада плаћа у проценту од сваког продатог уређаја / носача, чиме терет накнаде пада и на оне субјекте који нису обухваћени поменутиим ограничењем права (правна лица).<sup>32</sup> Поврх тога, треба имати у виду да ни сва физичка лица не употребљавају техничке уређаје, односно носаче слике, звука или текста за умножавање и похрањивање ауторских дела. У пракси се може догодити и да физичко лице прибави сагласност титулара права за одређену радњу умножавања дела. У постојећем систему убирања посебне накнаде није могуће издвојити поменуте ситуације, иако је јасно да умножавање није предузето на

29 Директива ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, преамбула, § 36.

30 *Ibid.*

31 Вид. ЗАСП РС, чл. 46, ст. 1.

32 Тако и С. Радовановић, 182.

основу прописаног ограничења субјективног ауторског права. Пресудом Суда правде ЕУ донетом у предмету *Padawan* утврђено је да овакав општи систем наплате посебне накнаде може бити у складу са одредбама Директиве ЕУ о информационом друштву само уколико лица која нису субјекти ове законске облигације имају право на повраћај средстава.<sup>33</sup> Стога, држава је дужна да обезбеди делотворан систем повраћаја накнаде оним субјектима за које не постоји основ наплате. Имајући у виду да је Република Србија држава кандидат за чланство у Европској унији, те да је закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу усаглашавања домаћег права са правом ЕУ,<sup>34</sup> потребно је, у складу са правним тековинама Уније, чији део чини и пракса Суда правде ЕУ, успоставити делотворан систем повраћаја посебне накнаде. Према важећим одредбама ЗАСП РС, право на повраћај накнаде имају само обвезници који су уређаје, односно предмете отпремили са територије Републике Србије.<sup>35</sup>

Поврх тога, проблем одсуства јасног правног основа за учешће издавача у расподели износа прикупљеног на име посебне накнаде, који је у праву Европске уније истакнут у пресуди Суда правде ЕУ донетој у предмету *Reprobel*, постоји донекле и у праву Србије, и поред тога што је у домаћем правном систему прописано право издавача штампаних издања на посебну накнаду. Наиме, право издавача штампаних издања на посебну накнаду конципирано је као искључиво право које овлашћује свог носиоца да убира накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела штампањем.<sup>36</sup> Увођење сродноправне заштите издавача штампаних издања у погледу убирања посебне накнаде није била последица усклађивања домаћег права са правом ЕУ, већ последица утицаја иностраног ауторскоправног законодавства. Овај вид сродноправне заштите постоји, на пример, у Француској,<sup>37</sup> као и

33 Суд правде ЕУ, *Padawan SL v. Sociedad General de Autores y Editores de Espana* (надаље, *Padawan*), предмет бр. С-467/08, 21. октобар 2010. године, § 53.

34 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, чл. 72; Закон о потврђивању Споразума, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

35 Вид. ЗАСП РС, чл. 39, ст. 7.

36 Вид. ЗАСП, чл. 142, ст. 1.

37 Законик о интелектуалној својини Републике Француске, консолидована верзија од 22. децембра 2014. године, чл. Л311-1 до Л311-8.

у неким државама региона (БиХ,<sup>38</sup> Хрватска,<sup>39</sup> Црна Гора<sup>40</sup>). Титулар права има само једно неискључиво имовинскоправно овлашћење – овлашћење на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела. Оно укључује и овлашћење на накнаду која се плаћа у случају пружања услуге репрографског умножавања уз накнаду. Ово овлашћење носилац права остварује под истим условима који важе за аутора. Међутим, посебна накнада која се прикупља у корист аутора у домаћем праву, као и у праву Европске уније, представља вид обештећења за штету коју аутор трпи услед умножавања његовог дела на основу прописаног ограничења ауторског права у личне, некомерцијалне сврхе. Имајући у виду чињеницу да издавачи нису титулари искључивог овлашћења на умножавање својих штампаних издања, већ само титулари неискључивог овлашћења на накнаду од производње, односно промета уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела, концепцијски је тешко одрживо директно повезивање овог сродног права издавача са имовинскоправним овлашћењем аутора на посебну накнаду, на начин на који то чини српски законодавац.<sup>41</sup> Овај проблем могао би се отклонити на два начина. Први начин подразумевао би минималне редакторске интервенције које би учиниле овај облик сродноправне заштите издавача истински независним, без упућивања на овлашћење аутора на посебну накнаду. Други начин подразумевао би транспоноване чл. 12 Предлога директиве ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту у домаће ауторскоправне прописе.

---

38 Закон о ауторском и сродним правима БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 63/2010, чл. 138.

39 Закон о ауторском праву и сродним правима Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. - 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13 и 127/14, чл. 145.

40 Закон о ауторском и сродним правима Републике Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 37/2011, чл. 138.

41 Вид. Д. В. Поповић, 123; Иза Разија Мешевић, „Расподјела прихода од права на накнаду за приватну употребу након пресуде суда (треће веће) од 9. фебруара 2012. године“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању* (уредник Б. Влашковић), Крагујевац, 2013, 189-206.

**Dušan V. POPOVIĆ, PhD**

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

**FAIR COMPENSATION IN EU AND SERBIAN  
COPYRIGHT LAW, WITH SPECIAL REFERENCE  
TO THE PUBLISHERS' RIGHTS**

**Summary**

*The paper analyses the system of collection and distribution of “fair compensation” under EU and Serbian copyright rules. This topic is further analysed in light of the Reprobel decision of the Court of Justice of the European Union, which questions the legal ground for the allocation of a part of fair compensation to publishers. Given that the Reprobel decision may jeopardize the traditional system of allocation of fair compensation in most European countries, the European Commission has proposed, within the current EU copyright law reform, the solution to this problem. In final part of this paper, the author analyses Serbian copyright rules and points to two issues that should attract the attention of the legislator. First, the author emphasizes the need to regulate the issue of repayment of levies paid in the past without due legal basis. Second, the author highlights the ambiguous legal basis for the allocation of a part of fair compensation to publishers under Serbian Copyright Act.*

**Key words:** *fair compensation, copyright, publishers, exceptions and limitations, collective management of copyright and related rights.*

Др Сања РАДОВАНОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## ЗАКОНСКЕ ОБАВЕЗЕ НЕЧИЊЕЊА КАО ПРЕДМЕТ УГОВОРА (У ПРАВУ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ)

### Резиме

*Анализа овог рада усмерена је на питање да ли уговорна обавеза нечињења може да буде истоветна законској. О овоме се у домаћој цивилистици није много расправљало, највише због тога што се негативан одговор намећао већ по природи ствари. Ако у сукобу апсолутног и релативног права треба дати предност апсолутном, зашто би онда једно такво, приоритетно право, сводили у однос релације (уговор)? Развијена пословна пракса, међутим, управо уговорним обавезивањем настоји да оствари заштиту сопственог права, односно интереса: уколико дође до повреде искључивог овлашћења, а најчешће је реч о овлашћењима из права интелектуалне својине (мада је овакво уговарање присутно у привредном праву уопште), титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (Abmahnung) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (Vertragsstrafe). Прихватањем такве понуде, односно давањем обећања, настаје уговор који је у садржинском смислу истоветан законом прописаној обавези нечињења. Из тих разлога се, према мишљењу наше правне теорије, сматра недопуштеним. У раду ћемо настојати да сагледамо проблем пуноважности таквог обавезивања кроз општа правила уговорног права.*

**Кључне речи:** негативна облигација, формална опомена, уговорна казна, законска обавеза нечињења, слобода уговарања, ограничења слободе уговарања.

## I Уводно разматрање

Права интелектуалне својине представљају субјективна грађанска права, претежним делом искључиве природе. Из тога произлази да је обавеза свих трећих лица уздржавање од предузимања било које радње која улази у корпус искључивих овлашћења. Узимајући у обзир природу предмета заштите правима интелектуалне својине, као и привредни значај њиховог прометовања, повреде ове обавезе, у економском смислу, могу довести до тешко мерљивих губитака. Стога је носиоцима права првенствени интерес њихово спречавање. Законске одредбе којима се ова права регулишу гарантују остваривање права принудним путем, али реактивна судска заштита је спора у односу на интезитет трговинске размене заштићеним добрима. Из тих разлога, субјекти заштите настоје да сопственом иницијативом учврсте свој привилеговани положај на тржишту, који им је правним поретком признат. Тако се у немачкој пракси изградио својеврсни систем заштите права путем уговора. Наиме, уколико дође до повреде искључивог права, а најчешће је реч о правима интелектуалне својине (мада је овакво уговарање присутно у трговинском праву уопште), титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (*Abmahnung*) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (*Vertragsstrafe*). Уколико понуђени такву понуду прихвати, односно обећа да неће предузимати одређене радње, између њега и титулара права настаје уговорни однос. Овакву пословну праксу оснажила је и судска, признајући захтеве за исплату уговореног износа казне. Тако, у једном спору, суд је признао захтев тужиоца (носиоца жига) за исплату уговорне казне због тога што је тужени дужник уговорне обавезе пропуштања (регистрант интернет домена) наставио да употребљава заштићену вербалну ознаку у називу домена интернет странице на којој је пласирао робу исте врсте као и она која је обележена заштићеном ознаком.<sup>1</sup> Слично, о допуштености уговорне казне због повреде ауторског права коришћењем ауторскоправно заштићене фотографије путем Интернета, и након опомене аутора, Виши земаљски суд у Карлсруе се тако-

---

1 Реч је о ознаци *Fishtailparkas*. Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 210/12, од 8. маја 2014. године, доступно на адреси: <https://openjur.de/u/693272.html>, 12.03.2017.

ђе позитивно изјаснио.<sup>2</sup> Штавише, овакво уговарање је добило и нормативни оквир.<sup>3</sup>

У домаћој пословној пракси оно није заступљено. Нашу пажњу завређује питање да ли је заснивање уговорног односа овакве садржине могуће, имајући у виду општа правила уговорног права. Како пуноважност споразума о уговорној казни, која је у наведеним случајевима средство притиска на дужника и обезбеђење да до даље повреде неће доћи, зависи од пуноважности обавезе коју обезбеђује, предстојећа анализа заправо се односи на проблем правне ваљаности уговорних облигација када је обавеза уздржавања (нем. *Unterlassung*, пропуштања) садржински истоветна законској обавези да се одређена радња не предузме (у даљем тексту: законске обавезе нечињења), а тиме и споразума о уговорној казни.

## II О нечињењу као предмету обавезе

Обавеза нечињења може да има свој основ у сагласној изјави воља страна у облигационом односу,<sup>4</sup> у општој законској забрани проузроковања штете<sup>5</sup> или да стоји наспрам неког апсолутног права. За предстојећу анализу посебно је релевантно потоње. Тако, примера ради, право аутора је да дозволи или забрани умножавање свог дела и стављање у промет умножених примерака, а обавеза (свих) јесте да се од умножавања и стављања у промет уздрже, уколико за такве чинидбе сам аутор или његов следбеник није дао сагласност.<sup>6</sup> Или, титулар жига је овлашћен да робу коју ставља у промет обележи заштићеном ознаком.<sup>7</sup> Нико други (опет, без сагласности) то не може да учини. Дакле, свако лице има обавезу да штету не проузрокује, да не умножава ауторско дело или да не обележава

---

2 Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe Az. 6 U 58/11, доступно на адреси: <https://openjur.de/u/-525270.html>, 17.03.2017, пар. 30-37. Види још: OLG Bielefeld Az. 1 O 227/12, од 21. јуна 2013, BGH I ZR 1/15, од 12.05.2016, доступне у бази података на адреси: <https://openjur.de/>.

3 *Urheberrechtsgesetz* (Закон о ауторском праву), §97а, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/UrHG/97a.html>, 11.04.2017.

4 Примера ради, уговором о поклону породичног накита поклонопримац се обавезује да неће отуђити поклоњену ствар.

5 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, даље у фуснотама: ЗОО; Марија Караникић-Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009, 39.

6 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16 – одлука УС, чл. 20 и 21.

7 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 од 16.12.2009. године и бр. 10/2013 од 30.01.2013. године, чл. 38.

робу заштићеном ознаком, чак ни онда када је роба исте врсте или квалитета као роба коју титулар жига производи или је, штавише, производи по основу уговора о лиценци (нпр. лиценци патента за проналазак).

Наспрам обавезе нечињења у облигационом односу стоји субјективно право, односно захтев за негативним поступањем.<sup>8</sup>

У случају поступања противно законској забрани нечињења, отвара се питање одговорности. Титулар повређеног права, с тим у вези, принудно остварује своје право у грађанском судском поступку, захтевом за престанак радње која је предузета противно забрани. Најчешће такве захтеве прати и захтев за накнаду штете. Усвајајућа одлука суда је, дакле, реакција на наступелу повреду. У немачкој пракси, како је напред представљено, титулар права настоји да путем уговора обезбеди превентивну заштиту, стављајући у изглед дужнику обавезу плаћања уговорне казне за случај недопуштеног чињења. С тим у вези, како смо већ нагласили, питање које се заправо истиче јесте да ли је споразум о уговорној казни пуноважан уколико се њоме настоји обезбедити нечињење на које је дужник иначе обавезан.

### III Допуштеност уговорне казне за законске обавезе нечињења

Чињеница да наспрам једног апсолутног права стоји обавеза нечињења свих других субјеката, отежава нам квалификовање овакве обавезе као обавезе за чију повреду се може дуговати и уговорна казна. Разлог произлази из природе уговорне казне: уговорна казна јесте предмет посебног уговора (дакле, двостраног односа). Следствено, проблем настаје већ код закључивања споразума: коме ће титулар права, будући поверилац казне, упутити понуду овакве садржине? Негација ове могућности, која се на први мах намеће, ипак није тако очигледна. Свакако да је неприхватљива конструкција по којој би уговорна казна представљала општу понуду. Ако занемаримо све друге аргументе *contra*, јасно је да би се тиме успоставио својеврсни приватни механизам заштите, који је свакако противан логици савремених правних система. Међутим, уколико титулар у радњама одређеног субјекта препозна повреду његовог права или

---

8 Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 210; Марко Кнежевић, „Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватноправних захтева: анахроно неуставно решење и системска грешка или корак напред у заштити права?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2015, 1902.



наступање опасности од повреде, практично долази до идентификовања субјекта којем се наведена понуда може упутити. Давањем понуде и њеним прихватом, односно обећањем, настаје један двострани однос, у којем поверилац има захтев према дужнику, а овај обавезу обезбеђену уговорном казном да не предузима тачно одређену радњу. Дакле, садржина уговорне обавезе истоветна је садржини законске обавезе. Управо ова околност се чини спорном.

Доктрина у нашем праву, бар њен већински део,<sup>9</sup> изричито негира постојање уговорног односа у којем се обавеза дужника састоји у нечињењу, на које је и иначе обавезан.<sup>10</sup> Иако ретко на изричит начин искључују тако одређену престацију, то се може закључити у оквиру нужних услова који се у литератури постављају у погледу допуштености негативних облигација. О. Антић објашњава да услов допуштености потраживања пасивног држања лежи у две релевантне чињенице: допуштеност позитивне облигације, поводом које настаје у конкретном случају облигација нечињења, и да само нечињење у конкретном случају није забрањено, односно да је допуштено.<sup>11</sup> Ј. Радишић пасивно држање дужника сматра могућим предметом облигације онда када је дужнику иначе допуштено чињење, а „обећање другоме да ће пропустити нешто што иначе не би смео чинити“ не доводи до настајања нове обавезе.<sup>12</sup> У том смислу још је изричитости С. Перовић,<sup>13</sup> који се изјашњава и о санкцији таквог споразума. Према његовом мишљењу, уздржавање од радње која је иначе забрањена принудним прописима (или моралним правилима) не представља пуноважну облигацију (дакле, такав уговор би био ништав или непостојећи). Како наводи, ако је нешто забрањено, онда се радња не сме предузети, не због тога што се субјект обавезао према другом субјекту, већ због тога што сам закон то забрањује. Ако то не би био случај, „читав свет императивних прописа не би имао смисао“.<sup>14</sup>

9 Упор. В. Водинелић, 202, 587, 515.

10 У упоредном праву то није случај. Штавише, ни словеначки аутор, који је своје правничко обрзовање стекао у оквирима истог правног система у којима је настао Закон о облигационим односима, не поставља као услов да нечињење буде пуноважна престација само уколико дужник има право на чињење. Вид. С. Цигој, *Teorija obligacij – splošni del obligacijskoga razmerja*, Љубљана, 2003, 46.

11 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, 74.

12 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 53.

13 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 89.

14 С. Перовић, 89.

Уколико бисмо се у свему сложили са општеприхваћеним ставовима у домаћој правној теорији, могли бисмо закључити да споразум о уговорној казни за неиспуњење обавезе нечињења не производи дејство, уколико таква обавеза произлази из закона, односно из права чијем остварењу служи, будући да његова пуноважност зависи од пуноважности главног (а овде непуноважног) уговора.

У немачком праву допуштеност оваквог уговарања се развијала кроз дужи временски период, а започета је анализом правне ваљаности захтева за пропуштање (у општем значењу), тачније његове утуживости. Питање да ли је захтев за пропуштање могуће остварити судским путем се постављало још од прве редакције Грађанског законика, у вези са негаторном својинском тужбом.<sup>15</sup> Након што је одлукама Царског суда<sup>16</sup> створено правило о утуживости таквих захтева, нашло је примену и у погледу других предмета заштите, ван права својине.<sup>17</sup> Ранија судска пракса, међутим, била је става да се захтев за пропуштање може поставити само уколико се о томе законодавац не изјашњава,<sup>18</sup> односно уколико није забранио нити је предвидео обавезу нечињења.<sup>19</sup> Реч је, дакле, о случајевима законске празнине коју немачка јуриспруденција аналитично сагледава.<sup>20</sup> Наиме, одлучујући о спорном захтеву, суд најпре испитује сукобљене интересе, утврђује циљ норме која се аналогно може применити, те вредновањем врши избор којој ће од супротстављених страна дати предност,<sup>21</sup> како би се у конкретном случају остварио циљ грађанскоправне заштите.<sup>22</sup> Немачки судови, заправо, реконструишу вредновање које је законодавац извршио.<sup>23</sup> Овде, дакле, није реч о тумачењу права, већ о

---

15 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §1004, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/BGB>, - 11.03.2017.

16 Jörg Fritzsche, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Berlin-Heidelberg, 2000, 16.

17 J. Fritzsche, 17.

18 *Ibidem*.

19 J. Fritzsche, 31.

20 На овом месту ћемо изоставити све начине попуњавања празнина у Немачкој, јер их сматрамо превеликим одступањем од теме. Упућујемо на: Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München, 2013, 31-34.

21 Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 2012, 151. Вредновање се примењује и када је потребно попунити правну празнину, али се тада судија води вредношћима на којима почива правни поредак, која су општеприхваћена у заједници, и у крајњој линији и сопственим.

22 H. Köhler, 31.

23 В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, 151.

својеврсном институту његове изградње кроз судску праксу и правну науку (*richterlichen Rechtsbildung*),<sup>24</sup> заснованом на јуриспруденцији вредновања,<sup>25</sup> захваљујући којој немачки Грађански законик задржава своју актуелност и у садашњем времену.

Када је реч о захтеву на пропуштање из неког апсолутног права, његова допуштеност у уговорним односима није одувек неспорна, бар не у погледу свих грађанскоправних односа. Разлог се налазио у догми да је императивним прописивањем забране чињења већ довољно учињено у погледу отклањања опасности од повреде права и, најчешће, проузроковања штете, те да би ефикасност правне заштите била угрожена постојањем дуплог колосека, којим би се поверилац захтева у принудном остварењу могао кретати.<sup>26</sup>

Тенденција савременог тумачења правних норми, међутим, врши „алокацију ефикасности“<sup>27</sup> правне заштите, са државе на заинтересованог појединца. Стога се у немачкој пословној пракси уобичајило такво уговарање, да би коначно у вези са појединим правним односима добило и нормативни оквир. Тиме се догма о немогућности уговарања императивног нечињења напушта. Оно око чега не постоји општеприхваћен став јесте питање да ли је такво уговарање могуће у свим случајевима императивних нечињења.<sup>28</sup>

Тамошња теоријска промишљања заснована су на превазилажењу термилошких оквира и оријентисана су ка потреби успостављања функционалног правног поретка, оног који ће обезбедити остваривање субјективних права и правно заштићених интереса.<sup>29</sup> Полазна тачка у том правцу јесте потреба да се признавањем аутономије воље странама у уговорном односу оствари функција заштите приватних интереса. Уколико је интерес једног уговарача да се други уздржи од одређених чињења, таква уговорна одредба се не противи циљу због којег је странама дата слобода у стварању правних односа. При томе је ирелевантно да ли је обавеза уздржавања, пропуштања настала таквим уговором или она већ постоји, произлази из закона.<sup>30</sup> У потоњем случају, поверилац изричитим уго-

24 Н. Köhler, 4.

25 В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, 151, пар. 427.

26 J. Fritzsche, 97, 98.

27 Н. Köhler, 30.

28 J. Fritzsche, 735.

29 J. Fritzsche, 734.

30 *Ibidem*.

варањем нечињења ствара за себе једну повољнију правну позицију уколико до повреде субјективног права дође.<sup>31</sup> Наиме, законска забрана чињења има првенствено превентивни циљ, да се чињењем не повреди неко право, не проузрокује штета.<sup>32</sup> Уколико је до тога дошло, одговорно лице је у обавези да је накнади. Но, ако штете нема, нема ни одговорности за њену накнаду, иако је право повређено. Следствено, повредилац би могао да одмерава своју правну позицију спрам очекиваних последица: да ли има већу корист од забрањеног чињења него штету од повреде обавезе нечињења. То би свакако могло да угрози право титулара. Осим тога, када је интерес титулара да се повреда не понови, он мора да докаже да постоји опасност од понављања, чиме се његова позиција чини тежом.

У немачкој доктрини се управо у питању делотворности правне заштите дуго времена налазио отпор уговарању пропуштања, поред постојеће законске обавезе. Околност да се старање о законским обавезама препушта држави и њеним механизмима, на супрот слабијим приватним, представљала је гаранцију остваривања права. Међутим, прописивање забране одређеног чињења и претња санкцијом, у домену грађанског права, јесте посредна, при том најчешће реактивна и репресивна принуда да се оствари циљ заштите признатог права или интереса наспрам којег стоји уздржавање (нпр. новчане казне у извршном поступку). Остваривање заштићеног права повериоца, у крајњој линији, опет зависи од воље дужника. Следствено, с аспекта његовог положаја, ефикасност правне заштите је независна од чињенице да ли је запређена санкција у корист државе или у корист његовог повериоца.<sup>33</sup>

Чињеница да је нормативна интервенција уследила баш у области привредног права произлази из природе овлашћења из којег се црпи захтев за пропуштање. Реч је о преносивим овлашћењима. Стога немачка доктрина сматра да постоји потреба примене овог правила и на друге захтеве за нечињење, у вези са којима је могуће закључити вансудско поравнање.<sup>34</sup>

Без претензије да оспоримо, бар не у потпуности, изнесене наводе и аргументацију домаће правне теорије, настојаћемо да преиспитамо постојеће схватање, макар у погледу аргумената на којима је засновано.

---

31 *Ibidem.*

32 J. Fritzsche, 136.

33 J. Fritzsche, 736.

34 J. Fritzsche, 736.

#### IV Слобода уговарања и њена ограничења

Чињеница да се уговорни односи заснивају вољом правних субјеката, онемогућава *numerus clausus*. С једне стране овиме се подсећамо да је сфера уговорног права врло еластична. Како су стране слободне да у међусобним односима стварају субјективна права и обавезе и тиме штите приватне интересе, уговорни односи представљају најдинамичније поље цивилистике. Све што стране међусобно уговоре чини садржину таквог односа, уколико се то не противи императивним нормама, јавном поретку или добрим обичајима. Питање, дакле, јесте да ли је споразум којим се један субјект обавезује да не чини нешто што иначе не сме да чини противан управо императивним нормама, јавном поретку или добрим (пословним) обичајима?

##### 1. Да ли су негативне облигације противне императивним нормама?

Према Закону о облигационим односима, уговорна обавеза може се састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу.<sup>35</sup> Законодавац, евидентно, не поставља услов да се нечињење или трпљење може захтевати само уколико на чињења дужник иначе има право. Дакле, уговарање обавезе нечињења садржински истоветне законској није ни забрањено, нити дозвољено. На први поглед би се могло учинити да је реч о законској празнини, али то свакако није случај. Законска норма постоји. Међутим, њена редакција упућује на то да свака људска радња може да буде обавеза преузета уговором, што свакако није интенција законодавца. Стога, нужна интерпретација ове одредбе полази заправо од њене допуне: предмет уговора је пуноважан уколико је одређен или одредив, могућ и допуштен. У анализи ћемо се задржати на потоњем.

Недопуштеност предмета уговора представља искључиво питање оцене да ли се конкретна обавеза противи принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.

Обавезујући карактер неке норме најчешће произлази већ из њене формулације, али то не мора да буде случај. Чак и када норма не оставља простора за тумачење у погледу њене обавезности, јасно је да је у сфери

---

35 ЗОО, чл. 46, ст. 1.

грађанског права могуће од ње одступити.<sup>36</sup> Степен императивности одређеног поступања или њен обим налази се у функцији (циљу) коју норма треба да оствари и може да буде предмет тумачења. Разуме се, свака норма когентног дејства има заштитну функцију. Међутим, заштита коју грађанскоправна норма настоји да оствари може да обухвата (претежно) јавни или (претежно) приватни интерес. Када је реч о потоњем, непоштовање овакве норме не повлачи нужно грађанскоправну санкцију. Тако, примера ради, уколико једно лице неовлашћено умножава примерке ауторског дела, насупрот законској забрани да то чини без сагласности аутора, одговараће за проузроковану штету само ако такав захтев истакне титулар права. Или, усмено закључен ауторски уговор може накнадно бити оснажен, уколико је извршен у претежном делу, јер је форма прописана ради заштите слабије стране у оваквом односу, овде аутора.<sup>37</sup> Насупрот томе, признавање правног дејства неформално закљученом уговору о промету непокретности није могуће (премда постоје правне последице фактичког испуњења уговора),<sup>38</sup> будући да би се тиме угрозио јавни интерес (нпр. идентификација пореских обвезника и убирање пореза). Дакле, примењујући критеријум заштићеног интереса, односно функције императивне норме, правни поредак признаје, под одређеним условима, пуноважност поступања противно когентно постављеном обрасцу. Следствено, такво дејство би се тим пре имало признати оном понашању (конкретно, уговарању) које је садржински истоветно законској одредби (обавези нечињења), јер им је истоветан и правозащитни циљ: спречавање повреде права, односно правом признатог интереса, када постоји бојазан да ће до тога доћи.

Штавише, императивност обавезе нечињења најчешће није експлицитна (односна одредба, примера ради, не гласи „забрањује се умножавање туђег ауторског дела“), већ се подразумева на основу саме чињенице да је без такве обавезе немогуће остварити циљ законске норме којом се неко право гарантује. Наиме, грађанскоправна обавеза представља

---

36 Водинелић као критеријум поделе норми на когентне и диспозитивне узима формулацију, али допуњује и интересом који се нормом желео заштитити. Тако, диспозитивним сматра се свако правило у погледу кога не постоји општи интерес да се постигне једнообразно решење за све случајеве, без обзира на то што норма гласи „...дужан је...“. Примера ради, штетник је дужан, према одредби Закона, да надокнади причињену штету. Ипак, ако се са оштећеним другачије споразуме, његова обавеза може да изостане. Вид. В. Водинелић, *Грађанско право*, 145.

37 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 216.

38 Уколико је прибавилац савестан, након протекла времена, могуће је стећи својину ванредним одржајем.

правно (законом или уговором) наложену дужност да се одређени субјект понаша на одређени начин.<sup>39</sup> Обавеза, заправо, служи остваривању права другог субјекта.<sup>40</sup> Тако, ако је искључиво право аутора да дозволи или забрани умножавање његовог дела, сви други имају обавезу нечињења, односно уздржавања од умножавања. Посматрано из угла титулара, он има право на нечињење свих других, да би могао да врши своје апсолутно право или оствари правом заштићен интерес. Без законом прописане обавезе нечињења, која делује према свима, не би постојало ни право. Уколико се догоди да субјект поступи супротно својој обавези или постоји опасност да ће до тога доћи, титулар може принудним путем остварити свој захтев за пропуштањем, односно судским путем обавезати односно лице да се са одређеним чињењем престане или да се надаље уздржи од такве радње (захтев за пропуштање).<sup>41</sup> Захтев, тада, постаје самостално право које има инструменталну функцију, а како је усмерен према одређеном лицу, оно је увек релативно. Следствено, нечињење које законодавац намеће као обавезно може да буде и предмет уговора, односно уговорна обавеза, уколико се идентификује дужник (а то је оно лице које је учинило повреду или које је створило стање опасности да ће до повреде доћи)<sup>42</sup> и одреди која радња се не сме предузимати (чиме је задовољен услов одређености, односно одредивости предмета). У том смислу се изјашњава и В. Водинелић, у вези са разликовањем апсолутних и релативних права. „Али и кад је обавеза која стоји насупрот релативном праву истоврсна каква је обавеза која стоји насупрот апсолутном праву (подвукао аутор), .....(цит. изостављен), другачија је својом конкретношћу, специјалном одређеношћу, од свеобухватности и неспецификованости негативног апсолутног дејства“.<sup>43</sup>

## 2. Да ли су негативне облигације противне јавном поретку?

Како се у когентним нормама не исцрпљује оцена допуштености предмета уговора, даље ћемо анализирати и друга општа ограничења у односу на спорну негативну облигацију: јавни поредак и добре обичаје.

39 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 187.

40 *Ibidem*, 188.

41 *Ibidem*, 514.

42 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 514; Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, 48.

43 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 202.

У правној теорији не постоји општеприхваћен појам и садржина установе јавног поретка. Оно око чега, међутим, ипак постоји сагласност, бар када је реч о домаћој доктрини јесте да установа јавног поретка обухвата принудна правила, која се налазе изван конкретних прописа,<sup>44</sup> али препознатљива кроз нормативно уређена начела, (нпр. начело савесности и поштења), и која произлазе из духа једног правног поретка, односно која су израз друштвеног вредновања одређеног понашања.<sup>45</sup> Из тих разлога је немогуће прецизно утврдити његову садржину, будући да се она опредељује према категоријама које у времену и простору нису једном за свагда дате.<sup>46</sup> Следствено, на питање да ли је негативна облигација о којој је реч противна јавном поретку не може се дати одговор који ће важити за све случајеве. У томе се она не разликује од других, уобичајених и нормативно прихваћених правних односа који настају слободном вољом субјеката. Ово истовремено значи да се не може ни негирати таква могућност на један апстрактан начин.

Општеприхваћено схватање правне теорије нам потврђује да је то, ипак, учињено. Нама, међутим, недостаје довољно снажна аргументација у прилог оваквог става. Најпре, у обавезивању одређеног лица да се уздржи од одређених аката (на шта га и императивна одредба иначе обавезује) не налазимо повреду начела савесности и поштења, као једног од основних начела облигационог права. Штавише, из овог начела произлазе обавезе нечињења као споредне и правом признате уговорне обавезе, чак и када нису изричито уговором обухваћене. Исто тако, не учавамо да је титулар једног апсолутног права неморално поступио уколико је уговором обавезао (и на тај начин додатно заштитио своје право) конкретно лице да не чини повреду његовог права конкретном радњом, уз претњу уговорном казном, када он из околности случаја може да наслути да ће до тога доћи, односно да ће се повреда поновити.

Осим тога, у оцени допуштености оваквог уговарања не треба занемарити чињеницу да обавезивање друге стране на нечињење које је обезбеђено уговорном казном није једнострано, већ резултат сагласне изјаве воље обеју страна. Разумљиво, у случају да је воља дужника манљива, или је поверилац злоупотребио своју монополску (или уопште доми-

---

44 О. Антић, 218. С. Перовић сматра да у појам јавног поретка улазе и императивне норме. С. Перовић, 171

45 „Уопштена формула ове установе треба да изрази и њену, у извесном смислу, релативност, односно могућност њене промене, адаптације па чак и трансформације сходно промењеним друштвеним потребама и захтевима.“ С. Перовић, 168.

46 С. Перовић, 168.



нантну) позицију, пуноважност уговора о императивном нечињењу обезбеђеног уговорном казном могла би да буде доведена у питање.

Исто тако, уколико би такав уговорни однос био двостранообавезујући, односно уколико би титулар неког апсолутног права дужнику обавезе нечињења обећао неку противчинидбу, нпр. плаћање одређеног новчаног износа, тада би такође могла да буде угрожена правна ваљаност овакве облигације. Разлог томе није природа обећаног нечињења, већ неморалност или изричита забрана такве противпрестације, проистекла из бојазни да би се дужник могао неосновано богатити. Пуноважност би, заправо, била угрожена због недопуштене каузе правног посла.

### 3. Да ли су негативне облигације противне добрим обичајима?

Добри обичаји такође представљају неписана правила понашања настала спонтано дуготрајним понављањем, која су у једној друштвеној заједници постала општеприхваћена.<sup>47</sup> С обзиром на то да обичајна правила не представљају извор права, стране у облигационим односима нису ни дужне да их се придржавају. Но, они могу да буду правнорелевантни када се законска норма на њих позива.<sup>48</sup>

У правној теорији је владајуће схватање да упућивање законодавца на примену обичаја сврстава ова правила понашања у секундарне или посредне изворе права.<sup>49</sup> Водинелић, насупрот томе, обичаје сматра правнорелевантним чињеницама које је потребно утврдити, уколико то законодавац предвиђа у примени одређене норме, због чега обичајно правило постаје обавезно по сили закона.<sup>50</sup> Разлика између ова два схватања има практични значај. Наиме, уколико би се обичајно правило сматрало макар секундарним извором права, суд би морао по службеној дужности да познаје његову садржину. У супротном, постојање обичаја, као и његова садржина, има се утврђивати као чињеница од које зависи примена законске норме. Други приступ нам се намеће као неспоран, имајући у виду да наш правни систем припада континентално-европском правном кругу.<sup>51</sup> Следствено, оцена пуноважности уговора којем се једна страна обавезује на нечињење на које је законом већ обавезан, зависила би од одговора на два питања: да ли постоји такав обичај и да ли је такав обичај добар?

47 О. Антић, 219.

48 Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2010, 180.

49 *Ibidem*.

50 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 111.

51 В. Водинелић, *Уводне теме*, 118; Д. Николић, 25.

С обзиром на то да терет доказивања пада на страну која тврди постојање неке чињенице, у одсуству сазнања о супротном, узимамо да такав обичај не постоји. Разлог томе, додуше, налазимо у чињеници да нечињење које би могло да буде уговорна престација, већ јесте законска обавеза. Уздржавање, дакле, које свакако постоји, није спонтано, већ је резултат поштовања законских норми. Уколико имамо у виду само нечињење, као образац понашања (правила), можемо да тврдимо да оно постоји, али не као спонтано уздржавање или трпљење, већ као резултат поштовања законских норми. Супротно поступање, односно чињење насупрот законској обавези нечињења није сфера обичаја, већ права. У конкретном случају, то може да значи или повреду права (када је оно предузето без сагласности титулара) или акт правног промета (када се титулар права са конкретним чињењем сагласио). Када нема чињенице (обичаја), не можемо ни да говоримо о томе да му је противан.

Друго је питање да ли би се једно такво уговарање сматрало добрим, јер да би се уопште могло понављати (и постати обичај) мора се једном поставити као правило понашања.<sup>52</sup>

Када је један обичај добар, а када не, јесте, међутим, правно питање које суд цени за сваки конкретан случај. При том се првенствено води владајућим моралним схватањима друштва, о чему смо већ расправљали у оквиру оцене противности јавном поретку. Овде бисмо, стога, могли само да поновимо изнесени закључак: уговор, као инструмент остваривања захтева за пропуштање већ садржаног у законским нормама, има истоветан циљ: отклањање бојазни да ће до повреде права или правног интереса доћи. Следствено, уговор који би за предмет имао (императивно) нечињење може се сматрати добрим. Штавише, и корисним, јер би се тиме донекле растеретио механизам принудног остваривања захтева за пропуштање. Разумљиво, апсолутноправни и релативноправни захтеви се не могу кумулирати поводом исте радње повреде.

#### 4. Кауза негативне облигације

Оцена допуштености уговарања негативне облигације не би се могла сматрати потпуном уколико не узмемо у обзир и питање допуштености правног циља, без којег уговор не би био пуноважан.

---

52 Осим тога, обичаји нису једном за свагда дата правила понашања у одређеним ситуацијама. Они су прилагодљиви привредним захтевима, те стога еластични. Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2007, 99.

Примарна функција законских обавеза нечињења јесте отклањање опасности од чињења, због којих признато право или правни интерес не би могло да се врши у пуном обиму.

Када је реч о неспорно допуштеном уговарању нечињења (када дужник иначе има право на чињење), ова функција, разумљиво, изостаје. Штавише, без постојања уговора, поверилац ни нема право да од дужника захтева уздржавање или трпљење. Уговором се, заправо, такав захтев конституише. Правни циљ се тада огледа у користи (или интересу) коју поверилац пропуштањем од стране дужника може да оствари.<sup>53</sup>

Уколико се ове две допуштене сврхе доведу у везу, може се извести закључак да је уговарање законске обавезе пропуштања правно могуће у оним ситуацијама када поверилац има корист од отклањања опасности да ће се поступити супротно (законом) прописаном. Тако, када постоји конкретна опасност (а најчешће се огледа у чињеници да је повреда већ учињена и извесно је да ће доћи до понављања радње) да ће титулару права бити нанесена штета противправним чињењем одређеног лица, делотворну правну заштиту је могуће остварити закључивањем уговора. Тада (општи) захтев да се (сва) лица уздрже од чињења постаје захтев да се одређено лице понаша на жељени начин. Таква диспозиција титулара је, наравно, могућа само у оним случајевима у којима он може да оптира између судске и вансудске заштите повређеног права. Другим речима, уговарање законске обавезе нечињења би се сматрало допуштеним онда када титулар може слободно да располаже својим правом, односно када је захтев за пропуштање преносив. Уговорна дисциплина, па тиме и очување супстанце права повериоца може се постићи само наметањем извесне обавезе, односно притиска. Свакако да је уговорна казна за то најпогодније средство, због чега она представља битан елемент дејствујуће формалне опомене (*Abmahnung*-а) немачког права.<sup>54</sup>

С друге стране, када је реч о дужнику обавезе, кауза обавезивања лежи у околности да је он својим чињењем себе довео у позицију лица одговорног за наступелу повреду. Понуда титулара права која се састоји у обавезивању на плаћање уговорне казне уколико до поновљене повреде дође, за дужника представља погодност утолико што се дата понуда може схватити као знак да је поверилац одустао од позивања на одговорност у грађанском судском поступку. Исто тако, уколико поверилац у неком каснијем моменту ипак покрене судски спор због повреде која је претходи-

53 J. Fritzsche, 25 и 734.

54 J. Fritzsche, 736.

ла уговарању казне, дужник би могао његов захтев одбити управо из разлога постојања уговора. Накнадно позивање на одговорност, заправо, указује на несавесност титулара у ситуацији када дужник поступа сагласно датом обећању.

## V Закључак

Обавеза на уздржавање или трпљење (пропуштање) најчешће потиче из закона и стоји наспрам истоветног захтева титулара неког апсолутног права. У појединим ситуацијама, одређено лице може да има правом признат интерес (или корист) да се други уздржи или трпи радњу коју иначе има право да предузме. Правни оквир остварења допуштеног интереса јесте уговор којим се, заправо, дужник пропуштања обавезује да таква чињења неће предузимати. Истовремено, поверилац таквим уговором конституише за себе једно право, захтев за пропуштањем, који не би могао принудним путем другачије реализовати. Стога је допуштеност оваквих располагања неспорна.

Међутим, када је реч о законским обавезама нечињења, њихово принудно испуњење титулара захтева доводи у неповољну позицију, бар у оној мери која се тиче одговорности одређеног субјекта. Наиме, посредне последице повреде, које за титулара могу да буду значајне, нарочито када је реч о неовлашћеном искоришћавању интелектуалноправних добара, нису обухваћене његовом одговорношћу. Стога је интерес титулара да своје право додатно обезбеди. У пословној пракси Немачке, коју смо тек илустративно кроз судске одлуке изложили, то се чини најчешће путем уговора којим се друга страна обавезује да неће предузимати одређене радње и да ће, у противном, плаћати новчану казну.

У нашем праву, према владајућем становишту, такво уговарање није могуће. Стога смо настојали да у раду преиспитамо постојеће схватање с аспекта домаћег уговорног права, а закључак који нам се намеће јесте да законска обавеза нечињења (односно садржински истоветна) као предмет уговора не мора *a priori* да доведе до његове неважности.

**Sanja RADOVANOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law of University Novi Sad**

## **LEGAL OBLIGATION ON OMISSION AS AN OBJECT OF THE CONTRACT IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW**

### **Summary**

*Analysis of this work is focused on the question whether a contractual obligation of omission can be legally identical to statutory one. This is not much debated in domestic civil law theory, primarily because the negative response has already imposed by nature. If a conflict of absolute and relative rights gives priority to absolute one, why should such, priority right, erupted into a contractual relationship? Developed commercial practice, however, in these contracts find ensuring the protection of their own rights and interests: if there is a violation of exclusive rights, usually regarding the Intellectual Property (although such contracting is present in Trade law as well), rightholder send to infringer a formal notification (Abmahnung in German law) and warn not to repeat injuries, and if it does happen, he will be obliged to pay to the rightholder a certain amount as a contractual penalty (Vertragsstrafe in German law). Bearing in mind that such a contract include, in terms of content, the same obligation of omission as in statutory provisions, which is inadmissible in the opinion of our legal theory, we tried to look at the problem of validity of such a commitment by the general rules of contract law.*

**Key words:** *negative obligations, formal warning, contractual penalty, legal obligation on omission, freedom of contract, limitation of freedom of contract.*

Др Соња ЛУЧИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ОДГОВОРНОСТ ВЛАСНИКА ОТВОРЕНЕ БЕЖИЧНЕ МРЕЖЕ ЗА ПОВРЕДУ АУТОРСКОГ И СРОДНОГ ПРАВА

### Резиме

*Масовно коришћење електронских комуникација и нових мрежних технологија довело је до широке понуде различитих дигиталних садржаја. Међу тим садржајима посебно место имају они који уживају ауторскоправну заштиту. У таквим условима се поставља питање одговорности даваоца услуга информатичког друштва за повреду ауторског и сродних права, посебно када је реч о даваоцима услуга чијим посредством се остварује комуникација корисника мрежних услуга. Аутор у раду, у светлу новије праксе Суда правде ЕУ, анализира одговорност посредничке „mere conduit“ услуге приступа интернету, чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права.*

**Кључне речи:** слобода пружања услуга информатичког друштва, ограничење одговорности даваоца услуга који је само преносник, повреда ауторског и сродних права коју су починиле треће особе, судски налог којим се налаже обавеза заштите приступа интернету лозинком, Директива 2000/31.

### І Увод

Ретко која технолошка иновација је променила и константно мења људске потребе као интернет. Ова мрежа омогућава комуникацију и размену информација на планетарном нивоу. Међутим, нове технологије отварају могућност за бројне злоупотребе, између осталог и у облику повреде ауторског и сродног права. Носиоци права предузимају мере против интернет страница које вређају ауторска права. Међутим, особе које се налазе иза тих страница често делују не само ван једне земље, него и ван Европске уније или скривају свој идентитет. Из тог разлога носиоци права делују против пружалаца приступа интернету, како би им суд на-

ложио блокирање приступа интернет страни која крши њихова права. Приступ интернету се онемогућава блокадом IP адресе или путем DNS блокаде. У случају блокаде IP адресе пружалац приступа престаје да преноси захтеве који су послати према блокираној IP адреси. DNS блокаде односе се, пак, на имена домена које корисници употребљавају уместо IP адреса којима је тешко управљати. DNS сервери, којима управљају пружаоци приступа, преводе имена домена у IP адресе. У случају DNS блокаде онемогућава се тај превод.

У Европској унији је Директивом 2001/29 успостављен посебан систем за заштиту ауторског права у информатичком друштву. Ова Директива, између осталог, прописује да државе чланице морају предвидети примерене санкције и правна средства у односу на повреде права и обавезе које су њоме одређене, као и да морају осигурати носиоцима права могућност подношења захтева за издавање судског налога против посредника „чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права“.<sup>1</sup> Осим тога, државе чланице су на основу Директиве 2004/48 дужне прописати поштене, правичне, ефикасне, сразмерне и одвраћајуће мере ради осигурања поштовања права интелектуалне својине, које такође обухватају судске налоге.<sup>2</sup> Такође, од значаја су и одредбе Директиве 2000/31 која у чл. 12-15 регулише одговорност посредних пружалаца услуга на подручју електронске трговине.

Суд правде ЕУ је имао прилику да развије богату судску праксу на подручју заштите ауторског права на интернету. Овај Суд је, између осталог, у неколико одлука имао прилику да одлучује о питању улоге посредника чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског права у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29. Тако је у предмету C-557/07 Суд одлучио да „субјект, који корисницима пружа само приступ интернету, а не нуди друге услуге, као што су, пре свега, услуге електронске поште, преузимања или дељења датотека, и који не спроводи ни правну, ни чињеничну контролу коришћених услуга, треба сматрати посредником у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29“.<sup>3</sup> Овакву пресуду Суд је образложио наводећи да субјект пружа клијенту услугу коју трећа страна може употребити за повреду ауторског права. Овакво тумачење чл. 8, ст. 3. Дирек-

---

1 Директива 2001/29, чл. 8, ст. 3.

2 Директива 2004/48, чл. 3, 11.

3 Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-557/07>.

тиве 2001/29 Суд је још једном потврдио у пресуди у предмету C-70/10.<sup>4</sup> У овој пресуди Суд је одлучио да према чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29 и чл. 11. Директиве 2004/48 носиоци права интелектуалне својине могу затражити издавање судског налога против посредника, као нпр. пружаоци приступа интернету, не само ради престанка већ учињених повреда, него и ради превенције нових повреда. На исти начин су и оператери платформи социјалних мрежа на интернету обухваћени појмом посредника у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29.<sup>5</sup> Суд у Луксембургу је, дакле, више пута потврдио да пружаоце приступа интернету треба сматрати посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског или сродног права у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29, на које се, дакле, може односити судски налог у смислу исте одредбе. Међутим, нејасно је, да ли је допуштено да се од пословног субјекта који у оквиру своје делатности користи бежичну локалну мрежу с приступом интернету, а која је отворена јавности и бесплатна, на темељу судског налога захтевати да лозинком заштити приступ својој мрежи. Ово питање је проблематика спора који ће бити анализиран у даљем делу рада.

## II Чињенично стање у главном поступку и претходна питања

Тобијас Мекфаден је власник продавнице аудио опреме. Он користи бежичну локалну мрежу нудећи, у близини своје продавнице, бесплатни и анонимни приступ интернету. Како би омогућио тај приступ интернету, Мекфаден користи услуге телекомуникацијског предузећа. Приступ тој мрежи био је намерно незаштићен са циљем да привуче пажњу клијената суседних трговина и пролазника. Почетком септембра 2010. године Мекфаден је изменио назив своје мреже из „mcfadden.de“ у „freiheitstattangst.de“ ( у преводу: слобода уместо страха), како би изразио подршку заштити личних података и противљење претераном државном надзору.

У истом периоду на интернету је путем бежичне локалне мреже коју користи Мекфаден јавности стављено на бесплатно располагање музичко дело без овлашћења носиоца права. *Sony Music* је произвођач фонограма тог дела. Мекфаден је сматрао да није починио повреду права,

---

4 Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-70/10>.

5 Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-360/10. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-360/10&language=EN>.



али није могао искључити могућност да је повреду извршио један од корисника његове мреже.

Дописом од 29. октобра 2010. године, *Sony Music* је опомену Мекфадена да поштује његова права на наведени фонограм. Након те опомене, Мекфаден је пред судом који је упутио захтев поднео негативну деклараторну тужбу. Одговарајући на тужбу, *Sony Music* је поднео више против захтева којима се од Мекфадена првенствено захтева исплата штете на темељу његове непосредне одговорности за повреду права *Sony Music*-а на наведеном фонограму. Осим тога, захтевано је и окончање повреде нанесене правима *Sony Music*-а под претњом новчане казне, као и накнада његових трошкова слања опомене и трошкова поступка. Почетком јануара 2014. године донета је пресуда због изостанка Мекфадена у корист *Sony Music*-а.

Мекфаден је поднео приговор против те пресуде, навевши да је ослобођен одговорности на темељу прописа немачког права који су преузети из чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31.

У оквиру поступка по приговору, *Sony Music* је затражио да се потврди наведена пресуда и да у случају да надлежни суд не утврди непосредну одговорност Мекфадена, њему буде наложена накнада штете на темељу немачке судске праксе која се односи на посредну одговорност корисника бежичне локалне мреже из разлога што није предузео мере заштите своје бежичне локалне мреже, чиме је омогућио трећим лицима да повреди права *Sony Music*-а.

Надлежни суд је одлучио да прекине поступак који је покренут пред њим и обратио се Суду у Луксембургу. Наиме, у свом захтеву за претходно одлучивање немачки суд је навео да је склон да утврди да повреду права *Sony Music*-а није починио непосредно Мекфаден, већ непознати корисник његове бежичне локалне мреже. Ипак, овај суд је у поступку Мекфадена препознао посредну одговорност због тога што он није заштитио мрежу, чиме је омогућио анонимно чињење те повреде. Ипак, надлежни Регионални суд у Минхену је имао дилему да ли чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31, који је пренесен у немачки Закона о електронским медијима искључује сваки облик одговорности Мекфадена.

У тим околностима Регионални суд у Минхену је у свом захтеву суду у Луксембургу поставио више питања. Наиме, овај суд је пре свега хтео да сазна да ли пословни субјект који у оквиру своје делатности користи бежичну локалну мрежу с приступом интернету, која је отворена

јавности и бесплатна, пружа услугу информатичког друштва у смислу Директиве 2000/31. Такође, суд је хтео да сазна у којој је мери ограничена његова одговорност за повреде ауторског права које су починили трећи корисници, и може ли се од таквог корисника јавне бежичне мреже на темељу судског налога захтевати да лозинком заштити приступ својој мрежи.

### III Област примене чл. 12. Директиве 2000/31

Општи оквир за одговорност интернет провајдера садржан је у чл. 12-14 Директиве о електронској трговини, који прописују три услова под којима се интернет провајдер не може сматрати одговорним за повреде права које учини треће лице користећи његове услуге. Према чл. 12. ове Директиве провајдер који само преноси информације или обезбеђује приступ мрежи и који а) не иницира пренос, б) не бира примаоца преноса и ц) не бира и не мења информације садржане у преносу, не може се сматрати одговорним за такву информацију. Такве информације могу бити и у облику дигиталних дела заштићених ауторским правима. Одговорност је, такође, искључена у случају дугорочног или трајног складиштења података на серверу (хостинг), као и у случају аутоматског, привременог и пролазног смештаја информација, под условом да је сврха складиштења да се повећа ефикасност преноса тих информација.<sup>6</sup> Да би могао да се ослободи од одговорности у смислу чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини, Мекфаден као оператер бежичне мреже преко које су песме могле илегално да се преузму, треба да се квалификује као интернет провајдер. Директива о електронској трговини не дефинише појам услуге информатичког друштва. Међутим, Директива 98/48 у чл. 1(2) прописује да је услуга информатичког друштва свака услуга која се обично пружа уз накнаду, на даљину, електронским средствима и на лични захтев примаоца услуга. У спорном случају, Мекфаден није испунио један критеријум из ове дефиниције, тј. није понудио своје услуге уз надокнаду. Међутим, из раније праксе Суда правде произилази да накнаду за услугу коју је пружио субјект у оквиру своје привредне делатности не плаћају нужно особе које су њени корисници. То посебно важи када се услуга бесплатно пружа у сврху оглашавања робе или услуга које се нуде, с обзиром на то да је трошак те активности садржан у продајној цени ро-

6 Eva Inés Obergefell, „Gerichtlich verordneter Passwortschutz für WLAN-Hotspots – Zur Reichweite der Access Provider – Privilegierung von kommerziellen WLAN-anbietern“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 48/2016, 3490.

бе или услуга.<sup>7</sup> Имајући то у виду, Суд је у предметном спору закључио да услуга коју пружа корисник комуникацијске мреже и која се састоји у томе да се та мрежа ставља на бесплатно располагање јавности, представља „услугу информатичког друштва“, под условом да се та услуга врши у сврху оглашавања робе или услуга које се нуде.

Директива 2000/31, дакле, ограничава грађанску одговорност посредника, искључујући сваку тужбу за накнаду штете која се темељи на било ком облику грађанске одговорности. Са друге стране, обавеза држава чланица ЕУ да предвиде судски налог против посредног пружаоца услуга произлази из чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29. Могућност да се изда судски налог посреднику, који пружа приступ интернету и чије услуге користи трећа особа вређајући туђе ауторско или сродно право, произлази и из праксе Суда правде ЕУ.<sup>8</sup>

У предметном случају Суд правде ЕУ је чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31 протумачио у смислу да носилац ауторског или сродног права који је претрпео штету услед повреде свог права, не може захтевати накнаду штете од пружаоца приступа интернету, због тога што су трећа лица користећи тај приступ повредила његово право. Осим тога, носилац права не може захтевати ни накнаду трошкова слања опомене или судских трошкова насталих поводом захтева за накнаду штете. С друге стране, Суд је заузео став да носилац права може захтевати спречавање наставка повреде, као и покриће трошкова слања опомене и судских трошкова од пружаоца приступа комуникацијској мрежи чије су услуге биле коришћене за чињење те повреде, под условом да се ти захтеви односе на или следе након изрицања налога од стране националног суда или другог надлежног органа којим се том даваоцу услуга забрањује омогућавање наставка повреде права.

Суд правде ЕУ је у вези са постављеним питањима, такође, заузео став да не постоје сметње за доношење судског налога којим се пружаоцу приступа комуникацијској мрежи, под претњом новчане казне, налаже да заштити своју бежичну мрежу и „детектује“ сваког поједунца који се прикључује на његову мрежу, како би тај појединац могао да сноси одговорност за повреду ауторског или сродног права.

7 Вид. Пресуду Суда правде ЕУ у предметима: С-291/13 и С-191/97.

8 Вид. Пресуду Суда правде ЕУ у предметима: С-70/10, С-360/10 и С-314/12.

#### IV Заштита WI-FI мреже лозинком

Пресуда Суда правде ЕУ у случају *McFadden/Sony Music* је донета дан након што је Европска комисија објавила пројекат подршке отворене бежичне мреже на јавним местима.<sup>9</sup> WI-FI мрежа је бежична локална мрежа. Власник WI-FI мреже има потпуну контролу над њом: може променити име мреже, лозинку, број повезаних корисника, омогућити или онемогућити размену информација међу корисницима, и многе друге могућности. Са друге стране, интернет повезује много локалних мрежа преко рутера. Корисници, по правилу, не могу контролисати интернет везу.

Једно од питања на које је Суд у Луксембургу требао да протумачи односи се на дилему да ли су мере попут прекида интернет везе, њена заштита лозинком или надзор свих комуникација пренесених том везом усклађене са Директивом 2000/31. У својој ранијој пракси, Суд је пресудио да се релевантним одредбама 2001/29 и 2000/31, с обзиром на темељна права која се примењују, противи судски налог насловљен на даваоца услуге приступа интернету да успостави систем филтрирања у превентивне сврхе, који се примењује на све електронске комуникације са свим његовим клијентима и који искључиво он плаћа.<sup>10</sup> Имајући то у виду, Суд је у анализираном случају заузео став да налог да се искључи интернет веза очигледно није у складу са захтевом праведне равнотеже између темељних права, јер задире у битан садржај права на слободу предузетништва. Осим тога, таква мера је супротна чл. 3. Директиве 2004/48, на темељу које суд који је издао судски налог мора пазити да предузете мере не стварају препреку законитој трговини.

Што се тиче праћења свих пренесених информација, таква мера мора, по мишљењу Суда, бити искључена као супротна чл. 15, ст. 1. Директиве 2000/31 који забрањује, између осталог, да се пружаоцима приступа комуникацијској мрежи наметне општа обвеза праћења информација које преносе. Са друге стране, Суд је сматрао да меру чији је циљ заштита интернет везе путем лозинке треба сматрати нужном за осигурање делотворне заштите основног права на заштиту интелектуалног власништва.

Могућност да се судским налогом наложи власнику отворене бежичне мреже да лозинком заштити приступ тој мрежи, у циљу заштите ауторског или сродног права, проблематична је из више разлога. Наиме,

9 Reto Mantz, „Rechtssicherheit für WLAN? – Die Haftung des WLAN-Betreibers und das *McFadden-Urteil* des EuGH“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21/2016, 817.

10 Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-70/10.

увођење обавезе заштите може да доведе у питање пословање предузећа, која акцесорно уз своје остале делатности нуде приступ интернету. Наиме, постоји могућност да одређена предузећа одустану од те додатне услуге, ако би она претпостављала улагања и прописана ограничења везана за заштиту мреже и управљање корисницима. С друге стране, одређени корисници те услуге, као на пример клијенти ресторана брзе хране или трговине, могу да одустану од њеног коришћења, ако би она укључивала обавезу идентификације приликом уношења лозинке. Наметање обавезе заштите бежичне мреже за особе које користе ту мрежу како би пружиле приступ интернету својим клијентима и јавности значи да морају идентификовати кориснике и похранити њихове податке. Обавеза регистрације корисника и похрањивања приватних података спадају, пак, у прописе о делатности телекомуникацијских оператера и других даваоца услуга приступа интернету.<sup>11</sup> Налагање таквих административних ограничења чини нам се непропорционалним када се ради о особама које својим клијентима и потенцијалним клијентима предлажу приступ интернету путем бежичне мреже, на акцесоран начин у односу на њихову главну делатност. У оквиру вођења поступака против повреде ауторског или сродног права, заштита мреже није сама себи циљ, већ само представља претходну меру која омогућава кориснику да извршава одређени надзор над активностима везаним за ту мрежу. Стога је додела активне и превентивне улоге посредним даваоцима услуга супротна њиховом посебном статусу, које штити Директива 2000/31.

## V Закључак

Директива о електронској трговини заступа хоризонтални режим одговорности, што значи да се одредбе о органичењу од одговорности примењују на све врсте повреда. Директива уводи такозвани режим „сигурних лука“ по коме пружалац услуга информационог друштва, који на одређени начин наступа на итнеренту, тј. испуњава услове из чланова 12–14 Директиве, није обавезан да врши претходни мониторинг садржаја који преноси, односно складишти, нити је дужан да активно тражи чињенице које указују на противзаконите активности.<sup>12</sup>

---

11 Gerald Spindler, „Die neue Providerhaftung für WLANs – Deutsche Störerhaftung adé?“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 34/2016, 2451.

12 О режиму тзв. „сигурних лука“ више у Јелена Ђеранић, „Одговорност интернет посредника за повреду жига у праву Европске уније“, *Право и привреда*, 7-9/2016, 413-427.

Наиме Директива предвиђа да је од одговорности за нелегалност садржаја изузет сваки пружалац услуге који врши чист технички пренос података, привремено складиштење података и трајно складиштење података. Иако Директива регулише питање ограничења од одговорности, она не регулише питање сазнања за нелегалан садржај и процедуре скидања - онемогућавања спорног садржаја. Тиме су ова питања препуштена земљама чланицама да их регулишу својим националним прописима.

Суд правде ЕУ имао је прилику да у случају *McFadden/Sony* одговори на низ спорних питања која се односе на одговорност власника отворене WI-FI мреже. Пресуда Суда правде ЕУ у овом случају великим делом је донета у корист власника отворених WI-FI мрежа. Наиме, Суд је у пресуди истакао да прављење отворене WI-FI мреже доступне јавности, са циљем да се привуку нове муштерије, је „услуга информатичког друштва“. Суд је, такође, истакао да власник отворене WI-FI мреже не одговара за повреду ауторског или сродног права коју учини треће лице користећи његову мрежу. За изузимање од одговорности морају бити испуњени следећи услови: а) власник отворене WI-FI мреже није иницирао процес преноса података; б) власник није одабрао примаоца преноса; в) власник није користио, ни модификовао информације које садрже пренос података. Са друге стране, провајдери морају лозинком да заштите своју мрежу, ако им се укаже на кршење ауторских права са њихове адресе. Такође, корисници који користе мрежу морају да открију свој идентитет како би добили приступ мрежи, све у циљу спречавања кршења ауторских права, односно лакше утврђивање одговорности.

Анализираном пресудом доводи се у питање реализација плана Европске комисије да се до 2020. године омогући бесплатан WI-FI на јавним местима. Наиме, Европска комисија је своју иницијативу бесплатног интернета презентовала тако да ће приступ интернету бити могућ без лозинке. Суд правде ЕУ је у својој пресуди, пак, признао право власника ауторског или сродног права да траже заштиту лозинком отворене WI-FI мреже. Пресуда Суда правде ЕУ, такође, не иде у прилог ни онима који воде рачуна о својој приватности приликом коришћења отворених мрежа.

Српски Закон о електронској трговини у великој мери је усклађен са Директивом о електронској трговини.<sup>13</sup> Имајући у виду да информационе технологије постају саставни део сваке животне сфере, њихово регулисање не може бити препуштено само једном закону. У том смислу су

---

13 Закон о електронској трговини, *Сл. гласник РС*, 41/2009 и 95/2013.

драгоцена искуства земаља чланица ЕУ, пре свега пракса Суда правде ЕУ и националних судова земаља чланица.

**Sonja LUČIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of law University of Kragujevac

## LIABILITY FOR OPERATORS OF OPEN WI-FI NETWORK FOR INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

### Summary

*A provider that offers free unprotected Wi-Fi should not be held responsible when their users use the service to infringe copyright. This is according to the Court of Justice of the European Union (CJEU) in case McFadden/Sony. The CJEU found that the provider may be able to rely on the "mere conduit" defence against liability in the E-commerce Directive. In contrast to an internet website host, a Wi-Fi provider normally doesn't store any information (such as copyright works) of a more permanent nature. For example, the downloading of a film is not normally continued for any length of time and, after having transmitted the information, the Wi-Fi provider no longer has any control over that information. A Wi-Fi-provider is simply not in a position to take action to remove certain information or disable access to it at a later time.*

*In addition, the CJEU concluded that a national court could order a provider of free Wi-Fi to take steps to prevent the infringement through password protected accounts and obtaining user identity information. In this decision the CJEU has struck a balance between the interests of copyright holders and other fundamental rights, especially in relation to the right of freedom to conduct a business and the right of others to information. As pointed out by the CJEU, when several fundamental rights protected under EU law are at stake, it is for the national authorities or courts concerned to ensure that a fair balance is struck between those rights.*

*One controversial aspect is that a court may issue an injunction requiring a Wi-Fi provider to password protect its network, but the CJEU has stated that password protection is an effective measure only if the user is required to provide identity details to the Wi-Fi provider so that the user cannot act anonymously. However, a provider may not try to obtain users' identity details by mandatory means. That would interfere with users' right to privacy (Art. 7*

*EU Charter of Fundamental Rights) and potentially the right to protect personal data (Art. 8 EU Charter of Fundamental Rights).*

**Key words:** *free movement of information society services, limitation of liability of a provider of 'mere conduit' services, infringement of copyright and related rights by third-party users, injunction entailing an obligation to password – protect an Internet connection, Directive 2000/31/EC.*



**Др Јелена ЂЕРАНИЋ**

доцент Правног факултета Универзитета у Бања Луци

виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду

## ПЕРСПЕКТИВЕ УНИТАРНЕ ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ НАКОН БРЕКСИТА

### Резиме

*Након што је Уједињено Краљевство (УК) на референдуму одржаном у јуну 2016. године одлучило да изађе из ЕУ, перспективе унитарне патентне заштите су неизвесне. Унитарни патентни пакет, усвојен у децембру 2012. године, још није почео да се примењује. Ступање на снагу Споразума о Јединственом патентном суду (СЈПС) и две уредбе о унитарној патентној заштити, чији је почетак примене везан за ступање на снагу СЈПС, условљено је ратификацијом најмање тринаест држава, укључујући Немачку, УК и Француску. УК је првобитно одложило ратификацију како би сачекало исход референдума. Упркос резултатима референдума, УК је у новембру 2016. године најавило да је вољно да настави са ратификацијом. Међутим, питање је да ли је она и даље правно могућа. Сваки облик учешћа УК у унитарном патентном пакету подразумева измене и допуне СЈПС и пратеће међународне споразуме између ЕУ и УК. У оквиру дискусије о могућностима учешћа УК, као државе која није чланица ЕУ, у унитарној патентној заштити искристалисала су се три питања: најпре учешће УК у материјалном патентном праву на основу Уредбе о унитарној патентној заштити; затим учешће у систему решавања патентних спорова на основу СЈПС; и на послетку, подобност Лондона да буде седиште једне од три централне јединице ЈПС.*

**Кључне речи:** унитарни патент, Јединствени патентни суд, Европска унија, Брексит, Уједињено Краљевство.

### I Уводне напомене

На референдуму одржаном у јуну 2016. године, Уједињено Краљевство (УК) се изјаснило за излазак из Европске уније. Овакав исход референдума имаће последице на све политике ЕУ, па тако и на унитарну патентну заштиту која још није почела да се примењује.

Значај успостављања јединственог система заштите проналазака на тлу Европских заједница препознат је одмах по њиховом оснивању, још педесетих година прошлог века. Ипак, услед неслагања између држава чланица ЕЗ/ЕУ у вези са неким аспектима заштите, рад у овој области се одужио. Најзад, дана 11. децембра 2012, усвојен је тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите (УУПЗ),<sup>1</sup> Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (УУПЗП)<sup>2</sup> и Споразума о Јединственом патентном суду (СЈПС).<sup>3</sup>

Уредбе су објављене 31. децембра 2012. године у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. године. Почеће да се примењују од 1. јануара 2014. године или од датума ступања на снагу СЈПС,<sup>4</sup> у зависности од тога који од та два датума наступи касније. Што се СЈПС тиче, предвиђено је да ће он ступити на снагу када га ратификује најмање тринаест држава, укључујући Француску, Немачку и УК.

Након одлуке УК да изађе из ЕУ, ступање на снагу СЈПС, као и Уредби о унитарној патентној заштити чије је ступање на снагу условљено ступањем на снагу СЈПС, сасвим је неизвесно. Наиме, УК је првобитно одложило ратификацију Споразума како би сачекало исход референдума. Међутим, упркос резултатима референдума, УК је у новембру 2016. године најавило да је вољно да настави са ратификацијом. Да ли је та изјава само „празно обећање“, а чак и да није, да ли је ратификација и даље правно могућа и да ли се њоме може „спасити“ унитарни патентни пакет не може се у овом тренутку са сигурношћу тврдити. У сваком случају, од

---

1 Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

2 Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. године о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

3 Споразум о Јединственом патентном суду, доступан на: <http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf>, 22. март 2017.

4 Јединствени патентни суд успостављен је међународним споразумом који је 19. фебруара 2013. потписало 25 држава чланица ЕУ. Нису га потписале Шпанија, Пољска и Хрватска. Иако су преговори о оснивању ЈПС-а вођени под окриљем Савета министара ЕУ, Споразум је закључен изван правног оквира ЕУ. Овај споразум представља класичан међународни уговор, те је организационо одвојен и суштински независан од националних судова држава чланица ЕУ.

када се УК изјаснило за излазак из ЕУ, научна и стручна јавност покушава оцени последице Брексита на унитарни патентни пакет.<sup>5</sup>

Поступак напуштања ЕУ предвиђен је чланом 50 Уговора о Европској унији (УЕУ) на једноставан и јасан начин. Свака држава чланица може одлучити да се, у складу са својим уставним прописима, повуче из Уније. Она своју намеру саопштава Европском савету. У светлу оријентације Европског савета, Унија преговара и закључује споразум са том државом, којим се утврђује начин њеног повлачења, водећи рачуна о оквиру њених будућих односа са Унијом.

Преговори о овом споразуму воде се у складу са чланом 218, тачка 3. УФЕУ. Сходно томе, забрањене су измене примарног законодавства, тачније, било какве додатне клаузуле договорене са УК које захтевају измене и допуне УЕУ, Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ) или Протокола превазилазиле би оквир успостављен чланом 50. УЕУ и представљале ревизију Уговора, а не споразум о изласку. Уговори престају да се примењују на дотичну државу од дана ступања на снагу споразума о њеном повлачењу или, ако то није наведено, две године после доставе обавештења о повлачењу.

Приликом покушаја да се сагледају перспективе унитарне патентне заштите након Брексита, требало би имати у виду да су генерално могућа два сценирија: с једне стране тзв. „тврди“ Брексит, а с друге тзв. преговарани Брексит.

Иако је пре референдума влада УК тврдила да ће поступак изласка из ЕУ трајати најмање десет година, скорије изјаве указују на намеру да се остане у оквиру рока од две године.<sup>6</sup> Чини се да УК, опредељујући се за двогодишњи рок и потенцијални „тврди“ Брексит, жели да избегне притиске у преговорима са ЕУ. Дакле, УК намерава да „ресетује“ свој инте-

---

5 W. Tilmann, „EPUE-Reg and UPCA after Brexit“, доступно на: <http://eplaw.org/eu-winfried-tilmann-epue-reg-and-upca-after-brexite/>, 25. март 2017; W. Tilmann, „A possible way for non-EU UK to participate in the Unitary Patent and Unified Patent Court?“, доступно на: <http://ipkiten.blogspot.rs/2016/06/a-possible-way-for-non-eu-uk-to.html>, 25. март 2017; W. Hoynig, „Does Brexit mean the end of UPC?“, доступно на: <http://eplaw.org/upc-does-brexite-mean-the-end-of-the-upc/>, 25. март 2017; A. Ohly, „UK will not have to accept the supremacy of EU Law by separate agreement if it ratifies the Unified Patent Court Agreement“, доступно на: <http://kluwerpatentblog.com/2016/11/26/uk-will-not-accept-supremacy-eu-law-separate-agreement-ratifies-unified-patent-court-agreement>, 25. март 2017; T. Jaeger, „Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit“, доступно на: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2884671](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884671), 25. март 2017.

6 T. Jaeger, 15.

грациони статус на нулу, како би касније наставило процес удруживања са ЕУ у (идеалним) околностима, тј. преговарима без пресије. Да ли ће у томе успети или ће, пак, у случају „тврдог“ Брексита тренутни правни притисак заменити економски притисак (пре свега у погледу дефинисања услова трговине са ЕУ) остаје да се види.<sup>7</sup>

У том контексту, овај рад представља покушај да се размотре различита виђења будућности система унитарне патентне заштите, с једне стране у случају „тврдог“ Брексита, а с друге у случају преговараног Брексита.

## II Перспективе унитарне патентне заштите у случају „тврдог“ Брексита

Уколико се УК определи за „тврди“ Брексит, у погледу патентне заштите проналазака у УК ништа се битно неће променити. УК остаје чланица ЕЗП, који није институција ЕУ, већ независна међународна организација. Дакле, заинтересовани могу да наставе да подносе захтеве за европски патент у коме назначавају УК као једну од земаља у којој желе заштиту. Од тренутка признања европског патента, у начелу, престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент „распада“ на онолики број независних националних патената, колико има земаља чланица КЕП, које је пријавилац у европској пријави назначио као земље у којима жели патентну заштиту за свој проналазак.<sup>8</sup> Другим речима, европски патент постаје сноп националних патената.<sup>9</sup> Тако европски патент у УК подлеже, као и до сада, законодавству УК у погледу свих аспеката заштите (повреде, поништаја, имовинских права итд.).

Ипак, када је реч о споровима у вези са европским патентном, појављује се проблем. Уколико УК изађе из ЕУ, Уредба о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима<sup>10</sup> неће се више примењивати у УК. То значи да ако дође до повреде европског патената у више земаља, укључујући и УК, не може се водити само један судски поступак, јер пресуда суда изван УК неће важити у УК. Исто тако,

7 Т. Jaeger, 16.

8 Вид. Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 318.

9 М. Rees, „Le brevet unique européen et logiciel“, доступно на: <http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm>, 29. март 2017.

10 Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 од 12. децембра 2012. о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 351.

пресуда суда УК неће важити изван УК. Стога ће УК бити принуђено да изнађе неки режим који би наследио поменути уредбу. Једна од могућности је да се УК прикључи Лугано конвенцији. Ипак, како је Европска унија чланица те конвенције, преговори са ЕУ не могу се избећи чак ни у случају „тврдог“ Брексита.

### **III Перспективе унитарне патентне заштите у случају преговараног Брексита**

Уколико одустане од „тврдог“ Брексита, УК ће бити принуђено да преговара са ЕУ. Велики део научне и стручне јавности мишљења је да би требало наћи начина да се УК, уколико жели, омогући останак у оквиру система унитарне патентне заштите.<sup>11</sup> Наравно, сваки облик учешћа УК после Брексита у унитарном патентном пакету захтева измене и допуне СЈПС, као и пратеће међународне споразуме између ЕУ и УК. Мишљења се разликују у погледу обима потребних амандмана.

У оквиру дискусије о учешћу УК у систему унитарне патентне заштите искристалисала су се три питања: најпре учешће УК у материјалном патентном праву на основу УУПЗ; затим учешће у систему решавања патентних спорова на основу СЈПС; и на послетку, подобност Лондона да буде седиште једне од три централне јединице ЈПС.

#### **1. Учешће у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите**

Што се тиче наставка учешћа УК у ближој сарадњи у области успостављања унитарне патентне заштите, почетна претпоставка је да УК, после Брексита, треба да буде изван ове сардање. Унитарни патент осмишљен је као униформно, јединствено право на територији држава чланица ЕУ. Брексит је, пак, дефинисан као крај примене права ЕУ у УК. Сходно томе, УК више не може непосредно да ужива погодности УУПЗ, пошто је она инструмент права ЕУ. Право ЕУ примењује се само на државе чланице ЕУ. Исто тако, механизам ближе сарадње, предвиђен чланом 20. УЕУ, који представља правни оквир за две уредбе о унитарној патентној заштити, отворен је само за државе чланице ЕУ.

Укратко, уколико УК престане да буде држава чланица ЕУ, имаће статус као и свака друга земља која није чланица ЕУ. У контексту патентне заштите, то је правни статус било које чланице КЕП-а која не учествује

11 W. Tilmann; W. Hoyng; A. Ohly; T. Jaeger.

у унитарној патентној заштити. Као што ни друге земље, које нису чланице ЕУ, а јесу КЕП-а, не могу да учествују у успостављању *sui generis* патента за унутрашње тржиште, тако ни УК неће моћи директно да учествује у овој политици ЕУ.

Међутим, сасвим је друго питање да ли дејства УУПЗ могу да се прошире на УК путем међународног споразума. У историји европских интеграција, постоје случајеви проширења дејства законодавства ЕУ на треће земље. Најистакнутији пример је режим управљања границама, познатији као Шенген. Шенгенска сарадња предвиђена је примарним законодавством ЕУ,<sup>12</sup> а спроводи се мерама секундарног законодавства. Дејство овог режима проширено је на неке земаље које нису чланице ЕУ. У појединим случајевима придружени статус експлицитно је предвиђен примарним законодавством ЕУ (Исланд и Норвешка),<sup>13</sup> док у другим, иако не почива на одредбама примарног законодавства, те земље равноправно учествују у примени и развоју правних тековина Шенгена (Литхенштајн и Швајцарска).

На примеру Шенгенске сарадње, може се закључити да право ЕУ не искључује категорички могућност проширења његове директне примене на треће земље. Осим тога, ЕСП истакао је више пута (укључујући и оцену патентног пакета из 2009. године), да свака примена права ЕУ мора бити праћена одговарајућом контролом од стране ЕСП у последњој инстанци (тј. поступком добијања претходног (прелиминарног) мишљења).

У погледу регулаторне технике за проширење примене УУПЗ на УК, постоје предлози да се то може учинити у форми обичног међународног споразума између ЕУ и УК. Конкретно, такав споразум може се посматрати као облик регионалне сарадње у области патената која је предвиђена чланом 142. Конвенције о издавању европских патената (КЕП). На основу члана 142. КЕП-а група земаља уговорница, која предвиди у посебном споразуму да европски патенти признати за те земље имају јединствен карактер на њиховим територијама, може предвидети да европски патенти могу бити признати само заједно за све те земље. Унитарни патент је управо пример примене овог члана.

Циљ позивања на члан 142. КЕП-а је да се превазиђе недостатак правног основа пошто примарно законодавство ЕУ не омогућава проширење патетних тековина на треће земље. На први поглед, позивање на

---

12 УФЕУ, чл. 77.

13 Чл. 6. Протокола бр. 19. на УЕУ и УФЕУ.

КЕП као правни основ за прикључење треће државе може изгледати апсурдно. С обзиром на то да КЕП није правни акт ЕУ, како он може да представља правни основ за посебне аранжмане у вези са применом права ЕУ?<sup>14</sup>

Међутим, Комисија је већ користила ту, условно речено, фикцију и ЕСП ју је одобрио. Наиме, сама УУПЗ је регионални споразум у смислу члана 142. КЕП-а. Тај аргумент је био важан, јер је њиме објашњено зашто сама уредба не садржи одредбе о патентбилности, већ се уместо тога позива на КЕП.

Упркос одобрењу ЕСП-а, фикција заснована на члану 142. КЕП-а правно јесте мањкава. Она меша законодавца ЕУ, тј. Савет, са самим представницима држава чланица у Савету. Пошто ЕУ није чланица КЕП-а, Савет не може закључити регионални споразум у смислу члана 142. КЕП-а. Истовремено, Савет је институција различита од представника држава чланица који су окупљени у Савету. Они би вероватно могли да закључе споразум заснован на члану 142, но такав споразум никада не би имао форму законодавног акта ЕУ – као што је УУПЗ. Чињеница да је ЕСП, ипак, одобрио фикцију засновану на члану 142. може се протумачити као знак признања јаке политичке воље да се, после више деценија, омогући успостављање унитарног патента.<sup>15</sup>

Ако је УУПЗ споразум у смислу члана 142. и стога заснива свој легитимитет на КЕП-у, предлог да би споразум између ЕУ и УК омогућио останак УК у оквиру унитарне патентне заштите може се посматрати као начин да се изађе из Брексит дилеме. Уколико ЕУ, која није чланица КЕП-а, може доносити акте којима се спроводи КЕП, онда она може и изабрати да измени и допуни то законодавство како би укључила и друге чланице КЕП-а које нису у ЕУ. Дакле, на основу споразума између ЕУ и УК у форми Протокола СЈПС могло би се проширити дејство УУПЗ на УК.<sup>16</sup>

На овај начин и друге земље чланице КЕП-а могле би да се укључе у сарадњу у области успостављања унитарне патентне заштите. Из угла кохерентности патентне заштите у Европи, овакво решење се може оценити као позитивно, нарочито имајући у виду тренутну фрагментацију европског патентног пејзажа (како у материјалном, тако и у територијал-

---

14 Т. Jaeger, 18.

15 Т. Jaeger, 19.

16 Т. Jaeger, 19.

ном смислу).<sup>17</sup> Наравно, треће земље би морале да прихвате надлежност ЕСП у вези са тумачењем опсега и применом унитарног патента.

## 2. Учесће у систему решавања патентних спорова на основу СЈПС

Што се тиче СЈПС и система решавања патентних спорова, ситуација је, такође, сложена. И у овом случају, прва реакција је да УК не може учествовати у систему решавања патентних спорова. Иако је СЈПС формално инструмент међународног јавног права, Споразум је отворен само за државе чланице ЕУ. Тако је, бар, Комисија протумачила Мишљење 1/09 ЕСП.<sup>18</sup>

Дакле, уколико се прихвати уско тумачење Мишљења 1/09, нема начина на који би УК могло да остане у систему решавања спорова. Међутим, неко друго, алтернативно тумачење може отворити врата УК у смислу останка унутар овог система. У том случају, и друге државе КЕП-а, које нису чланице ЕУ, могле би да се прикључе систему предвиђеном СЈПС.

17 О фрагментацији европског патентног пејзажа вид. Н. Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012-03, 1–59; N. Mackek, „How 'Unitary' is the Unitary Patent?“, доступно на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2407357](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357), 25. март 2017; Јелена Ђеранић, *Унитарни патент*, Београд, 2015, 129-146.

18 Мишљење 1/09 ЕСП је донео 8. марта 2011. године поводом питања Савета у вези са компатибилношћу Нацрта споразума о суду за европски и унитарни патент са правом ЕУ. ЕСП констатовао је да би предложени Нацрт изменио суштински карактер овлашћења поверених институцијама и државама чланицама Уније, која су неопходна за очување саме природе права ЕУ. Сходно томе, ЕСП је закључио да Нацрт није у складу са правом ЕУ. Иначе, Нацрт је послужио као основ за израду СЈПС. ЕСП је у Мишљењу 1/09 указао на основне принципе права ЕУ који морају да се поштују приликом успостављања судског система. То су:

1. Примат права ЕУ над правима држава чланица и његово директно дејство;
2. Аутономија права ЕУ и искључива улога ЕСП у очувању аутономије;
3. Принцип искрене сарадње у примени и спровођењу права ЕУ;
4. Очување судске заштите појединачних права заснованих на праву ЕУ;
5. Приступ тих појединаца суду где се о правима заснованим на праву ЕУ може пресуђивати с тим да финалну контролу врши ЕСП;
6. Принцип комплетности правног система правних лекова и поступака ЕУ, тако да свака тужба заснована на праву ЕУ може бити поднета било пред националним или судом ЕУ;
7. Принцип да је држава чланица дужна да накнади штету појединцу која је настала услед повреде права ЕУ;
8. Принцип да повреда права ЕУ може бити предмет поступка због повреде пред ЕСП.



Постоји велики број предлога који се односе на то како да се омогући учешће УК у систему патентног правосуђа. Три се издвајају као репрезентативна.

*а) Измена тумачења Мишљења 1/09*

Постоје предлози да се само промени тумачење Мишљења 1/09, без икаквих измена у самом СЈПС. УК је позвано да ратификује СЈПС брзо, док је још чланица ЕУ. У том случају, Брексит неће утицати на позицију УК као члана ЈПС. Уколико УК напусти ЕУ, нигде није написано да треба да напусти и ЈПС. Тачно је да СЈПС не допушта учешће држава које нису чланице ЕУ, али не предвиђа ништа ни за ситуацију у којој држава чланица која је ратификовала СЈПС престане да буде чланица ЕУ.<sup>19</sup>

Међутим, овакав предлог је проблематичан из више разлога.<sup>20</sup> Заснован је на формалности (датуму приступања), а не на суштини (статусу државе као чланице ЕУ или не и опсегу члана 267 УФЕУ).<sup>21</sup> У предлогу се исправно констатује да је широко распрострањена заблуда да ЕСП захтева да само државе чланице ЕУ буду чланице ЈПС. Наиме, ЕСП у Мишљењу 1/09 инсистира само на супрематичности права ЕУ. Међутим, предлог занемарује други значајан принцип на који се ЕСП позива, поред супрематичности и аутономије правног поретка ЕУ, а то је легитимитет.

Примарно законодавство ЕУ успоставило је читав систем за спровођење и примену права ЕУ. Члановима 19. УЕУ и 267. УФЕУ предвиђено је да су национални судови део правног система ЕУ. Док је ЈПС суд држава чланица ЕУ, он је смештен унутар примарног законодавства. Уколико пак ЈПС укључи државе које нису чланице ЕУ, то укључење нема правне основе. Те правне основе би вероватно могле да се креирају, узимајући у обзир ограничења која поставља право ЕУ, приступањем ЕУ Споразуму ЈПС.<sup>22</sup>

*б) Брексит споразум*

Други предлог је да УК настави да учествује у СЈПС на основу Брексит споразума закљученог у складу са чланом 50. УЕУ. ЕСП је, у Ми-

---

19 W. Hoynig, W. Tilman.

20 T. Jaeger, 21.

21 Чланом 267. УФЕУ предвиђено је да је ЕСП надлежан да одлучује, у претходном поступку, о тумачењу ових уговора и валидности и тумачењу аката које су донели институције, органи или тела Уније.

22 T. Jaeger, 21.

шљењу 1/09, истакао да СЈПС може бити закључен једино ако поступак упућивања према члану 267. УФЕУ није угрожен. Чланом 21. СЈПС захтеви из члана 267. УФЕУ су у потпуности испоштовани. Истина је да су према члану 267. УФЕУ само судови држава чланица ЕУ овлашћени да постављају претходна питања, али ЈПС је заједнички суд држава чланица и неће изгубити тај карактер, уколико држава која није чланица ЕУ (УК), а ратификовала је СЈПС док је била чланица ЕУ, настави да учествује у СЈПС након изласка из Уније. Та држава је ратификацијом у потпуности прихватила члан 21. СЈПС и члан 267. УФЕУ. У споразуму о изласку између ЕУ и УК требало би да буде садржана изјава УК у том смислу. Дакле, измене СЈПС биле би извршене захваљујући праву ЕУ које омогућава држави уговорници СЈПС, која је била држава чланица ЕУ, да остане чланица СЈПС.<sup>23</sup>

На основу овог другог предлога захтевана веза између УК (које наставља да учествује у систему ЈПС) и права ЕУ се успоставља упућивањем на СЈПС у међународном споразуму закљученом између УК и ЕУ – Брексит споразуму. Тај споразум би требало да има ефекат укључења СЈПС у право ЕУ путем упућивања на њега. Поменути принципи права ЕУ могу се осигурати само када је СЈПС унутар правног поретка ЕУ и стога његовог система правних лекова.

С обзиром на то да УУПЗ садржи сличну технику упућивањана треће право (право КЕП-а и национално право, које је само делимично хармонизовано на основу СЈПС), чини се оправданим да се техника упућивања прошири и на случај Брексит.<sup>24</sup> Међутим, детаљнија анализа открива да такво упућивање није у складу са принципима легалности и правне сигурности.<sup>25</sup>

УУПЗ не укључује СЈПС директно у област права ЕУ, већ само путем упућивања на национално право.<sup>26</sup> Наравно, национална права су хармонизована на основу СЈПС. Ипак технички, УУПЗ упућује на национално право, а не на међународно право. Функција националног права да попуни правне празнине, остале након хармонизације на основу законодавства ЕУ, је карактеристика правног поретка ЕУ и заправо примена принципа субсидијарности, поверавања овлашћења и процедуралне аутономије. Ово не важи за упућивање на међународне споразуме.

---

23 W. Tilman.

24 W. Tilman.

25 T. Jaeger, 23.

26 УУПЗ, чл. 5, ст. 3.

Укратко, предлог да се дозволи да УК настави да учествује у СЈПС и после Брексита само на основу упућивања у Споразуму Брексит закљученом у складу са чланом 50. није одржив. Такво упућивање не поштује принцип легалности и не укључује СЈПС у правни поредак ЕУ на начин који гарантује очување кључних принципа права ЕУ, а који могу бити повређени променом система решавања спорова заснованих на праву ЕУ.<sup>27</sup>

### *в) Измена СЈПС*

Најпоузданији пут да се омогући учешће УК у оквиру ЈПС је да се сам Споразум измени у смислу да се уклоне одредбе које предвиђају да само државе чланице ЕУ могу да учествују у систему решавања патентних спорова. Речју, могућност отворена Брекситом би требало да се искористи да се отклоне недостаци трапаве измене модела патентног суда из 2009. године (приликом покушаја да се он усклади са Мишљењем 1/09) и да се „врате у игру“ државе које нису чланице ЕУ.<sup>28</sup>

Кључни елемент у вези са легалношћу модела суда није да ли је закључен само између држава чланица ЕУ или не, већ да ли је тај суд овлашћен да примењује право ЕУ директно и ако је тако, под којим условима. Те услове је ЕСП навео у Мишљењу 1/09 (међу њима је и поштовање улоге ЕСП на основу члана 19. УЕУ и сходно томе, аутономија правног поретка ЕУ).

Када су ови услови испуњени, међународни споразум који предвиђа успостављање суда одговорног за тумачење његовог права није, у принципу, у супротности са правом ЕУ. Овлашћења ЕУ у области међународних односа и способност да закључује међународне споразуме подразумева овлашћење да се потчини одлукама суда који је успостављен или одређен тим споразумом у вези са тумачењем или применом његових одредби. Штавише, међународни споразум закључен са трећим земљама може поверити нова судска овлашћења Суду уколико сетиме не мења суштински карактер функције Суда на начин на који је предвиђено у УЕУ и УФЕУ. Суд је, такође, саопштио да међународни споразум може да утиче на његова сопствена овлашћења под условом да су задовољени неопходни услови за очување суштинског карактера тих овлашћења, и сходно томе, нема нежељених последица на аутономију правног поретка ЕУ.<sup>29</sup>

27 Т. Jaeger, 23.

28 Т. Jaeger, 24.

29 Мишљење 1/09 ЕСП, тач. 62, 74 и 75.

Дакле, поновно размишљање о моделу ЈПС не значи одбацити га, већ модификовати неке одредбе како би се осигурала аутономија права ЕУ. Евентуални нови модел би могао да буде сличан ономе који је предложен 2009. године, само уз јачање поштовања поменутих принципа права ЕУ. То се може извести у форми ревизије поступка добијања претходног мишљења или, пак, њеног напуштања и замене директном тужбом ЕСП *ex* патентном суду само за патенте ЕУ.<sup>30</sup>

Правне основе за успостављање потоњег система директних тужби могу се наћи у члану 262. УФЕУ, на основу кога Савет, одлучујући једногласно, у складу са посебним законодавним поступком, и после консултовања Европског парламента, може усвајати одредбе којима, у мери коју он одреди, Суду правде ЕУ додељује надлежности да одлучује у споровима везаним за примену аката усвојених на основу уговора којима се креира европско право у области интелектуалне својине.

Сходно томе, шире тумачење те норме може укључити патентни суд заснован на међународном праву са следственим директним тужбама суду ЕУ. Овакво тумачење може бити одговор на примедбу ЕСП из Мишљења 1/09 да у примарном законодавству ЕУ нема основа за суд заснован на међународном праву, осим уколико се то може подвести под члан 267. УФЕУ. Ако се члан 19. УЕУ и члан 262. УФЕУ читају заједно, они могу представљати ту основу у примарном законодавству.<sup>31</sup>

Пошто је Комисија решена да спасе унитарни патентни пакет из 2012. године, чини се да је најелегантнији начин да се то изведе управо ревизија СЈПС. Иако би ревизија додатно успорила поступак ратификације СЈПС, омогућила би УК да и после Брексита остане у оквиру система унитарне патентне заштите.

### 3. Централна јединица ЈПС у Лондону

Треће питање тиче се судбине институционалног устројства ЈПС и суштински је повезано са наставком учешћа УК у СЈПС. Предвиђено је да централна јединица ЈПС за људске ресурсе и хемију буде смештена у Лондону. Уколико се учешће УК осигура, свако од захтеваних или договорен-

---

30 Т. Jaeger, 24.

31 Т. Jaeger, 24-25.

них (регионалних, локалних и централних) одељења може остати у УК. У супротном, то неће бити могуће.<sup>32</sup>

Иначе, успостављање три централе јединице ЈПС у различитим градовима резултат је политичког компромиса чији је циљ да задовољи економске интересе три највеће патентне јурисдикције у Европи (Немачку, УК и Француску). Овакаво решење није функционално и вероватно је чак и контрапродуктивно у погледу ефикасности и квалитета судске праксе. Поновно отварање СЈПС како би се ускладио са Мишљењем 1/09 и прилагодио чланству УК после Брексита могао би да послужи као прилика да се измени овај, као и неки други дисфункционални компромиси.<sup>33</sup>

#### IV Закључни осврт

Судбина унитарног патентног пакета, након одлуке УК да изађе из ЕУ, крајње је неизвесна. Иако се на седници Савета за конкуренцију, одржаној 28. новембра 2017. године, УК изјаснило да планира да ратификује СЈПС, до тога још није дошло. Осим тога, питање је да ли је након Брексита ратификација и даље правно могућа.

У сваком случају, уколико УК не ратификује СЈПС или иступи из ЕУ пре ратификације, тај Споразум (а са њим и цео пакет) трајно је онемогућен да ступи на снагу. Једино решење би, заправо, било да се измени клаузула СЈПС о ступању на снагу у смислу да се уклони директно позивање на УК – што би такође захтевало сагласност УК. Дакле, уколико УК одабере да не ратификује СЈПС, у року од две године од његовог обавештења о иступању<sup>34</sup> СЈПС мора поново да се отвори како би се прилагодио новим околностима. Ако УК не да своју сагласност на то отварање, приступиће се доношењу новог Споразума.

Сходно томе, Комисија и друге присталице система унитарне патентне заштите чине све да УК што пре ратификује СЈПС, тврдећи да је то у интересу преосталих држава уговорница СЈПС, пошто само тако он може ступити на снагу. Иначе, радови на спровођењу СЈПС су у току. По-

32 Заговорници искључења УК из патентног законодавног пакета помињу Милано као могуће седиште централне јединице ЈПС. Европски завод за патенте је у току 2015. године издао 2476 патената италијанским титуларима, сврставајући Италију на треће место у ЕУ после Немачке и Француске, а пре УК. Више података доступно на: <http://kluwerpatentblog.com/2017/02/02/seat-central-division-unified-patent-court-cannot-be-outside-eu/>, 29. март 2017.

33 Међу дисфункционалне компромисе спадају бифуркација и преовлађујући национални састав већих одељења ЈПС. Вид. Ј. Ђеранић, 67-69 и 143-144.

34 Обавештење о изласку из ЕУ Уједињено Краљевство је предало дана 29. марта 2017. године.

словник Суда је скоро готов и занимљиво је да наилази на позитивне оцене чак и код оног дела доктрине који најоштрије критикује само устројство ЈПС, тврдећи да није у складу са правом ЕУ.<sup>35</sup> Поступак избора правно и технички квалификованих судија такође је у току, с тим да поступак именовања ипак зависи од ступањана снагу СЈПС. Дакле, готови сви елементи за почетак рада ЈПС су ту. Осим можда најзначајнијег, а то је његова унутрашња функционалност и легалност.

Правни оквир унитарне патентне заштите представља типичан европски компромис, у смислу да се састоји од елемената ранијих предлога за успостављање јединственог система заштите проналазака у ЕУ уклопљених у мозаик и повезаних прописима националног, међународног и европског права.<sup>36</sup> Стога је можда мудрије, не журити и не инсистирати на ратификацији по сваку цену. С обзиром на недостатке пакета из 2012. године, у погледу и материјалног права и судског система, можда би требало застати и изменити и допунити патентни пакет како би се отклонили уочени недостатци у циљу повећања функционалности система. У том контексту, Брексит се може посматрати као могућност да се систем унитарне патентне заштите, заснован на политичким компромисима, уместо пуне употребљивости у политичкој реторици, преокрене у систем који ће издавати актуелне, атрактивне и уравнотежене резултате за своје кориснике и друштво.<sup>37</sup>

**Jelena ĆERANIĆ, PhD**

**Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka  
Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

## **PERSPECTIVES OF THE UNITARY PATENT PROTECTION AFTER BREXIT**

### **Summary**

*Since the British vote to leave the EU in a referendum held in June 2016, perspectives of the Unitary Patent Protection are uncertain. The Unitary Patent*

---

35 R. Hilty, *at al*, „Comments on the Preliminary Set of Provisions for the Rules of Procedure of the Unified Patent Court“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper Series*, 13–16, 2.

36 N. Machek, 41.

37 T. Jaeger, 27.

*Package, adopted in December 2012, has not been implemented yet. The entry into force of the Unitary Patent Court Agreement (UPC Agreement), and thus of the Regulations coupled to it in terms of their own entry into force, are clearly jeopardy following the United Kingdom's (UK) vote to exit the EU. In fact, the UK had delayed its ratification to await the outcome of the referendum. Now, apparently the UK is willing to push ahead regardless. But the question is whether such ratification is still legally possible? Namely, any form of UK post-Brexit participation in the Unitary Patent Package will require both amendments to the UPC Agreement and flanking international agreements concluded between the EU and the UK. The discussion over keeping the UK in Unitary Patent Package has three aspects: first, the UK's participation in the substantive patent right under the Unitary Patent Regulation; second, its participation in the UPC litigation model and third its continued eligibility to host (in London) one of the UPS's three central divisions of first instance.*

**Key words:** *Unitary Patent, Unified Patent Court, European Union, Brexit, United Kingdom.*

Др Свјетлана ИВАНОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

## УЛОГА ПОСРЕДНИКА У ЗАШТИТИ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У ДИГИТАЛНОМ ОКРУЖЕЊУ

### Резиме

*Аутор анализира улогу посредника у поступку остваривања и заштите субјективних права интелектуалне својине у дигиталном окружењу. Посредник је лице које пружа услуге приступа мрежи, чувања и преноса података у мрежи и на тај начин обезбјеђује техничке предуслове за извршење повреде права. С обзиром на то да је улога посредника углавном техничке природе, он не одговара за повреду права уколико се понаша пасивно, тј. уколико не да свој допринос повреди права. Искључење одговорности посредника за извршену повреду не утиче на могућност изрицања привремених мјера и судских налога усмјерених на престанак повреде права. Изричито је предвиђено да се посредницима не могу уводити мјере општег надзора и праћења садржаја. Преокрет у односу на постојећи режим одговорности посредника могао би да се догоди усвајањем Приједлога Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту, којим се практично уводи обавеза општег надзора посредника. Немогућност адекватне заштите права у дигиталном окружењу доводи до јачања улоге посредника. Међутим, заштита права интелектуалне својине не смије угрожавати друга права корисника Интернета.*

**Кључне ријечи:** посредник, привремене мјере, право интелектуалне својине, одговорност, општи надзор.

### І Увод

Традиционални концепт заштите права интелектуалне својине очигледно не даје задовољавајуће резултате у дигиталном окружењу. Повреде права на Интернету су учестале у толикој мјери да постају општеприхваћени модел понашања, који не прати свијест да се чини нешто што



је недопуштено или погрешно. Чак и ако корисник зна да чини нешто што је забрањено и незаконито, његов субјективни осјећај је да не ради ништа лоше. То само додатно отежава откривање, кажњавање и спречавање повреда на Интернету. Поставља се питање који је смисао постојања законом признатог субјективног права ако се не може заштитити у пракси. Штавише, ако преовлађује мишљење да одређено право не треба штитити, односно, да закон не треба примјенити, онда пропис губи легитимитет и треба га мијењати. У теорији се истиче да право интелектуалне својине губи своје етичко утемељење и да не одговара више општеприхваћеним схватањима јавног или друштвеног морала.<sup>1</sup> Стога, очито је да су неопходне корјените промјене и прилагођавање права интелектуалне својине новим условима, како у погледу материјалноправних одредаба, тако и по питању спровођења права и заштите у случају повреде права.

Чињеница да се заштита права интелектуалне својине тешко спроводи на Интернету, не значи да она не треба да постоји, већ је неопходно пронаћи нови модел остваривања који ће бити погодан за све заинтересоване стране, за носиоце права, кориснике, посреднике и крајње потрошаче. Нека од могућих рјешења су лиценце отвореног садржаја, претварање искључивих права у неискључива и њихово свођење на накнаду за коришћење, проширење ограничења права и сл.<sup>2</sup> Улога посредника све више добија на значају, будући да им се намеће све више обавеза, без обзира на начелно правило о ослобођењу од одговорности.

Једно од веома актуелних питања данашњице је улога посредника у повреди субјективних права интелектуалне својине. Посредници су она лица чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права, односно права интелектуалне својине. У дигиталном окружењу, то су лица која пружају услуге техничког приступа мрежи, врше пренос података путем мреже и чување података које корисници постављају на мрежу. С обзиром на то да је њихова улога углавном техничког карактера, одговорност за евентуалну повреду права коју друга лица врше је искључена, под условом да се понашају пасивно. Без обзира на евентуално учешће или допринос повреди права, посредници постају значајна кари-

---

1 Irini Stamatoudi, „Ethics, Reality and the Law, The Example of Promusicae v. Telefonica & LSG v. Tele2“, *Revue Hellénique de Droit International*, 63, бр. 2/2010, 946.

2 Детаљније вид. Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и интернет, - називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 83-112.

ка у ланцу заштите и спровођења права интелектуалне својине, било да сарађују са носиоцима права или надлежним органима.<sup>3</sup>

## II Положај посредника у изворима права Европске уније

Одговорност посредника, односно пружалаца услуга на Интернету, у Европској унији уређена је Директивом о електронској трговини.<sup>4</sup> Посредници који омогућавају приступ мрежи и пренос података путем мреже неће одговарати за садржину података, а тиме ни за повреду права, уколико нису иницирали пренос, нису утицали на избор примаоца преноса, као и на избор садржаја који се преноси, нити су вршили било какве измјене података који се преносе. Пренос података и омогућавање приступа мрежи подразумејева прављење аутоматских, привремених и пролазних копија података који се преносе. Ако привремене копије служе искључиво за омогућавање приступа мрежи и ако се не чувају дуже него што је разумно потребно за пренос, под напријед наведеним условима, посредници неће одговарати за повреду ауторског и сродних права.<sup>5</sup>

Посредници који омогућавају пренос података у мрежи не одговарају за стварање аутоматских, привремених и пролазних копија података, које су настале искључиво у циљу ефикаснијег преноса података. Према одредбама Директиве, то су тзв. кешинг провајдери који врше привремено и аутоматско чување података да би пренос података био ефикаснији. Прављење копија података представља радњу умножавања у ауторско-правном смислу. Да би била искључена одговорност посредника, он као давалац услуга не смије мијењати податке. Осим тога, мора поштовати услове приступа подацима, поштовати правила у вези са освјежавањем података која су прописана на опште признат и уобичајен начин. Посредник се не смије мијешати у законито коришћење технологије, која је опште призната и уобичајена у одређеној дјелатности, с циљем добијања података о коришћењу информација. Уколико су подаци у почетном облику преноса уклоњени са мреже или им је онемогућен приступ, посредник има обавезу да што прије, одмах по сазнању, уклони податке или

3 Видјети European Commission, Public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for IPR enforcement, Summary of responses, 14.09.2016, доступно на адреси: [file:///C:/Users/X/Downloads/Summary%20public%20consultation\\_final%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/X/Downloads/Summary%20public%20consultation_final%20(1).pdf), 15.03.2017, 45-47.

4 Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савјета о одређеним правним аспектима информатичког друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 178, чл. 12-15.

5 Директива 2000/31, чл. 12.

онемогући приступ подацима које је сачувао. Исту обавезу има и ако постоји одлука суда или управног органа да се уклоне подаци или да се онемогући приступ подацима.<sup>6</sup>

Осим омогућавања приступа мрежи, преноса података и стварања привремених копија у те сврхе, посредници пружају услугу чувања података на мрежи или тзв. хостинг услуге. Пружаоци хостинг услуга неће одговарати за садржај података које чувају, под условом да нису упознати са противзаконитом активношћу или подацима, односно, да у погледу захтјева за накнаду штете, не знају за чињенице и околности из којих би противзаконита активност или податак били очигледни. Други услов је да посредник, односно пружалац хостинг услуге одмах по сазнању за противзакониту активност или податак, уклони те податке или онемогући приступ тим подацима. Ако прималац хостинг услуге, односно лице које је поставило спорни садржај, дјелује под надлежношћу или контролом посредника, тада нема основа за искључење одговорности.<sup>7</sup>

Директивом о електронској трговини изричито је искључена могућност увођења опште обавезе праћења података који се преносе, или опште обавезе да активно траже чињенице и околности које би указивале на нелегалне активности. Државе чланице могу предвидјети да посредник, као давалац услуга, има обавезу да одмах обавијести надлежне органе о наводним противзаконитим активностима или подацима које врше или пружају њихови корисници, тј. примаоци услуга. Такође, могуће је предвидјети обавезу да надлежним органима, на њихов захтјев, доставе податке који омогућавају идентификацију примаоца услуга, односно корисника са којима имају закључен уговор.<sup>8</sup>

Искључење одговорности посредника за повреду права не утиче на могућност изрицања привремених мјера усмјерених на спречавање и престанак вршења повреде права, као и на могућност истицања захтјева за пружање информација о извршиоцу повреде. Могућност изрицања наведених мјера посредницима чије услуге користи трећа страна за повреду права интелектуалне својине предвиђена је Директивом о спровођењу права.<sup>9</sup> Такође, Директивом о хармонизацији одређених аспеката

6 Директива 2000/31, чл. 13.

7 Директива 2000/31, чл. 14.

8 Директива 2000/31, чл. 15.

9 Директива 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 29. априла 2004. године о спровођењу права интелектуалне својине, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 157, чл. 9, ст. 1а, чл. 11(3), чл. 8, ст. 1.

ауторског и сродних права у информатичком друштву, предвиђено је да носиоци права могу захтијевати изрицање судских налога против посредника чије услуге користи трећа страна да би повриједила ауторско или сродно право.<sup>10</sup> Дакле, иако је одговорност посредника за повреду права интелектуалне својине на Интернету искључена под предвиђеним условима, то не утиче на могућност изрицања појединих мјера према њима, како би се окончала повреда права. Разлог томе лежи у чињеници да је лицима која врше повреду права на Интернету веома тешко, а понекад чак и немогуће ући у траг. Због тога је неопходно да посредници буду прва, ако не и једина, линија одбране права на Интернету.

### III Изрицање мјера за заштиту права интелектуалне својине према посреднику

Привремене мјере и судски налози, међу којима су најчешћи филтрирање садржаја и блокирање приступа, представљају посебно интересантно питање и један од проблема којима се Директива о електронској трговини није бавила. Циљ изрицања судских мјера је, прије свега, забрана постојећих и превенција будућих повреда права. Постоји неколико заједничких проблема у вези са судским забранама. Прво, Директивом је предвиђено да се не може увести обавеза општег надзора над садржајем који се поставља. Поједине мјере филтрирања садржаја управо налажу такву обавезу, што је понекад практично тешко спровести, а у сваком случају је неисплативо. Даље, не може се очекивати од свих да развију технику филтрирања, јер је то понекад немогуће. Неријешено је и питање чија би обавеза била достављање доказа да се врши филтрирање, посредникова или носиоца права. Посебно питање тиче се тежине повреде која ће бити обухваћена судском забраном. Носилац права има интерес да се убудуће спријечи не само идентична, већ и слична повреда права, док посредници немају техничке могућности да филтрирају сличан садржај, јер би то онда водило општем филтрирању.<sup>11</sup>

Европски суд правде је више пута имао прилику да се изјасни о мјерама усмјереним на престанак повреде права које се изричу посредни-

---

10 Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савјета од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. L 167, чл. 8, ст. 3.

11 Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni Maria Riccio, Aurélie Van der Perre, *Study on the liability of internet intermediaries*, 2007, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/study/liability/final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf), 15.05.2016, 21.

цима. У случају *L'Oréal and Others*, једно од спорних питања упућених Европском суду правде односило се на природу мјера које се могу изрећи посреднику. Наиме, спорно је било могу ли судски налози који се изричу посреднику бити усмјерени на спречавање будућих повреда, а не само на окончање повреде. Између судских забрана које се изричу лицу које врши повреду права и забрана које се изричу посредницима чије услуге користи треће лице за повреду права, постоје разлике. Прво, разлике се тичу лица према којима се забране изричу и њихове одговорности. Лицу које врши повреду права забрањује се даље вршење повреде и забрана је упућена директно извршиоцу повреде. Да би се изрекла забрана, повреда права мора бити утврђена и учинилац идентификован. Посредник може учествовати у повреди права и ту се најчешће ради о посредној повреди, или може бити потпуно несвјестан повреде, ако није знао, нити је могао да зна за повреду. Судске забране изричу се посреднику без обзира на евентуалну одговорност за повреду права или учешће у истој. Изрицање судске мјере посреднику може бити кључно, нарочито кад су у питању повреде права на Интернету, јер се често не зна и не може утврдити ко је непосредни извршилац повреде. Извршилац повреде користи услуге посредника чији је идентитет познат и који је у позицији да оконча повреду права.<sup>12</sup>

Сходно томе, различита је садржина мјера које се изричу према извршиоцу повреде и посреднику. Посредник, пружањем услуга, ствара техничке претпоставке за извршење повреде права, те су мјере које се изричу посреднику усмјерене превасходно на технички аспект извршене повреде. Према мишљењу Суда, мјере које се изричу посреднику се не могу ограничити искључиво на престанак вршења повреде права и забрану наставка повреде, већ и на спречавање будуће повреде права.<sup>13</sup> У образложењу, Суд се позива на одредбе Директиве о електронској трговини<sup>14</sup> и преамбулу Директиве о спровођењу права којом је предвиђено да би, у зависности од околности конкретног случаја и ако је оправдано околностима, мјере, поступци и правни лијекови који се прописују, тре-

12 Мишљење општег правозаступника *Jääskinen* у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, од 09.12.2010. године, пар. 179.

13 Пресуда Европског суда правде *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*, C-324/09, од 12.07.2011. године, пар. 130, 131.

14 Директива 2000/31, чл. 18 гласи: „Државе чланице осигуравају да могућности тужбе које су расположиве на основу националног права у погледу дјелатности пружања услуга информатичког друштва омогућава брзо усвајање мјера, укључујући привремене мјере, за окончање било ког наводног прекршаја и спречавање сваког даљег нарушавања интереса странака“.

бало да укључују мјере забране с циљем спречавања даљих повреда права интелектуалне својине.<sup>15</sup>

Уколико је посредник у могућности да спријечи будуће повреде права, питање је на који начин и којим средствима то може учинити, односно које конкретне мјере се могу изрећи. То је углавном препуштено националним судовима, уз обавезу поштовања општих принципа пропорционалности, ефикасности и одвраћајућег ефекта санкција. Осим тога, искључена је могућност увођења општег надзора електронских комуникација, јер би то било технички тешко изводљиво, скупо и непропорционално извршеној или будућој повреди права. Према мишљењу општег правозаступника, посреднику се може изрећи мјера забране будуће повреде само у односу на конкретног извршиоца повреде и у односу на конкретну ознаку заштићену жигом.<sup>16</sup>

Мјере које се изричу не смију бити сметња законитој трговини, што би у конкретном случају значило да се интернет оператеру, односно провајдеру наведеног сајта, не смије изрећи општа или трајна забрана продаје робе означене заштићеном ознаком.<sup>17</sup> Улога посредника, у овом случају оператера сајта за онлајн куповину, може бити кључна за откривање извршиоца повреде, будући да су лица која врше повреду права најчешће у уговорном односу са посредником. Иако се мора водити рачуна о заштити личних података, Суд истиче да је продаја путем интернета трговинска дјелатност, те да није приватна ствар, тако да се продавац може јасно идентификовати.<sup>18</sup>

У другом случају, организација за колективно остваривање ауторског и сродних права у Белгији, *SABAM*, тужила је интернет сервис провајдера због повреде права коју су извршили корисници интернета. Суду је упућено питање да ли је интернет посреднику могуће изрећи мјеру филтрирања свих електронских комуникација, која се односе на све кориснике и да ли је могуће изрећи као превентивну мјеру, на неограничени период времена и о трошку посредника.

Директивом о електронској трговини забрањено је увођење мјере општег надзора информација које се преносе путем електронских комуникација. Забрана се односи на увођење обавезе интернет провајдера да

---

15 Директива 2004/48, преамбула, рецитал 24.

16 Мишљење општег правозаступника у случају *L'Oréal and Others*, C-324/09, пар. 182.

17 Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 140.

18 Пресуда *L'Oréal and Others* C-324/09, пар. 142.

активно надгледа све податке својих корисника како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине. Таква мјера не би била пропорционална и била би претјерано скупа. Посредник би био дужан да превентивно надгледа све електронске комуникације и све информације које корисници размјењују путем интернета, како би спријечио будуће повреде права интелектуалне својине, што би било супротно Директиви о електронској трговини. Такође, мјера филтрирања би могла да угрози слободу информисања, с обзиром на то да би се могли појавити проблеми у вези са разграничењем законитог и незаконитог садржаја, што би могло водити блокирању законитих комуникација. Мора се водити рачуна и о евентуалним ограничењима ауторског права, која су прописана националним законодавством, услијед којих би исти садржај у различитим државама могао имати различит третман. Уколико би мјера филтрирања била изречена посреднику, била би нарушена равнотежа између права интелектуалне својине на једној страни и права на обављање трговинске дјелатности, права на заштиту личних података и права на слободан проток информација, на другој страни.<sup>19</sup>

Европски суд правде је убрзо послије тога имао прилику да се изјасни о сличном случају. Иста организација за колективно остваривање ауторског и сродних права, *SABAM*, тужила је оператера платформе за друштвене мреже, *Netlog*, због чувања и јавног саопштавања музичких дјела са њеног репертоара од стране корисника друштвене мреже. Организација је тражила изрицање мјере филтрирања садржаја у циљу спречавања повреде ауторског права. Међутим, као и у претходном случају, суд је истакао да се хостинг провајдеру не смију изрицати мјере филтрирања података које корисници друштвене мреже постављају на мрежу, ако се филтрирање примјењује на све кориснике, као превентивна мјера, на неограничени период времена и искључиво на трошак провајдера, и ако би се таквим филтрирањем могао идентификовати садржај заштићен правима интелектуалне својине, а све у циљу спречавања повреде тих права.<sup>20</sup>

Европски суд правде имао је прилику да се изјасни о могућности изрицања уопштене забране вршења повреде права интелектуалне својине у случају *Telekabel*. У спорном случају, суд је наложио провајдеру да оконча повреду права, препуштајући му избор конкретних мјера. Мјере

19 Пресуда Европског суда правде *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, C-70/10, од 24.11.2011. године, пар. 47-53.

20 Пресуда Европског суда правде *SABAM v. Netlog*, C-360/10, од 16.02.2012. године.

којима би се окончала повреда ауторског права не би требало да угрозе приступ законитом садржају, односно садржају којим се не врши повреда ауторског права. У том смислу, постављено је питање уравнотежења интереса различитих страна, односно уравнотежења њихових права, заштите ауторског и сродних права носилаца права, заштите слободе предузетништва посредника и заштите слободе информисања корисника интернета. Општи правозаступник је изнио став да уопштена забрана изречена посреднику да својим клијентима даје приступ тачно одређеној страници на интернету на којој се врши повреда ауторског права, не обезбјеђује усклађеност основних права страна на које се односе, конкретно ауторског права, слободе предузетништва и слободе приступа информацијама.<sup>21</sup>

Међутим, Суд је одступио од мишљења општег правозаступника отварајући простор за изрицање уопштених налога посредницима да прекину повреду, без прецизирања конкретних мјера, под условом да предузете мјере не лишавају кориснике Интернета могућности да законито приступају информацијама и да те мјере спречавају или бар отежавају неовлашћено приступање предметима заштите, те да озбиљно обесхрабрују кориснике интернета који за приступање неовлашћеном садржају користе услуге провајдера.<sup>22</sup> Јасно је да се мора водити рачуна о интересима корисника интернета, али и о ефикасној заштити права интелектуалне својине. Међутим, истиче се да је потпуна забрана, односно престанак повреде права у пракси тешко остварив, те би у том случају изрицање мјера које је могуће заобићи представљало својеврстан компромис којим би се удовољило интересима корисника и носилаца ауторског права.

Примјећујемо да Суд у извијесној мјери ублажава концепт ефикасности мјера, јер уколико спречавање повреде није могуће, онда прихвата као минимум бар отежавање приступа незаконитом садржају и обесхрабрење корисника Интернета да то чине. Чини се да Суд, на овај начин, прећутно прихвата немогућност ефикасног сузбијања повреда ауторског права на Интернету, прихватајући као легитиман и довољан циљ отежавање приступа предмету заштите. Уколико је немогуће отклонити повреду права, онда је довољно барем указати на нелегалност садржаја коме се

---

21 Мишљење општег правозаступника *Cruz Villalón* у случају *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, 26.11.2013, пар. 89-90.

22 Пресуда Европског суда правде *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH i Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, C-314/12, од 27. марта 2014. године, пар. 64.



приступа, што би могло утицати на свијест појединих корисника. Да ли се то може сматрати довољном и ефикасном мјером, друго је питање.

#### IV Одговорност посредника за повреду права интелектуалне својине

Субјективна права интелектуалне својине су апсолутна права, што значи да тужбени захтјев може бити усмјерен против било ког лица које врши повреду тог права. Изрицање мјера посредницима не може да се уклопи у опште стандарде о одговорности за повреду права, јер погађа трећа савјесна лица. Кључно питање је могу ли се судски налози изрицати лицима која нису одговорна за повреду права. Повреда права интелектуалне својине постоји без обзира на субјективни однос извршиоца, дакле, без обзира на то да ли је знао или могао знати да врши повреду права. Кривица може да буде од значаја само за поједине тужбене захтјеве, као што је захтјев за накнаду штете или неосновано обогаћење. То значи да се остали тужбени захтјеви, као што су захтјев за престанак повреде, уклањање стања насталог повредом права, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права или средстава која су употребљена за повреду права, могу изрицати без обзира на кривицу. Дакле, наведене мјере могу се изрицати и другим лицима, а не само извршиоцима повреде. У теорији постоје схватања да мјере које се изричу према посредницима, без обзира на њихову одговорност, имају утемељење у римском праву у тзв. *in rem* тужбама, односно тужбама којима се штите апсолутна права.<sup>23</sup>

Уколико интернет провајдер или хостинг провајдер, као пружалац услуга, омогући другом лицу да изврши повреду права, онда се може говорити о посредној одговорности, односно посредној повреди права. Одговорност посредника који активно учествује у повреди, утиче на избор садржаја, мијења садржај и сл. не може бити искључена. У том случају, посредник одговара за повреду права, према општим правилима о грађанскоправној одговорности. Међутим, уколико посредник није знао или није могао да зна да се његове услуге користе за повреду права, његова одговорност је искључена, али се од њега може захтијевати да предузме мјере којима ће бити прекинута повреда права. Тужбени захтјев да се престане са повредом права може бити упућен лицу које није одговорно

23 Martin Husovec, „Injunctions against Innocent Third Parties: The Case of Website Blocking“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Vol. 4, бр. 22013, 118.

за повреду права, али је у фактичкој могућности да повреду оконча, а окончање повреде и спровођење мјера, по правилу, пада на терет онога према коме су мјере изречене.

Мјере које се изричу на терет посредника могу да оптерете његово пословање, нарочито ако се ради о мјерама које су усмјерене на превенцију повреда и које су трајнијег карактера. Од посредника се може тражити да оконча повреду и да у границама својих могућности учествује у њеном спречавању, али се мора водити рачуна да се на тај начин не намећу претјерани трошкови. Трошкови извршења и спровођења мјера не би требало да буду несразмјерни извршеној повреди, нарочито узимајући у обзир учешће, односно допринос посредника који је често минималан. Мјере које имају превентивни карактер су у интересу носиоца права, па би било саввим оправдано да они сносе дио трошкова спровођења тих мјера.<sup>24</sup>

Понашање посредника може се, у одређеним ситуацијама, окарактерисати као посредна повреда права. Без обзира на разлике у појединим правним системима, постоји неколико заједничких стандарда посредне повреде права. Прво, пресудна је савјесност посредног повредиоца, односно пропуштање да се предузме дужна пажња да би се спријечила непосредна повреда. Другим ријечима, кључно је да ли је тзв. посредни повредилац знао или морао да зна за непосредну повреду права. То је субјективни критеријум, који представља централни елемент одговорности за посредну повреду права. Други критеријум, објективног карактера, је улога и функција наводног посредног повредиоца, односно степен контроле коју посредни повредилац има над непосредном повредом. Не могу на исти начин бити третирана лица која имају неутралну улогу у повреди права и лица чија је дјелатност усмјерена на стицање користи од непосредне повреде права. Треће, могућност носиоца права да открије повреду и непосредног извршиоца значајан је за постојање посредне повреде права, јер је потреба за санкционисањем посредне повреде израженија у случајевима када носилац права не може да тужи непосредног повредиоца.<sup>25</sup>

Посредни повредилац не одговара за радњу другог лица, већ за сопствени допринос тој радњи, односно, пропуст да спријечи непосредну повреду. Уколико је посредна повреда права изричито прописана, онда

24 Pekka Savola, „Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers“, *JIPITEC*, бр. 5/2014, 119.

25 Matthias Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9, бр. 1/2014, 89-90.

одговорност посредног повредиоца не зависи од одговорности непосредног повредиоца. Поставља се питање шта ће се десити ако није дошло до непосредне повреде права, да ли ће и тада постојати одговорност. С обзиром да је то посебна радња повреде, одговорност постоји без обзира да ли је извршена непосредна повреда. Међутим, то правило би тешко могло да се примјени за посреднике, односно лица која својим услугама омогућавају извршење непосредне повреде права. Савјесност посредника је од пресудног значаја, ако је посредник знао или је морао знати за непосредну повреду права, онда ће одговорати по општим правилима о грађанскоправној одговорности.

Посредник омогућава или олакшава извршење повреде права и у томе се састоји његов допринос повреди. Од пресудног значаја је контрола над радњом повреде, што значи да уколико посредник није могао утицати на повреду права, онда није постојала ни намјера да се изврши повреда права, па тиме ни његова одговорност. Судска пракса истиче да посредник има дужност да испоштује туђе право, тј. обавезу да не изврши или не дозволи повреду права. На тај начин се уводи стандард дужне пажње, иако садржина тог стандарда није најјаснија чак ни самом суду.<sup>26</sup>

## **V Режим одговорности посредника у Приједлогу Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту**

Упркос ограничењу одговорности посредника за повреду права под утврђеним условима, нови Приједлог Директиве о ауторским правима на јединственом дигиталном тржишту би могао знатно да поштри постојећи режим одговорности. Средином септембра 2016. године, Европска комисија је објавила приједлог наведене Директиве, чије усвајање би требало да допринесе унапређењу заштите ауторског права у Европској унији и успостављање јединственог дигиталног тржишта. Међутим, Приједлог Директиве је изазвао бурне реакције научне и стручне јавности.<sup>27</sup> На мети критика, између осталог, нашла се и одредба којом се,

26 Christina Angelopoulos, *Beyond the Safe Harbours: Harmonizing Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, бр. 72/2013, 6-7.

27 Max Planck Institute for Innovation and Competition, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernization of European Copyright Rules, 2017, доступно на: [http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_Position\\_Statement\\_PART\\_G\\_incl\\_Annex-2017\\_03\\_01.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_PART_G_incl_Annex-2017_03_01.pdf), 08.04.2017; Open Letter from European Research Centres, EU Copyright Reform Proposals Unfit for the Digital Age, 24.02.2017, доступно на адреси: <http://www.create.ac.uk/policy-responses/eu-copyright-reform/>, 08.04.2017.

ако буде усвојена, битно мијења одговорност посредника. Наиме, предвиђена је обавеза хостинг провајдера који похрањују велику количину ауторских дјела и других садржаја које су поставили корисници, да предузму мјере филтрирања садржаја ради остваривања права аутора и спречавања неовлашћеног приступа.<sup>28</sup> Практични учинак ове одредбе је увођење мјере филтрирања садржаја и општег надзора.

Увођење општег надзора над садржајем који корисници постављају је у супротности са Директивом о електронској трговини, којом је изричито искључена могућност увођења опште обавезе праћења података или активног тражења чињеница и околности које би указивале на неlegalне активности. Спорна одредба је у супротности са досадашњом праксом Европског суда правде, који је више пута имао прилику да се изјасни о мјерама филтрирања и надзора садржаја. Према схватању Суда, суштински проблем успостављања надзора над садржајем је у повреди права свих корисника Интернета. Надзор над садржајем може да угрози право на приватност, слободу изражавања и слободу предузетништва, односно пословања на Интернету.

Наметање обавезе увођења посебних мјера филтрирања нужно је повезано са повећањем трошкова пословања платформи, што може чак угрозити опстанак мањих учесника на тржишту. Са друге стране, може се поставити питање да ли је мјера филтрирања у складу са основним принципима заштите и остваривања права. Директивом о спровођењу права интелектуалне својине предвиђено је да мјере и поступци морају бити поштени и правични, не смију бити непотребно компликовани или скупи, и морају се примјењивати на начин да се избјегне стварање препрека законитој трговини.<sup>29</sup> Примјена мјере филтрирања садржаја би за већину посредника проузроковала додатне трошкове, могла би да буде компликована и да додатно отежа приступ законитом садржају. У крајњој линији, обавеза надзора над садржајем би у знатној мјери пребацила терет спровођења и заштите права на посреднике.

Једно од спорних питања би могло да буде на кога би се наведена одредба могла примјенити. Наиме, обавезу увођења посебних мјера имали би провајдери који чувају велику количину ауторских дјела и другог садржаја. Потпуно је нејасно шта се може сматрати великом количином

---

28 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – COM (2016)593, 14.09.2016.

29 Директива 2004/48, чл. 3.

података које неко похрањује и да ли то зависи од самог провајдера, односно од његове величине. Упитно је ко ће одлучивати о количини садржаја потребног за надзор, као и која је линија раздвајања између мале и велике количине садржаја.

Одговорност посредника на Интернету уређена је по тзв. хоризонталном приступу, што значи да је одговорност уређена на идентичан начин, без обзира о којој врсти повреде права се ради. Иако такав приступ није најбоље рјешење, јер се не узимају у обзир специфичности појединих права, у теорији се истиче да промјена режима одговорности посредника ипак треба да се врши у оквиру Директиве о електронској трговини, а не на нивоу појединих сектора, као што је случај са овим Приједлогом.<sup>30</sup>

Одредба о увођењу мјера према посредницима није усклађена са релевантним изворима права Европске уније који уређују ово питање. Поједини аутори истичу да је одредба супротна постојећим Директивама и ставу Европског суда правде и да таква не може бити усвојена, без значајних измјена.<sup>31</sup>

## VI Закључак

Заштита субјективних права интелектуалне својине знатно је отежана у дигиталном окружењу. Практични проблеми у вези са откривањем и санкционисањем повреде и извршиоца повреде на Интернету условили су јачање улоге посредника. У условима када је скоро немогуће пронаћи извршиоца повреде, носиоцу права преостаје да се обрати посреднику. Посредник пружа услуге приступа мрежи, чувања и преноса података у мрежи и често је једина тачка везивања и спона ка лицу које врши повреду права. Иако пружа услуге које трећа лица могу користити за повреду права, он не мора бити одговоран за извршену повреду. Одговорност посредника је искључена под тачно одређеним условима, предвиђеним Директивом о електронској трговини. Ограничење одговорности посредника не утиче на могућност изрицања привремених мјера и судских налога усмјерених на престанак повреде права, јер су посредни-

30 Giancarlo F. Frosio, „Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy“, *111 Northwestern University Law Review Online*, 2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2912272>, 12.04.2017, 21.

31 Christina Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Centre for Intellectual Property and Information Law, University of Cambridge, January 2017.

ци у прилици да окончају повреду. Садржина изречених мјера не може бити усмјерена на увођење општег надзора над информацијама које се преносе или чувају у мрежи.

Приједлог да се поштри одговорност посредника и да се уведе мјера филтрирања садржаја, тј. општег надзора, вјероватно је осуђен на пропаст из више разлога. Прво, упитно је да ли је таква мјера у сваком случају технички изводљива, а ако и јесте, она је нужно повезана са увећаним трошковима спровођења. Додатни трошкови у вези са спровођењем мјере могли би да угрозе пословање појединих посредника. Са становишта корисника, надзор над садржајем може угрозити право на приватност и слободу изражавања. Европски суд правде је више пута истакао да се у сваком конкретном случају мора водити рачуна о успостављању правичне равнотеже између различитих права, као и о интересима свих учесника једног односа.

Пооштравање одговорности посредника не може се правдати практичним тешкоћама у вези са заштитом права на Интернету, јер би у том случају терет спровођења права био пребачен на посреднике. Посредници могу одиграти важну улогу, али треба имати на уму да они нису ни носиоци права, нити државни органи и да им се не могу наметати мјере које би угрозиле њихово пословање.

**Svjetlana IVANOVIĆ, PhD**

**Assistant professor at the Faculty of Law University of Istočno Sarajevo**

## **THE ROLE OF INTERMEDIARIES ON ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN DIGITAL ENVIRONMENT**

### **Summary**

*The paper deals with role of intermediaries on enforcement of intellectual property rights in digital environment. Intermediary service provider provides access to network, storage of information and transmission of data in communication network. Due to its technical role, intermediary service provider is not liable for infringement of rights if he acts passively. Limitation of liability of internet intermediaries for infringement of rights doesn't affect the possibility of imposing provisional measures and injunctions in order to stop infringement. Internet providers shall not be imposed general obligation to monitor informa-*

*tion which they transmit or store. Turn around compared to the existing regime of liability of intermediaries could happen by adopting the proposal for a directive on copyright in the digital single market, which effectively introduces the obligation of general monitoring of content. The impossibility of adequate protection of rights in the digital environment leads to strengthening the role of intermediaries. However, the protection of intellectual property rights must not violate the rights of other Internet users.*

**Key words:** *intermediary, provisional measures, intellectual property rights, liability, general monitoring.*

**Његослав ЈОВИЋ**, мастер  
виши асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

## ПАРАЛЕЛНА ТРГОВИНА И ИСЦРПЉЕЊЕ ПРАВА НОСИОЦА ПАТЕНТА НА ПРИМЈЕРУ ФАРМАЦЕУТСКИХ ПРОИЗВОДА

### Резиме

*У раду аутор анализира паралелну трговину и исцрпљење права носиоца патента на примјеру фармацеутских производа са аспекта патентне заштите фармацеутских производа и дозвољености или недозвољености паралелне трговине у контексту института исцрпљења права носиоца патента.*

*Паралелна трговина у смислу препакивања фармацеутских производа и повреде жига, као и повреде права конкуренције путем рестриктивних споразума или злоупотребе доминантног положаја нису предмет овог рада.*

*Аутор анализира судску праксу Европског суда правде и националних судова који су вођени поводом спорова око паралелне трговине фармацеутским производима, а који су под патентном заштитом.*

**Кључне ријечи:** *паралелна трговина, исцрпљење права, патент, фармацеутски производи.*

### І Увод

Фармацеутске компаније производе лијекове и друге медикаменте које по одобрењу националних органа (најчешће Министарства здравља или агенција у његовом саставу) пласирају на домаће и инострано тржиште. Цијене које оне одређују за своје производе су различите за територију домаће државе у односу на цијене истих производа за територије других држава. Цјеновни дисбаланс може бити узрокован различитим пореским оптерећењем који важи у тим државама. Разлика у цијени може бити узрокована и националном цјеновном регулациом. У овим случајевима,



произвођач се може водити интересом остваривања већег профита кад су ти фармацеутски производи патентирани. Он може имати монопол за њихову дистрибуцију на основу права интелектуалне својине.

Различите цијене лијекова у држави извозници и држави увозници могу довести до тога да се одређени лијек у држави увозници продаје по нижим цијенама него у држави производње. Дистрибутери државе увознице могу ослањајући се на начело слободне трговине те јефтиније лијекове поново извести у државу извозницу и да их продају по нижим цијенама него што то врши сам произвођач. Свакако, они ове производе купују на јефтинијим тржиштима и препродају на тржиштима гдје је цијена ових фармацеутских производа висока. На овај начин они врше паралелну трговину. Поставља се питање је да ли они могу то да ураде у случају да ти лијекови уживају патентну заштиту, а да не повриједи субјективна права интелектуалне својине титулара лијекова.<sup>1</sup> Основно питање је да ли су произвођачева права исцрпљена на овим лијековима, на националном тржишту или су исцрпљена и на међународном тржишту. Институт исцрпљења права интелектуалне својине није на јединствен начин уређен ни у међународним конвенцијама које уређују питања права интелектуалне својине. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту: ТРИПС) изричито у члану 6 прописује да се ништа у ТРИПС-у неће користити за покретање питања исцрпљења права интелектуалне својине. Ово додатно отежава проблем, те се у том случају морамо ослонити на право Европске уније и на национално законодавство.

## II Појам паралелне трговине

Паралелна трговина се протеже у области међународне трговине, права интелектуалне својине и права конкуренције.<sup>2</sup> Приликом паралелне трговине трговци не поштују дистрибутивни план произвођача. Они купују производе у једној држави по нижим цијенама, а затим их извозе у другу државу и продају их по знатно вишој цијени. Разлика у цијени је толика да паралелни трговац када плати транспортне и друге продајне

1 Вид. Њ. Јовић, „Правни аспекти паралелне трговине фармацеутским производима“, XI мајско савјетовање, *Зборник радова „Услуге и заштита корисника“*, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2015а, 667-668.

2 М. Kyle, *Parallel Trade in Pharmaceuticals: Firm Responses and Competition Policy*, Chapter 13 in *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law* (ed. Barry Hawk), Juris Publishing, New York 2009, 357.

трошкове, царине, порез и друге дажбине, може и даље конкурисати са нижом цијеном.<sup>3</sup> Феномен паралелне трговине је посебно изражен код производа чију цијену утврђује држава или на коју она има индиректан утицај као што су лијекови и други фармацеутски производи.<sup>4</sup>

По питању фармацеутских производа (лијекова и других медикамената) који су под патентном заштитом, паралелна трговина се односи на оригиналне лијекове који су пуштени у промет на тржишту једне државе од титулара права и који су извезени у другу државу од стране паралелног трговца. Лијекови које паралелни трговац извози нису фалсификати, нити су производи сумњивог поријекла. Њих је произвођач ставио у промет и за то примио адекватну накнаду. За ове производе се често употребљава термин „роба сивог тржишта“. Ови производи (лијекови) су легални али нису стигли на тржиште друге државе вољом произвођача.<sup>5</sup> Трговац купује производе од дистрибутера фармацеутских производа на велико у држави гдје су фармацеутски производи јефтинији, затим тражи и добија дозволу за промет у држави у којој су скупљи.<sup>6</sup> Сиви и мистериозни су само дистрибутивни канали којима је та роба пронашла пут до државе увоза. У држави увозници, такви лијекови ће због своје цијене која је испод нормалне цијене за те производе на овом тржишту направити проблем за предузетнике који продају исту врсту лијекова а добили су их различитим дистрибутивним каналима.<sup>7</sup>

Паралелна трговина у фармацеутској индустрији постоји зато што су цијене лијекова у државама различите због националних прописа. То омогућава да трговци манипулишу цијенама и да купују лијекове у државама гдје су јефтинији да би их продавали у другим државама гдје су цијене тих лијекова далеко више. Рецимо купују лијекове у Грчкој и Шпанији јер је у овим државама цијена лијекова ниска а продају их у Енглеској и Њемачкој по далеко вишим цијенама. Међутим, да би извезли ли-

---

3 С. Варга, „Географски опсег исцрпљења жига и паралелна трговина у праву Републике Србије“, XI мајско савјетовање, *Зборник радова „Услуге и заштита корисника“*, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015, 636.

4 Д. Поповић, „Правни режим паралелне трговине у праву конкуренције и праву интелектуалне својине“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2009, 52.

5 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization and World Health Organization, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between public health, intellectual property and trade*, Geneva 2013, 181.

6 Д. Поповић (2009), 52.

7 С. Heath, *Parallel Imports and International Trade*, WIPO, 1.

јекове трговци су у обавези да траже и добију дозволу за промет лијекова у земљи увоза. При том су често у обавези да прилагоде паковање захтевима о паковању и означавању фармацеутских производа које траже државни органи земље увоза.<sup>8</sup>

Паралелна трговина је у интересу крајњих потрошача јер се на основу ње смањује тржишна цијена лијекова. Она спречава монополе добављача и цијеновну дискриминацију. У оквиру ЕУ<sup>9</sup> је веома значајна. Студије процјењују да је 20% брендираних фармацеутских производа који су продати у Великој Британији у 2002. години потицали од паралелне трговине.<sup>10</sup> Велике фармацеутске компаније су покушавале на разне начине да спријече паралелну трговину позивајући се на своја права проистекла из патента или жига. Истицале су да трпе велике губитке због паралелне трговине. Позивајући се на патентно право, истицали су да је стављањем њихових производа у промет, њихово право исцрпљено али само за територију државе гдје су је први пут ставили у промет јер је на снази национално исцрпљење.

Велика Британија и Француска су покушавале да својим националним правом интелектуалне својине, тј. патентом и жигом, забране паралелну трговину тако што су произвођачи означивали да роба „није за препродају у Великој Британији“ или „није за препродају у Француској“.<sup>11</sup> Оваквим спречавањем и ограничавањем паралелне трговине произвођачи би морали да пазе јер може доћи до злоупотребе доминантног положаја а онда били би санкционисани на основу права конкуренције.<sup>12</sup>

Такође, фармацеутске компаније су успоставиле и систем квота да би спријечиле паралелну трговину. Оне су снабдијевале дистрибутере у другој држави које су одредиле на мјесечном, тромјесечном или неком другом року. Односиле су се на један или више производа. У тренутку када дистрибутер испуни квоту, нових испорука неће бити док не истекне период на који је конкретна квота одређена.<sup>13</sup> На овај начин фармацеут-

8 Вид. шире: Њ. Јовић (2015a), 669.

9 Вид. J. Attridge, „A single European market for pharmaceuticals: could less regulation and more negotiation be the answer?“, *European Business Journal*, Vol. 15, 3/2003, 122-134.

10 T. Valletti, S. Szymanskiz, „Parallel Trade, International Exhaustion and Intellectual Property Rights: A Welfare Analysis“, *The Journal of Industrial Economics*, Volume LIV, 4/2006, 501.

11 T. Valletti, S. Szymanskiz, 500.

12 Више о паралелној трговини и праву конкуренције вид. М. Киле, 352-356; Исто. Д. Поповић (2009), 53-61.

13 Вид. шире: Д. Поповић (2009), 54-55.

ске компаније су вршиле повреду права конкуренције у виду рестриктивних споразума.<sup>14</sup> Фармацеутске компаније су уводиле и различит систем одређивања цијена производа у зависности од тржишта за који је намијењен. Ако дистрибутер планира да производ извози, цијена за јединицу производа ће бити виша у односу за исти производ намијењен домаћем тржишту. На овај начин се онемогућава дистрибутеру да путем паралелне трговине оствари већи профит.

### III Појам и врсте исцрпљења права носиоца патента

Доктрина исцрпљења субјективних права интелектуалне својине представља правнополитички компромис, јер се на основу ње омогућава слободан промет робе са иностранством.<sup>15</sup>

Патентно право је као и друга права интелектуалне својине територијално ограничено. То значи да патент над проналаском обезбјеђује титулару патента ексклузивно право искоришћавања проналаска у границама државе или држава у којој је признат према начелу територијалности. Ово начело је у данашње вријеме у нескладу са институтом исцрпљења права.

Исцрпљење права није прописано ниједном међународном конвенцијом у области заштите права интелектуалне својине. Постоје различити ставови држава о концепту овог института. Због тога је искључиво регулисано националним прописима. Овај институт постоји у свим областима права интелектуалне својине.

Институт исцрпљења права интелектуалне својине настао је у америчкој судској пракси у случају *Bloomer v. McQuewan*<sup>16</sup> из 1953. године и случају *Adams v. Burk*<sup>17</sup> из 1873. године.<sup>18</sup> Идеју о исцрпљивању заштићеног права је развио Кохлер у учењу о идеји тзв. „везе између начина ис-

---

14 Вид. Одлуку Европске комисије *Johnson & Johnson*, бр. IV/29.702, Одлуку Европске комисије *Sandoz*, бр. IV/31.741 и Одлуку Европске комисије *Glaxo Wellcome*, бр. IV/36.957/F3. Вид. такође пресуде Првостепеног суда у предметима: T-168/01 *GlaxoSmithKline v. Commission* и T-41/96 *Bayer AG v. Commission*.

15 З. Миладиновић, С. Варга, „Субјект релевантан за исцрпљење права интелектуалне својине у одлукама Суда правде Европске уније“, *Правни живот*, бр. 12/2015, 245.

16 *Bloomer v. McQuewan*, 55 U.S. 539, 549.

17 *Adams v. Burk*, 84 U.S. 453, 456, 457.

18 Вид. С. Варга, 634.

коришћавања<sup>19</sup>. Термин „исцрпљење права носиоца патента“ је опште-прихваћен у терминологији али је доста непрецизан и значео би да долази до исцрпљења (конзумације) субјективног права у цјелини, што није тачно. Овде долази до исцрпљења појединачних искључивих овлашћења у односу на конкретан производ, а не на субјективно право у цјелини. Прецизније би било речи да се ради о исцрпљењу овлашћења из субјективног права а не о исцрпљењу права.<sup>20</sup> Исцрпљење или конзумација права наступа када титулар права интелектуалне својине или друго лице на основу његовог овлашћења или његов наследник ставе производ који је обухваћен патентном заштитом у промет, а треће лице правним послом стекне власништво над тим производом и може слободно да тај производ даље ставља у промет. Основни услов да би наступило исцрпљење права је да је производ који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра стављен у промет вољом титулара или његовог правног сљедника. Друго лице то може учинити уз овлашћење титулара а никако без њега, јер у том случају би дошло до повреде патента а не до исцрпљења права.<sup>21</sup> Уколико институт исцрпљења права не би постојао титулар права интелектуалне својине би могао да на основу својих личноправних и имовинскоправних овлашћења спријечи будућег власника да врши даљи промет примјерака предмета који представљају материјализацију одређеног интелектуалног добра. Основна сврха института је да онемогући такво понашање титулара права интелектуалне својине и да његова сагласност није потребна за тзв. секундарни промет производа на који се односи заштита.<sup>22</sup>

Постоји више врста исцрпљења права носиоца патента. Постоји исцрпљење код производа који је обухваћен патентом и исцрпљење пра-

19 J. Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, Mannheim 1908, 131-133; J. Kohler, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim 1908, 452-453. Нав. према: С. Фишер, „Исцрпљење права носиоца патента“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, 658; Вид. исто: К. Дамњановић, „Примјена принципа „исцрпљивања права“ у комунитарном патентном праву“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, 630.

20 С. Фишер, 659.

21 Ако треће лице без овлашћења носиоца патента стави у промет производ који је под патентном заштитом до исцрпљења права неће доћи. Види пресуде С – 24/67, Parke, Davis and Co. v. Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm и С – 341/87, EMI Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export and Others.

22 Д. Поповић, „Исцрпљење ауторског права и сродних права, међународна трговина и пословање на интернету“, *Правна ријеч*, бр. 37/2013, 70; Исто: Њ. Јовић, „Регионално исцрпљење права интелектуалне својине карактеристично за право Европске уније“, *Ревизија за европско право*, бр. 1/20156, 90.

ва на уређајима за примјену поступка.<sup>23</sup> У првом случају се исцрпљење везује за стављање у промет примјерка производа који је обухваћен патентом. У другом случају постоје два схватања. Прво схватање је да у случају испоруке уређаја и поступка који су патентирани, а поступак се изводи само уз помоћ тог уређаја, наступа исцрпљење патента за проналазак производа и истовремено давање дозволе носиоцу патента за коришћење патентираног поступка ако је стављен тај уређај у промет.<sup>24</sup> Друго схватање је да у том случају наступа исцрпљење патента за поступак у односу на лице које је стекло уређај.<sup>25</sup>

Поред претходно наведене подјеле, постоји и подјела према географском опсегу на национално, регионално и међународно исцрпљење права носиоца патента. Под географским опсегом исцрпљења права носиоца патента подразумејемо одређење територије на којој стављање робе у промет доводи до исцрпљења права носиоца патента.<sup>26</sup>

Први и класичан систем је национално исцрпљење који је основни и историјски први настао. На основу националног исцрпљења права интелектуалне својине титулар права пушта примерак фармацеутског производа у промет и он је тиме исцрпио, односно конзумирао своје субјективно право тако да будући власник има право да тај фармацетски производ пусти даље у промет, али само на територији домаће државе. Титулар лијека може на овај начин да се супротстави паралелној трговини свог производа за било коју другу државу. Државе својим националним прописима одређују за која права интелектуалне својине важи национално исцрпљење или неко друго. Тако је у САД-у прихваћено национално исцрпљење за патенте, у Србији за ауторско право, патенте и индустријски дизајн, а у БиХ за ауторско право, патенте и топографију интегрисаних кола. Законодавство око 40 држава прихвата национални режим исцрпљења права за патенте.<sup>27</sup>

Други облик је регионално исцрпљење права интелектуалне својине и он је настао у Европској унији у предмету *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*.<sup>28</sup> Европски суд

23 Вид. С. Фишер, 660.

24 С. Фишер, 664.

25 Б. Влашковић, *Садржај и повреда патента*, Крагујевац 1999, 63-64.

26 С. Варга, 634.

27 Детаљније вид. WIPO document CDIP/5/4 REV., Annex II, 32-42.

28 Case C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. Ово је прва пресуда у пракси Европског суда правде која се тичала исцрпљења права

правде је у овом случају из 1971. године одлучивао о тумачењу члана 5.(2), члана 85.(1) и члана 86. Уговора о ЕЕЗ. Расправљало се о злоупотреби доминантног положаја и подели тржишта заснованог на исцрпљењу ауторског права. У овом случају компанија „Metro-SB-Großmarkte GmbH & Co. KG“ је куповала грамафонске плоче у Француској од „Polydor SA, Paris“ пословне јединице компаније „Deutsche Grammophon Gesellschaft“ из Њемачке по нижим цијенама и увозила их и стављала у промет на територији Њемачке по вишим цијенама не поштујући висине цијена које је одредио дистрибутер. Компанија „Deutsche Grammophon“ је био ексклузивни дистрибутер тих грамафонских плоча за територију Њемачке и сматрао је да „Metro-SB“ као паралелни трговац чини повреду његових права на основу члана 85. *Urheberrechtsgesetz* (њемачки Закон о ауторским правима). Сматрао је да његово право на стављање у промет робе није исцрпљено ако је ставио робу у промет на страном тржишту преко своје пословне јединице и да важи национално исцрпљење за територију те земље. Компанија „Metro-SB“ је добила 20. марта 1970. године на основу члана 97. Закона о ауторским правима судски налог од *Landgericht Hamburg* којим јој је забрањено да врши продају или било какав маркетинг записа компаније „Deutsche Grammophon“ које носе ознаку „Polydor“. Компанија „Metro-SB“ је тражила преиспитивање ове одлуке и спор је по прелиминарном питању стигао до Суда правде ЕЗ. Компанија „Metro-SB“ је истакла да је дошло до исцрпљења права како за територију националне државе тако и за иностранство. У овом случају Суд је у одговору на постављена питања истакао да су одредбе националних прописа у супротности са прописима који уређују слободу кретања производа у оквиру заједничког тржишта ако је прозвођачима снимака звука који имају ексклузивно право дистрибуције заштићених производа дозвољено да забране продају тих производа у једној држави од стране других лица иако су их произвођачи легално ставили или лица од њих овлашћена на територији друге државе. Према Суду, произвођач звучних записа који има ексклузивно право дистрибуције не заузима аутоматски доминантан положај. Међутим, позиција је другачија када узимајући у околност све ситуације случаја, он има моћ да омета одржавање делотворне конкуренције у значајном дијелу релевантног тржишта.<sup>29</sup> Регионално исцрпљење подразумемијева да је титулар субјективног права интелектуалне својине

интелектуалне својине. Суд је по овом питању донио раније пресуду у предмету *C - 56/64, Consten & Grundig v. EC Commission* али се ова пресуда заснивала на примјени права конкуренције.

29 Вид. Њ. Јовић, 20156, 94-95.

исцрпио своје право стављањем примјерка предмета у промет на тржишту одређеног региона, тј. територије ЕУ. У овом случају титулар права се може супротставити паралелној трговини производа који уживају патентну заштиту само у случају извоза у државе које нису чланице ЕУ.

Трећи систем је међународно исцрпљење права интелектуалне својине. Оно се састоји у исцрпљењу субјективног права чином првог стављања у промет примјерака фармацетског производа који представља материјализацију заштићеног интелектуалног добра вољом титулара права без обзира на државу у којој је производ први пут стављен у промет.<sup>30</sup> Титулар права се не може противити паралелној трговини ако је у његовој држави на снази овај систем јер се сматра да је исцрпио тј. конзумирао своје субјективно право за све државе. Овај систем прихватају САД (постоје опречне пресуде у судској пракси) за ауторско право и жиг, у Србији за жиг а у БиХ за жиг и индустријски дизајн. Од 2010. године преко 20 држава примјењује режим међународног исцрпљења права за патенте. Неке од тих држава су Аргентина, Кина, Кострика, Египат, Хондурас, Индија, Пакистан, Филипини, Уругвај и др.<sup>31</sup>

По својој правној природи, исцрпљење права је законско ограничење садржинског дејства патента, из чега произилази да легални прибавилац патентираног производа смије исти да даље ставља у промет не зато што се сматра да је дозвола имплицитно дата, већ зато што вршење тих радњи не подлијеже обавези добијања дозволе од носиоца патента.<sup>32</sup> Државе у принципу могу да усвоје различите концепте исцрпљења права и паралелне трговине за различита права интелектуалне својине. Тако рецимо, може да усвоји концепт међународног исцрпљења за жиг а концепт националног исцрпљења за патенте или ауторска права. Овакву дискрецију држава да усвоје сопствену политику и режиме у вези са исцрпљењем права признаје и ТРИПС.<sup>33</sup>

Паралелна трговина је ограничена зависно који систем исцрпљења права интелектуалне својине се примјењује у конкретној држави. Тако ако је на снази систем националног исцрпљења права за патенте, паралелна трговина је забрањена. Поједине државе својим законодавством

30 Д. Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 175.

31 Детаљније вид. WIPO document CDIP/5/4 REV., Annex II, 32-42.

32 С. Марковић, *Патентно право*, Номос, Београд 1997, 304.

33 F. Abbott, *Parallel Importation: Economic and social welfare dimensions*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Winnipeg 2007, 5.



прописују концепт међународног исцрпљења за патенте или жигове али прописују изузетак за фармацеутске производе под одређеним условима. Тако нпр. Сингапур прописује чланом 66. Закона о патентима међународно исцрпљење за патенте, осим за фармацеутске производе под одређеним условима.

#### **IV Паралелна трговина фармацеутским производима који су под патентном заштитом**

Патентна заштита за фармацеутске производе (лијекове) је историјски била доста спорна. Многе државе нису дозвољавале својим националним законодавством да се проналасци лијекова могу патентирати. На овај начин је многим фармацеутским компанијама у државама које не признају патенте за лијекове било омогућено да легално производе генеричке лијекове. Усвајањем ТРИПС-а у оквиру Свјетске трговинске организације све државе које су чланице ове организације су морале да признају патентну заштиту и за лијекове.

У појединим државама цијене лијекова се вјештачки држе на ниском нивоу путем административне контроле цијене лијекова. У овим државама су услови за паралелну трговину изразито повољни. Паралелном трговином ових лијекова угрожава се профит у државама гдје не постоји административна контрола цијена лијекова.

Патентна заштита проналазака лијекова је од виталног значаја за стимулисање улагања у истраживање и развој нових проналазака у овој области. Фармацеутска индустрија има велике трошкове за производњу нових лијекова. Разлог су превасходно скупа и дуготрајна истраживања.

Опште је правило да патентна заштита траје 20 година, али за фармацеутске производе се ова заштита Сертификатом о додатној заштити може продужити на још максимално пет година. Изузетак је уведен из разлога што је за искоришћавање патената за лијекове, односно за његово пуштање у промет неопходна дозвола државних органа који захтевају додатне тестове а који трају и по пар година. Сертификат се издаје за производе који су као лијекови за људе и животиње или као средства за заштиту биља произведени по основу заштићеног проналаска, а подлијеже обавези добијања дозволе од стране органа управе надлежног за стављање у промет лијекова.<sup>34</sup> Ово продужење патентне заштите је пр-

34 Вид. чл. 113, ст. 1. Закона о патентима Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 99/11.

во уведено у САД-у 1984. године а одатле се постепено проширило и на остале државе.

Постоје „оригинални“ и „генерички“ фармацеутски производи, па тако можемо говорити о тржишту оригиналних лијекова и тржишту генеричких лијекова. Оригинални фармацеутски производ је синтетисан и развијен за медицинску употребу у лабораторијама произвођача који га је пронашао и патентирао, те једини има право да га производи и продаје по свом производном поступку. То су лијекови који садрже новоразвијену хемијску комбинацију молекула.

Генерички фармацеутски производ настаје кад истекне патентна заштита за оригинални лијек. Од тог тренутка други произвођачи имају право да слободно производе и продају такав лијек, који садржи исти активни састојак као и оригинални, али под другим именом.<sup>35</sup> Предност генеричких фармацеутских производа је у томе што су јефтинији а имају исто дејство као и оригинални. Њихов недостатак је у томе што морају да чекају да истекне патентна заштита за оригинални фармацеутски производ.

Генерички лијекови не могу бити заштићени патентом, док су оригинални лијекови најчешће под патентном заштитом. Тржишта оригиналних лијекова су углавном монополска тржишта, јер ови лијекови, најчешће немају замјенске лијекове (супституте) који уживају патентну заштиту. Конкуренција између произвођача оригиналних лијекова не постоји, али постоји конкуренција у иновацијама. За разлику од оригиналних, тржишта генеричких лијекова су у орштој конкуренцији, како између себе тако и према произвођачима оригиналних лијекова којима је истекла патентна заштита.<sup>36</sup>

Произвођачи оригиналних лијекова могу своје производе да штите од паралелне трговине позивајући се на своја права проистекла из патента или из права жига ако су на паковању ставили своју жигом заштићену ознаку. За разлику од њих, произвођачи генеричких лијекова се не могу заштитити од паралелне трговине позивајући се на патентно право, јер њихови производи не уживају патентну заштиту, али се могу позвати на право жига ако су на паковању ставили жигом заштићену ознаку.

---

35 М. Милојевић, „Дужа заштита патената за медицинске производе“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, 626.

36 Р. Радовановић, „Патентна заштита и ограничења конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013, 113.

Патентна заштита штити произвођаче оригиналних лијекова од паралелне трговине на територији домаће државе гдје су први пут пустили у промет своје производе позивајући се на национално исцрпљење права. Из тог разлога фармацеутске компаније врше снажан притисак на домаће законодавце да законом пропишу национално исцрпљење за носиоце патента.

Европски суд правде је у више предмета<sup>37</sup> расправљао о паралелној трговини фармацеутским производима и исцрпљењу права носиоца патента. У предмету „*Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*“<sup>38</sup> привредно друштво *Parke, Davis and Co.* је имао сједиште у Детроиту (САД), а у Холандији је имао патент за микробиолошки проналазак хлорамфеникола (*chloramphenicol*) и патент за проналазак поступка за добијање хлорамфеникола. *Parke, Davis and Co.* је ове патенте за територију Холандије лиценцом уступио *Koninklijke Nederlandse Gist-en Spiritusfabriek N. V.* са сједиштем у Делфту. Спор је настао јер су привредно друштво *Probel* из Белгије и *Interpharm* и *Centrafarm* из Холандије почели са паралелном трговином хлорамфеникола у Холандији. Они су исти набављали у Милану у Италији од *Carlo Erba*. У вријеме спора Италија није признавала патенте за проналаске лијекова и других области медицине. Према томе, производња и продаја хлорамфеникола се у Италији могла вршити слободно и није требала сагласност проналазача или носиоца патента. Патент за хлорамфеникол заштићен у Холандији, међутим, није исцрпљен у овом случају. Увезени хлорамфеникол из Италије није ставио у промет титулар права а то што та држава није признавала патентну заштиту за лијекове не повлачи за собом исцрпљење права носиоца патента у државама гдје је овај патент на снази. То значи да су субјективна права интелектуалне својине призната у различитим државама међусобно независна. Ако су у различитим државама титулари права за исто добро интелектуалне својине различити субјекти, исцрпљење права настаје само за оног титулара који је извршио продају.<sup>39</sup>

Европски суд правде је у случају „*Pharmon BV v. Hoechst AG*“<sup>40</sup> из 1985. године одлучивао о институту принудне лиценце и исцрпљивања права интелектуалне својине а поводом паралелне трговине фармацеут-

37 Вид. C - 15/74. *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc*; C-267/95 and C-268/95, *Merck and others v. Primecrown and others and Becciam v. Europharm*.

38 C - 24/67, *Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm*.

39 З. Миладиновић, С. Вапра, 256.

40 C - 19/84, *Pharmon BV v. Hoechst AG*.

ског производа. Спор је првобитно покренула њемачка компанија „*Ho-echst AG*“ пред холандским судом против холандске компаније „*Pharmon BV*“. Предмет спора је повреда патента чији је титулар компанија „*Ho-echst AG*“ а који је прозорокован куповином фармацеутског производа од стране „*Pharmon BV*“ на тржишту Велике Британије и који је и пуштен у промет на тржишту Холандије. Између странака је било спорно јер је производ пуштен у промет на територији Велике Британије на основу принудне лиценце. Тужилац је сматрао да није дошло до исцрпљења права јер је производ пуштен у промет мимо његове воље и на основу принудне лиценце. Спор је дошао и до Европског суда правде. Суд је истакао да је титулар патента овлашћен да се супротстави увозу производа произведених у другој држави чланици на основу принудне лиценце, јер ако би се дозволила паралелна трговина од стране извозника, власник патента би био лишен свога права да слободно ставља производ у промет на тржиште. Суд је дакле истакао, да је у овом случају забрањена паралелна трговина и да до исцрпљења права није дошло.

## V Закључак

Паралелна трговина је предмет међународног привредног права, права интелектуалне својине и права конкуренције. У овом раду смо је анализирали кроз право интелектуалне својине, тачније патентно право а поводом фармацеутских производа.

Предмет истраживања је био да се утврди да ли фармацеутске компаније као титулари патената на лијековима приликом вршења овлашћења која чине садржину субјективног права интелектуалне својине, могу спријечити паралелну трговину њихових фармацеутских производа који су под патентном заштитом.

Паралелна трговина у контексту патентног права је уско повезана са институтом исцрпљења права интелектуалне својине. Она је забрањена ако се врши пуштање у промет производа који су под патентном заштитом ако је у држави на снази систем националног исцрпљења права. За систем регионалног исцрпљења права паралелна трговина је дозвољена у оквиру предметног региона, а у систему међународног исцрпљења права је потпуно дозвољена.

Судска пракса као и теорија стоје на становишту да је паралелна трговина забрањена ако је патентирани производ пуштен у промет на основу принудне лиценце.

Фармацеутске компаније које се супротстављају паралелној трговини могу да повриједе право конкуренције путем злоупотребе доминантног положаја или склапањем рестриктивних споразума.

Фармацеутске компаније ипак могу да дјелимично спријече паралелну трговину лијековима зависно од система исцрпљења патентног права који важи у земљи у којој пуштају у промет своје лијекове.

**Njegoslav JOVIC, M.A.**

**Senior Assistant at the Faculty of Law University of Banja Luka**

## **PARALLEL TRADE AND EXHAUSTION OF RIGHTS HOLDER OF A PATENT IN THE CASE OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS**

### *Summary*

*The author analyzes the parallel trade and the exhaustion of the patent holder in the case of pharmaceutical products in terms of patent protection of pharmaceutical products and the permissibility or non-permissibility of parallel trade in the context of the institution of the exhaustion of the patent holder.*

*Parallel trade in terms repackaging of pharmaceutical products and trademark infringement, and infringement of competition through restrictive agreements or abuse of dominant position are not the subject of this paper.*

*The author analyzes the jurisprudence of the European Court of Justice and national courts, which are driven by disputes regarding the parallel trade of pharmaceutical products which are under patent protection.*

**Key words:** *parallel trade, exhaustion of rights, patent, pharmaceutical products.*

Др Ксенија ВЛАШКОВИЋ  
сарадник Ректората Универзитета у Крагујевцу

## ПАТЕНТИРАЊЕ ПРОИЗВОДА БИТНО БИОЛОШКОГ ПОСТУПКА У ОДЛУКАМА ЕВРОПСКОГ ЗАВОДА ЗА ПАТЕНТЕ

### Резиме

*Проширено жалбено веће Европског завода за патенте је 2010. године одлучило да су из патентирања искључени битно биолошки поступци за добијање биљака и биљних делова. Међутим, није одлучено да ли се искључење оваквих поступака из патентбилности односи и на производе који су у њима добијени. Ово питање било је предмет одлучивања у новим одлукама жалбених већа Европског завода за патенте у којима је призната оваква заштита. Основни аргументи за такав став били су да се изузеци у праву морају рестриктивно тумачити и да се мора направити јасна разлика између одредаба о искључењу проналазака из патентне заштите и одредаба о обиму заштите која се стиче на основу различитих патентних захтева.*

*У децембру 2015. године Европски парламент је донео Резолуцију којом се од Комисије захтева да истражи патентбилност производа добијених поступцима који су у основи биолошки; питање узајамног лиценцирања између патената и права на биљну сорту и приступ депонованом биолошком материјалу, по могућности путем интерпретације смерница. Осим тога, Холандија је за време свог председавања у сарадњи с Комисијом била домаћин симпозијума о проналажењу равнотеже између патената и права оплемењивача биљних сорти. Учесници тог симпозијума сложили су се да су за утврђене правне несигурности потребна брза и прагматична решења.*

**Кључне речи:** *product by process захтеви, неравнотежа између патената и права оплемењивача биљних сорти, искључења из патентбилности, правила тумачења.*

## I Увод

Конвенцијом о европском патенту предвиђено је да се европски патенти признају за проналаске из било које области технике, под условом да су нови, да имају инвентивни ниво и да су погодни за индустријску примену.<sup>1</sup> Истовремено су одређени изузеци од патентбилности, на пример, не могу се патентирати биљне сорте и животињске расе, као ни битно биолошки поступци за добијање биљака и животиња, с тим што се ова одредба не односи на микробиолошке поступке или на производе добијене тим поступцима.<sup>2</sup> Иста решења садржана су у чл. 4, Директиве о заштити биотехнолошких проналазака.<sup>3</sup> Поред тога, чл. 2, ст. 2, Директиве о заштити биотехнолошких проналазака битно биолошки поступак за добијање биљака или животиња одређен је као поступак који се у потпуности заснива на природним феноменима, као што су укрштање или селекција. С обзиром на чињеницу да у наведеним одредбама нису садржани ближи критеријуми за одређивање појма битно биолошког поступка и да је тумачен на различите начине у правној теорији, управној и судској пракси било је неопходно да се о овом питању изјасни и Проширено жалбено веће Европског завода за патенте. У одлукама G 2/07, познатијој као „*Broscoli I*“<sup>4</sup> и G 1/08, као „*Tomato I*“<sup>5</sup> од 9.12.2010. године, Проширено жалбено веће је први пут дефинисало појам битно биолошког поступка „као поступка који се састоји из мера полног укрштања у односу на цели геном и надовезујућих корака селекције, при чему његова природа остаје непромењена, без обзира што садржи додатну техничку меру која служи спровођењу или потпомагању укрштања и селекције, јер је потпу-

---

1 Конвенција о европском патенту од 5. октобра 1973. године, са изменама члана 63. Конвенције о европском патенту од 17. децембра 1991. године и изменама од 29. новембра 2000. године, Закон о признавању Конвенције, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 5/2010 и *Сл. гласник РС*, бр. 99/2011, чл. 52, ст. 1.

2 Исто, чл. 53, ст. 1 (6).

3 Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, *Official Journal L* 213, 30.7.1998, 13–21.

4 Патентни захтев бр. 99915886.8 британске компаније „Plant Bioscience Limited“ односио се на поступак за селективно повећање антиканцерогеног глукозинолата код врсте Brassica, као и на конзумне делове биљке броколи. European Patent Office, доступно на: [www.epo.org](http://www.epo.org) › ... › *Case law & appeals* › *Recent decision*, 6.2.2017.

5 Патентни захтев бр. 00940724.8 Министарства пољопривреде државе Израел односио се на поступак за добијање парадајза, чији су плодови са сниженим садржајем воде, као и на производе овог поступка. European Patent Office, доступно на: [www.epo.org](http://www.epo.org) › ... › *Case law & appeals* › *Recent decision*, 6.2.2017.

но ирелевантно, да ли је додатна техничка мера нова или позната, као и да ли представља суштину проналаска.“<sup>6</sup>

У наведеним одлукама није разматрано питање патентбилности производа који су добијени у битно биолошком поступку. Ово питање је изазвало нарочиту пажњу, јер се искључењем битно биолошких поступака очекивало да ће и у њима добијени производи бити искључени из патентне заштите, насупротив пракси неких техничких већа која су признавала овакве патенте. У настојању да отклони постојеће недоумице, Проширено жалбено веће је 25.3.2015. године, у обједињеним случајевима, донело одлуку „Tomato II“ и „Broccoli II“<sup>7</sup> о патентбилности ових производа. Међутим, овај комплексни проблем се мора посматрати у општем систему патентног права, па су у овом раду шире изложени аргументи за и против патентирања ових производа, који су садржани у одлукама како техничких већа, тако и Проширеног жалбеног већа Европског завода за патенте.

## **II Претходне одлуке Техничког жалбеног већа о патентирању производа битно биолошког поступка**

Питање патентирања производа битно биолошког поступка разматрано је у одлукама Т-1242/06 и Т-83/05. Одлука Т-1242/06, која временски претходи одлуци Т 83/05, донета је 31.5.2012. године, а у њој је посебна пажња посвећена аргументима који се могу изнети против патентирања овако добијених производа. Наиме, Техничко жалбено веће је анализирано питање да ли се патентирањем производа битно биолошког поступка заобилази одредба којом су ови поступци искључени из патентне заштите, јер је правно политички бесмислено овакво искључивање, а да се истовремено могу патентирати биљке или биљни делови који су добијени применом непатентбилног поступка. Другим речима, Конвенција о европском патенту не може бити контрадикторно тумачена, иако не садржи изричиту одредбу којом су из патентирања искључени производи битно биолошког поступка за добијање биљака. Аргумент за овакав став Техничко жалбено веће налази у поређењу обима заштите која се стиче на основу захтева за поступак и захтева за производ. Према опште при-

---

6 Europäisches Patentübereinkommen – Große Beschwerdekammer entscheidet in den Rechtssachen G 2/07 und G 1/08 zum Begriff der „im Wesentlichen biologischen Verfahren“ gem. Art. 53 lit. b) EPÜ, GRUR Int. Nr. 2/2011, 197.

7 Одлука Проширеног жалбеног већа од 25.3.2015, Decisions of the Enlarged Board of Appeal dated 25 March 2015, *Official Journal EPO*, бр. 3/2016, 27.



хваћеним начелима патентног права захтевом за производ стиче се апсолутна заштита којом титулар патента добија право да другима забрани производњу или примену патентираниог производа. Насупрот томе, заштита која се стиче захтевом за поступак за производњу неког производа је ужа и у начелу се односи само на примену поступка и на производе који су непосредно добијени у њему.<sup>8</sup> То значи да би одобравањем захтева за производ титулару патента било омогућено да другим лицима забрани примену битно биолошког поступка за добијање биљака.

Потпуно изостављање искључења битно биолошких поступака приликом испитивања дозвољености захтева за производ генерално би за последицу имало да титулари патента за велики број проналазака који се односе на добијања биљака лако могу заобићи чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту. Наиме, титулар може користити захтев за производ којим се пружа широка заштита која укључује и заштиту по основу захтева за поступак, иако је исти искључен из патентирања.<sup>9</sup> У том контексту, претходно наведену аргументацију и правило 27, (б) Конвенције о европском патенту Проширено жалбено веће није ни експлицитно, ни имплицитно узело у обзир при одлучивању у случају G 1/98. Наиме, Проширено жалбено веће је у овој одлуци закључило да захтев којим одређене биљне сорте нису индивидуално захтеване није искључен из патентирања, иако је могуће да су њиме обухваћене.<sup>10</sup> Образложење за овакав закључак односи се само на значење и обим искључивања биљних сорти из патентирања. Могуће деловање искључивања захтева за поступак на захтеве који се односе на биљке или биљне делове није било предмет разматрања. Овакав приступ при доношењу одлуке може се објаснити чињеницом да је реч о трансгеним биљкама које нису добијене поступком селекције и укрштавања, већ применом генских технологија.<sup>11</sup>

По мишљењу Техничког жалбеног већа законодавац је евентуалну намеру да се могу патентирати производи добијени битно биолошким поступком, који нису биљна сорта, могао да изрази у правилу 27, (ц) Кон-

---

8 Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts T 1242/06, „Vorlage an die Beschwerdekammer zum Verfahren zur Züchtung von Tomaten, *GRUR Int.* бр. 5/2013, тач. 45, 432.

9 Исто, тач. 47, 433.

10 Исто, тач. 51, 433.

11 Europäisches Patentamt, „Entscheidung vom 20.12.1999 – G 1/98 Transgene Pflanze/NOVARTIS II, UPOV-Ubereinkommen 1961 Art. 2 | UPOV-Ubereinkommen 1991 Art. 1“, *GRUR Int.* бр. 5/2000, 431.

венције о европском патенту. Наиме, по овом правилу патентбилни су микробиолошки или други технички поступци, као и производи који су добијени у њима, изузимајући биљне сорте или животињске расе. Међутим, законодавац није изразио такву намеру.

Поред тога, Техничко жалбено веће тумачи и аргументе за искључивање других поступака из патентне заштите наглашавајући да су у судској пракси познати случајеви у којима се искључивање поступака или примена може одразити на одобравање захтева за производ. На пример, према правилу 28, (ц) Конвенције о европском патенту не могу се стећи европски патенти за биотехнолошке проналаске чији је предмет примена људског ембриона у индустријске и комерцијалне сврхе. Наиме, Проширено жалбено веће је, у одлуци G 2/06, закључило да се овим прописом забрањује патентирање захтева за производе који се, у моменту пријаве, искључиво могу добити у поступку у оквиру којег се људски ембрион неизбежно уништава.<sup>12</sup> У образложењу ове одлуке истакнуто је да се не може узети у обзир само дословни текст захтева, већ целокупно техничко учење садржано у пријави у вези са начином на који се проналазак реализује. С обзиром да је у конкретном случају једини начин за добијање људских ембрионалних матичних ћелија у примени, а тиме и разарању људског ембриона, овај проналазак је обухваћен забраном која је садржана у правилу 28, (ц) Конвенције о европском патенту.<sup>13</sup>

На основу изнете анализе Техничко жалбено веће закључује да постоје и ситуације у којима се искључење одређених поступака може негативно одразити на одобравање захтева за производ, али се, такође, не може тврдити да искључивање поступка има генерално деловање у смислу да су из патентирања искључени сви производи који се примењују у таквом поступку. На пример, чл. 53, (ц) Конвенције о европском патенту искључени су из патентирања хируршки, терапијски и дијагностички по-

---

12 Große Beschwerdekammer des EPA erlässt Entscheidung in der Rechtssache Stammzellen/WARF (G 2/06), *GRUR Int.* бр. 1/2009, 92.

13 У пресуди Европског суда C-34/10 од 18.10.2011. године истакнуто је: „Да је, применом чл. 6, ст. 2 (ц) Директиве о биотехнолошким проналасцима, искључен из патентирања проналазак чијим се техничким учењем изазива претходно разарање људског ембриона или његова примена као полазног материјала, без обзира на стадијум у коме долази до разградње или дотичне примене.“ Judgment of the Court of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, доступно на: [curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-34/10](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-34/10), тач. 59.

ступци, али се могу патентирати производи, нарочито материје и смеше које се примењују у таквим поступцима.<sup>14</sup>

Иста питања као у претходној одлуци Техничко жалбено веће је разматрало у случају T 83/05.<sup>15</sup> Полазећи од изнетих аргумената, Проширеном жалбеном већу су упућена следећа питања: „(...) може ли се искључење битно биолошких поступака за добијање биљака, које је предвиђено чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту, негативно одразити на одобравање захтева за производ, који се односи на појединачне биљке, семе и биљне делове; да ли је дозвољен захтев који се односи на појединачне биљке, семе или биљне делове, при чему није реч о биљној сорти, и у случајевима када је једини расположиви поступак за њихово добијање на дан пријаве, одређени битно биолошки поступак који је наведен у патентној пријави; да ли је релевантно, у оквиру првог и другог питања, да се заштита која се стиче захтевом за производ односи на његову производњу путем битно биолошког поступка за добијање биљака који као такав није патентбилан на основу чл. 53 (б) Конвенције о европском патенту; да ли се се може одобрити *product by process* захтев који је усмерен на појединачне биљке, семе или биљне делове, када се њихова обележја дефинишу искључиво битно биолошким поступком у коме су добијени?”<sup>16</sup>

### III Одлука Проширеног жалбеног већа о патентирању производа битно биолошког поступка

Проширено жалбено веће сматра да се наведена питања Техничког жалбеног већа односе на обим искључења поступка према чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту, као и на утицај оваквог искључења на патентбилност захтева за производ и *product by process* захтева. Такође, Веће наглашава да су, у обједињеним случајевима G 2/12 и G 2/13, отворена питања да ли се одобравањем патената за производе и за *product by process* захтеве може сматрати начином којим се заобилази искључење битно биолошких поступака, па се тиме намера законодавца може изиграти избором патентне категорије и вештим формулисањем захтева. Проширено жалбено веће указује да се чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту недвосмислено односи на захтеве који су усмерени на бит-

14 Одлука Техничког жалбеног већа T 1005/98, „Guidelines for Surgery, therapy and diagnostic methods“, доступно на: [https://www.epo.org/law-practice/legaltexts/.../g\\_ii\\_4\\_2.htm](https://www.epo.org/law-practice/legaltexts/.../g_ii_4_2.htm), 23.2.2017.

15 Decision of Technical Board of Appeal dated 8 July 2013, „T 83/05 referral of questions to the Enlarged Board of Appeal“, *Official Journal*, бр. 3/2014, 29.

16 Исто, 40.

но биолошки поступак за добијање биљака. Ово подручје примене није у вези са дозвољавањем захтева који припада некој другој категорији, на пример, захтева који се односи на производ или *product by process* захтева. Истовремено, Веће истиче да се мора направити разлика између аспеката патентбилности и обима деловања патената. У Конвенцији о европском патенту тема патентбилности решена је у чл. 52-57, 76, 83, 84 и 123, а подручје заштите патената обухваћено је чл. 64, ст. 2 и чл. 69. То значи да се питање патентбилности захтева за производ и патентбилности *product by process* захтева мора решавати независно од обима заштите која се стиче патентом. У том смислу, Проширено жалбено веће истиче да се захтевом за поступак штити не само поступак, него и производи који су непосредно добијени тим поступком. Захтев за производ је, међутим, усмерен на сам предмет који је описан као конкретно физичко и техничко обликовање неке проналазачке идеје. Производ као проналазак мора да испуни све формалне и материјалне услове у погледу патентбилности и то независно од патентбилности поступка којим се добија. Другим речима, *product by process* захтевом производ се дефинише поступком који служи за његово добијање. Овај захтев је дозвољен само под одређеним условима, при чему се мора доказати да је немогуће да се производ дефинише на неки други начин, осим поступком за његову производњу, а сам производ мора да испуњава све услове за патентбилност.<sup>17</sup> Примена неког својства поступка за дефинисање одређеног производа није основа за његову новост, нити може бити основа за утврђивање инвентивног нивоа. У случају да је производ, који је предмет *product by process* захтева идентичан са неким већ познатим, или очигледно проистиче из њега, не може се патентирати ни када је претходни познати производ добијен у неком другом поступку. У обрнутом случају, када производ није идентичан са већ познатим, нити очигледно проистиче из њега, може се патентирати и у случају да се добија у неком поступку који је идентичан са већ познатим поступком или проистиче из њега на очигледан начин.<sup>18</sup>

У настојању да пружи одговор на постављена питања, Проширено жалбено веће примењује различите врсте тумачења чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту. То су: граматичко, систематско, телеолошко и

17 Andreas Schrell, Nils Heide, „Zu den Grenzen des „product-by-process“-Patentanspruchs im Erteilungs und Verletzungsverfahren“, *GRUR*, бр. 5/2006, 383.

18 A. Schrell, N. Heide, 385; Rudolf Teschemacher, „Current case law of the EPO Boards of Appeal – Notes for the practice“, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (in German)*, бр. 8-9/2015, 357.

историјско тумачење. На пример, у оквиру телеолошког тумачења упоређује изузетке од патентирања, односно чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту и чл. 4, ст. 1, (б) Директиве о биотехнолошким проналасцима. Поред тога, према чл. 3, Директиве о биотехнолошким проналасцима могу се патентирати проналасци који су нови, инвентивни и индустријски применљиви и у случајевима када је њихов предмет производ који се састоји из биолошког материјала или га садржи, или када је реч о поступку којим се производи, прерађује или примењује биолошки материјал.<sup>19</sup> Проширено жалбено веће, наиме, сматра да се оваквом формулацијом не пружа основ за широко тумачење изузетака према чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту, већ да се може извести закључак да се изузетак из патентирања тумачи рестриктивно, у смислу да захтев који се односи на производ није на исти начин аутоматски искључен из патентирања, као што је то у случају битно биолошких поступака.<sup>20</sup> На основу наведених облика тумачења, Проширено жалбено веће сматра да се подручје примене појма „битно биолошки поступак за добијање биљака“, који је садржан у чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту, тумачи тако да проналасци производа који се односе на појединачне биљке, семе или биљне делове нису искључени из патентирања. Другим речима, предмет захтева који се односи на производ не подударра се са предметом захтева за поступак који је искључен из патентирања у случају битно биолошког поступка за добијање биљака. Чак и када је производ могуће произвести само у битно биолошком поступку који није објављен или није познат неки други поступак за њихово добијање, изузетак у вези поступака из чл. 53, (б) не односи се на захтеве за производ, нити на *product by process* захтеве. Околност да се пријавилац одлучује за такав захтев, уместо за захтев за поступак који је битно биолошки, није вешто формулисање захтева или заобилажење правних сметњи. Пријавилац само бира легитимну могућност да стекне патентну заштиту за одређени производ, уколико је испунио услове за одобравање таквог захтева.

На основу ових закључака, Проширено жалбено веће даје следеће одговоре: „Искључивање битно биолошких поступака за узгој биљака према чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту не одражава се негативно на одобравање захтева који се односи на биљке или делове биљака,

19 Исто, 359.

20 Timo Minssen, Ana Nordbert, „The Impact of Broccoli II and Tomatoes II on European Patents in Conventional Breeding, GMOs, and Synthetic Biology: The Grand Finale of a Juicy Patents Tale?“, *Biotechnology Law Report*, бр. 3/2015, 81-87.

као што је плод. Чињеница да је на дан пријаве једини расположиви поступак за производњу захтеваних производа битно биолошки поступак, који је објављен у патентној пријави не може се супротставити одобравању захтева за биљке или биљни материјал, јер није реч о биљној сорти. Без значаја је околност да се заштита која се стиче захтевом за производ односи и на добијање захтеваног производа путем битно биолошког поступка за узгој биљака, који као такав није патентбилан.<sup>21</sup>

#### IV Закључак

У одлукама G 1/08 и G 2/07 Проширено жалбено веће је дефинисало битно биолошке поступке који су искључени из патентирања, али није разматрало питање патентбилности производа који су добијени у таквим поступцима. Ово питање било је предмет разматрања у обједињеним одлукама G 2/12 и G 2/13. У овим одлукама, дозвољено је патентирање производа битно биолошког поступка у случају да су испуњени основни захтеви у вези са патентирањем проналаска. Основни аргумент Проширеног жалбеног већа био је да се изузеци од основног правила патентбилности морају рестриктивно тумачити. При одлучивању о патентбилности производа битно биолошког поступка, Проширено жалбено веће је узело у обзир и разлике које постоје између захтева који се односе на поступак и производ, које се поред осталог, огледају и у погледу испуњености услова за патентирање. Наиме, захтев за производ се може одобрити само када је производ нов и поседује инвентивни ниво. Међутим, захтев за поступак за производњу производа може да испуни услов новост и инвентивног нивоа и у случају да у њему добијени производ, сам, не испуњава те захтеве. На основу тога се може закључити да је законодавац формулисањем искључења по чл. 53, (б) Конвенције о европском патенту свесно направио разлику тако што је искључио одређене поступке, али не и производе који су у њима добијени. Када је реч о искључењу самих поступака не прави се разлика између поступака у којима се добијају нове и инвентивне биљке и поступака у којима то није случај. Без обзира на такву околност, из патентирања су искључени сви битно биолошки поступци.

Међутим, Европска комисија није прихватила став Проширеног жалбеног већа полазећи од одредаба Директиве о биотехнолошким проналасцима. Наиме, чл. 4, ст. 3, прописано је да су дозвољени патенти за

---

21 Наведене одлуке Проширеног жалбеног већа G 2/12 и G 2/13, *Official Journal EPO*, бр. 3/2016, 27-28.

проналаске који су резултат микробиолошког поступка. Ова одредба се изричито позива на чл. 4, ст. 1, (б) Директиве о биотехнолошким проналасцима, тј. на искључење битно биолошких поступака за добијање биљака и животиња. Упоређујући ове две одредбе Директиве о биотехнолошким проналасцима, Европске комисије сматра да је намера законодавца била да из патентирања искључи и производе који су добијени у битно биолошком поступку. Различитост у приступу Проширеног жалбеног већа, Техничког жалбеног већа у изложеним одлукама, као и мишљење Европске комисије указују да је реч о питању о којем се могу очекивати даље полемике.

**Ksenija VLAŠKOVIĆ, PhD**

Associate of the University of Kragujevac

## **PATENTING OF PRODUCTS OF ESSENTIALLY BIOLOGICAL PROCESS IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN PATENT OFFICE**

### **Summary**

*In 2010, the extended appeal council of the European Patent Office made a decision by which products of essentially biological process for the production of plants and plant parts are excluded from patenting. However, the decision has not been made whether the exclusion of such processes from patentability also refers to products gained from such processes. This question was the matter of the decision in new decrees of appeal councils of the European Patent Office in which such protection was acknowledged. The main arguments for such a stance were that exceptions in law must be narrowly interpreted and that a clear distinction has to be made between regulations regarding the exclusion of products from patent protection and regulations regarding the scope of protection gained on the basis of different patent requests.*

*In December 2015, the European Parliament adopted a Resolution which asked the Commission to look into the patentability of products derived from essentially biological processes; the issue of cross-licensing between patents and plant variety rights; and access to deposited biological material, possibly by means of interpretative guidelines. In addition, the Netherlands Presidency hosted, in cooperation with the Commission, a Symposium about finding balance between patents and plant breeders' rights. The consensus among stakeholders*

*at that Symposium was for rapid and pragmatic solutions to address the identified legal uncertainty.*

**Key words:** *product by process claims, an imbalance between patents and plant breeders' rights, exclusion from patentability, rules of interpretation.*



**Новак ВУЈИЧИЋ, мастер  
студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду**

## **УСЛУГА ОМОГУЋАВАЊА ПРИСТУПА ИНТЕРНЕТУ ПУТЕМ БЕЖИЧНЕ ЛОКАЛНЕ МРЕЖЕ И ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОВРЕДУ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА\***

### **Резиме**

*Раd је посвећен анализи питања одговорности пружалаца услуге омогућавања приступа Интернету путем бежичне локалне мреже за повреду ауторског и сродних права које су учињене коришћењем предметне услуге. Најпре се разматра да ли и под којим условима услуга оператора бежичних локалних мрежа може представљати повреду ауторског и сродних права. Потом се испитује могућност оператора бежичних локалних мрежа да се позову на ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација, као и домашај тог ограничења, с нарочитим освртом на одлуку Суда правде Европске уније у предмету *Ms Fadden*. Посебно се посматра став Суда правде Европске уније према комесе операторима бежичних локалних мрежа, упркос ограничењу одговорности, може судским путем наредити предузимање мере заштите од повреда ауторског и сродних права која се састоји од увођења лозинке за приступ мрежи, с тим да се таква лозинка може открити само лицима чији је идентитет познат. Порука рада је да приликом утврђивања одговорности и налагања операторима бежичних локалних мрежа да предузму мере заштите од повреда ауторског и сродних права треба водити рачунаи о заштићеним интересима оператора и корисника Интернета, а не само о заштити права интелектуалне својине, те тежити успостављању праведне равнотеже ових сукобљених интереса.*

---

\* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

**Кључне речи:** ауторско право, сродна права, бежичне локалне мреже, одговорност за повреду ауторског и сродних права, Интернет.

## І Увод

Данас, у доба информационог друштва, постоји константна потреба за приступом Интернету, не само у пословању, него и у свим сегментима живота. Управо због тога велики број привредних субјеката се одлучује да уз услугу, која представља њихову основну делатност, додатно и по правилу бесплатно пружа услугу омогућавања приступа Интернету путем бежичне локалне мреже (енгл. *Wireless Local Area Network - WLAN*),<sup>1</sup> не би ли тако повећали атрактивност своје основне делатности.<sup>2</sup> Ипак, корисници њихових услуга могу искористити такав приступ Интернету за повреду туђег ауторског или сродног права. Тада се поставља питање ко све може бити одговоран за повреду ауторског и сродних права учињену на овај начин? Предмет овог рада је анализа грађанскоправне одговорности пружалаца услуге омогућавања приступа Интернету путем бежичне локалне мреже (даље у тексту: оператори бежичних локалних мрежа)<sup>3</sup> за повреде ауторског и сродних права, учињене коришћењем њихових услуга, из аспекта европског права, а са посебним освртом на пресуду Суда правде Европске уније у предмету *Mc Fadden*.<sup>4</sup>

Суд правде Европске уније је у предмету *Mc Fadden* поставио смернице за утврђивање одговорности оператора бежичних локалних мрежа за повреде ауторског и сродних права учињене од стране кори-

1 Бежична локална мрежа представља скуп рачунара на релативно малом простору, као што су угоститељски објекат, канцеларија, кућа или зграда, домета око сто метара. Најчешће коришћене бежичне локалне мреже су стандарда IEEE 802.11, тзв. Вај-Фај (енгл. *Wi-Fi - Wireless Fidelity*), па је тај назив постао уобичајен у говору за означавање бежичних локалних мрежа. Поред локалних бежичних мрежа постоје и друге бежичне мреже које покривају шира подручја на пример државе или града, односно уже просторе до десет метара.

2 Најчешће се ради о омогућавању приступа Интернету у оквиру угоститељских објеката, продајних објеката, у превозним средствима, канцеларијама.

3 У раду се неће анализирати одговорност корисника бежичне локалне мреже, као ни одговорност интернет оператора који обезбеђује интернет приступ оператору бежичне локалне мреже. Неће се анализирати ни потенцијална улога интернет оператора у спречавању овакве повреде ауторског и сродних права.

4 Суд правде Европске уније, *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, предмет бр. С-484/14, пресуда од 15.9.2016 (даље у фуснотама: пресуда у предмету *Mc Fadden*).

сника њихове услуге. У посматраном предмету Покрајински суд у Минхену I је Суду правде Европске уније упутио претходна питања у вези са тумачењем одредбе чл. 12, ст. 1. Директиве 2000/31/ЕЗ о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине, на унутрашњем тржишту (даље у тексту: Директива о електронској трговини) којом се прописује ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација (енгл. *mere conduit*), као пружалаца услуга информационог друштва.<sup>5</sup> За анализирано питање битна су, између осталог, два становишта која је заузео Суд правде Европске уније у предмету *Mc Fadden*. Прво, потврђено је да се предметно ограничење одговорности може применити приликом утврђивања (не)постојања одговорности оператора бежичне локалне мреже, који своју услугу пружа бесплатно, за повреде ауторског и сродних права учињене од стране корисника његових услуга (II). Друго, утврђено је да се под одређеним условима, као мера заштите од повреда ауторског и сродних права, операторима бежичних локалних мрежа може судским путем наредити увођење лозинке за приступ мрежи која може бити дата само оним корисницима који открију свој идентитет (III).

## **II (Не)постојање одговорности оператора бежичних локалних мрежа за повреде ауторског и сродних права учињене од стране корисника њихових услуга**

Да ли ће постојати одговорност појединог оператора бежичне локалне мреже за повреду ауторског или сродног права учињену од стране корисника његове услуге, путем интернет приступа који он обезбеђује, треба ценити на основу околности сваког конкретног случаја. Међутим, одређене начелне смернице се овде могу одредити. Генерално посматрано, приликом утврђивања (не)постојања одговорности оператора бежичних локалних мрежа за повреде ауторског и сродних права у посматраним ситуацијама треба одговорити на два основна питања. Прво, да ли је у конкретном случају оператор бежичне локалне мреже извршио неку од радњи повреде ауторског или сродних права, те да ли се евенту-

5 Директива 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савета од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито електронске трговине, на унутрашњем тржишту – Директива о електронској трговини (енгл. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market - Directive on electronic commerce; даље у фуснотама: Директива о електронској трговини), *Official Journal of the European Communities*, L 178, чл. 12, ст. 1.

ално може утврдити његова одговорност за посредно учествовање у радњи повреде? Друго, да ли и у ком обиму се оператор бежичне локалне мреже може позвати на ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација које је преузето у национална законодавства држава чланица Европске уније из чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини? После одлуке Суда правде Европске уније у предмету *Mc Fadden*, којом је утврђено да се на операторе бежичних локалних мрежа под одређеним условима може применити предметно ограничење одговорности, редослед постављања ових питања у пракси би требало да буде обрнут.<sup>6</sup> Ипак, у наставку ћемо анализирати предметна питања по редоследу по ком су уобичајено постављана до сада у немачкој судској пракси из које је и потекао предмет *Mc Fadden*.

### **1. Услуга оператора бежичних локалних мрежа као радња повреде ауторског и сродних права**

Приликом утврђивања да ли услуга оператора бежичне локалне мреже може представљати радњу повреде ауторског и сродних права треба пре свега имати у виду да је предметна услуга углавном неутрална и да се своди на чисто техничко омогућавање приступа Интернету. С обзиром на то, по правилу, не би требало да представља радњу повреде субјективног ауторског или сродног права.

Повреда ауторског и сродних права постоји када се неовлашћено изврши било која радња обухваћена искључивим овлашћењима носиоца субјективног ауторског или сродног права (тзв. непосредна повреда права).<sup>7</sup> Поред тога, повреда постоји и у случајевима предузимања одређених радњи, које нису обухваћене искључивим овлашћењима из садржине субјективног ауторског или сродног права, али које су изричито прописане у закону као радње повреде будући да представљају акт прикривања, олакшавања или припреме непосредне повреде (тзв. посредна повреда права).<sup>8</sup> Међутим, услуга пуког омогућавања приступа Интернету, чак и када је трећа лица користе за повреду ауторског или сродних права, се

---

6 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 22-32.

7 Прописи ауторског и сродних права држава чланица Европске уније су у великој мери хармонизовани, па су радње повреде, а посебно непосредне повреде, ауторског и сродних права одређене на сличан начин. Значајније разлике, додуше постоје у погледу прописивања радњи посредних повреда, као и у судској пракси у вези са одговорношћу за посредно учествовање у радњи повреде учињеној од стране трећег лица.

8 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 261.

углавном не може подвести под напред описан крут радњи повреде.<sup>9</sup> Мада, узимајући у обзир све присутне тенденције екстензивног тумачења искључивих овлашћења из садржине субјективног ауторског и сродних права, није немогуће замислити да неки судови прошире домашај радње повреде и на посматрану услугу. Упитно је ипак да ли би такво екстензивно тумачење уопште, а и под којим околностима, било оправдано. Баш у предмету *Mc Fadden* првостепени суд је утврдио одговорност оператора отворене бежичне локалне мреже за непосредну повреду субјективног сродног права, али ту треба имати у виду да се радило о пресуди због изостанка, па суд није детаљније ценио чињенично стање и доказе. Исто тако, другостепени суд је у свом захтеву, који је упутио Суду правде Европске уније, написао да је склон да утврди да се не ради о непосредној повреди.<sup>10</sup>

С друге стране, судови држава чланица, под одређеним околностима, могу применом општих правила о одговорности за грађанско-правне деликте утврдити постојање одговорности оператора бежичне локалне мреже за посредно учествовање у радњи повреде ауторског и сродних права учињеној од стране корисника његове услуге, независно од неутралног и техничког карактера услуге коју он пружа.<sup>11</sup> Примени општих правила грађанског права о одговорности судови европских држава прибегавају у ситуацијама, као што је посматрана, када није могуће остварити адекватну заштиту од повреда на основу прописа права интелектуалне својине, као *sui generis* прописа.

Тако, на пример, у немачкој судској пракси постоје одлуке у којима је утврђено постојање одговорности лица, путем чијих бежичних мрежа за интернет приступ су трећа лица учинила повреду ауторског и сродних права, за учествовање у таквим повредама позивањем на грађанско-

---

9 До повреда ауторског и сродних права може доћи и када оператор бежичне локалне мреже сам употребљава своју бежичну мрежу за неовлашћено коришћење туђих ауторских дела на Интернету, на пример он лично или његови запослени неовлашћено постављају заштићено музичко дело на Интернет, али такве ситуације нису предмет овог рада.

10 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 32.

11 Напред поменуте радње тзв. посредне повреде ауторског и сродних права управо представљају радње посредног учествовања у повреди искључивих овлашћења носилаца субјективног ауторског и сродних права које су због свог значаја изричито прописане као радње повреде прописа права интелектуалне својине. У складу са тим, чини се да можемо рећи да случајеви, у којима суд утврди одговорност за посредно учествовање у повреди ауторског и сродних права на основу општих правила грађанског права, представљају посредну повреду у ширем смислу.

правну доктрину проширене одговорности *Störerhaftung* (срп. одговорност ометача). Предметна доктрина је установљена у судској пракси на основу одредбе § 1004 немачког Грађанског законика<sup>12</sup> и омогућава да се судским путем нареди лицима која нису извршила радњу повреде, али која су свесно и каузално допринела настанку повреде права, да предузму адекватне мере ради престанка и/или спречавања нових повреда права, под претњом новчаних казни због непоштовања судског налога.<sup>13</sup> То конкретно значи, да „потенцијални“ посредници у повреди треба унапред да предузму адекватне, разумне мере заштите од настанка повреда ауторског и сродних права, како би избегли плаћање трошкова опомена пред утужење,<sup>14</sup> судске спорове, те високе казне.<sup>15</sup> Немачки судови примењују доктрину *Störerhaftung* углавном када је лице које је извршило радњу повреде непознато, не може се пронаћи или ако је природа повреде таква да захтева хитно деловање. Ипак, мора се водити рачуна да мере заштите од повреде чије се спровођење може наредити посредницима не смеју бити такве да угрожавају њихову основну делатност. Исто тако, на основу ове доктрине, по правилу, није могуће тражити накнаду штете због повреде права.<sup>16</sup>

12 Ради се о општој одредби о праву да се судским путем захтева уклањање узнемиравања и предузимање мера за спречавање настанка штете на имовини. Вид. Грађански законик Савезне републике Немачке (нем. *Bürgerliches Gesetzbuch*), BGB 1896, последње измене I 258/2017, § 1004.

13 Услови за примену доктрине *Störerhaftung* су по правилу следећи: 1) свесно предузимање радње од стране посредника која према редовном дејству може да представља допринос радњи повреде трећег лица; 2) постојање правне и фактичке могућности посредника да спречи настанак такве повреде; 3) повреда обавезе предузимања разумне, адекватне мере провере, односно заштите од повреда. Matthias Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9, 2014, 78-79.

14 Немачки Закон о ауторском праву и сродним правима предвиђа могућност носилаца субјективног ауторског и сродних права да захтевају накнаду трошкова састављања опомене пред утужење од лица коме је она достављена, ако је таква опомена оправдана. Лице које прихвати да поступи у складу са опоменом, независно од тога што није покренут судски поступак, има по правилу уговорну обавезу да накнади трошкове њеног састављања. Вид. Закон о ауторском праву и сродним правима Савезне Републике Немачке (нем. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte-Urheberrechtsgesetz*), BGBl. I.S. бр. 1273/1965, последње измене 3037/2016, § 97а.

15 Детаљније о заштити од повреда ауторског и сродних права учињених путем Интернета у Немачкој вид. Sandra Schmitz, Thorsten Ries, „Three songs and you are disconnected from cyberspace? Not in Germany where the industry may turn piracy into profit“, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 3, 2012, 1-17.

16 Christina Angelopoulos, „Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe“, *Intellectual Property Quarterly*, No. 3, 2013, 260-270.

Немачки Савезни врховни суд је у предмету *Sommer unseres Lebens*, позивајући се на доктрину *Störerhaftung*, утврдио да физичко лице, које своју бежичну мрежу са интернет приступом није заштитило лозинком на адекватан начин, може бити одговорно за повреду ауторског и сродних права учињену од стране трећих лица путем те мреже, будући да је свесно омогућило извршење такве повреде. Према ставу суда, разумна, односно адекватна мера заштите од повреда ауторског и сродних права коју физичко лице, власник приватне бежичне мреже за приступ Интернету, мора да предузме да би избегао одговорност јесте постављање адекватне лозинке за приступ.<sup>17</sup> Предметна бежична мрежа је била заштићена лозинком произвођача рутера, али суд је утврдио да то није адекватна мера заштите и да је потребно да власник приватне бежичне мреже постави лозинку коју је сам одредио.<sup>18</sup> Узимајући у обзир упутства Савезног врховног суда, Виши покрајински суд у Франкфурту на Мајни, коме је предмет враћен на поновно одлучивање, је наредио туженом да постави адекватну лозинку (личну, довољно дугу и сигурну) за своју бежичну мрежу са интернет приступом, под претњом новчане казне,<sup>19</sup> као и да надокнади тужиоцу трошкове слања опомене због повреде и поступка.<sup>20</sup>

---

17 Суд је притом установио да се адекватност мере заштите, коју власник приватне бежичне мреже за приступ Интернету мора да предузме, треба ценити према важећим техничким стандардима у време инсталирања рутера за бежичну мрежу. У теорији постоје мишљења да се предметни став суда може тумачити тако да не постоји обавеза унапређења и усклађивања мера заштите са техничким стандардима који стално напредују. Christoph Busch, „Secondary Liability for Open Wireless Networks in Germany: Balancing Regulation and Innovation in the Digital Economy“, 2015, доступно на: <https://www.ssrn.com/>, 6.4.2017, 4.

18 Постоје и одлуке немачких судова у којима је утврђено да коришћење фабричке лозинке произвођача рутера или интернет оператора, обично назначене на полеђини рутера, представља адекватну меру заштите, те да због тога не постоји одговорност власника бежичне интернет мреже за повреде учињене од стране трећих лица. Вид. С. Busch, 5, фн. 15. Чак је и сам Савезни врховни суд у својој скорашњој одлуци из 2016. године пресудио да лозинка произвођача рутера представља адекватну меру заштите под условом да је јединствена, односно да произвођач рутера не користи идентичну лозинку за друге своје уређаје. Ипак, треба напоменути да су фабричке лозинке у међувремену постале сигурније. Савезни врховни суд Савезне Републике Немачке, Bundesgerichtshof verneint Störerhaftung für passwortgesichertes WLAN, доступно на: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=76605&linked=pm>, 6.4.2017.

19 Новчана казна у случају непоступања по налогу суда може бити изречена у износу и до 250.000 евра за сваку радњу повреде, а може бити замењена и казном затвора.

20 Савезни врховни суд Савезне Републике Немачке, предмет *Sommer unseres Lebens*, бр. I ZR 121/08, пресуда од 12.5.2010, доступно на: <http://www.czarnetzki.eu/assets/Downloads/Urteile/BGH-i-zr-121-08-WLAN.pdf>, 6.4.2017, пар. 3; Виши покрајински суд у Франкфурту на Мајни,

Сличан приступ немачки судови нижих инстанци су имали када се одлучивало о одговорности оператора који пружају услугу бежичне локалне мреже за интернет приступ у оквиру својих привредних делатности. У предметима у којима се радило о одговорности оператора бежичних локалних мрежа који пружају своје услуге лицима чији идентитет је познат (нпр. хотели, апартмани за одморе, изнајмљени станови, болнице) судови су били склони да утврде да не постоји одговорност за повреду субјективног ауторског или сродног права, учињену од стране корисника њихових услуга, под условом да су оператори предузели неку од адекватних мера заштите. Као адекватне мере заштите судови су прихватили заштиту бежичне мреже путем технологије енкрипције,<sup>21</sup> те упутства корисницима услуге да не користе приступ Интернету за повреде права.<sup>22</sup> Међутим, ако оператор овакве бежичне мреже има сазнања да се његова услуга користи за повреде ауторског и сродних права, требало би да предузме додатне мере заштите, односно надзора.<sup>23</sup> С друге стране, не постоји значај-

---

предмет *Sommer unseres Lebens*, бр. 11 U 52/07, пресуда од 21.12.2010, доступно на: <https://openjur.de/u/306570.html>, 6.4.2017; Становише о постојању обавезе предузимања адекватних мера заштите од повреда Савезни врховни суд је примењивао и у каснијим случајевима у којима се одлучивало о одговорности власника приватних бежичних мрежа са интернет приступом, за повреде ауторског и сродних права учињене од стране чланова његове породице. Тако је у предмету *Morpheus*, у коме се одлучивало да ли је власник мреже одговоран за онлајн неовлашћену размену датотека са ауторским делима коју је учинио његов тринаестогодишњи син, суд утврдио да неће постојати одговорност родитеља ако да инструкције малолетнику да не користи Интернет за недозвољене радње. У другом предмету, *BearShare*, суд је утврдио да власник нема ту обавезу када су у питању пунолетни чланови породице. Међутим, ако власник има сазнања да чланови његове породице користе бежични интернет приступ за повреду права, мора предузети разумне мере да то спречи. С. Busch, 5; Вид. Савезни врховни суд Савезне Републике Немачке, предмет *Morpheus*, бр. I ZR 74/12, пресуда од 15.11.2012, доступно на: <https://openjur.de/u/569445.html>, 6.4.2017. и Савезни врховни суд Савезне Републике Немачке, предмет *BearShare*, бр. I ZR 169/12, пресуда од 8.1.2014, доступно на: <http://lexetius.com/2014,1600>, 7.4.2017; Савезни врховни суд је још у предмету *Afterlife* додатно појаснио да не постоји обавеза власника бежичне мреже да контролише рачунаре чланова своје породице, како би утврдио да ли се исти користе за повреду права интелектуалне својине. Вид. Савезни врховни суд Савезне Републике Немачке, предмет *Afterlife*, бр. I ZR 154/15, пресуда од 6.6.2016, доступно на: [http://news.waldorf-frommer.de/wpcontent/uploads/2017/03/BGH\\_I\\_ZR\\_154\\_15.pdf](http://news.waldorf-frommer.de/wpcontent/uploads/2017/03/BGH_I_ZR_154_15.pdf), 6.4.2017.

- 21 Вид. Покрајински суд у Франкфурту на Мајни, предмет бр. 2-6 S 19/09, пресуда од 18.8.2010, доступно на: <https://openjur.de/u/306043.html>, 7.4.2017.
- 22 Вид. Покрајински суд у Франкфурту на Мајни, предмет бр. 2-06 O 304/12, пресуда од 28.6.2013, доступно на: <https://openjur.de/u/635858.html>, 7.4.2017.
- 23 С. Busch, 6-7. Више о другим судским предметима у вези са овим питањем вид. С. Busch, 6, фн. 25-29.



нија немачка судска пракса у вези са одговорношћу оператора бежичних локалних мрежа који своје услуге пружају непознатим лицима (нпр. ресторани, аеродроми, бесплатне услуге тзв. хотспот (енгл. *hotspot*) бежичног интернет приступа). Примера ради, Покрајински суд у Хамбургу је утврдио постојање одговорности власника интернет кафеа за учествовање у повреди ауторског права, јер није блокирао портове (енгл. *ports*) за онлајн размену садржаја путем његове бежичне мреже, чиме је омогућио гостима кафеа да учине повреду ауторског права.<sup>24</sup> Другачији став пак заузео је Основни суд у Шарлотенбургу када је утврдио да власник хотспот бежичне мреже за Интернет приступ не може бити одговоран, позивањем на доктрину *Störerhaftung*, за повреду ауторског и сродног права учињену од стране непознатог лица које је користило његову услугу. Према ставу суда, наметање обавезе блокирања портова, блокирања одређених домена, као и упозорења корисницима да не чине повреду права интелектуалне својине путем обезбеђеног интернет приступа, би представљало велики терет за делатност хотспот бежичних мрежа.<sup>25</sup> Као што се из наведеног може видети доктрина *Störerhaftung* оставља доста простора за различита тумачења судова, те њена примена зависи од случаја до случаја чини се не пружа довољан ниво правне сигурности.

Треба напоменути да је напред описана судска пракса о примени доктрине проширене одговорности *Störerhaftung* специфична за немачко право, и упитно је да ли би се могла применити у судској пракси других држава чланица. Наиме, због значајних разлика националних правила о одговорности за грађанскоправне деликте, пракса судова европских држава у вези са одговорношћу за посредно учествовање у радњи повреду ауторског и сродних права, генерално, па и случају оператора бежичних локалних мрежа, може бити у великој мери неуједначена.<sup>26</sup> Поред тога, у

24 Вид. Покрајински суд у Хамбургу, предмет бр. 310 О 433/10, пресуда од 25.10.2010, доступно на: <https://openjur.de/u/82969.html>, 7.4.2017.

25 Основни суд у Шарлотенбургу, предмет бр. 217 С 121/14, пресуда од 17.12.2014, доступно на: <https://openjur.de/u/760693.html>, 7.4.2017; Federica Giovanella, Mélanie Dulong de Rosnay, „Community wireless networks, intermediary liability and the McFadden CJEU case“, *Communications Law*, Vol. 22, 2017, 14.

26 На пример, француски Законик о интелектуалној својини прописује обавезу особе која је „власник“ приступа Интернету да пази да се тај приступ не користи за повреду права интелектуалне својине. Суд правде Европске уније, *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, предмет бр. С-484/14, мишљење општег правозаступника од 15.3.2016, (даље у фуснотама: мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*), фн. 46. С друге стране, у Италији не постоји таква обавеза, па од тумачења судске праксе зависи да ли ће постојати одговорност за чисто пасивно посредно учествовање у повреди ауторског и сродних

државама чланицама које имају прописе о могућности забране приступа Интернету корисницима који повређују ауторска и сродна права, у оквиру примене система фазног одлучивања (енгл. *gradually response*), таква мера евентуално може бити примењена.<sup>27</sup>

Напред предочено се односи на ситуације када оператор бежичне локалне мреже поступа неутрално, али није искључено да он активно и намерно доприноси повредама ауторског и сродних права које трећа лица чине путем његове бежичне мреже (нпр. подстиче на повреду, даје упутства како да се неовлашћено преузимају заштићена дела са Интернета). Тада у зависности од начина доприноса повреди национални судови могу утврдити постојање његове одговорности за посредно учествовање у повреди или чак за извршење радње повреде. Ипак, овакве ситуације нису тако честе у пракси, те за сада није могуће јасно предвидети у ком правцу ће се развијати судска пракса по предметном питању.

## **2. Примена ограничења одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација на операторе бежичних локалних мрежа**

Ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација прописано је у националним прописима држава чланица Европске уније у складу са одредбом чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини која гласи: „*Кад се пружена услуга информацијоног друштва састоји од преноса комуникационом мрежом информација добијених од примаоца услуге или кад се та услуга састоји од омогућавања приступа комуникационој мрежи, државе чланице ће осигурати да пружалац услуге није одговоран за информације које се преносе, под условом да пружалац услуге: (а) не иницира пренос; (б) не врши одабир примаоца преноса; (ц) не врши одабир и не мења информације садржане у преносу*“.<sup>28</sup> Предметно ограниче-

---

права, што је упитно ако се гледа ранија пракса судова. F. Giovanella, M. Dulong de Rosnay, 17. За упоредноправни приказ прописа и судске праксе европских држава о одговорности за посредно учествовање у повреди ауторског и сродних права вид. С. Angelopoulos, 253-274; M. Leistner, 75-90.

27 Детаљније о таквим системима заштите права интелектуалне својине вид. Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, *Интелектуална својина и Интернет, Називи интернет домена, ауторска дела, жигом заштићене ознаке* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 99-109.

28 Директива о електронској трговини, чл. 12, ст. 1. Предметна ограничење је прописано у немачком Закону о електронским медијима, али је предвиђено да се неће примењивати ако пружалац услуге намерно сарађује са корисницима његове услуге ради предузимања незаконитих

ње, као што се може видети из садржине одредбе, ослобађа од одговорности пружаоце услуга обичног преноса информација са садржину информација које преносе уопште, па и када се њима вређају субјективна ауторска и сродна права, ако су кумулативно испуњена три наведена услова, односно ако поступају као пуки преносиоци сигнала.<sup>29</sup>

Да ли се ово ограничење може применити на оператора бежичних локалних мрежа и у ком обиму, није било сасвим јасно све до одлуке Суда правде Европске уније у предмету *Mc Fadden*.<sup>30</sup> У овом предмету *Tobias Mc Fadden*, који се бавио продајом и изнајмљивањем расветних тела и звучних система, омогућавао је у свом пословном простору свим заинтересованим лицима бесплатни и анонимни приступ Интернету путем отворене бежичне мреже.<sup>31</sup> Путем тог бесплатног и анонимног интернет приступа непознато лице (према тврдњи г. *Mc Fadden*-а) неовлашћено је учинило доступним јавности заштићени фонограм, што је открило привредно друштво *Sony Music Entertainment Germany GmbH* (даље у тексту: *Sony*), носилац субјективног сродног права за предметни фонограм. Како је једини траг о наводном неовлашћеном коришћењу фонограма била ИП адреса (енгл. *Internet Protocol address*) г. *Mc Fadden*-а, привредно друштво *Sony* је њему у складу са немачким прописима упутило опомену због повреде субјективног сродног права, после чега је покренут судски поступак. У току другостепеног поступка немачки суд је упутио Суду правде Европске Уније, у циљу разјашњења да ли се у конкретном случају може позвати на доктрину *Störerhaftung* и проширену одговорност г. *Mc*

---

радњи. Вид. Закон о електронским медијима Савезне републике Немачке (нем. *Telemediengesetz*; даље у фуснотама: TMG), BGBl. I S. 179/2007, последње измене 1766/2016, § 8.

29 Детаљније о предметном ограничењу одговорности вид. Душан Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на интернету: Преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 580-582;

30 У немачкој судској пракси постоји на пример одлука у којој је суд применио предметно ограничење на власника хотела који је пружао услугу бежичне локалне мреже с интернет приступом. F. Giovanella, M. Dulong de Rosnay, 13.

31 Сигнал бежичне мреже је такође био доступан и на ограниченом простору изван његовог пословног простора, тако да су га могли користити случајни пролазници, као и суседи. Поред тога, приликом приступа отвореној бежичној мрежи на екранима уређаја корисника приказивала се страница на којој је г. *Mc Fadden* постављао своје рекламе и текстове политичке тематике. Треба имати у виду и да је г. *Mc Fadden* члан Пиратске партије, тако да овај предмет има и политичку димензију коју, због обима овог рада, нећемо детаљније анализирати. *Pirate Times, German Pirates Went to the European Court for Free Wi-Fi*, 2015, доступно на адреси: <http://piratetimes.net/german-pirates-went-to-the-european-court-for-free-wi-fi/>, 20.3.2017.

*Fadden*-а,<sup>32</sup> више претходних питања у вези са применом одредбе чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини.<sup>33</sup>

Постављена претходна питања у предметну *Mc Faddence* односе на следеће проблематике: 1) квалификацију бесплатне услуге оператора бежичне локалне мреже као услуге информационог друштва и услуге обичног преноса информација на коју се може применити ограничење из чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини; 2) постојање додатних услова за примену предметног ограничења одговорности; 3) обим ограничења одговорности; 4) врсте и домашај мера заштите које се судским путем могу наредити оператору бежичне локалне мреже.<sup>34</sup>

Одговарајући на прву групу претходних питања Суд правде Европске уније је морао пре свега да утврди може ли се бесплатна услуга оператора бежичне локалне мреже сматрати услугом информационог друштва. Чл. 1, тач. 2. Директиве 98/34/ЕЗ о утврђивању поступка пружања информација у подручју техничких норми и прописа дефинише услугу информационог друштва као сваку услугу која се обично пружа уз накнаду, на даљину, електронским средствима те на лични захтев примаоца услуге.<sup>35</sup> С обзиром да се услуга бежичне мреже уобичајено пружа бесплатно, а не уз накнаду, постојала су тумачења да се она не може сматрати услугом информационог друштва.<sup>36</sup> Ипак, таква тумачења нису одржива, будући да сама услуга информационог друштва не мора бити увек директно плаћена од стране лица које има користи од ње, него да је до-

---

32 Покрајински суд у Минхену I се у захтеву Суду правде Европске уније позвао на, напред поменуто, пресуду немачког Савезног врховног суда у предмету *Sommer unseres Lebens*.

33 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 22-32.

34 Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пар. 31-33, 58-62.

35 На ову одредбу упућује и чл. 2, тач. (а) Директиве о електронској трговини, а она се тумачи у складу са чл. 57. Уговора о функционисању Европске уније који прописује да се услуге „уобичајено пружају уз накнаду“. Директива 98/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 20. јула 1998. године о измени Директиве 98/34/ЕЗ о утврђивању поступка пружања информација у подручју техничких норми и прописа (енгл. Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations), *Official Journal of the European Communities*, L 217, чл. 1, тач. 2. и Директива о електронској трговини, чл. 2, тач. (а).

36 Martin Husovec, „Holey Cap! CJEU Drills (Yet) Another Hole in the E-Commerce Directive’s Safe Harbors“, 2017, доступно на: <https://papers.ssrn.com>, 8.4.2017, 3.

вољно да представља привредну делатност.<sup>37</sup> Потоње, посебно важи када се бесплатна услуга пружа у сврхе оглашавања робе или услуга, будући да је трошак услуге садржан у продајној цени такве робе и услуга, што је био случај у предмету *Mc Fadden*. У том смислу, Суд правде Европске уније је стао на становиште да бесплатна услуга оператора локалне бежичне мреже може да представља услугу информационог друштва када се пружа у сврху оглашавања робе коју продаје или услуга које пружа оператор.<sup>38</sup>

Такође, из одлуке Суда правде Европске уније произлази да услуга оператора бежичне локалне мреже може да представља и услугу обичног преноса информација, која се састоји од омогућавања приступа комуникационој мрежи. Услови за то су само да се приступ Интернету омогућава на начин који не превазилази оквир техничког, аутоматског и пасивног процеса неопходног за пренос информација (три услова из чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини), те да би се применило ограничење потребно је да је дошло до преноса информације.<sup>39</sup> Никакви додатни услови, као што су уговорни однос са корисницима бежичне мреже и оглашавање на које је указао немачки суд, не морају бити испуњени.<sup>40</sup>

Другом групом претходних питања немачки суд је питао да ли се као додатни услови за позивање на ограничење одговорности обичног преноса информација могу применити: 1) услов из чл. 14, ст. 1. тач. (b) Директиве о електронској трговини који прописује обавезу пружаоца услуге хостинга да одмах по сазнању за недозвољено деловање уклони или онемогући приступ спорним информацијама; 2) други неписани додатни услови (на пример захтев уске повезаности привредне делатности са пружањем бесплатног приступа Интернету).<sup>41</sup> Суд правде Европске уније је негативно одговорио на предметна питања. Према схватању суда услови за примену предметног ограничења одговорности су ограничени

---

37 Вид. Директива о електронској трговини, рецитатив 18. и Суд правде Европске уније, *Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etairia Ltd, et. alia*, предмет бр. С-291/13, пресуда од 11.9.2014, пар. 28-29.

38 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 34-43. Предметно становиште не даје и даље директан одговор за ситуације у којима је оператор бежичне локалне мреже на пример физико лице или удружење које не обавља привредну делатност, те оставља још простора за шире тумачење обухвата услуга које потпадају под предметно ограничење одговорности. М. Husovec, 3.

39 Вид. Директива о електронској трговини, рецитатив 42.

40 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 44-54.

41 Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пр. 102.

само на напред наведене услове прописане у чл 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини.<sup>42</sup>

Напред предоченим ставовима поводом питања из прве две групе суд је потврдио да се ограничење одговорности обичног преноса информација може применити на оператора бежичне локалне мреже и појаснио под којим условима. Питање које се логично намеће као следеће јесте у ком обиму предметно ограничење ослобађа одговорности оператора бежичне локалне мреже? Према општеприхваћеном становишту сва ограничења предвиђена Директивом о електронској трговини установљена су хоризонтално тако да покривају све врсте одговорности, грађанскоправну и казнену, за све противправне радње учињене од стране трећих лица.<sup>43</sup> Ипак, у предмету *Mc Fadden* Суд правде Европске уније је, одговарајући на трећу групу претходних питања, поставио прецизније смернице за утврђивање обима посматраног ограничења одговорности оператора бежичне локалне мреже, као пружаоца услуге обичног преноса информација.

Прво, суд је очекивано потврдио да предметно ограничење одговорности искључује захтеве за накнаду штете против оператора бежичне локалне мреже због тога што су трећа лица користила његову услугу за повреду ауторског и сродних права, будући да не постоји његова одговорност за повреду. Исто тако, није могуће ни тражити накнаду трошкова слања опомена и трошкова судског поступка у вези са накнадом штете, као акцесорних захтева.

Друго, суд је утврдио да када треће лице учини повреду права путем интернет везе, коју је обезбедио оператор бежичне локалне мреже, носилац субјективног ауторског или сродног права може захтевати од националног суда<sup>44</sup> да наложи оператору да престане са омогућавањем наставаљања повреде, односно да спречи будуће повреде предметног субјективног ауторског или сродног права, под претњом новчане казне (о садржини

---

42 Овакво тумачење се чини оправданим, будући да је смисао Директиве о електронској трговини управо да направи разлику између пружалаца обичног преноса и пружалаца хостинг услуга и услова за њихову одговорност, као и да уједначи услове за ограничење одговорности пружалаца услуга информационог друштва у националним прописима држава чланица, што би могло бити обесмишљено када би се додавали нови неписани услови. Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 55-71.

43 Ово тумачење произлази из припремних докумената за Директиву о електронској трговини. Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пр. 66.

44 Изрицање предметног налога против оператора бежичне локалне мреже се може тражити и од управног органа, ако је то могуће у складу са националним прописима.

таквог налога видети у делу III).<sup>45</sup> Овакво тумачење је такође било очекивано, будући да директно произлази из чл. 12, ст. 3. Директиве о електронској трговини који прописује да предметно ограничење одговорности не утиче намогућност суда или органа управе да у складу са прописима државе чланице од пружаоца услуге захтева престанак или спречавање повреде.<sup>46</sup>

Треће, суд је стао на становиште да ограничење одговорности не спречава да се од оператора бежичне локалне мреже тражи накнада трошкова састављања опомена и трошкова поступка у вези са изрицањем и спровођењем налога суда или управног органа којим се оператору налаже да онемогући наставак, односно спречи нове повреде од стране трећих лица.<sup>47</sup> Предметно тумачење, у делу који се односи на трошкове пре изрицања налога суда или управног органа, одступа од препоруке општег правозаступника који је истакао да овде не постоји никаква одговорност пружаоца услуге и због тога нема ни основа да му се наметну такви трошкови.<sup>48</sup> Оправданост овог става се оспорава и у теорији. Истиче се да сношење трошкова састављања опомена и трошкова поступка изрицања налога за престанак или спречавање повреда које чине трећа лица, може представљати велики терет за пружаоце услуга, узимајући у обзир могућу бројност захтева за изрицање предметних налога.<sup>49</sup> Овакво тумачење чини се баш одговара немачкој пракси заштите ауторског и сродних права која подразумева обавезно слање опомена пред утужење лицима за која се сумња да су учинила радњу повреде, а која у мери у којој су те опомене оправдане имају обавезу накнаде трошкова њиховог састављања.

---

45 Због формулације питања немачког суда Суд правде Европске уније утврђује могућност судске забране омогућавања конкретног облика повреде ауторског права, то јест неовлашћеног интерактивног чињења дела доступним јавности путем онлајн платформи за директну размену садржаја између корисника Интернета (енгл. *peer to peer*), али чини се да се овај став може применити и на друге облике повреде ауторског и сродних права. Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 32, 72-77 и 101.

46 Директива о електронској трговини, чл. 12, ст. 3. Можемо приметити да мере које се могу, независно од предметног ограничења одговорности, предузети против пружаоца услуге обичног преноса информација могу имати донекле сличан резултат као позивање на доктрину проширене одговорности *Störerhaftung* установљену у немачкој судској пракси.

47 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 78-79.

48 Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пр.79-80.

49 У теорији се такође истиче и да ово становиште може бити злоупотребљено од стране носилаца субјективних права интелектуалне својине ради наметања великих трошкова пружаоцима услуга, а тиме и њиховог подстицања да делују активно у циљу спречавања повреда ауторског и сродних права у онлајн окружењу, иако им је Директивом о електронској трговини гарантована, по правилу, пасивно-реактивна улога. М. Husovec, 4-7.

Одговоре Суда правде Европске уније на четврту групу претходних питања, постављених у предмету *Mc Fadden*, о врстама и домашају мера заштите које се судским путем могу наредити оператору бежичне локалне мреже ћемо приказати у посебном делу (III) због њиховог потенцијалног значаја за предмет ове анализе.

### III Лозинка за приступ као мера заштите бежичне локалне мреже

Можда најишчекиванији став Суда правде Европске уније у предмету *Mc Fadden* био је у вези са следећим питањима немачког суда: 1) да ли је у складу са правом Европске уније да суд државе чланице наложи пружаоцу услуге приступа комуникационој мрежи, под претњом новчане казне, да убудуће онемогући трећим лицима да преко његовог интернет приступа чине повреду ауторског права, на тај начин да се пружаоцу услуге остави на вољу одлука о томе које техничке мере ће конкретно предузети како би извршио предметни налог? 2) важи ли претходно и када је од почетка утврђено да пружалац услуге у пракси судски налог може испунити једино тако што ће искључити интернет приступ, заштити га лозинком или проверавати целокупну комуникацију која се одвија преко његовог интернет приступа?<sup>50</sup>

Одговарајући на прво питање Суд правде Европске уније се није упуштао у детаљнија образложења него је само, позивајући се на своју ранију одлуку у предмету *UPC Telekabel Wien*, потврдио да је у начелу одговор потврдан.<sup>51</sup> Супротно, општи правозаступник је у свом мишљењу истакао проблеме који могу настати у примени становишта из предмета *UPC Telekabel Wien*,<sup>52</sup> односно када се судским путем пружаоцу услуге

50 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 33.

51 У предмету *UPC Telekabel Wien* суд је заузео став да се пружаоцу услуге приступа Интернету може судском одлуком наредити да блокира приступ интернет страници на којој се повређује ауторско право, тако да та судска одлука не одређује ближе које мере пружалац мора предузети, те да пружалац може избећи периодичне пенале због повреде наведене судске одлуке ако докаже да је предузео све разумне мере, али под условом да: 1) предузете мере не лишавују непотребно кориснике Интернета могућности да законито приступају информацијама; 2) да предузете мере имају за учинак спречавање или барем отежавање повреда ауторског права, као и да озбиљно обесхрабрују кориснике Интернета да чине повреду права. Суд правде Европске уније, *UPC Telekabel Wien GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, бр. предмета C-314/12, 27.3.2014.

52 За критичку анализу одлуке у предмету *UPC Telekabel Wien* вид. Maurice Schellekens, „The Internet access provider: unwilling or unable?“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 3, 2015, 310-321.



приступа Интернету наложи да спречи будуће повреде ауторског и сродних права од стране корисника његових услуга, тако што му се остави да сам изабере конкретне мере које ће применити. Неки од тих проблема су недовољна правна сигурност, непостојање разумних мера које се могу предузети, повреда других загарантованих права, а посебно права на информисање. Општи правозаступник је стао на становиште да суд државе чланице у начелу може да наложи оператору бежичне локалне мреже, са правом избора мера, да спречи повреде које преко његовог интернет приступа чине трећа лица, али да би национални суд пре тога требало да утврди постојање адекватних мера које се могу применити, а које су у складу с ограничењима која произлазе из права Европске уније.<sup>53</sup> Ипак, Суд правде Европске уније у предмету *Mc Fadden* је пропустио да се изјасни ко и у ком процесном моменту има обавезу да утврди да ли такве адекватне мере уопште постоје и ако постоје које су.<sup>54</sup>

Уместо тога суд се одмах упустио у испитивање усклађености три мере на које је указао немачки суд са слободом пословања и слободом информисања прописаним Повељом Европске уније о основним правима. Према становишту суда од тих мера једино је увођење лозинке за приступ бежичној локалној мрежи у складу са правом Европске уније.<sup>55</sup> Суд је утврдио да увођење лозинке за приступ као мере заштите може имати за последицу ограничење слободе пословања оператора бежичне

---

53 Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пр. 105-123.

54 М. Husovec, 9. Интересантно је да Суд правде Европске уније није тумачио ово питање у смислу чл. 8, ст. 3. Директиве 2001/29/ЕЗ о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, на који је указао општи правозаступник, а који прописује могућност подношења захтева за издавање судског налога против посредника чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права. Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савета од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (енгл. *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*), *Official Journal the European Communities*, L 167, чл. 8, ст. 3.

55 Мера проверавања целокупне комуникације која се одвија преко интернет приступа оператора је противна чл. 15, ст. 1. Директиве о електронској трговини који забрањује, између осталог, наметање пружаоцима услуге обичног преноса опште обавезе праћења информација које преносе. Вид. Директива о електронској трговини, чл. 15, ст. 1. Исто тако, мера искључења интернет приступа нарушава праведну равнотежу између слободе пословања оператора, с једне стране, и права на заштиту интелектуалне својине, с друге стране, те не може бити дозвољена. Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 86-89.

локалне мреже, те слободе информисања корисника услуге оператора, али да она не угрожава у битној мери ове слободе.<sup>56</sup>

Мера лозинке за приступ мора бити спроведена на такав начин да се њоме спречавају или барем отежавају повреде ауторског и сродних права, као и да озбиљно обесхрабрује кориснике услуге оператора бежичне локалне мреже да чине повреде права (став претходно заузет у предмету *UPC Telekabel Wien*).<sup>57</sup> Да би се то постигло, према схватању суда, потребно је да корисници открију свој идентитет пре него што добију лозинку за приступ, јер онда неће моћи да користе бежичну локалну мрежу анонимно, што ће их одвратити од повреда. Из овога произлази да заштита мреже лозинком није сама по себи довољна као мера заштите, него је потребно условити давање лозинке откривањем података о идентитету лица које тражи лозинку. Суд правде Европске уније оваквим становиштем у великој мери фаворизује и поощтрава заштиту права интелектуалне својине и омогућава носиоцима субјективног ауторског или сродног права да лакше дођу до података корисника, те предузму мере против њих. До сада оператори бежичних локалних мрежа по правилу нису тражили податке о идентитету својих корисника да би им дали лозинку за приступ, чак ни у Немачкој која има најстрожију заштиту. Таква пракса чини се сада може да се промени. Ипак, остаје нејасно како ће оператори бежичних локалних мрежа проверавати податке о идентитету корисника и шта се конкретно подразумева „под откривањем идентитета“, односно који тачно лични подаци корисника морају бити откривени?

Додатно, суд напомиње да би заузимање става да оператор бежичне локалне мреже нема обавезу да заштити своју бежичну мрежу онемогућило заштиту права интелектуалне својине. С тим у вези, меру заштите бежичне локалне мреже путем лозинке треба сматрати нужном за осигурање делотворне заштите права интелектуалне својине. Овим закључком

---

56 Према ставу суда слобода информисања није у битној мери ограничена, јер корисници могу и другим путем да приступе Интернету, а посредством услуга оператора бежичне локалне мреже могу законито да приступе информацијама, притом њоме се и не блокирају интернет странице. Мишљење општег правозаступника је у вези са усклађеношћу предметне мере са слободом пословања и слободом информисања било другачије. Упоредити Пресуду у предмету *Mc Fadden*, пар. 91-94. и Мишљење општег правозаступника у предмету *Mc Fadden*, пар. 125-150.

57 Постављеним правилом омогућава се носиоцима субјективних права интелектуалне својине да траже изрицање мера судским путем, чак и када је извесно да оне неће у потпуности спречити повреде (довољно је да се чињење повреде отежава). Може се приметити да примена овог правила може бити компликована у пракси судова држава чланица, будући да морају да поставе минимални праг отежавања у ком ће одобрити изрицање мере заштите.

суд правде као да жели да појасни да би одбијање увођења мере заштите лозинком за приступ бежичној локалној мрежи представљало ускраћивање заштите ауторског и сродних права, односно да је она обавезна.<sup>58</sup> Ипак, у теорији постоје мишљења, чини се оправдана, да одлука у предмету *Mc Fadden* ипак не забрањује увођење неке друге мере заштите бежичне локалне мреже усместо мере лозинке за приступ, као на пример блокирање портова, под условом да се таквом мером може остварити целисходна заштита ауторског и сродних права, а да се не наруше основно право пословања и основно право слободе комуникација.<sup>59</sup>

Најзад, треба узети у обзир да Суд правде Европске уније није испитивао меру заштите лозинком за приступ уз откривање идентитета из аспекта права заштите података о личности и права приватности, па је питање да ли би одговор о њеној дозвољености у том случају био потврдан, те како ће се то одразити на спровођење ове одлуке.

#### IV Закључак

(Не)постојање одговорности оператора бежичне локалне мреже у случајевима када се његова услуга приступа Интернету користи за повреде ауторског и сродних права зависи, пре свега, од могућности позивања на ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација прописаног чл. 12, ст. 1. Директиве о електронској трговини. Одлуком у предмету *Mc Fadden* Суд правде Европске уније је поставио детаљне смернице за примену предметног ограничења које се, између осталог, односе на услове за примену, обим ограничења, те могућност националног суда, да под одређеним условима, наложи оператору бежичне локалне мреже да предузме мере заштите ради спречавања повреда посредством његовог интернет приступа. Такође, Суд правде Европске уније је оценио да увођење лозинке за приступ бежичној локалној мрежи, доступне само оним корисницима који открију свој идентитет оператору, представља дозвољену, па чак и „нужну“, меру заштите од повреда ауторског и сродних права.

Нејасно је, ипак, да ли су одређеним становиштима из предметне одлуке на задовољавајући начин уважени интереси свих заинтересованих страна, те како се то може одразити на примену тих становишта. По-

58 Пресуда у предмету *Mc Fadden*, пар. 95-100.

59 Вид. М. Husovec, 11. Наиме, суд је ценио само три мере заштите за које је немачки суд тврдио да су једино могуће у конкретной ситуацији, те није искључено да под другим околностима још неке мере буду адекватне за заштиту бежичне локалне мреже.

себно је упитна усаглашеност обавезе откривања идентитета корисника ради добијања лозинке за приступ бежичној локалној мрежи и немогућност анонимног коришћења мреже са правом на приватност и правом на заштиту података о личности корисника. Упитно је и како ће на слободу пословања оператора бежичне локалне мреже утицати обавеза накнаде трошкова састављања опомена и трошкова поступака у вези са изрицањем налога суда или управног органа за предузимање мера спречавања повреда ауторског и сродних права, као и обавеза заштите мреже лозинком за приступ (предузимање техничких мера увођења лозинке, складиштење и чување прикупљених личних података о корисницима, те новчане казне у случају пропуста). Да ли ће наметање ових обавеза имати за посредну последицу да оператори бежичних локалних мрежа, у циљу избегавања трошкова и казни, поступају активно у спречавању повреда ауторског и сродних права, иако им је Директивом о електронској трговини гарантована пасивно-реактивна улога? Да ли ће ове обавезе одвратити привредне субјекте од пружања предметне услуге? За сада није могуће јасно предвидети потенцијални утицај посматране одлуке. За почетак, ишчекујемо одлуку немачког суда у предмету *Mc Fadden*.

С друге стране, у ситуацијама када се оператори бежичних локалних мрежа не могу позвати на ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса није могуће јасно предвидети како ће судови држава чланица поступити и да ли ће утврдити постојање одговорности за повреду ауторског и сродних права или не. Ово посебно важи за бежичне локалне мреже које се не користе у сврхе привредне делатности.

Приликом утврђивања (не)постојања одговорности оператора бежичних локалних мрежа за повреде ауторског и сродних права учињене коришћењем њихових услуга треба имати у виду да у посматраном правном односу поред интереса заштите права интелектуалне својине, треба уважити и право пословања оператора бежичне локалне мреже, те права корисника услуге на слободу информисања, на приватност и на заштиту њихових података о личности. Крајњи циљ, чини се, треба да буде постизање праведне равнотеже ових интереса у свакој конкретной ситуацији, што је на националном суду да одмери.<sup>60</sup> С обзиром на потешкоће са којима се овде може суочити судска пракса, можда се већи ниво правне си-

---

60 Анализирано питање све више добија на актуелности ако узмемо у обзир обећања Европске комисије да ће се увести бесплатан и јавни Вај-Фај у центрима свих насеља на територији Европске уније до 2020. године. Вид. Европска комисија, WiFi 4 EU | Free Wi-Fi for Europeans, доступно на: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/wifi4eu-free-wi-fi-europeans>, 9.4.2017.

гурности може постићи доношењем националних прописа који ће ближе уређивати ово питање.<sup>61</sup> Такође, треба имати у виду потенцијалну улогу интернет оператора, од којих оператори бежичних локалних мрежа добијају интернет приступ, у решавању овог проблема.

За крај, треба напоменути да одлука Суда правде Европске уније у предмету *Mc Fadden* може бити од значаја за српско право будући да су одредбе Директиве о електронској трговини, које се односе на ограничење одговорности пружалаца услуга информационог друштва, преузете у српски Закон о електронској трговини, те да Република Србија има статус кандидата за чланство у Европској унији.<sup>62</sup>

**Novak VUJIĆIĆ, M.A.**

**PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **SERVICE OF PROVIDING INTERNET ACCESS VIA WIRELESS LOCAL AREA NETWORK AND LIABILITY FOR COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS INFRINGEMENT**

### **Summary**

*The paper is dedicated to the analysis of the issue of liability of service providers who provide Internet access via Wireless Local Area Networks (WLAN) for copyright and related infringements made by using their services.*

---

61 Занимљиво је да је Немачка, која има значајну судску праксу у вези са анализираним питањем, у току трајања поступка пред Судом правде Европске уније у предмету *Mc Fadden* изменила свој Закон о електронским медијима тако да изричито прописује да се ограничење одговорности пружалаца услуга обичног преноса информација примењује и на операторе бежичних локалних мрежа. TMG, § 8. Првобитни текст предложених измена је садржао и одредбу са мерама заштите које оператор бежичне локалне мреже мора да предузме како би се позвао на ограничење одговорности (сигурносне мере за спречавање недозвољеног приступа мрежи и изјаву корисника да неће користити интернет приступ у недозвољене сврхе), међутим од ове одредбе се одустало. С. Busch, 8-11.

62 Вид. Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 95/2013, чл. 16-21а. Да питање незаштићене бежичне локалне мреже у Републици Србији све више добија на значају, за сада највише у кривичним поступцима, указује обавештење Регулаторне агенције за електронске комуникације и поштанске услуге Републике Србије интернет операторима и корисницима да је потребно заштити приступ бежичним локалним мрежама. Регулаторна агенција за електронске комуникације и поштанске услуге Републике Србије, Обавештење за операторе и кориснике о потреби заштите бежичних WiFi рутера како би се спречило вршење кривичних дела, 11.3.2015, доступно на: <http://www.ratel.rs>, 9.4.2017.

*First, it has been discussed whether and on what conditions service of the WLAN operators can represent the copyright and related rights infringement. Then, both the possibility of the WLAN operators to refer to the liability limitation foreseen for 'mere conduit' service providers and the scope of the limitation itself are examined, having a particular retrospection to the decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the Mc Fadden case. The opinion of the CJEU that the national courts may order the WLAN operators, regardless of the limitation of liability, to implement measure for protection from copyright and related rights infringements which encompasses introducing a password for WLAN access, available only to the person who reveals her/his identity, is analysed specifically. The message of this paper is that, when assessing the liability of the WLAN operators for copyright and related infringements, or ordering the implementation of measures for protection of copyright and related rights, protected interests of Internet users and the WLAN operators should be also taken into consideration, not just the protection of intellectual property rights, thus aiming at striking a fair balance between these conflicting interests.*

**Key words:** *copyright, related rights, Wireless Local Area Network, liability for copyright and related rights infringement, Internet.*

**Мина ЈОВАНОВИЋ**, мастер  
студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## **ОЦЕНА ПОЗНАТОСТИ ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНИХ ОЗНАКА У СУДСКОЈ, УПРАВНОЈ И АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

### **Резиме**

*Институт познатих ознака постоји у домаћем законодавству преко двадесет година. С обзиром на неодређеност норми којима је регулисан, те на значај који има за титуларе жига, често се преиспитују његови домети. Овај рад бави се проблемом правилне идентификације познатих ознака у промету. Аутор настоји да преиспита уједначеност поступања надлежних судских, управних и арбитражних органа у утврђивању степена познатости ознаке који им доноси проширену заштиту. Очекује се да ће се доказати да постоји значајна произвољност у признавању статуса познате ознаке, те правна несигурност у примени овог института. Анализом појединих одлука из праксе настоји се да се правилно уоче недостаци у нормативном регулисању познатог жига, са циљем да се предложи решења која би ублажила ефекат негативних последица узрокованих изложеним проблемом.*

**Кључне речи:** познати жиг, критеријуми за утврђивање познатости, начело специјалности.

### **I Увод**

Проширена заштита познатих<sup>1</sup> ознака као изузетак од начела специјалности уведена је у домаће законодавство Законом о жигу из 1995. године. Данас, након више од двадесет година постојања овог института у домаћој пракси постоји неизвесност о његовој тачној садржини, и стога

---

1 Иако важећи Закон о жиговима користи термин *чувени жиг*, сматрамо да термин познати жиг – који је доминантан у иностраној литератури и пракси, више одговара природи овог института, те ће бити коришћен у даљем тексту рада.

његовим дометима и оправданости. Пре свега, сматрамо да је неопходно јасно дефинисати појам познатог жига. Наиме, према важећем Закону о жигу (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 10/2013, у даљем тексту: ЗОЖ),<sup>2</sup> познати жиг је онај који ужива високу репутацију, те чији носилац има право да другима забрани да користе исти или сличан знак за обележавање робе, односно услуга које нису сличне онима за које је познати жиг регистрован, уз додатан услов постојања нелојалног извлачења користи из репутације знака, односно штетности по његов дистинктиван карактер или репутацију. У складу са наведеним, путем овог института одступа се од начела специјалности и под прописаним условима појачава се монополски карактер жига, с обзиром да се његово дејство проширује на све робе или услуге.

Уочљиво је да је битан појам који одређује садржину познатог жига његова репутација – међутим у даљим нормама не наилазимо на ближе одређење овог појма. Уместо прецизне дефиниције појма репутације (угледа), у закону су наведени параметри према којима се он има ценити: упознатост релевантног дела јавности са знаком, укључујући и познавање до кога је дошло путем промоције знака.<sup>3</sup> Даље је одређено да релевантан део јавности – подразумева стварне и потенцијалне купце предметне робе, као и лица укључена у канале њене дистрибуције. На овом месту указали бисмо да поменути параметри имају начелно квантитативни карактер, указују на број лица која познају предметни знак – док појам репутације, категорије која је предмет процене има садржински другачију природу, подразумева и извесну квалитативну вредност – представља укупност одређених асоцијација које се везују за конкретан знак.

Осим поменутих параметара, у закону изостају ближи критеријуми на основу којих се има ценити познатост знака, као и смернице за њихово правилно одмеравање – остављено је слободној процени надлежних органа да одреде „меру“ познатости која доноси проширену заштиту жигом заштићеној ознаци.

Поређења ради, указујемо на критеријуме за процену познатости одређене Заједничким препорукама о одредбама о заштити познатих ознака Светске организације за интелектуалну својину,<sup>4</sup> који прописују

---

2 Чл. 5. ст. 1. тч. 12. ЗОЖ.

3 Чл. 5. ст. 5. ЗОЖ.

4 Светска организација за интелектуалну својину, *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, Женева, 2000.



шест<sup>5</sup> ближе одређених параметара који се имају узети у обзир. Иако се и оваквом решењу могу упутити битне замерке,<sup>6</sup> јасно је да је једна помену-та одредба у домаћем закону – непотпуно решење, следствено скромног домета. С обзиром на битне последице за положај титулара жига, наред-ни део рада посвећен је покушају да се испита у којој мери су стручњаци у пракси развили поуздано решење, те да ли недостатак прецизније регула-тиве заиста има негативне последице вредне пажње стручне јавности.

## II Арбитражна пракса

Као редак пример арбитражне праксе<sup>7</sup> која је богата споровима из области права жига, разматрали смо праксу Комисије за решавање спо-рова поводом регистрације националних интернет домена.<sup>8</sup> Пре осврта на познатост ознаке у испитиваним одлукама, желимо да укажемо на специфичност овог поступка заштите жига. Поступак који спроводи Ко-мисија регулисан је Правилником о решавању спорова поводом реги-страције националних интернет домена,<sup>9</sup> који садржи и одредбе проце-сног карактера и одредбе материјалног карактера. У складу са тиме, овим прописом регулисана је заштита жига у односу на специфичну радњу употребе заштићеног знака – употреба знака као назива интернет домена. Посебно је занимљиво да се садржински овим нормама жигу пружа шири заштита од оне која је прописана ЗОЖ – титулари уживају заштиту без обзира на контекст у односу на који се спорни знак користи (без обзира на врсту роба или услуга на које упућује предметни интернет домен), и то

---

5 1. Степен познавања или препознатљивост знака од стране релевантног дела јавности, 2. трајање, обим и географско подручје било какве употребе знака, 3. трајање, обим и географско подручје било какве промоције знака, укључујући и рекламирање и представљање на сајмовима или изложбама производа/услуга на које се знак односи, 4. трајање и географска распрострањеност регистрације и/или пријаве знака, у мери у којој се њоме указује на употребу односно препознатљивост знака, 5. успешни поступци у којима је остваривана заштита знака, а посебно они у којима је знак препознат као познат од стране надлежног органа, 6. вредност која се везује за знак.

6 Једна од најчешће истицаних замерки тиче се недостатка мере остварености ових стандарда који доносе проширену заштиту.

7 За сврхе овог рада затражена је помоћ Привредне коморе Србије ради упућивања на релевантне арбитраже које за предмет могу имати одлучивање о познатости жига.

8 Комисија је специјализовано независно тело при Привредној комори Србије.

9 Привредна комора Србије, Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације националних интернет домена, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 24/2012 и 67/2014.

без обзира на његову познатост.<sup>10</sup> У складу са цитираном одредбом, било би очекивано да се питање познатости жига у овом поступку не појављује, те да Комисија не залази у свом одлучивању у тај домен, а да заинтересоване стране немају потребу за доказивањем посебног статуса. Међутим, неколико анализираних одлука указују на другачију праксу;

У образложењу одлуке у спору поводом домена *ibm.rs*,<sup>11</sup> указано је на то да је тужилац у својим наводима инсистирао да је реч о познатом жигу. Иако ни један од приложених доказа не указује на основаност нити је намењен доказивању такве тврдње, арбитражно веће Комисије је усваја, и у даљем образлагању своје одлуке говори о познатом жигу. Чини се да је арбитражно веће усвојило спорну тврдњу тужиоца по слободној оцени, те у даљем образлагању своје одлуке третирао предметни жиг као познати, рекло би се – и без ваљаног основа и без ваљане потребе. За разлику од наведеног, у одлуци у предмету поводом домена *yahoo.rs*,<sup>12</sup> упркос наводима тужиоца да је носилац чувеног жига, веће је правилно изоставило навођење тог епитета у свом образложењу, с обзиром на недостатак доказа те ирелевантност таквог статуса. Такође, у предмету поводом домена *vogue.rs*,<sup>13</sup> веће је усвојило наводе тужиоца да је реч о познатом жигу, али након оцене приложеног доказа – решења Завода за интелектуалну својину којим се признаје статус познатог жига предметном знаку. Даљи преглед одлука Комисије указује на повремену произвољност у признавању статуса чувености жига на основу пуких навода тужиоца. Можемо закључити да иако нема директних негативних последица у конкретном поступку – постоји недовољна свест о природи и значају овог института.

---

10 Одредбом чл. 22. Правилника, прописано је да ће веће може донети одлуку о преносу или брисању спорног назива домена уколико су испуњени следећи услови: 1. идентичност назива домена са тужиочевим жигом или сличност која може изазвати забуну и довести у заблуду учеснике у промету, 2. недостатак права или легитимног интереса да се користи спорни назив домен, 3. регистровање и коришћење назива домена противно начелу савесности, поштења и добрих пословних обичаја

11 Одлука 12.пс - 7 /19 (15.), доступна на: [https://www.rnids.rs/registar\\_dokumenata/2015\\_11\\_30-arbitraza-odluka-ibm.pdf](https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2015_11_30-arbitraza-odluka-ibm.pdf).

12 Одлука 49. пс - 3/18 (13.), доступна на: [https://www.rnids.rs/registar\\_dokumenata/2013\\_12\\_06-arbitraza-odluka-yahoo.pdf](https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2013_12_06-arbitraza-odluka-yahoo.pdf).

13 Одлука 12.пс - 1/15 (15), доступна на: [https://www.rnids.rs/registar\\_dokumenata/2015\\_03\\_19-arbitraza-odluka-vogue.pdf](https://www.rnids.rs/registar_dokumenata/2015_03_19-arbitraza-odluka-vogue.pdf).

### III Судска пракса

Када је реч о судској пракси,<sup>14</sup> сматрамо да је питање познатости од знатно већег значаја, с обзиром на то да је Законом о жигу прописана управо судска заштита за случај повреде жига, а питање познатости постаје релевантно тек у односу са другим знаком, чијим коришћењем долази до повреде. Овде указујемо на неколико ставова заузетих у пракси судова који су од значаја за предмет рада.

Поводом могућности подношења тужбе за утврђење познатости жига, Привредни апелациони суд се изјаснио: „У одредбама о тужби за утврђење Закон о парничном поступку не предвиђа дозвољеност тужбе за утврђење неке чињенице, па допуштеност такве тужбе може произаћи само из посебног материјалноправног прописа, а Закон о жиговима не прописује тужбу за утврђење чињенице да је одређени жиг чувени жиг.“<sup>15</sup> У складу са наведеним – у ситуацији неизвесности о обиму свог права, титулар жига не може се обратити суду ради процене познатости свог знака. Прописима који регулишу надлежност Завода такође није отворена таква могућност. Стога остаје закључак да титулари жига могу потврдити статус свог права тек посредно, кроз поступак који се води против неког супротстављеног знака. Даље, Привредни апелациони суд је о утврђивању познатости жига изнео и следећи став:<sup>16</sup> „Носилац жига не може забранити другом лицу да исти или сличан знак користи за обележавање робе, односно услуга друге врсте, осим ако је у питању чувени жиг, а да ли је један жиг чувен може се утврђивати искључиво од стране суда“. Чини се да је суштинска порука овакве одлуке да је познатост искључиво правно питање, те да њено препознавање не спада у домен специјализованих знања вештака.

На овом месту указујемо на ставове у теорији који се залажу за утврђивање познатости искључиво од стране једног специјализованог органа, најприродније – надлежног управног органа.<sup>17</sup> Наиме, то практично значи да би заинтересовани титулари морали да у спроведеном поступку исходују одлуку о статусу свог жига, те би се тек на основу такве одлуке могли обратити суду за проширену заштиту услед повреде права, односно покренути поступак против спорне пријаве или регистрације пред Заводом. Иако би овакво решење у пракси имало несумњивих предно-

14 За потребе овог рада претраживане су базе одлука: *Paragraf Lex, Intermex*.

15 Привредни апелациони суд, одлука Пж 9625/10.

16 Привредни апелациони суд, одлука Пж 9345/04.

17 Више о томе: *Implementing a registration system for famous trademarks*, Lars S. Smith, Trademark Reporter, 2003.

сти,<sup>18</sup> сматрамо да мане у виду променљивости појма познатости, те усложњавања поступка заштите, наводе на опрез при разматрању оваквог система.

Занимљива је и пресуда<sup>19</sup> Управног суда у којој се познатост жига третира као општепозната чињеница: „...обзиром да је општепозната чињеница да је знак „С.С“ чувен, што тужени поткрепљује чињеницом да се на V.W. годишње објављује листа од сто чувених жигова и да се међу њима С.С налази на првом месту“. Цитирана пресуда такође указује на разноликост приступа судова познатости ознака. Овакав став отвара простор за следеће питање: може ли се познатост ознаке сматрати општепознатом чињеницом, те бити утврђена без икаквих доказа? Наиме, општепознате чињенице се не доказују, што би могло отворити врата судовима да питање познатости ознаке цене по слободној оцени, као и постојање општепознатости одређене чињенице. Имајући у виду блиску садржину ова два појма, сматрамо да је одговор на постављену дилему битан, јер управо од њега зависи простор који се оставља за разноликост у примени овог института.

Када је реч о критеријумима који се узимају у обзир приликом утврђења познатости ознаке, занимљива је одлука Привредног суда где је по налогу из одлуке Врховног суда утврђиван статус познатости жига.<sup>20</sup> Суд је нашао да је у конкретном случају жиг тужиоца познат, јер је испуњавао услове прописане поменутом Заједничком препоруком. У обзир су узети следећи докази: уговори о купопродаји закључени између носиоца жига и предузећа која се баве продајом релевантних производа, као и слике из којих се види да је носилац жига био спонзор културних дешавања. У образложењу наведене одлуке суд не иде даље у коментар о процени наведених доказа, већ само сумарно закључује да је увидом у поменуте доказе утврђено да су испуњени услови прописани Препоруком, те да је доказано да жиг ужива статус познатог. Ни на који начин суд се не осврће на питање релевантне јавности. Из наведеног проистиче закључак да се у пракси заправо питање утврђивања познатости жига своди на утисак (и лично искуство) лица које је утврђује, уз споредну потребу за доказима који се оцењују паушално као допринос испуњености прописаних услова.

---

18 Неке од предности: уједначена пракса, извесност о обиму права, стручност надлежног органа.

19 Управни суд, одлука бр. II-4 U 1081/2010

20 Привредни суд у Београду, одлука бр. XXXI II-6699/06.

#### IV Управна пракса

Питање познатости поставља се у управном поступку<sup>21</sup> пред Заводом приликом оспоравања пријаве жига,<sup>22</sup> услед идентичности/сличности са ранијим жигом који је регистрован за другачије робе односно услуге, као и у поступку поништаја жига, уколико је споран знак већ регистрован.<sup>23</sup> Овде указујемо на Методологију<sup>24</sup> Завода, која је за питање утврђивања чувености преузела регулативу из поменуте Заједничке препоруке. У одлуци<sup>25</sup> у поступку по предлогу за оглашавање ништавим жига Завод је утврдио познатост жига узимајући у обзир двадесет и један различит доказ, међу којима и податке о изложбама и чланцима о производима обележеним знаком, податке о извештајима о заступљености производа обележених спорним знаком у Европи, податке о трошковима маркетиншких активности у вези са спорним знаком, извештај агенције *Interbrand* о најбољим светским брендovima... У образложењу одлуке коментарисана је временска, просторна и вредносна димензија употребе испитиваног знака, уз закључак да из приложеног следи да испитивани жиг ужива статус чувеног. Посебно је интересантна дефиниција познатог жига дата у предметној одлуци: познати жиг је онај који је дугом и интензивном употребом достигао такав степен познатости код учесника у промету да је постао не само ознака робе коју обележава, већ симбол компаније као целине. Такође, у даљем образлагању наводи се да су познате ознаке оне које су достигле „култни статус“ у свести потрошача. У овој одлуци најдетаљније је образложена процена приложених доказа у односу на нормама постављене захтеве, стога можемо рећи да је светао пример домаће праксе, без обзира на извесне недостатке (у виду неосвртања на релевантну јавност, те недостатка образложења о мери остварености услова према задатим критеријумима).

21 За потребе овог рада извршен је увид у релевантне одлуке Завода за интелектуалну својину.

22 За разлику од већине земаља у региону и Европи, у Србији још увек не постоји поступак приговора, већ се и релативне сметње испитују по службеној дужности од стране Завода. Прописана је само могућност заинтересованог лица да укаже Заводу на постојање неке од законом прописаних сметњи, али ни у том случају заинтересовано лице не постаје странка у поступку.

23 Чл. 26. ст. 3. и чл. 60. ЗОЖ.

24 Методологија поступања Завода за интелектуалну својину у поступку за признање жига и у поступцима по регистрованим жигovima 2015, доступно на: [http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf\\_sr/pdf\\_zigovi/Metodologija\\_zigovi\\_dec2014.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf_zigovi/Metodologija_zigovi_dec2014.pdf).

25 Завод за интелектуалну својину, одлука бр. 2016/12036-Ж-2010/1821-62874.

## V Анализа

Из приказаног следи да постоји неуједначеност и несигурност у утврђивању познатости, те одређивању према неопходној мери остварености критеријума по којима се она цени. Сматрамо да су домаћи стручњаци у недостатку прецизније регулативе склони да прибегну методи слободне оцене овог питања. Овакав исход не изненађује, с обзиром на оскудност решења у важећим нормама.

Приликом разматрања ваљаности прописаних критеријума који се имају узети у обзир, сматрамо да је неопходно поћи од одређивања сврхе овог института. Наиме, проширена заштита познатих жигова постоји као заштита од разводњавања.<sup>26</sup> Не залазећи у тему њене оправданости,<sup>27</sup> што је стално инспиративна тема правницима, мишљења смо да би се при одређивању релевантних критеријума морало поћи од садржине овог појма. Другим речима, уколико је познат, знак је подобан разводњавању употребом сличних, односно истих знакова за другачије робе/услуге. У том смислу, чини се да је суштина утврђивања познатости у процени да ли је конкретна ознака у свести потрошача довољно „присутна“ да изазива директну асоцијацију на конкретан производ односно произвођача, те да ли је то случај са довољним бројем потрошача који би оправдао проширену заштиту. Сматрамо да је први изнети елемент често занемарен, а да се стручњаци задовољавају доказима који указују на оствареност само другог поменутог елемента познатости – назовимо га квантитативном димензијом овог појма. Наиме, ни у једној од анализираних одлука није пронађено да су у ову сврху спроведена испитивања потрошача<sup>28</sup> како би се видело какав је заиста њихов однос према ознаци.

Сматрамо да је за ову тему од значаја указати на информациону револуцију која се догодила – наиме, значај рекламе није исти данас у односу

---

26 У нашем закону заштита се односи на радње нелојалног извлачења користи из стечене репутације знака као и оштећивања дистинктивног карактера или репутације. У праву ЕУ заштита од разводњавања односи се на радње стицање нефер користи од стечене репутације или дистинктивног карактера знака, или наношење штете репутацији или дистинктивном карактеру знака, док када је реч о америчком праву, разводњавање подразумева две радње: *blurring* (оштећивање дистинктивног карактера) и *tarnishment* (оштећивање угледа знака).

27 Више о томе: Alexis Weissberger, „Is Fame Alone Sufficient to Create Priority Rights: An International Perspective on the Viability of the Famous/Well-Known Marks Doctrine“, *Cardozo Arts&Ent. L. J.*, бр. 739/2006, затим и Jonathan E. Moskin, „Dilution or Dilusion: The Rational Limits of Trademark Protection“, *Trademark Reporter*, Vol. 122, 1993.

28 Више о томе: Morin Maureen, Jacoby Jacob, „Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept“, *Journal of Public Polic & Marketing*, Vol. 19, Issue 2, 2000.

на време пре петнаест година. Ово стога што је захваљујући Интернету количина информација која долази до потрошача вишеструко повећана – самим тим мења се и квалитет доживљаја појединих информација у свести потрошача.<sup>29</sup> С друге стране, данас је много једноставније учинити видљивим заштићене ознаке широком кругу потрошача, другим речима, чини се да с обзиром на квалитет и доступност савремених средстава комуникације многе ознаке испуњавају услове (који се односе на квантитативну димензију појма) за познатост. С обзиром на утемељеност ставова који се залажу за то да проширена заштита треба да буде изузетак, резервисана само за мали број ознака изразитог квалитета познатости,<sup>30</sup> чини нам се да је неопходно имати у виду изнето, те посебно обратити пажњу и на квалитативне критеријуме,<sup>31</sup> који нам се чини да су у домаћој пракси неоправдано занемарени.

## VI Закључак

Иако је домаћа пракса о познатим жиговима још увек сиромашна, приметна је неуједначеност у поступању надлежних органа, чини се из недовољног познавања природе и сврхе проширене заштите која се овим жиговима даје. С обзиром на развој свести о важности жигова учесника на домаћем тржишту, те на информациону револуцију услед које потрошачи на другачији начин опажају и усвајају ознаке, очекујемо да ће се у будућности повећати учесталост спорова са овим предметом у домаћој пракси. Стога, мишљења смо да је неопходно очувати карактер познатих жигова као изузетка од уобичајене законске заштите, који би требало да буде доступан уском кругу титулара. Повећавање свести о квалитативној димензији овог појма (квалитету асоцијација које код потрошача настају при опажању предметне ознаке) допринело би поменутом циљу – у скла-

---

29 Више о томе: Henrik Sjodm, Fredrik Torn, „When Communication Challenges Brand Associations: A Framework for Understanding Consumer Responses to Brand Image Incongruity“, *Journal of Consumer Behavior*, Vol. 32, 2006, такође и Rebecca Tushnet, „Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science“, *Texas Law Review*, Vol. 86, 2008.

30 Слободан М. Марковић, „Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувеног жига – правноекономско тумачење“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011, такође и Thomas J. McCarthy, „Dilution of a Trademark: European and United States Law Compared“, *The Trademark Reporter*, Vol. 94/2004.

31 Више о односу квалитативних и квантитативних критеријума за процену познатости: Ксенија Влашковић, *Развој правне заштите познатих жигова у немачком праву и праву Европске уније*, Институт за упоредно право, Крагујевац, 2016.

ду са тиме сматрамо да је важно у доказне поступке укључити и доказе у виду испитивања потрошача и њиховог доживљаја. Сматрамо недовољним утврђивање искључиво испуњености квантитативних услова, на које упућује важеће нормативно решење.

**Mina JOVANOVIĆ, M.A.**

**PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade**

**WELL-KNOWN TRADEMARKS IN JUDICIAL,  
ADMINISTRATIVE AND ARBITRATION CASE LAW  
IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

*The institute of well-known trademarks has been existing in national legislation for more than twenty years. Considering the indeterminacy of regulating norms and its importance for trademark holders, it is frequently being reviewed. This paper regards the problem of proper identification of well-known trademarks. The author aims to question the uniformity of conduct of competent judicial, administrative and arbitration authorities regarding the identifying the degree of fame which brings the broaden protection. It is expected that significant arbitrariness shall be revealed, as well as legal uncertainty in the application of this institute. The analyzis of decisions from practise aims to properly identify imperfections in normative regulation of well-known trademarks, in order to suggest solutions which would decrease the efect of negative consequences caused by the presented problem.*

**Key words:** *well-known trademarks, criteria for determining fame, the principle of speciality*



---

# ПРАВО ОСИГУРАЊА

---

Др Владимир ЧОЛОВИЋ

научни саветник Института за упоредно право Београд

## ДИСКРИМИНАЦИЈА КОД ОДРЕЂИВАЊА ПРЕМИЈЕ ОСИГУРАЊА

### Резиме

*Кад говоримо о дискриминацији код одређивања премије осигурања, говоримо, пре свега, о узимању у обзир различитих ризика везаних за различите полове, године старости, здравствено стање, итд. Директива Савета бр. 2004/113/ЕЗ о примени принципа равноправног третмана мушкараца и жена у вези са коришћењем услуга и прометом роба се односи и на осигурање. Међутим, одлука Европског суда правде у спору Test-Achats поништила је одредбу члана 5, става 2 поменуте Директиве којим се регулисало узимање у обзир разлика на основу пола код услуга осигурања, а под условом да се премије одређују на основу прецизних актуарских података. Иначе, одлука Test-Achats је довела до пораста укупне цене производа осигурања. Међутим, још увек се у земљама ЕУ не осећају велике последице доношења ове одлуке. У раду се анализира питање да ли се премија одређује само помоћу статистичких и актуарских података или се мора водити рачуна и о елементима које можемо дефинисати као дискриминаторске.*

**Кључне речи:** Директива 2004/113, одлука Test-Achats, дискриминација, премија, ризик.

### І Увод

Врста и величина ризика у осигурању одређују висину премије. Ризик у осигурању можемо везати за предмет осигурања, али и за лице

које се осигурава, односно, које је осигураник или осигурано лице. Различитост полова, године старости, занимање, личне склоности, здравствено стање, као и други фактори које везујемо за лица, доводе до одређивања неједнаких премија код већине врста осигурања. Морамо рећи да су неки облици дискриминације у одређивању премије увек присутни, а да дискриминацију, између осталог, и код осигурања регулише право ЕУ, као и национална законодавства. Ипак, да ли се увек ради о дискриминацији, кад се узимају у обзир наведени и други фактори код актуарског обрачуна премије. Сигурно је да ће премија зависити и од других чинилаца који се не могу везати за личност, али је сигурно да ће осигуравајућа друштва увек истицати повећани ризик, ако се ради о осигуранику који је подложнији остварењу тог ризика у односу на друга лица. Да ли и код осигурања можемо захтевати да се као примарни критеријум код одређивања премије користи начело једнакости. Овде се не говори само о различитости полова, већ и о појединим факторима који се везују за поједине групе лица у оквиру истог пола.

Као што смо рекли, дискриминација је везана за многе елементе које чине осигурање, уопште, а нарочито ризик. Полна дискриминација је, тек, једна од врста дискриминација у овој области. Одређивање премије осигурања према полу, ако наведено дефинишемо без анализе елемената премије, представља дискриминацију и та чињеница је изазвала доста полемика и у праву ЕУ. Наиме, један од основних принципа права ЕУ је недискриминација, односно, једнако поступање у истим или сличним ситуацијама. Директива Савета бр. 2004/113/ЕЗ од 13.12.2004. године о примени принципа равноправног третмана мушкараца и жена у вези са коришћењем услуга и прометом роба (даље: Директива 2004/113)<sup>1</sup> има директан утицај и на делатност осигурања. Но, 1. марта 2011. године, донета је одлука Европског суда правде у спору *Test-Achats*, која је поништила одредбу Директиве 2004/113 и која је произвела низ последица по уговоре у осигурању. Осим тога, ова одлука ће имати утицаја на доношење прописа, не само оних који регулишу осигурање, већ, нарочито, оних који ће регулисати дискриминацију. Иако је Директива 2004/113 одредила равноправност полова и код одређивања премије осигурања, наведена одлука *Test-Achats* је довела до тога да ће се и даље пол примењивати као критеријум за одређивање садржине уговора о осигурању.

---

1 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *Official Journal of the European Union* L 373, 21.12.2004, 37–43.

## II Одредбе Директиве 2004/113 које се примењују на полну дискриминацију и одлука *Test-Achats*

Посветићемо пажњу најважнијим одредбама Директиве 2004/113 које се односе на полну дискриминацију у погледу пружања услуга, а што се односи и на осигурање. Директива 2004/113 утврђује оквир за сузбијање дискриминације у погледу могућности, између осталог, пружања услуга, а ради ефикасне примене начела једнаког поступања према мушкарцима и женама у државама чланицама.<sup>2</sup> Ради се о директној дискриминацији, која се односи на чињеницу да би једно лице имало неповољнији стаус у односу на друго лице због пола.<sup>3</sup> Директива 2004/113 се примењује на сва лица, која се баве пружањем услуга које су доступне јавности, без обзира да ли припадају јавном или приватном сектору.<sup>4</sup> Спорна одредба на коју се и односила поменута одлука *Test-Achats*<sup>5</sup> односи се елементе израчунавања премије. Наиме, Директива 2004/113 дефинише да се приликом израчунавања премија осигурања и давања која се тичу услуга осигурања и финансија, не сме ни у једном уговору који је закључен после 21. децембра 2007. године употребити пол, а што би довело до разлике у премијама и давањима. Са друге стране, Директива 2004/113 допушта да се могу узети у обзир поједине пропорционалне разлике у премијама и давањима, ако се пол третира као одлучујући елемент код процене ризика на основу релевантних актуарских података, али само до 21. децембра 2007. Одређује се и обавеза држава да преиспитају своје одлуке пет година након наведеног датума, као и подношење извештаја Комисији.<sup>6</sup>

Наиме, члан 5, став 2 Директиве 2004/113, који је најспорнији са становишта осигурања, односно одређивања премије, узима у обзир чињенице које представљају основне елементе одређивања премије и управо те чињенице које проистичу из разлика између полова доводе до разлика и код обрачуна премије и код обрачуна износа из осигурања (суме осигурања). У самој одредби поменутог члана Директиве 2004/113 се наводи и резерва, која се односи на узимање у обзир наведених чињеница, али, само ако је пол најважнији фактор код процене ризика на основу релевантних и прецизних актуарских и статистичких података. Даље, Директива 2004/113

---

2 Чл. 1.

3 Чл. 2, тач. а).

4 Чл. 3, ст. 1.

5 Case C-236/09 – Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres, 01.03.2011.

6 Чл. 5, ст. 2

одређује да, ако државе чланице дозволе такву могућност, обавезне су да обавесте Комисију и да обезбеде редовно прикупљање и објављивање прецизних података који су одлучујући за употребу пола као главног фактора одређивања премије. Државе чланице су, наведено, могле да одреде до поменутог датума 21. децембра 2007. Но, ако су трошкови осигурања везани за трудноћу и материнство, онда не сме доћи до разлика у појединачним премијама и накнадама из осигурања. Ако погледамо став 1 истог члана, онда би став 2 навели као изузетак који узима у обзир одређене особине које се појављују код оба пола, а која имају значај код одређивања премије. Говорећи о неједнаком одређивању премија, морамо поставити питање да ли се ради о дискриминацији или о различитом (диспаритетном) утицају појединих фактора, особина, елемената, које разликујемо у зависности да ли се ради не само о мушкарцима и женама, већ и о лицима различите старости, различитих занимања, начина живота, итд. Но, мора се рећи, да би одредба става 2 члана 5 Директиве 2004/113 била прихватљива са становишта недискриминаторског понашања, када би поједини термини у одредби били другачије дефинисани, односно када се пол не би дефинисао као одлучујући или најважнији фактор код одређивања премије, већ да је дефинисано да пол као фактор садржи одређене особине (у зависности од тога да ли се ради о женама и мушкарцима) које морају довести до разлика у одређивању премије. Међутим, чињеница је да се премија одређује на основу актуарских, односно статистичких података, па се поставља питање да ли би код било које врсте осигурања, могли да одредимо неки од елемената који је дискриминаторски, односно који доводи до одређивања различите премије.

Поменућемо и одредбу Директиве 2004/113 која је предвидела могућност да, због обезбеђења потпуне једнакости мушкараца и жена, државе чланице могу да задрже или усвоје посебне мере како би спречиле неповољнији положај лица због пола, односно надокнадиле штету у том случају.<sup>7</sup>

### III Последице одлуке *Test-Achats*

Као што смо рекли, Европски суд правде је поништио поменућу одредбу Директиве 2004/113. Суд је сматрао у одлуци да се тиме спречава постизање циља једнаког поступања према мушкарцима и женама у односу на обрачун премија. Самим тим, члан 5, став 2 није у складу са чла-

---

7 Чл. 6.

новима 21 и 23 Повеље о основним правима. У вези са тим, у одлуци је закључено да се правило једнакости мора примењивати без изузетка од 21.12.2012. године.<sup>8</sup> Све државе су спровеле одлуку. Национална законодавства свих чланица су измењена у складу са одлуком. А неке државе су издале додатне смернице ради лакшег спровођења измена у области осигурања, као што је то, нпр., у Аустрији, где је орган за финансијско тржиште (FMA) послао смерницу свим осигуравајућим друштвима да ускладе актуарске таблице. Слично је учинио и орган надлежан за финансијске услуге у Великој Британији (FSA).<sup>9</sup> Иначе, државе чланице нису имале проблема са приговорима странака у вези примене начела једнакости. Једино је у Холандији донета одлука у августу 2014., у којој се констатовало да је осигуравач незаконито дискриминисао једну жену на основу претпоставке да као жена неће радити између 27 и 36 године и да ће радити само непуно радно време.<sup>10</sup> Наведену одлуку је донело надлежно тело за једнакост, а о наведеном је одлуку донео и холандски суд који је констатовао да актуарске статистике и мерила у односу на културно окружење из којег је тужиља нису супротне начелу једнакости.

Одлука *Test-Achats* ће тек довести до великих последица, обзиром да је губитак значаја пола као веома важног фактора расподеле ризика довео до пораста укупне цене производа осигурања. Међутим, још нема тачних података о дејству наведене одлуке. Разлог томе може да буде и чињеница што је одлуку *Test-Achats* требало спровести до 21.12.2013. године и што, још увек, немамо прецизне податке везане за обрачун премије уз примену наведених фактора.

Ова одлука ће довести до значајних последица везаних и за осигурање живота. То ће се, нарочито, видети код осигурања за случај смрти, код кога је пол био веома битан фактор, тако да ће жене плаћати и 66% већу премију у односу на мушкарце. Укидањем пола као фактора сада се, тек, врши одређена дискриминација, јер ће се сада бољи ризици плаћати више, како би се лошији ризици плаћали мање. Поставља се питање да ли

---

8 D. Schwer, T. Ament, A. Döring, H. Gong, N. Rendle, R. Ionescu, D. Kachakidze, E. Schneider, R. Toupet, „Implications of the European Commission guidance on Test-Achats ruling“, *ScorIn Form*, January 2012, 5, [https://www.scor.com/images/stories/pdf/library/scor-inform/scor\\_inform\\_jan12\\_testachat\\_en.pdf](https://www.scor.com/images/stories/pdf/library/scor-inform/scor_inform_jan12_testachat_en.pdf), приступ: 07.04.2017.

9 Извештај Комисије Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном одбору: Извештај о примени Директиве Савета бр. 2004/113/ЕЗ од 13.12.2004. године о примени принципа равноправног третмана мушкараца и жена у вези са коришћењем услуга и прометом роба од 05.05.2015. (текст на хрватском), 9.

10 *Ibid.*

ће се примењивати нека друга мерила за одређивање ризика, као што су ризична занимања, здравствено стање, године старости, начин живота, итд., обзиром на чињеницу да је опште правило да се осигурање већег ризика плаћа више и обрнуто. Наведена одлука може довести до тога да, на крају, осигураници добију мање, а осигуравачи више. Иначе, у региону су најчешћа мешовита животна осигурања, па се не очекују нарочите промене, али би проблеме могли да имају осигураници са специфичним уговорима о осигурању. Мора се рећи да се пол као фактор ризика користи и код каско осигурања код неких осигуравача. Касније ћемо се посебно осврнути и на утицај пола као елемента одређивања премије и код осигурања аутоодговорности.

### 1. Последице одлуке *Test-Achats* у појединим државама ЕУ

Навешћемо конкретне последице наведене одлуке у појединим државама ЕУ. Рекли смо већ да је одлука довела до пораста укупне цене производа осигурања. То се односи на повећање појединих једнократних трошкова код осигуравача у вези са израдом универзалних актуарских таблица и новог одређивања премија које треба да доведу до остваривања родне неутралности. Ти трошкови су нпр., у Шпанији 14 милиона евра, затим у Холандији 7,7 милиона евра, итд.<sup>11</sup> Затим, у Шпанији су уведени нови производи осигурања само за жене, као што је нпр., крађа ташни унутар возила или посебна помоћ трудницама у случају здравствених проблема током вожње.<sup>12</sup> Дејство увођења начела једнакости на одређивање висине премије осигурања је, у неким државама, био безначајан. Порасле су премије за жене, а смањиле за мушкарце за одређена осигурања, између осталих, и за осигурање моторних возила. По подацима осигуравајућег друштва *Insurance Sweden* премија за осигурање моторних возила, ако су осигураници млађе жене, била је око 10 % скупља, а ако су осигураници били млађи мушкарци премија је била у истом износу процента мања, иако су они учесници у више саобраћајних незгода. У Италији су од јула 2012. до јануара 2013. године, спроведена истраживања која су показала да су премије, ако су осигураници жене средњих година, биле скупље 3% од премија, ако су осигураници мушкарци истих година. Пре децембра 2012., жене су плаћале за 18% мању премију од мушкараца за осигурање возила, а након тог месеца, повећање премија за жене до 18% одговарало је смањењу премија за мушкарце од 10%, Код других произ-

---

11 Извештај, 10.

12 Извештај, 11.

вода осигурања дошло је до пораста премије за мушкарце и смањења за жене.<sup>13</sup> Иако се из ових података може закључити да постоји неједнакост, укупно дејство на тржиште осигурања било је ограничено.

Иначе, основна сврха Директиве 2004/113 се састојала у једнаком примењивању услова осигурања на оба пола. Било је очекивано да ће бити повећане премије код осигурања аутоодговорности и животног осигурања, ако су жене осигураници, односно, да ће за мушкарце бити веће премије код приватног здравственог осигурања. Размишљало се и о усвајању нове Директиве која би се прилагодила специфичностима у области осигурања и у банкарском сектору. Овако, постоји велика опасност да ће остали осигураници, на које се не односе наведене одредбе, практично морати да покрију минус код наплате премија.<sup>14</sup> Поједини аутори сматрају да у Великој Британији осигуравачи више неће моћи да одређују ниже премије ако се ради о женама возачима, као ни да дају веће приходе пензионерима мушкарцима. Процењује се да ће мушкарци пензионери изгубити и 10.000 фунти годишње на име пензије, а да ће жене возачи плаћати и 40% већу премију за осигурање аутоодговорности.<sup>15</sup> Процењује се да су и клијенти код животног осигурања погођени овим променама. Наиме, жене ће плаћати већу премију за 23%, а мушкарци 3% мање. Удружење британских осигуравача сматра да ће тржиште осигурања функционисати на конкурентан начин и даље, а кад је у питању осигурање аутоодговорности доћи ће до великог пораста трошкова.<sup>16</sup> Наведено говори да ће терет одлуке *Test-Achats* највише погодити жене као осигуранике код осигурања аутоодговорности. То се нарочито односи на младе жене возаче које ће плаћати већу премију за чак 600 фунти. Са друге стране, код осигурања прихода или код покрића у случају тешке болести, које је раније било скупље за жене, сада ће мушкарци плаћати 50% више него раније. Код осигурања прихода предвиђа се код неких осигуравајућих друштава повећање премије за мушкарце осигуранике за 20 до 25%, а за жене ће премија пасти за 28%.<sup>17</sup> Оно што морамо рећи да једнакост није унапред добра, односно, да дискриминација, тј. разликовање код одређивања премија осигурања није унапред лоше.<sup>18</sup>

13 *Ibid.*

14 М. Петровић, „Пол (ни)је фактор у актуарској анализи“, *Токови осигурања*, бр. 3/2013, 28

15 М. Петровић, 29.

16 *Ibid.*

17 М. Петровић, 31.

18 J. Gaulding, „Race Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair“, *Cornell Law Review*, vol. 80, issue 6, September 1995, 1647.

## 2. Начела европског уговорног права осигурања и примена Директиве 2004/113

У оквиру ЕУ су за јединствено функционисање тржишта осигурања веома битна Начела европског уговорног права осигурања која имају за циљ да се унифицирају правила у овој области. Садржина Начела је у складу са одредбама Директиве 2004/113 о забрани полне дискриминације у осигурању. Начела не представљају кодификацију уговорног права осигурања, али је њихова улога велика у успостављању основе за слободно функционисање тржишта осигурања у ЕУ. Начела се примењују на сва приватна и узајамна осигурања, али само онда када странке у уговору о осигурању изричито уговоре њихову примену. Начела се не примењују на реосигурање.<sup>19</sup> По одредбама Начела, употреба пола као фактора код обрачуна премија осигурања и износа из осигурања не сме довести до разлика у појединачним премијама и износима из осигурања, осим ако осигуравач не докаже да се те разлике заснивају на тачним актуарским и статистичким подацима.<sup>20</sup> Ипак, ако уговор о осигурању садржи одређене елементе дискриминације, он ће и даље обавезивати обе уговорне стране, али део уговора у коме су присутни наведени елементи, неће бити правно обавезујући за осигураника. По наведеној одредби Начела, осигураник има право да раскине уговор.<sup>21</sup>

### IV Утицај одлуке *Test-Achats* на тржиште осигурања у Хрватској

Поменућемо примену одлуке *Test-Achats* у Хрватској, имајући у виду да се ради о држави која је најмлађи члан ЕУ и која је морала да укључи наведене одредбе у већ постојеће законодавство које је регулисало осигурање, имајући у виду и уговоре о осигурању који су закључени пре уласка Хрватске у ЕУ. Наведена одлука *Test-Achats* и примена Директиве 2004/113 утицали су и на законодавство Републике Хрватске која је примљена у ЕУ 1. јула 2013. Управо је тај датум био битан код укључења одредби Директиве 2004/113, што је довело до двојаког регулисања уговора о осигурању. Представићемо решења у хрватском законодавству која су дефинисана након ступања Хрватске у ЕУ, као и након ступања на

19 Ж. Приморац, „Европски принципи упорабе пола као чимбеника ризика у одређивању висине премије осигурања и накнада из осигурања“, Зборник радова „Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, бр. 12, Мостар 2014, 375.

20 Члан 1:207, ст. 1. Начела.

21 Ж. Приморац (2014), 376.



снагу новог Закона о осигурању Хрватске 1. јануара 2016.<sup>22</sup> Закон о осигурању Републике Хрватске из 2013. (измене и допуне),<sup>23</sup> укључио је решење члана 5 Директиве 2004/113. Овим Законом је предвиђено да осигуравајућа друштва могу, код закључења уговора о осигурању живота, осигурања од незгоде и здравственог осигурања, да узму у обзир пол као критеријум код обрачуна премије и суме осигурања на групној основи, ако то не доводи до разликовања на појединачном нивоу. Међутим, у истој одредби је регулисано да ће се код уговора који су закључени пре 1. јула 2013. дозволити разликовање по личним околностима везаним за пол и на појединачном нивоу. Значи да хрватско законодавство није у потпуности пренело решење из члана 5 ст. 1 Директиве 2004/113, обзиром да се оно односи на уговоре закључене након 21.12.2007.<sup>24</sup> Исто тако, овим Законом је прописана и обавеза органа који врши надзор у области финансијских услуга (ХАНФА – Хрватска агенција за надзор финансијских услуга) да детаљније правилником регулише начин примене наведене одредбе. ХАНФА је донела Правилник о детаљним правилима и критеријумима поштовања личних околности пола којим се регулишу правила која одређују на који начин пол може утицати на обрачун премије и износа осигурања.<sup>25</sup> По одредбама Правилника, осигуравајућа друштва морају да од 1. јула 2013. године омогуће једнак третман полова у вези са дефинисањем елемената код наведених врста осигурања. То се односи и на уговоре који су закључени први пут након 1. јула 2013. године, као и на уговоре који су закључени у циљу продужења уговора о осигурању који су закључени пре наведеног датума. Правилник предвиђа и да осигуравајућа друштва могу узети у обзир личне карактеристике пола код обрачуна техничких резерви и за унутрашње одређивање цене осигурања, затим за управљање ризицима којима је изложено друштво, за одређивање цене реосигурања, итд. Исто тако, Правилник предвиђа да је дозвољено разликовање на појединачном нивоу, ако је осигуравајуће друштво узело у обзир личне карактеристике пола у следећим ситуацијама:<sup>26</sup> 1. ако се ради о уговорима о осигурању који се не мењају, односно остају исти, као и пре приступања Хрватске ЕУ; 2. ако се ради о уговорима који су аутоматски

22 Закон о осигурању Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 30/15

23 Закон о осигурању Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 151/05, 87/08, 82/09 и 54/13.

24 Ж. Приморац, „Актуална питања успешности имплементирања Директиве 2004/113/ЕЗ и provedбе одлуке Test-Achats у европским правним системима“, *Зборник радова „Дани хрватског осигурања 2015.“*, Загреб 2015, 24.

25 *Ibid.*

26 Члан 4 Правилника ХАНФА.

продужени, јер до одређеног датума није достављено обавештење о престанку уговора; 3. ако се ради о уговорима, код којих осигуравајуће друштво, без сагласности уговарача осигурања, има право да прилагоди поједине елементе уговора о осигурању на основу услова осигурања и одредби уговора закључених пре 1. јула 2013. године, као и ако се ради о уговорима закључених пре 1. јула 2013. године, код којих друштво има право да учини наведено на основу одредаба других закона који се примењују на поједини уговор о осигурању. То се односи на случајеве неплаћања премије, нетачности података до чега је дошло услед објективних околности, промене занимања, итд.; 4. ако се ради о уговорима код којих уговарач осигурања, осигураник или неко друго лице имају право да захтевају једнострано коришћење права која су била дефинисана у уговору о осигурању закљученом пре 1. јула 2013. године, а што омогућава уговарање допунског осигурања, промену трајања уговора о осигурању, промену премије осигурања или износа из осигурања, као и уплату додатне премије; и 5. ако се ради о уговорима који су пренесени са једног на друго осигуравајуће друштво, с тим да се није променио њихов статус.<sup>27</sup>

Што се тиче новог Закона о осигурању Републике Хрватске, он не предвиђа ништа ново у односу на оно што смо навели. Садржана је одредба о једнакости полова код обрачуна премије и износа из осигурања, као и одредба која се односи на забрану разликовања уговора о осигурању на појединачном нивоу. Исто тако, предвиђена је могућност да осигуравајућа друштва могу узети у обзир критеријум разликовања за уговоре закључене пре 1. јула 2013. године.<sup>28</sup> Интересантна је дефиниција критеријума разликовања пола. Наиме, користи се термин личне карактеристике пола, што може довести до тумачења да се ипак могу узети у обзир одређене разлике које треба посматрати код оба пола, а које се тичу занимања, личних склоности, начина живота, година, итд. Кад говоримо о узимању у обзир разликовања полова код уговора који се закључени пре 1. јула 2013. године, морамо рећи да је и овде присутна дискриминација, не само у односу на мушкарце и жене појединачно, већ и у односу на лица која су закључила уговоре о осигурању пре и након наведеног датума. Осим тога, велики број изузетака који су регулисани у Правилнику надзорног органа ХАНФА, говори да ће осигуравајућа друштва налазити решења која ће узети у обзир наведене разлике и да одлука *Test-Achats* неће

---

27 Ж. Приморац (2015), 25.

28 Ж. Приморац (2015), 25-26.

тако брзо изазвати веће потресе код осигуравајућих друштава која се баве осигурањем живота. Ипак, то не значи да до одређених промена неће доћи. Мишљења смо да треба посебно посматрати наведену одлуку и одредбе Директиве 2004/113 код осигурања од незгоде, а посебно код здравственог осигурања.

## V Ублажавање последица одлуке *Test-Achats*

Поставља се питање шта осигуравајућа друштва могу да ураде по питању ублажавања последица примене одлуке *Test-Achats*, као и по питању поштовања једнакости полова и питању присуства појединих елемената који се тичу различитости полова, а који могу утицати на одређивање премије осигурања. Постоје различите предлози који се односе, између осталог, на коришћење пола као фактора код оцене ризика са становишта осигуравача, а ради обрачуна техничких резерви.<sup>29</sup> Затим, један од предлога је и одређивање цене реосигурања. Осим тога, треба користити и здравствено стање осигураника или узети у обзир друге факторе ризика који се тичу појединца без обзира на његов пол.<sup>30</sup>

Различите врсте осигурања су везане за различите ризике. Није исти ризик код осигурања од одговорности власника моторних возила према трећим лицима и код осигурања од последица несрећног случаја. Није исти ризик, ако се закључује животном осигурање лица које има преко 70 година живота и ако се закључује колективно осигурање радника у једном предузећу. У вези са тим, разликујемо субјективне и објективне ризике. Објективни ризици се остварују без утицаја човекове воље, односно, овде се, између осталог, ради и о катастрофалним штетама. Са друге стране, субјективни ризици говоре о томе, да је човек утицао на остварење осигураног случаја. Но, морамо рећи да, ако је субјективни елемент сувише изражен, осигуравач ће одбити да плати штету, односно суму осигурања. Али, такође, морамо имати у виду, да, овде, морамо разликовати различите врсте утицаја човека на настанак обавезе осигуравача. Субјективни и објективни ризици су, у одређеним ситуацијама, заједнички присутни у остварењу одређених ризика.<sup>31</sup> Следећа подела ризика, која би нас овде интересовала, јесте подела на опште и појединачне ризике.

29 Поруке са XIII годишњег саветовања Удружења за право осигурања Србије „Изазови усклађивања права осигурања Србије са европски (ЕУ) правом осигурања“, 20-22. април 2012, 87, <http://www.srbija-aida.org/files/Tekstovi2012/Poruke13.pdf>, приступ: 06.04.2017.

30 *Ibid.*

31 Н. Жарковић, *Економика осигурања*, Београд, 2008, 48

Општи ризици могу погодити више објеката, нпр., више објеката у држави. Пример за то су природне непогоде. Са друге стране, појединачни ризици погађају поједина лица или објекте. Појединачним ризицима је лакше управљати,<sup>32</sup> али се о сваком појединачном ризику мора посебно водити рачуна, односно, сваки ризик ове врсте мора појединачно да се посматра. Управо субјективни ризици на које човек може да утиче, као и појединачни ризици који могу бити специфични за свако лице, објашњавају елементе које можемо дефинисати и дискриминаторским у одређивању премије осигурања.

Веома је важно тачно проценити ризик. За наведено су нам потребни и валидни подаци које прикупљају и осигуравајућа друштва и друге институције. Заједнички одбор Европских надзорних органа (ESAs) је 19. децембра 2016. године објавио документ који се односи на тзв. Велике податке који стварају систем прикупљања великог броја података са циљем предвиђања будућих догађаја. Међутим, мора се рећи да је сигурно да такви подаци утичу и на дискриминацију корисника вишег процененог ризика од стране осигуравача, иако, са друге стране, доприносе прилагођању потребама корисника (осигураника) и персонализацији услуга које се пружају од стране осигуравача.<sup>33</sup>

## VI Дискриминација код осигурања аутоодговорности

Одређени облици дискриминације постоје и код осигурања аутоодговорности. Наиме, премија код ове врсте осигурања се одређује на основу статистичких показатеља у вези са потенцијалном вероватноћом настанка саобраћајних незгода (осигураних случајева), тежином те незгоде, учесницима у незгоди (где се мисли на њихов пол, године, опште способности, возачки стаж, итд), као и са другим елементима који су битни за актуарско одређивање премије. Управо наведени елементи треба да нам одговоре на питање да ли одређене групе осигураника треба да плате већу премију или не. Уколико већу премију плаћа врло младо или врло старо лице, то не значи да постоји и дискриминација.

О дискриминацији код осигурања аутоодговорности се често говори у САД и Канади. Основни фактори ризика у САД су, код ове врсте осигурања, старост, пол, брачно стање, сврха коришћења аутомобила,

---

32 Н. Жарковић, 49.

33 *Еуропска надзорна тјела покренула расправу о Великим подацима*, [www.osiguranje.hr](http://www.osiguranje.hr), 25.12.2016, приступ: 07.04.2017.

успех у школи, као и територија на којој се употребљава аутомобил. А секундарни фактори ризика су број осигураних аутомобила, тип аутомобила, возачки досије, као и досадашње понашање осигураника.<sup>34</sup>

У САД, генерално посматрано, осигуравачи наплаћују женама возачима мање премије него мушкарцима, али се та разлика смањује посебно код млађих возача. У претходном периоду су жене возачи имали већу стопу саобраћајних незгода, али су зато возачи мушкарци учествовали у већем проценту саобраћајних незгода у којима је неко погинуо.<sup>35</sup>

Код одређивања премије осигурања аутоодговорности само један фактор може да доведе до значајне промене. Наиме, у САД би, на пример, успех у школи млађег возача значајно утицао на висину премије. И други елементи би довели до значајне промене коефицијента обрачуна премије, као што су возачки досије, карактеристике возила, итд.<sup>36</sup> Видимо да су елементи одређивања премије код осигурања аутоодговорности везани и за сам живот осигураника, његове склоности, начин живота, итд.

## VII Закључак

Ризик не можемо посматрати, само, са становишта одржавања довољних средстава за пословање осигуравајућег друштва и обезбеђења извршавања обавеза од стране тог друштва. Ризик је сложен појам, који захтева анализу у сваком конкретном случају, као и код сваке врсте и облика осигурања. Од ризика зависи и висина премије, као и одређивање резерви у осигуравајућем друштву. Добра процена ризика је основни услов за добро функционисање осигурања. Контрола ризика ће се успешно спровести, ако се изабере начин који ће довести до ефикасног управљања тим ризиком. Дискриминацијом осигураника не сме се ублажавати ризик. Међутим, поставља се питање шта је дискриминација код одређивања премије осигурања. Да ли се она везује само за пол или и за поједине карактеристике које су везане само за један или други пол, што, у сваком случају, треба узети у обзир, обзиром да се тада ради и о различитим ризицима.

---

34 J. Кочовић, Управљање актуарским ризицима при формирању тарифа у осигурању, презентација, 28. Симпозијум о оперативним истраживањима, Економски факултет Београд, 2011, сл. 8.

35 R. L. Brown, D. Charters, S. Gunz, N. Haddow, „Actuarial Equity or Unfair Discrimination?“, *Contingencies*, September-October 2007, 38-39.

36 J. Кочовић, сл. 8.

Осигуравајућа друштва се могу, на различите начине, прилагодити наведеним захтевима. Коришћење пола као фактора за одређивање премије се може користити код интерне оцене ризика, односно код обрачуна техничких резерви. Затим, пол треба узети у обзир и код одређивања премије за реосигурање, ако то не доводи до разлика на појединачном нивоу. Наравно, могуће је креирати и нове производе осигурања који ће бити усмерени само према женама или само према мушкарцима као осигураницима, што значи да је одређени облик осигурања креиран тако да узимамо у обзир одређене особине код једног пола које не налазимо код другог. То се може остварити код појединих облика животног или здравственог осигурања, где се могу узети у обзир здравствено стање осигураника, историја болести код сродника тог лица, итд.

Код одређивања премије осигурања треба да разликујемо дискриминацију од различитог утицаја појединих фактора на одређивање премије. Сама премија осигурања треба да одражава величину ризика који прети да се оствари, између осталог. Концепт различитог утицаја фактора на премију се односи искључиво на значајнију несразмеру везану за утицај једног или више фактора ризика који погађа одређену мањину или врсту осигураника. Елиминација само једног доказаног фактора ризика ће довести до дискриминаторске премије, а могућност тачне процене ризика ће бити уништена.<sup>37</sup>

**Vladimir Čolović, PhD**

**Principal Research Fellow Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **DISCRIMINATION IN THE DETERMINATION OF INSURANCE PREMIUMS**

### **Summary**

*When we talk about discrimination in determining insurance premiums, we are talking primarily about taking into account the different risks associated with different genders, age, health status, etc. Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services applies to insurance, too. However, decision of the European Court of Justice in the dispute Test-Achats annulled the*

---

37 M.J. Miller, „Disparate Impact and Unfairly Discriminatory Insurance Rates“, *Casualty Actuarial Society E-Forum*, Winter 2009, 287, <https://www.casact.org/pubs/forum/09wforum/miller.pdf>, приступ: 05.04.2017.

*provisions of Article 5, paragraph 2 of the abovementioned Directive, which regulate taking into account differences based on gender with the insurance services, and on condition that the premium is determined on the basis of accurate actuarial data. Otherwise, the decision of Test-Achats has led to an increase in the total cost of insurance products. However, it is still in the EU countries do not feel the enormous consequences of this decision. The paper analyzes the question of whether the premium is determined only by means of statistical and actuarial data or must be taken into account and the elements that can be defined as discriminatory.*

**Key words:** *Directive 2004/113/EC, decision Test-Achats, discrimination, premium, risk.*

**Др Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**

**ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду**

## **О ОДГОВОРНОСТИ ДИРЕКТОРА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА ЗА ОСИГУРАЊЕ - НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ СЕКТОРСКОГ ПРИСТУПА - \***

*У раду је анализиран институт одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање, посебно чланова извршног одбора. Пошавши од услова које треба да испуне кандидати за чланове управе у сектору осигурања и њихове надлежности у систему дводомне управе, ауторка се фокусира на испитивање регулаторног оквира осигурања по питању одговорности. Да ли се успостављени режим одговорности уклапа у принцип транспарентности и вођења пословања у складу са правилима о управљању ризиком? Да ли су чланови управе у сектору осигурања дорасли ризику одговорности? Да ли је одговорност руководилица у овом делу финансијског тржишта прешироко одређена? Ауторка одговара на постављена питања систематским тумачењем одредаба Закона о осигурању и Закона о привредним друштвима.*

**Кључне речи:** *одговорност, директори, чланови управе, сектор осигурања, корпоративно управљање.*

### **I Уопштено о особеностима секторског приступа**

Статусно право осигурања одликује низ особености, које се манифестују од момента оснивања до момента престанка друштва за осигурање. У овом раду бавићемо се анализом питања одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање, које је уређено Законом о осигурању (даље: ЗО) на другачији начин у односу на раније важећи закон. Међутим, бројна питања остају отворена, због чега је актуелно питање (сходне) примене Закона о привредним друштвима (даље: ЗОПД).

---

\* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (2017).



За анализу режима одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање по новом ЗО, релевантне су следеће карактеристике регулаторног оквира осигурања. Прво, услови које треба да испуне кандидати за чланове управе акционарског друштва за осигурање и улога надзорног тела у вези са њиховим избором.<sup>1</sup> Друго, делокруг надлежности органа у систему дводомне управе који ЗО уређује на мандаторан начин.<sup>2</sup> Треће, одредбе ЗО о одговорности чланова управе. Овим законом уређена су само нека питања одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање, што значи да су релевантне и одредбе ЗОПД о одговорности директора. Њих узимамо у обзир, јер се у својству *lex generalis* прописа примењују на сва привредна друштва.<sup>3</sup> Највећи део рада биће посвећен управо односу два прописа, тј. објашњењу има ли места директној примени одредаба општег статусног закона на питања одговорности чланова управе у сектору осигурања, као и шта *in concreto* значи сходна примена одговарајућих чланова ЗОПД.

## II Прописивање услова које треба да испуне кандидати за чланове управе

Разлике између *lex generalis* и *lex specialis* статусног прописа почињу већ на нивоу услова које треба да испуне кандидати за чланове органа друштва. ЗОПД садржи програмску одредбу која носи наслов услови и ограничења за обављање дужности директора. Будући да у њој пише да за директора може бити изабрано свако пословно способно лице,<sup>4</sup> као и да се Статутом могу одредити и други услови које одређено лице мора да испуни да би било директор,<sup>5</sup> јасно је писци овог закона нису имали намеру да детаљније пропишу критеријуме на основу којих се процењује да ли једно лице испуњава услове да буде изабрано за директора, те да тиме

---

1 По логици ствари, прописивање јасних и смислених услова треба да смањи вероватноћу настанка одговорности чланова управе. Ово утолико пре што је контрола испуњености тих услова поверена надзорном телу. Овде посматрамо услове за избор у органе друштва као предуслов вођења пословања у складу са правилима о управљању ризиком и уопште одговорног пословања.

2 Надлежност органа управе неће бити детаљно обрађена, већ само у мери у којој је то неопходно за разјашњење питања одговорности (нап. аут.).

3 На то, уосталом, изричито упућује сам ЗО (нап. аут.).

4 ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др закон и 5/2015, чл. 382, ст. 1.

5 ЗОПД, чл. 382, ст. 2. Из језичког тумачења ових одредаба произлази да, ако статутом није другачије регулисано, директор може бити и лице које не испуњава услове професионалне стручности, образовања и професионалног искуства.

онемогуће избор недовољно компетентних лица на важне корпоративне функције. Фокус ЗОПД је на ограничењима за избор, којима је *de iure* уведена дисквалификација директора.<sup>6</sup>

С друге стране, секторски приступ у осигурању је већ (традиционално) другачији.<sup>7</sup> Секторски пропис детаљно уређује услове које треба да испуне лица предложена за чланове органа управљања друштва за осигурање. Уопштено говорећи, реч је о условима који треба да обезбеде да предложени кандидати врше функције у складу са правилима о управљању ризиком.<sup>8</sup> О озбиљности критеријума прописаних ЗО довољно говори чињеница да, поред поменутих услова, кандидат за директора друштва за осигурање треба да достави и свој програм пословођења друштвом.

ЗО садржи програмску одредбу према којој чланови управе морају имати *добру пословну репутацију и одговарајуће стручне квалификације, знање и искуство који су потребни за обављање функције члана управе*, као и да нису у ранијем периоду били ангажовани у привредном друштву над којим је отворена ликвидација или стечај или били осуђивани на казну затвора дужу од три месеца. Одредба је преузета из упоредноправних закона и представља резултат дугогодишњег искуства у погледу услова које треба проверити пре него што се кандидату за члана управе акционарског друштва за осигурање изда сагласност надзорног тела за вршење функције.<sup>9</sup> Дакле, лице је *fit* и *proper* уколико испуњава две групе услова.

6 Тако, лице не може бити директор у следећим случајевима: 1) када је једно лице директор или члан надзорног одбора у више од пет друштава; 2) када је осуђено за кривично дело против привреде, током периода од пет година рачунајући од дана правноснажности пресуде, с тим да се у тај период не урачунава време проведено на издржавању казне затвора и 3) коме је изречена мера безбедности забрана обављања делатности која представља претежну делатност друштва, за време док траје та забрана (ЗОПД, чл. 382, ст. 3).

7 Детаљније вид. Jean Bigot, „Les sociétés d'assurance, L'administration de la société“, Jean-Louis Bellando, Jean Bigot, Séverine Cabrillac, Bernard Jadaud, Jacque Moraueu, Gilbert Parleani (ed.), *Entreprises et Organismes d'assurance*, 3 édition, L. G. D. J., Paris, 2011, 100-101; Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „О лиценцирању кандидата за чланове органа друштва осигурања - осврт на одлуке Уставног суда Србије“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011, 91-112; Катарина Иванчевић, „Стручна оспособљеност чланова управе и надзорног одбора организације за осигурање и образовање за рад у осигурању“, *Право осигурања у транзицији*, Палић, 2003, 37; Боса Ненадић, „Услови за избор чланова управе друштва за осигурање“, *Привреда и право осигурања у транзицији*, Палић, 2004, 18.

8 О томе ЗО, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, подразумева под управљањем ризиком, чл. 148.

9 С. Hoppmann, „Fit-and proper-Test für die Aufsichtsräte in Versicherungsunternehmen?“, *Versicherungsrecht*, Heft 13, Mai 2001, 561-563.

Први се могу назвати објективним и они се тичу стручних квалификација и одређеног искуства,<sup>10</sup> док се другима може дати епитет субјективних и они се односе на пословно поштење и интегритет.<sup>11</sup>

За члана управе акционарског друштва за осигурање не може бити изабрано лице које: 1) је правноснажно осуђено за кривично дело на безусловну казну затвора или правноснажно осуђено за казнено дело које га чини неподобним за обављање ове функције; 2) коме је правноснажно изречена заштитна мера забране обављања делатности која га чини неподобним за обављање ове функције; 3) које је на дан одузимања дозволе за рад правном лицу из финансијског сектора или шест месеци пре тог дана, односно на дан увођења принудне управе или покретања поступка стечаја или принудне ликвидације над тим правним лицем било овлашћено за заступање и представљање тог правног лица или било члан његовог органа управљања, осим принудног управника овог правног лица; 4) коме је у последње три године одузета сагласност за обављање функције члана органа управљања или друге функције за чије је обављање прописана сагласност надлежног органа; 5) које је разрешено дужности члана управе.<sup>12</sup>

Дакле, за разлику од општег статусног прописа, уважавајући особеност сектора осигурања, закон захтева да кандидати за чланове управе буду подвргнути не само провери тзв. негативних услова (дисквалифика-

---

10 Да је законодавац врло амбициозно решио да регулише ово питање сведочи податак да је у међувремену донета и Одлука Народне банке Србије (даље: НБС) о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозволе за обављање послова осигурања / реосигурања и појединих сагласности НБС. Ова одлука садржи посебан одељак посвећен ближим условима за давање претходне сагласности НБС за обављање функције члана управе.

11 Поставља се питање шта то значи? Посебно у српским приликама недовољно развијеног тржишта осигурања и недовољно развијеног тржишта менаџера? Сматрамо да је за одговор на питање да ли кандидат за члана управе има добру пословну репутацију кључно да се пруже докази да није био инволвиран у вођење пословања друштва за осигурање или финансијских институција које су имале лоше пословне резултате у време док је он био на позицији члана управе.

12 Иако је ова одредба важећег закона довољно разрађена и на основу ње се поуздано може закључити о постојању дисквалификације у области осигурања, овај институт није новина регулаторног оквира осигурања. Ипак, важећи ЗО је унапређен у односу на раније важећи пропис. Заправо, било је потребно законом уредити и питање садржине дисквалификације, тј. на које све послове се она односи. Како је то у значајној мери учињено новим ЗО, може се рећи да је начињен први корак ка увођењу доброг корпоративног управљања у осигуравајућем сектору.

ција!),<sup>13</sup> већ и да испуњавају одређене позитивне услове. Сврха прописивања ових услова је да се обезбеде гаранције да предложени кандидати поседују све потребне квалитете како би одговорно и стручно извршавали своје дужности у овом специфичном сектору привреде.

О озбиљности законодавца по питању правног уређења услова које треба да испуне кандидати за чланове управе сведочи податак да се именовање члана управе врши после прибављене сагласности НБС за обављање функције. Дакле, и надзорни орган је инволвиран у процес лиценцирања.<sup>14</sup> Уз захтев за добијање сагласности, акционарско друштво за осигурање доставља предлог одлуке свог надлежног органа о именовању члана управе, као и доказе и податке о испуњености законских услова, а за члана извршног одбора и изјаву о пословним намерама у управљању тим друштвом за период на који се именује. О овом захтеву се одлучује у року од 30 дана од дана пријема уредног захтева. ЗО уређује и основе одбијања захтева за добијање претходне сагласности за обављање функције члана управе, као и основе одбијања сагласности за обављање функције члана управе. Сагласност НБС престаје да важи ако лице у року од 6 месеци од дана доношења решења о давању сагласности не буде именовано за члана управе. Акционарско друштво за осигурање је дужно да обавести НБС о именовању, односно разрешењу члана управе у року од осам дана од дана именовања, односно разрешења. Именовани чланови управе треба да буду уписани у регистар надлежног органа. *Именовање члана управе без претходне сагласности надзорног тела сматра се ништавим.* НБС је, дакле, укључена у све фазе поступка именовања, односно разрешења члана управе акционарског друштва за осигурање.

Имајући у виду разрађен систем услова и сметњи за избор чланова управе, чију испуњеност контролише надзорно тело, поставља се питање да ли се од компетентних чланова управе „подразумева“ да воде пословање у складу са законским дужностима,<sup>15</sup> односно под којим условима се

---

13 Наташа Петровић Томић, „Утицај осигурања од одговорности директора на први агенцијски проблем“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, Палић, 2010, 339-356.

14 Није довољно што је ЗО детаљно прописао и позитивне и негативне услове за избор чланова управе, већ је и Народној банци Србије као телу надзора поверено да провери испуњеност тих услова!

15 У ЗО стоји да су чланови управе дужни да предузимају мере ради спречавања незаконитих или непримерених радњи и утицаја који су штетни или нису у најбољем интересу акционарског друштва за осигурање и његових акционара, а која врше лица која су блиско повезана с тим друштвом ради заштите корисника услуге осигурања. Дакле, за чланове управе акцио-

они могу ослободити одговорности за евентуалне пропусте у вођењу пословања.

### III Двodomни систем управе

ЗО прописује структуру органа акционарског друштва за осигурање и њихову надлежност, уз истовремену супсидијерну примену општег статусног прописа за привредна друштва. Након набрајања органа акционарског друштва за осигурање (скупштина, надзорни и извршни одбор) ЗО изричито каже да се на питања која се односе на органе примењују одредбе закона којим се уређују привредна друштва, осим ако поједина питања нису другачије уређена овим законом.<sup>16</sup> Закључујемо да се секторски законодавац определио за дводомни модел управе, што нам даје за право да поређењем одредаба два закона о дводомној управи уочимо да ли су њихова решења компатибилна.

ЗО је прописао делокруг надлежности надзорног одбора, који поред делокруга који се односи на управљање друштвом, обухвата и надзорна овлашћења.<sup>17</sup> Поред навођења конкретних надлежности надзорног одбора, ЗО изричито каже да је овај орган *одговоран за успостављање система управљања ризицима* у акционарском друштву за осигурање и за надзор над тим системом, а дужан је и да обезбеди да извршни одбор овог друштва идентификује ризике којима је то друштво изложено, као и да контролу тих ризика врши у складу са одобреним стратегијама и процедурама.<sup>18</sup> Ова одредба је, заправо, најбитнија за разумевање односа ор-

---

нарског друштва за осигурање апострофирана је посебна дужност рада у интересу друштва, иако таква дужност већ постоји у ЗОПД.

16 ЗО, чл. 50, ст. 2.

17 Тако, надзорни одбор: 1) утврђује пословне циљеве, пословну стратегију и годишњи план пословања и надзире њихово остварење; 2) именује и разрешава чланове извршног одбора; 3) именује и разрешава овлашћеног актуара; 4) надзире рад чланова надзорног одбора; 5) даје и позива прокуру; 6) сазива седнице скупштине и утврђује предлог дневног реда; 7) одређује накнаду за рад чланова извршног одбора и изјашњава се о политици зарада и осталих примања у друштву; 8) даје сагласност члановима извршног одбора за предузимање послова или радњи у складу са законом, статутом, одлуком скупштине и одлуком надзорног одбора; 9) разматра и даје мишљење са образложењем на финансијске извештаје, годишњи извештај о пословању и извештај о спровођењу политике саосигурања и реосигурања са мишљењем овлашћеног актуара и подноси их скупштини на усвајање; 10) издаје одобрене акције ако је на то овлашћен статутом или одлуком скупштине; 11) доноси одлуку о стицању сопствених акција; 12) утврђује емисиону цену акција и других хартија од вредности; итд. Вид. ЗО, чл. 55, ст. 1.

18 ЗО, чл. 55, ст. 2.

гана управе по питању одговорности за управљање ризиком. Док је надзорни одбор дужан да уведе стратегију управљања ризиком и да врши надзор над њеном применом, извршни одбор је одговоран за њену имплементацију. Контрола система управљања ризиком и управљања у друштву је данас у Европској унији, захваљујући примени Директиве *Solvency II*, једна од кључних функција.<sup>19</sup> Циљ је обезбедити стабилно и прудентно управљање пословањем у друштвима за осигурање, односно друштвима за реосигурање.<sup>20</sup> Под системом управљања подразумевају се: функција управљања ризицима, функција праћења усклађености, функција унутрашње ревизије и актуарско-математичка функција.<sup>21</sup> Новина ЗО је да надзорни одбор разматра не само налазе НБС, већ и налазе других надзорних и инспекцијских органа у поступку контроле пословања друштва. Надзорни одбор успоставља систем интерних контрола и утврђује стратегије за управљање ризицима и одговоран је за успостављање и функционисање тог система. Такође, надзорни одбор одговара за креирање система управљања ризицима у акционарском друштву за осигурање и за надзор над тим системом.

По ЗО, извршни одбор је обавезни орган, што потврђује опредељење овог закона у корист увођења дводомне управе у сектору осигурања.<sup>22</sup> Извршни одбор чине најмање два члана, укључујући и председника.<sup>23</sup> ЗО је прописан минималан број чланова извршног одбора, али не и

---

19 Према Директиви 2009/138 регулатива у друштвима за осигурање почива на три стуба: 1) Стуб I (*Pillar I*) садржи квантитативне захтеве који се односе на обезбеђење капиталне адекватности; 2) Стуб II (*Pillar II*) садржи квалитативне захтеве који се односе на успостављање и примену система управљања у друштвима за осигурање и 3) Стуб III (*Pillar III*) садржи правила о јавном објављивању информација и извештавању надзорног тела. Вид. Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), OJ L 335.

20 Meinrad Dreher, *Treatises on Solvency II*, Heidelberg, 2015, 67-98; Marion Rittmann, *Neuausrichtung der Versicherungsaufsicht im Rahmen von Solvency II, Implikationen und Ansatzpunkte für die Gestaltung des Risikomanagements in Versicherungsunternehmen*, Wiesbaden, 2009, 30-82.

21 Mladenka Grbić, „Zahtjevi europskog zakonodavca glede uspostave ključnih funkcija u sektoru osiguranja s posebnim osrvtom na „Funkciju praćenja usklađenosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1/2014, 29-51.

22 ЗО утврђује обавезу чланова извршног одбора да буду запослени у друштву за осигурање са пуним радним временом. То је новина у односу на претходно важећи закон, а и разлика у односу на ЗОПД. Новина је и да најмање један члан надзорног, односно извршног одбора морају имати пребивалиште у РС и знати српски језик, док остали чланови извршног одбора морају имати боравиште у РС.

23 ЗО, чл. 57, ст. 1.

максималан.<sup>24</sup> То значи да су у пракси могуће две ситуације: да се друштво определи за законски модел или да изабере већи број чланова извршног одбора (на пример три). Као што ћемо видети, из ЗОПД произлазе значајне разлике у погледу одлучивања између извршног одбора који има два члана и онога који има више од два члана. Секторски структуриран *извршни одбор поступа ван седница*. Председник извршног одбора представља и заступа друштво.<sup>25</sup> ЗО прецизира да при закључивању правних послова и предузимању правних радњи из свог делокруга, *председник извршног одбора треба да обезбеди потпис једног члана извршног одбора*.<sup>26</sup> Овим се ЗО определио за *обавезно заједничко заступање*, као модалитет ограничења овлашћења за заступање.<sup>27</sup> Извршни одбор води послове акционарског друштва за осигурање и врши дневни надзор над активностима запослених у том друштву.<sup>28</sup> Овај орган је, дакле, задужен за организовање и вођење послова акционарског друштва за осигурање.<sup>29</sup>

---

24 Ово питање се може уредити статутом, на начин којима се одступа од законског модела извршног одбора. У упоредном праву се број чланова извршног одбора креће од два до 5. Вид. Jean Bigot, „Les sociétés d'assurance, L'administration de la société“, Jean-Louis Bellando, Jean Bigot, Séverine Cabrillac, Bernard Jadaud, Jacque Moraeu, Gilbert Parleani (ed.), *Entreprises et Organismes d'assurance*, 3 éd., L. G. D. J., Paris, 2011, 359. Али, имајући у виду економичност предложеног модела, претпостављамо да неће постојати интерес за тако нешто. Наиме, препоручени модел извршног одбора је економичан због начина одлучивања, који је много ефикаснији од одлучивања путем седница. Осим тога, бројнији извршни одбор директора је неспорно скупљи од онога који има два члана.

25 ЗО, чл. 57, ст. 2.

26 ЗО, чл. 57, ст. 3.

27 Благоје Голубовић, Љиљана Стојковић, Бранко Павловић, *Водич за примену Закона о осигурању*, Удружење осигураваача Србије, Београд, 2015, 104.

28 ЗО, чл. 58, ст. 1.

29 Поред одговорности за законитост пословања, извршни одбор има и финансијске функције (одговорност за тачност пословних књига и финансијских извештаја, одлучивање о инвестиционој политици, као и задуживању друштва у границама утврђеним од стране надзорног одбора, подноси надзорном одбору тромесечне извештаје и годишњи извештај о пословању, као и финансијске извештаје друштва); спроводи одлуке скупштине и надзорног одбора; доноси акте пословне политике, одговара за вођење пословања у складу са правилима о управљању ризиком (спроводи систем интерних контрола и стратегије за управљање ризицима; усваја процедуре за идентификовање, мерење, праћење и процену ризика, као и управљање ризицима, анализира ефикасност њихове примене и о томе извештава надзорни одбор) и одлучује о питањима која нису у надлежности скупштине и надзорног одбора (ЗО, чл. 58, ст. 2). Дакле, ЗО усваја претпоставку у корист надлежности извршног одбора за сва питања која овим законом нису стављена у надлежност неког другог органа. То је у складу са дводомном структуром органа акционарског друштва за осигурање. Извршни одбор је најфлексибилнији орган, он нема обавезу одлучивања и поступања само у оквиру седница.

За разумевање специфичности секторског приступа у осигурању значајно је узети у обзир одредбе *lex generalis* прописа о извршног одбору и дводомној управи. У делу који се односи на дводомну управу ЗОПД садржи одредбу према којој „ако друштво има три или више директора они чине одбор директора друштва“.<sup>30</sup> То не значи да извршни одбор не може имати мањи број чланова. Наиме, ЗОПД додаје: „На друштво које има једног или два извршна директора СХОДНО се примењују одредбе овог закона о одбору директора, осим одредаба о седницама одбора директора“.<sup>31</sup> Постоји, дакле, одредба која омогућава да се и на друштво које има једног или два директора сходно примењују одредбе овог закона о одбору директора, осим одредаба о седницама одбора. Према ЗОПД такав извршни одбор одлучује и поступа ван седница.<sup>32</sup> Ако не постоји сагласност извршних директора по одређеном питању, генерални директор може сазвати седницу извршног одбора.<sup>33</sup> Цитирана одредба је крајње атрактивна, јер омогућава суптилну правну анализу. У истом члану се, наиме, прибегава прилично распрострањеном приступу сходне примене једног закона на питања која су иначе уређена другим законом. Уз то, у истом члану се *expresis verbis* указује да је за одређено питање искључена сходна примена!

Да бисмо избегли недоумице које се могу одразити и на питање одговорности чланова извршног одбора акционарског друштва за осигурање потребно је да објаснимо шта значи *сходна примена* одредаба ЗОПД на акционарско друштво за осигурање које има само два извршна директора (јер тако одређује секторски пропис!), а не три колики је препоручени број чланова извршног одбора по ЗОПД.<sup>34</sup> И шта значи изузетак у погледу седница одбора. Који је његов домашај?

Према нашем мишљењу, сходна примена одредаба ЗОПД о одбору директора подразумева три ситуације. Прво, примену одредбе ЗОПД *telle quelle*, без икаквих модификација и прилагођавања. У принципу, извршни одбор је орган акционарског друштва са законом одређеним надлежностима, без обзира на то да ли има два или три члана. У том смислу је логична неизмењена и дословна примена одредаба ЗОПД. Друго, прилагођена примена одредбе ЗОПД, тј. изменивши оно што је потребно из-

---

30 ЗОПД, чл. 383, ст. 2.

31 ЗОПД, чл. 383, ст. 3 у вези са чл. 428.

32 ЗОПД, чл. 429, ст. 2.

33 ЗОПД, чл. 429, ст. 3.

34 Према ЗОПД, ако друштво има мање од три директора сваки директор је извршни директор (чл. 387, ст. 2).



менити због различите структуре извршног одбора акционарског друштва за осигурање. Примена *mutatis mutandis* је најзахтевнији сегмент сходне примене. Он захтева добро познавање оба закона, а посебно разлика између улоге и структуре извршног одбора по ЗОПД и извршног одбора по ЗО. Управо онај сегмент регулативе који их чини различитим органима истог типа привредних друштава захтева сходну тј. измењену примену норми општијег прописа. Као пример за сходну примену навешћемо обавезно заједничко заступање, које је ЗО уведено ради ограничења овлашћења за заступање председника извршног одбора акционарског друштва за осигурање. Тај вид ограничења не познаје ЗОПД, због чега ће примена његових одредаба о одбору директора бити измењена у мери у којој то захтева заједничко заступање. Треће, сходна примена у одређеним ситуацијама значи непримену! Овај део сходне примене последица је управо уважавања разлика које су *ratio* сходне примене. ЗОПД је олакшао утврђивање који је то случај, рекавши да се сходна примена не односи на одредбе о седницама одбора директора. Зашто? Зато што је нецелисходно инсистирати на примени одредбе о одржавању седница извршног одбора, ако тај орган има само два члана. Дакле, извршни одбор акционарског друштва за осигурање поступа ван седница, али по модалитету заједничког заступања.

Будући да смо разјаснили појам сходне примене ЗОПД на извршни одбор формиран по одредбама ЗО, остају нам да анализирамо концепт одговорности чланова корпоративних органа друштава за осигурање.

#### IV Одговорност директора и сходна примена ЗОПД

Што се тиче одговорности директора, ЗОПД је посебним чланом, који носи наслов одговорност директора и који садржи неколико новина у односу на претходно важећи пропис, уредио ово значајно питање правног оквира корпоративног управљања.<sup>35</sup> ЗОПД се идејно наслања на ЗОО и увелико искристалисану судску праксу о одговорности правног лица

35 Као најбитније, уместо набрајања посебних случајева одговорности уведена је општа одредба о одговорности за проузроковану штету према привредном друштву. Значај поменутог члана је велики: он се примењује не само на одговорност чланова управе у случају једнодомне управе (што произлази из локације члана), већ и на одговорност чланова управе у случају дводомне управе (на извршне директоре), као и на чланове надзорног одбора и на надзорни одбор друштва са ограниченом одговорношћу. Дакле, по вокацији је замишљен као норма са општим дејством. За сва питања у вези са применом чл. 415 ЗОПД вид. Наташа Петровић Томић, „Одговорност директора за штету по Закону о привредним друштвима“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, 130-147.

(компаније) за пропусте запослених, као и о одговорности запослених (директора) друштву за штету коју проузрокују својим радом, односно пропустима у раду.<sup>36</sup> Иако ЗОПД не користи изричито ову терминологију, *implicite* то каже. „Директор одговара друштву за штету коју му проузрокује кршењем одредаба овог закона, статута и одлука скупштине.“<sup>37</sup> Као што ћемо видети у консталацији са ЗО, врло је значајно што је ЗОПД изричито поменуо одговорност директора због кршења овог закона. Тиме је јасно речено да је кључни пропис за процену одговорности директора управо ЗОПД. Директор, изузетно, неће бити одговоран за штету ако је поступао у складу са одлуком скупштине.<sup>38</sup> То је дакле примарни основ екскулпације директора.

У ЗОПД се изричито помиње одговорност чланова одбора, што је значајно за нашу тему. Ако штета за друштво настане као последица одлуке одбора директора, за штету одговарају и сви директори који су за ту одлуку гласали.<sup>39</sup> У том случају, сматра се да је за ту одлуку гласао и директор који је био уздржан од гласања у погледу постојања одговорности за штету.<sup>40</sup> Ако директор није био присутан на седници одбора директора на којој је одлука донета, нити је за њу гласао на други начин, сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету ако се тој одлуци није писаним путем успротивио у року од осам дана по сазнању за њено доношење.<sup>41</sup> Захтев друштва за накнаду штете у складу са овим чланом застарева у року од три године рачунајући од дана наступања штете.<sup>42</sup> Друштво се не може одрећи захтева за накнаду штете, осим у складу са одлуком скупштине која се доноси трочетвртинском већином гласова присутних акционара, али се та одлука не може донети ако јој се успротиве акционари који поседују или представљају најмање 10%

36 Из судске праксе произлази да је „правно лице одговорно за штету коју је његов радник – запослени проузроковао трећем лицу поступајући противно интерним правилима рада туженог“. Одлука Вишег трговинског суда, Пж. 335/02 од 10. априла 2002. године. О природи одговорности чланова управе привредног друштва постоји одлука Привредног апелационог суда према којој: „Одговорност лица која имају дужност према привредном друштву за штету причињену друштву није објективна и не заснива се на чињеници да имају одређено својство у друштву, већ је ова одговорност субјективна и заснива се на њиховој кривици“. Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1253/2010 (2) од 22. 04. 2010. године.

37 ЗОПД, чл. 415, ст. 1.

38 ЗОПД, чл. 415, ст. 2.

39 ЗОПД, чл. 415, ст. 3.

40 ЗОПД, чл. 415, ст. 4.

41 ЗОПД, чл. 415, ст. 5.

42 ЗОПД, чл. 415, ст. 6.

основног капитала друштва.<sup>43</sup> Осим што одређују границе одговорности директора у нашем праву, ови чланови чине регулаторну основу за прибављање осигурања од одговорности директора у српском праву.<sup>44</sup>

Када је реч о одговорности извршних директора акционарског друштва за осигурање поставља се питање које одредбе су релевантан извор за одговор на питање какав је режим њихове одговорности? Да ли је то само ЗО? Или се на ово питање неминовно мора применити и ЗОПД? ЗОПД изричито каже да се и на извршне директоре сходно примењује чл. 415. који уређује питање одговорности директора.<sup>45</sup> Оно што је од великог практичног значаја је да ли и одредбе о екскулпацији извршних директора могу сходно да се примене на извршне директоре акционарског друштва за осигурање. Наиме, да ли уопште може доћи до примене института ослобођења од одговорности на основу издвојеног гласа ако знамо да друштво за осигурање има само два директора (препоручени модел), а они, при том, одлучују по принципу заједничког одлучивања. Одговор на ово питање може се дати само на основу доброг познавања целокупног правног оквира корпоративног управљања у Србији. У том смислу је потребно правити разлику између извршног одбора који има препоручени број чланова, тј. два и извршног одбора који има више чланова, тј. најмање три. Уосталом, сама чињеница да се законодавац определио за сходну примену правила која важе за један тип друштава у погледу регулативе неке специфичне ситуације (као што је ситуација са акционарским друштвом за осигурање које има дводомни модел управе) говори *per se* о несигурности у погледу тога како применити одређени институт. Да су ствари неспорне, не би се радило о сходној, већ о директној примени. Или би законодавац уредио одређено питање посебном нормом, а не упућивањем на примену правила која важе за сва привредна друштва. Сматрамо да систематско тумачење наведених закона, који свакако морају бити кохерентни и конзистентни, треба да спречи блокаду рада акционарског друштва за осигурање, с једне стране, и да пружи одређени степен заштите директорима, с друге стране. Ако су они у сваком случају претпостављено колективно одговорни, а то ће бити пошто сваку одлуку доносе заједнички, то значи да је ризик одговорности енор-

---

43 ЗОПД, чл. 415, ст. 7.

44 На основу упоредноправних искустава произлази да поштравање основа одговорности прати убрзани развој ове врсте корпоративног осигурања.

45 ЗОПД, чл. 430.

ман и да ће деловати одвраћајуће на потенцијалне кандидате за извршне директоре у сектору осигурања.<sup>46</sup>

### 1. Претпоставка одговорности

ЗОПД уводи претпоставку одговорности директора. То недвосмислено произлази не само из члана 415, већ и из члана који регулише одговорност за кршење дужности пажње. Према ЗОПД, *лица која имају посебне дужности према друштву дужна су да у том својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника, и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва.*<sup>47</sup> Под пажњом доброг привредника у смислу става 1. овог члана подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву.<sup>48</sup> *Сматра се да поменута лица могу да своје поступање заснивају и на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, за које разумно верују да су у том случају савесно поступала.*<sup>49</sup>

Међутим, поменута одредба овог закона је много „проблематичнија“ у делу који прописује да директори који пруже доказ да су поступали у складу са овим чланом нису одговорни за штету која из таквог поступања настане за друштво.<sup>50</sup> Оваквом формулацијом се конституише

46 Сврха одговорности директора није одвраћање од вршења директорских функција, већ одвраћање од незаконитих радњи (пропуста и грешака). У том смислу је битно сачувати праву меру између поопштравања одговорности као тренда и регулисања одвраћајуће функције одговорности на адекватан начин. Вид. Наташа Петровић Томић, *Осигурање од одговорности директора и чланова управног одбора акционарског друштва*, Београд, 2011, 60-63.

47 ЗОПД, чл. 63, ст. 1. Будући да у нашем праву постоје различити стандарди пажње, (стандард „пажње доброг привредника“ и стандард „пажње доброг стручњака“ из чл. 18 ЗОО), одређење новог ЗОПД индиректно говори о уверењу да код нас још увек није створена професија директора, коју обавезују посебна правила струке и обичаји. Сматрамо да је ово решење нашег права посве специфично, условљено обележјима тржишта и променама које су још у току. Како код нас још увек траје процес успостављања тржишног механизма, с једне стране, и како се професија директора у новом својинском окружењу тек назире, с друге стране, то није могуће пледирати за примену стандарда „пажње доброг стручњака“ у погледу понашања директора. Тако Мирко Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни живот*, бр. 10/2010, 27.

48 ЗОПД, чл. 63, ст. 2.

49 Нови ЗОПД, чл. 63, ст. 4.

50 „За професионално лице, које своје услуге обавља на тржишту, дакле уз плаћање, претпоставља се (као необорива претпоставка) да поседује стручна знања, потребна за правилно оба-

*претпоставка одговорности директора и непоступања у интересу друштва до супротног доказа*, тј. доказивања испуњености свих претпоставки на којима се базира дужност пажње. Уместо претпоставке савесности директора компанија, нови српски компанијски прописи уводе претпоставку одговорности и негирају погодности правила пословне процене. У том смислу се може рећи да наше позитивно право вапи за осигурањем од одговорности директора.

Поставља се питање да ли претпоставка одговорности важи и у сектору осигурања. ЗО каже да су за штету која настане као последица пропуштања обавеза прописаних законом, чланови управе одговорни акционарском друштву за осигурање.<sup>51</sup> Ова одредба је мање више компатибилна са ЗОПД, јер се у оба закона одговорност директора темељи на кршењу одредаба закона (с тим да ЗОПД помиње и статут и одлуке скупштине), односно на пропуштању обавеза прописаних законом. Одредба ЗО је врло индикативна и јасна по питању теме којом се бавимо. ЗО чини одговорним директоре за штету која настане као последица пропуштања обавеза прописаних било којим законом, а не само ЗО! ЗО је употребио термин законом, а не овим законом (*подвукла Н. П. Т.*), као што је то учинио ЗОПД и као што је било предвиђено и у раније важећем ЗО. Из језичког тумачења ове одредбе произлази да се одговорност чланова управе акционарског друштва за осигурање цени не само на основу *lex specialis* закона, већ и на

---

вљање услуге. Његови поступци (чињења) или нечињења зато се просуђују према апстрактним мерилима, дакле правилима оне струке из које области су потребна стручна знања како би услуга била правилно извршена. Одговорност тих лица је у описаном значењу објективна, јер се ослобађају одговорности само ако докажу да су узрок неиспуњења, односно неправилног испуњења догађаји, односно поступци других лица који се не могу предвидети, односно који се не могу избећи или чије негативне последице се не могу спречити (*подвукла Н.П.Т.*). Приликом просуђивања предвидивости односно могућности отклањања тих догађаја односно поступања нису битне субјективне стручне способности и знања професионалног лица, већ она стручна знања и способности које се за њега претпостављају. Од директора друштва се очекује да се разуме у послове и са њима повезано финансирање и рачуноводство. *Обавеза директора (чланова управе) је по својој природи облигација труда. Мерило за процену да ли је своје обавезе, повезане са управљањем друштвом, правилно испунио зато је његово поступање. Његово испуњавање ће зато бити неправилно ако је поступао у супротности са правилима управљачке (менаџерске) струке.*“ Одлука Вишег суда Републике Словеније: VSL Presuda I Срг 510/2010.

51 ЗО, чл. 65, ст. 4. ЗО такође прописује посебне основе одговорности чланова управе. Генерално посматрано, посебна одговорност чланова управе акционарског друштва за осигурање произлази из њихове обавезе да обезбеде да се пословање друштва води у складу са правилима о управљању ризиком, да обезбеде праћење ризика у осигурању, да врше интерну ревизију итд.

основу ЗОПД! Одговорност за имплементирање законодавног оквира осигурања је на члановима управе по директиви Солвентност II. Такође, оба закона усвајају принцип личне одговорности директора и чланова управе према акционарском друштву за осигурање.<sup>52</sup>

## 2. Колективна одговорност за штету и издвојени глас

Приликом регулативе имовинске одговорности, ЗОПД полази од начина доношења одлука одбора.<sup>53</sup> Ако штета настане као последица одлуке одбора директора, логично је да за штету одговарају и сви директори који су за ту одлуку гласали.<sup>54</sup> Будући да је извршни одбор колективни орган и да одлуке доноси на седници, солидарна одговорност његових чланова за „штетне“ одлуке представља правило.<sup>55</sup> Међутим, то не значи да не постоји ни један случај индивидуалне одговорности директора. Ради лакшег и ефикаснијег обављања послова из делокруга управног одбора, његови чланови практикују поделу овлашћења у погледу припреме одлука, као и њиховог извршења.<sup>56</sup> Уколико је то случај и ако се утврди да је директор, коме је поверена индивидуална припрема одлуке или њено извршење направио неке пропусте, постојаће само његова (индивидуална) одговорност.

*Колективна одговорност* је правило и у сектору осигурања. Она произлази из одредаба које уређују надлежност извршног одбора. Тако је извршни одбор дужан да одмах *писмено обавести надзорни одбор* у следећим ситуацијама: 1) ако је угрожена ликвидност, односно солвентност акционарског друштва за осигурање; 2) ако наступе разлози за престанак важења дозволе за рад акционарског друштва за осигурање или за одузимање друштву дозволе за рад, односно разлози за забрану обављања појединих врста осигурања; 3) ако акционарско друштво за осигурање пре-

---

52 То се надовезује на ЗОО, који прави разлику између одговорности према трећим лицима (правног лица тј. друштва за осигурање) и одговорности према правном лицу (лична одговорност његових органа). Иако усклађено са позитивним правом и вишедеценијском праксом, ово решење ЗО не прати трендове. У упоредном праву се увелико развио принцип личне одговорности чланова управе према трећима. Развоју овог принципа највише доприноси развој института осигурања од одговорности чланова управе.

53 ЗОПД, чл. 407, ст. 1.

54 ЗОПД, чл. 415, ст. 3.

55 Heinz J. Heimbach, Lotar Boll, „Führungsaufgabe und persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder und des Vorstandsvorsitzenden im ressortaufgeteilten Vorstand einer AG“, *Versicherungsrecht, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Heft 19, 2001, 802.

56 H. J. Heimbach, L. Boll, 802.

стане да испуњава услове који се односе на адекватност капитала прописане ЗО. Обавеза извршног одбора да без одлагања обавести надзорни одбор постоји само у случајевима када је *угрожен опстанак друштва за осигурање*. Надзорни одбор који је обавештен о неком од ових основа има обавезу да о томе одмах обавести НБС. Дакле, систем информисања је уређен тако да чланови извршног одбора имају одговорност у вези са праћењем ликвидности и солвентности друштва за осигурање, као и променама околности од којих зависи да ли ће друштву бити одузета дозвола за рад. Ако уоче неке промене у вези са овим околностима тј. условима, дужни су да о томе одмах обавесте надзорни одбор. Надзорни одбор прослеђује примљене информације НБС, која ће у вези са тим предузети неку од мера прописаних ЗО.

Међутим, колективни начин обављања делокруга одбора директора не значи да ће увек сви директори гласати на исти начин. За доношење одлука органа управе не захтева се једногласност. То чини реалним могућност постојања „издвојених мишљења“. Директор или члан управе који се не слаже са одређеном одлуком има могућност да то неслагање документује. Томе служи институт уздржаности од гласања. Међутим, проблем је у томе што се уздржаност од гласања не одражава на одговорност на начин на који би просечан директор очекивао. Према ЗОПД, за директора који је био уздржан од гласања сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету.<sup>57</sup> Поставља се питање какав је положај директора који није присуствовао седници на којој је донета незаконита и уопште одлука која је повод одговорности директора. ЗОПД нормира ову ситуацију. Наиме, ако директор није био присутан на седници одбора директора на којој је одлука донета, нити је за њу гласао на други начин, сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету ако се тој одлуци није писаним путем успротивио у року од осам дана по сазнању за њено доношење.<sup>58</sup> Захтев дру-

57 ЗОПД, чл. 415, ст. 4.

58 ЗОПД, чл. 415, ст. 5. Осећамо потребу да апострофирамо случајеве у којима се активира претпоставка одговорности директора: 1) ако је директор гласао за одлуку; 2) ако је био уздржан од гласања и 3) ако је био одсутан са седнице на којој се гласало о одређеној одлуци и није правовремено изразио своје неслагање са донетом одлуком. *A contrario*, на директора се не примењује претпоставка одговорности само ако је гласао против одређене пословне одлуке. Последња два става о којима је било речи сматрамо контрадикторним. Њима се стварају две ситуације које могу деловати негативно на понашање директора. Према првом члану, директор који је био уздржан од одређене одлуке изједначава се за потребе одговорности са колегом који је гласао за предложену одлуку. Дакле, иако је био присутан и на основу свих

штета за накнаду штете у складу са овим чланом застарева у року од три године рачунајући од дана наступања штете.<sup>59</sup>

Поставља се питање да ли се изложене одредбе ЗОПД о одговорности у вези са гласањем и доношењем одлука извршног одбора примењују и на извршни одбор акционарског друштва за осигурање. Морамо истаћи да нам законодавац није много помогао упутивши на сходну примену одредаба. Претходно треба одговорити да ли је сходна примена ЗОПД уопште могућа, имајући у виду секторске специфичности које се највише испољавају у виду ограничења овлашћења извршних директора. Сматрамо да за потребе примене чл. 415, ст. 4. и 5. треба правити разлику између извршног одбора који одговара препорученом секторском моделу и онога који (евентуално) има већи број чланова (најмање три).

Ако акционарско друштво за осигурање има само два члана, не долази у обзир ни сходна примена дела ЗОПД који прописује услове за екскулпацију директора од одговорности за одлуке донете у вођењу пословања. Како у погледу извршног одбора акционарског друштва за осигурање важи правило заједничког заступања, које иначе представља изузетак, а не правило код конципирања заступничких овлашћења, то је *de facto* немогуће сходно применити чл. 415 ст. 4 и 5. Ово је друго одступање од сходне примене одредаба ЗОПД које се односе на извршни одбор, до кога смо дошли циљним тумачењем закона. Председник извршног одбора мора обезбедити сагласност другог члана одбора за одлучивање из сфере надлежности овог органа. Уважавајући ту околност, немогуће је да се други члан одбора позива на то да је био уздржан или да је био одсутан када је донета спорна одлука. Без његовог пристанка (супотписа) нема одлуке извршног одбора! Начин одлучивања извршног одбора изван седница чини немогућим примену једног дела члана 415 ЗОПД. Сасвим је другачија ситуација ако се неко друштво за осигурање одлучи да има већи број чланова извршног одбора. Како је ограничење овлашћења председника извршног одбора апсолутно, односно важи без обзира на број чланова извршног одбора, то би и у ситуацији већег броја чланова он мо-

---

расположивих података стекао угисак да треба да се уздржи, закон га сматра одговорним. Овакав законски резон, противно становишту судске праксе, на мала врата и *de facto* уводи објективну одговорност директора. Како другачије разумети одредбу да се у погледу одговорности за штету конституише претпоставка да је директор који је био уздржан, гласао за одлуку?! Иако је евидентно био уздржан, закон за потребе одговорности сматра да је директор гласао за спорну одлуку.

59 ЗОПД, чл. 415, ст. 6.



рао обезбедити супотпис још једног директора. То оставља могућност да се други / остали директори, позивом на члан 415, ст. 4. и 5. ослободе одговорности за донете одлуке, доказавши да нису гласали за ту одлуку. У томе им јако користи записник са седница извршног одбора.

Стога, одговорност извршних директора акционарског друштва за осигурање може бити само колективна (у случају одбора који има само два директора) или и колективна и индивидуална, уз могућност ослобођења од одговорности сходном применом ЗОПД! Због специфичног модуса одлучивања двочланог извршног одбора сходна примена поменутих одредаба ЗОПД није могућа. Шта то, у ствари, значи када је реч о одговорности извршних директора? Они су одговорни за све пословне одлуке из надлежности извршног одбора, без могућности ослобођења применом ЗОПД. То, даље, значи да је ризик одговорности извршних директора у сектору осигурања знатно већи у доносу на остале секторе привреде. У поређењу са директорима из других сектора, на које се без ограничења примењује члан 415. директори у сектору осигурања су „таргетирани“ сразмерно већим теретом одговорности за пропусте и погрешне процене.<sup>60</sup>

Поред обавеза и одговорности извршног и надзорног одбора као колективних органа, постоје и обавезе појединих чланова управе. ЗО, дакле, прави разлику између основа колективне и индивидуалне одговорности. Тако је члан управе дужан да обавести НБС о свом именовану на функцију, односно о престанку функције у органу управљања или надзора других правних лица. Тиме се жели обезбедити праћење да ли се чланови управе акционарског друштва за осигурање придржавају законских услова везаних за забрану ангажовања у другим правним лицима. Члан управе треба да обавести НБС о правним пословима на основу којих он, односно члан његове породице, непосредно или посредно, стекао акције,

---

60 Одговорност корпоративних органа има смисла и врши одређену функцију само ако је правилно конципирана. Она се, наиме, мора посматрати кроз призму два питања. Прво, да ли су пропусти лица на управљачко - руководећим позицијама нешто што се може – или чак мора – толерисати? Друго, да ли сви пропусти треба да имају исти третман? Чини нам се да се директорима мора признати *право на грешку* тј. заблуду у смислу погрешне пословне процене. У прилог томе може се навести дужност пажње, чија суштина није у резултату примењеног степена дужне пажње, већ у самом процесу долажења до пословне одлуке. Осим тога, зашто би се положај директора као својеврсних професионалаца разликовао од положаја осталих лица која пружају интелектуалне услуге – ако је већ општеприхваћено да је грешка елемент професионалног ризика, који прати одређену професију и који се покрива осигурањем од професионалне одговорности. Сматрамо да чланови корпоративних органа не треба да буду изузетак у том смислу.

односно уделе правног лица на основу којих је сам или са члановима породице стекао, односно увећао у том правном лицу квалификовано учешће, односно ако се његово учешће смањило испод нивоа прописаног ЗО. Обавештавање надзорног одбора и НБС о стицању капитал учешће у другим правним лицима, односно о променама у досадашњем капитал учешћу има за циљ омогућавање контроле и спречавање да се због пословних веза чланова управе или чланова њихове породице онемогући вршење надзора над пословањем друштва за осигурање.

### 3. Ослобођење од одговорности

Највећу новину у регулативи имовинске одговорности директора представља одредба о одрицању друштва од одштетног захтева. Друштво се не може одрећи захтева за накнаду штете, осим у складу са одлуком скупштине која се доноси трочетвртинском већином гласова присутних акционара, али се та одлука не може донети ако јој се успротиве акционари који поседују или представљају најмање 10% основног капитала друштва.<sup>61</sup> Реч је о одредби која, додуше врло рестриктивно и уз испуњење бројних услова, дозвољава друштву да се одрекне подношења одштетног захтева против директора. Увођењем овакве одредбе у ЗОПД чини се законско одступање од законски претпостављеног императивног режима одговорности директора. Чим таква једна одредба уђе у статусни закон шаље се недвосмислена порука да је императивни режим одговорности правило од кога се, под одређеним условима, може одступити.<sup>62</sup> Ограничења која она, при том, поставља могу послужити као смернице мере искључења или ограничења одговорности до које се у нашем праву може ићи, као и формалних услова које, при том, треба испунити.

Дакле, одрицање од одговорности, у складу са ЗОПД, може да производи дејство само ако је изгласано на скупштини друштва и то квалификованом (трочетвртинском већином) и ако се томе не успротиве мањински акционари (који поседују најмање 10% основног капитала).<sup>63</sup>

61 ЗОПД, чл. 415, ст. 7.

62 Заправо, оваквим одредбама се императивни принцип личне одговорности директора у извесној мери релативизује.

63 Иако на први поглед врло конкретна, ова одредба оставља доста простора тумачењу. Прво, у ком моменту се друштво може одрећи захтева за накнаду штете да би то одрицање било пуноважно? Иако из језичког тумачења не произлази ограничење везано за моменат одрицања друштва захтева за накнаду штете, сматрамо да из систематског тумачења закона произлази да се друштво не може унапред и без знања о природи и тежини захтева одрицати права на подношење тужбе. Другим речима, није пуноважно „обећати“ ограничење или искључење

Да ли се одредба о одрицању о одговорности друштва из чл. 415. може применити и у сектору осигурања? Одговор на ово питање захтева циљно тумачење два закона. На први поглед, не постоје сметње да се и акционарско друштво за осигурање одрекне одштетног захтева према „својим“ извршним директорима. Ово утолико пре што се на извршне директоре не примењују одредбе на основу којих би се они могли ослободити одговорности. С друге стране, иако акционарско друштво има на располагању могућност из ЗОПД, то да ли ће бити искоришћена зависиће од воље скупштинске већине и њене процене опортуности таквог одрицања. Лично смо уверени да ће таквих случајева бити сразмерно мање него у друштвима у режиму ЗОПД. Или да их уопште неће бити! Зашто? Зато што се од чланова корпоративних органа акционарског друштва за осигурање очекује да воде пословање у складу са правилима о управљању ризиком, као и са прокламованим дужностима и одговорностима. Нећемо погрешити ако кажемо да су очекивања од извршних директора у сектору осигурања натпросечна; значајно већа од очекивања од директора компанија у општем режиму. Уосталом, потенцирање услова и критеријума које кандидати за чланове треба да испуне, а који су бројнији и јаснији од услова из ЗОПД, посредно говори и о очекивањима од извршног директора. Дакле, из циљног тумачења ЗО произлази да примена одредбе ЗОПД о одрицању од одговорности није компатибилна са духом одредби ЗО. Ово посебно ако се има у виду интерес најзначајније групе заинтересованих лица у осигурању - потрошача услуга осигурања.

## V Закључна запажања

Секторски приступ у осигурању долази до изражаја код регулативе института одговорности чланова управе. Одговорност чланова надзорног и извршног одбора уређена је секторским прописом, с тим да се на питања која нису изричито уређена примењује *lex generalis* пропис. За

---

одговорности директорима унапред, већ се оно може добити само након сазнања друштва да су испуњене законске претпоставке за подношење одштетног захтева против њих. Друга недореченост ове одредбе огледа се у томе што се не прецизира којих захтева за накнаду штете се друштво може одрећи. Да ли се одрицање односи само на захтеве које друштво подноси против својих директора због кршења дужности према њему и штете која је њему нанета (тзв. захтеви из унутрашње одговорности) или и на регресне захтеве, које друштво подноси против директора након што је накнадило штету трећим лицима на основу одговорности за радње својих органа? Детаљније вид. Наташа Петровић Томић, „О неким облицима заштите корпоративних директора од одговорности“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (ЕУ)* (уредник Вук Радовић), 2012, 135-139.

разумевање особености секторског приступа овом значајном питању доброг корпоративног управљања, кључно је познавање два елемента регулаторног оквира осигурања: услова које треба да испуне кандидати за чланове управе и њихове надлежности у систему дводомне управе. Специфичности извршног одбора у осигурању утичу на то да је могућа само сходна примена одређених одредаба ЗОПД, односно да се одређене одредбе општег статусног прописа не примењују. Конкретно, положај извршних директора у систему дводомне управе и начин доношења одлука (принцип заједничког одлучивања!) чини могућом само сходну примену одредаба о извршним директорима. Уосталом, сам ЗОПД изричито искључује и сходну примену када је реч о седницама одбора који има само два члана.

Што се тиче одговорности извршних директора, сам ЗО садржи недвосмислену одредбу којом упућује на примену ЗОПД. Иако је ЗОПД посветио посебан члан питању одговорности директора, он нема онај значај за осигурање који има за целокупну привреду. Циљним тумачењем поменутих закона долазимо до запажања да одступања у погледу структуре и начина доношења одлука извршних директора у сектору осигурања утичу на ограничену примену одговарајућег члана *lex generalis* прописа. Имајући у виду да председник извршног одбора не може донети ни једну одлуку из сфере надлежности овог органа без „супотписа“ другог члана, јасно је да се одредба ЗОПД о ослобођењу од одговорности директора на основу издвојеног мишљења не може применити у сектору осигурања. Зато што до издвојеног мишљења и не долази, јер би оно значило блокаду одлучивања извршног одбора акционарског друштва за осигурање. Ако акционарско друштво претрпи штету услед одлуке извршног одбора, из оба закона произлази одговорност свих чланова тј. оба члана извршног одбора који су донели спорну одлуку. Кључно је да се извршни директори не могу ослободити одговорности применом одредбе о начину гласања и вођењу записника, што је потенцијална непогодност. Други директор не може бити уздржан, нити се касније може одрећи одлуке у чијем доношењу је учествовао. Како по ЗО извршни директори доносе одлуке по модалитету заједничког одлучивања, то је њихова одговорност колективна. Из свега произлази да је одговорност извршних директора у сектору осигурања строжије уређена, уз евидентно мање могућности ослобођена од одговорности. Сматрамо да је такав режим одговорности за очекивати у овом делу финансијског сектора. Како су ЗО прописани строги критеријуми које треба да испуне кандидати за чланове управе и које контролише надзорно тело, то је логично да се њихова одговорност

цени према строжијим стандардима од одговорностима у осталим деловима привреде.

**Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD**

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

## **ABOUT LIABILITY OF DIRECTORS OF INSURANCE COMPANY - SOME PARTICULARITIES OF SECTORAL APPROACH -**

### **Summary**

*Author analyzes the institute of directors' liability, especially liability of the members of Executive Board. Starting from conditions that should be fulfilled by candidates applying to become members of the Board in the sector of insurance as well as their competences, author is focused on the examination of regulatory framework of insurance regarding directors' liability. Is established liability regime compatible with the principle of transparency and conduct of business in accordance with rules of risk management? Are the directors in the sector of insurance measured up to risk of liability? Is directors' liability in this part of financial market determined on a broadly way? Author answers those questions by systematic interpretation of both Law on insurance and Law on companies.*

**Key words:** *liability, directors, members of administration, sector of insurance, corporate governance.*

Мр Слободан ИЛИЈИЋ  
члан Председништва Удружења правника Србије

## НАЧИН ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Резиме

*Предмет рада су чланови Преднацрта Грађанског законика Републике Србије у којим је регулисан начин закључења уговора о осигурању. Ово је прилог јавној дискусији о Преднацрту Грађанског законика РС. Основна теза је да закључење уговора о осигурању треба да буде регулисано у Грађанском законнику РС као формалан правни посао или на начин на који је то до сада регулисао Закон о облигационим односима за протеклих скоро 40 година. Пошто су у раду изложени разлози за и против формалног и неформалног начина закључења уговора о осигурању, утврђено је да постоји већи број разлога у прилог формалног начина закључења уговора о осигурању, него против. У закључку је предложено да се не прихвати члан Преднацрта Грађанског законика РС о неформалном начину закључења уговора о осигурању, по правилу, као и да се не прихвати члан Преднацрта Грађанског законика РС о изузетно формалном начину закључења само код уговора о осигурању лица (осигурање живота и осигурање од несрећног случаја). У алтернативи на те чланове закључење уговора о осигурању регулисано је као формални правни посао, као и до сада, те је то и предложено у закључцима. Такође, у закључцима је предложено да одредба досадашње алтернативе постане први став у новом члану, што значи да се предлаже формалан начин закључења уговора о осигурању, као и до сада. Са оваквим предлогом у закључцима члан Преднацрта Грађанског законика РС о формалном начину закључења само за уговор о осигурању лица био би конзумиран у првом ставу новог члана, тако да више не би било смисла за његово постојање у даљем раду на законнику. Предложено је у закључцима да се у новом члану дода други став и да се њиме регулише закључење уговора о реосигурању на формалан начин, јер то одговара досадашњој реосигуравајућој пракси код нас и у свету.*

**Кључне речи:** уговор о осигурању, формални начин закључења уговора, неформалан начин закључења уговора, Преднацрт.

## І Уводне напомене

Влада РС образовала је Комисију за израду Грађанског законика Републике Србије<sup>1</sup> (у даљем тексту: Комисија). После низа објављених публикација за поједине области овог законика, Комисија је објавила Радни текст Грађанског законика Републике Србије, припремљен за јавну расправу, са алтернативним предлозима, од 29. маја 2015. године (у даљем тексту: Преднацрт). У даљим редовима тежиште је на разматрању односа између два члана Преднацрта о закључењу уговора о осигурању и предлога алтернативе у односу на та два члана. Основна теза је да треба прихватити одредбу из алтернативе Преднацрта о формалном закључењу уговора о осигурању, као што је то било регулисано до сада и то без изузетка. У овом раду неће моћи да се улази дубље у сродне чланове Преднацрта, као што су, примера ради, одредбе о садржају полисе или роковима важења листа покрића, затим као што су, примера ради, одредбе о условима за правно дејство понуде, опозиву понуде, условима за прихват понуде, измењеном прихвату понуде, закаснелом прихвату и повлачењу прихвата понуде. Ово стога што то простор овог рада не би дозволило. Иначе, рад је настао у време јавне дискусије о Преднацрту. Конципиран је са циљем да се заузме став по питању начина закључења уговора о осигурању и уговора о реосигурању и тиме разреши дилема Комисије. Дилема је била да ли треба прихватити, по правилу, одредбе о неформалном начину закључења уговора о осигурању, а да изузетак буде формални начин закључења уговора о осигурању лица или треба прихватити одредбе из алтернативе са формалним закључењем уговора о осигурању, као до сада и то без изузетка.

## II Дилема у Преднацрту у погледу начина закључења уговора о осигурању

1) Закључење уговора о осигурању лоцирано је Преднацрту у два члана и предложеној алтернативи на та два члана. Наслов изнад члана 1400. Преднацрта је гласио – „Кад је уговор закључен“. У члану 1400. Преднацрта је предвиђено да је уговор закључен кад понудилац прими

---

1 Одлука о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 104/2006, 110/2006.

изјаву понуђеног да прихвата понуду (став 1). Писмена понуда учињена осигуравачу за закључење уговора о осигурању везује понудиоца, ако он није одредио краћи рок, за време од осам дана кад је понуда приспела осигуравачу, а ако је потребан лекарски преглед, онда за време од тридесет дана (став 2 члана 1400). Ако осигуравач у том року не одбије понуду која не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање, сматраће се да је прихватио понуду и да је уговор закључен, у ком случају се он сматра закљученим кад је понуда приспела осигуравачу (став 3 члана 1400). Наслов изнад члана 1401. Преднацрта је гласио – „Форма уговора о осигурању“. У члану 1401. Преднацрта је предвиђен једини изузетак. Наиме, изузетно од неформалног карактера уговора о осигурању, уговор о осигурању лица закључен је када стране потпишу полису осигурања. Алтернатива уз чл. 1400. и 1401. Преднацрта је конципирана тако да се ова два члана замењују једним чланом, који је гласио – Уговор о осигурању је закључен када стране потпишу полису осигурања или лист покрића.

2) Из цитираних одредаба чл. 1400. и 1401. Преднацрта произлази да је закључење уговора о осигурању, по правилу, неформални правни посао, а само изузетно закључење уговора о осигурању лица је формалан правни посао. У односу на одредбе чл. 1400. и 1401. Преднацрта предложена је алтернатива, чијим усвајањем би биле замењене одредбе чл. 1400. и 1401. Преднацрта. Алтернатива на та два члана предвидела је да закључење уговора о осигурању остане формални правни посао, као што је то било предвиђено до сада у члану 901. став 1. Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) и то без изузетка. Отуда, спорно је да ли у будућем законнику закључење уговора о осигурању треба, по правилу, да буде неформални правни посао, а само изузетно да закључење уговора о осигурању лица остане формални правни посао.

3) Од почетка рада Комисија се код регулисања начина закључења уговора у облигационим односима начелно определила за неформални начин закључења уговора (глава I. одељак 2. Закључење уговора, члан 170), што представља једну од важнијих новости<sup>2</sup> Преднацрта. У члану 170. Преднацрта није био предвиђен изузетак од неформалног начина закључења уговора, који би био предвиђен у овом законнику. Међутим, предмет овог рада је управљен према начину закључења уговора о осигурању и уговора о реосигурању.

---

2 Илија Бабић, „Облици правних послова“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 122-138.



4) Убрзо после оснивања, Комисија је публиковала (у децембру 2007) Рад на изради Грађанског законика Републике Србије – Извештај Комисије са отвореним питањима<sup>3</sup> (у даљем тексту: Извештај). У Извештају у односу на уговор о осигурању пошло се од одредаба ЗОО. Наиме, према делу Извештаја о уговору о осигурању, конкретно према Одељку А. Општа питања места и начина регулисања уговора о осигурању у Грађанском законик<sup>4</sup> истакнуто је да је члан 901. став 1. ЗОО садржао је чврсто правило о формалном карактеру уговора о осигурању. Међутим, одмах је наведено да је то правило могло да има бројне незгоде, нарочито у случају кад постоји потреба о добијању покрића у најкраћем року. Писмена форма, подвучено је у Извештају, једино је одговарала осигурању лица. На тај начин Комисија је лаконски ревидирала решење из ЗОО, тиме што се, по правилу, определила да уговор о осигурању треба да постане неформални правни посао, а изузетно да остане формалан правни посао закључивање уговора о осигурању лица. После неколико месеци (април 2008) у правничкој јавности Србије појавила се оцена<sup>5</sup> Комисије да је у наведеном Извештају образложење било „доста штуро“ у односу на закључење уговора о осигурању. У наведеној оцени потпуније су изложени аргументи за и против неформалног начина закључења уговора о осигурању.

5) Најпре су изложени аргументи у прилог формалном начину закључења уговора о осигурању.<sup>6</sup> *Први аргуменат* је истакао заштитну функцију форме. Наиме, подвучено је да је осигурање сложен правни посао, па је корисно да сви елементи постигнуте сагласности међу странама-уговорницама буду означени у писменом облику. Ово је важан аргуменат правне сигурности у корист формалног закључења уговора о осигурању. *Други аргуменат* је указао на моменат у коме је током преговора постало јасно обема странама-учесницама да је постигнута сагласност, односно да је преговарање окончано, те да за случај спора полиса или друга писмена исправа о овом уговору представља доказ о постигнутом споразуму. Дакле, другим аргументом је подвучено да полиса или друга исправа о овом уговору има

3 Комисија Владе РС за израду Грађанског законика Републике Србије, „Рад на изради Грађанског законика Републике Србије – Извештај Комисије са отвореним питањима“, *Правни живот*, бр.11/2007, 11-407.

4 *Ibid.*, 232-236.

5 Предраг Шулејић, „Предлози за регулисање уговора о осигурању у Грађанском законик<sup>4</sup> Србије који се односе на закључивање уговора“, *Зборник радова Удружења за право осигурања Србије*, саветовање из априла 2008. одржано на Палићу, 263-278.

6 *Ibid.*

доказну снагу за закључени правни посао, што је релевантно у поступку утврђивања чињеница о постојању правног посла са гледишта процесног права. *Трећи аргуменат* односио се само на закључење уговора о осигурању лица (осигурање живота и осигурање од несрећног случаја). Наиме, Комисија се залагала за неформални начин закључења уговора о осигурању, али се изузетно саглашавала да се уговор о осигурању лица и даље закључује на формалан начин. Отуда, формални начин закључења уговора о осигурању лица или изузетак од правила у Преднацрту представљен је као аргуменат Комисије да је имала у виду разлоге за и против. *Четврти аргуменат* обухватио је приказ европских држава по чијим законима је закључење уговора о осигурању формалан правни посао (Русија, Чешка, Мађарска, Молдавија). Дакле, изложена четири аргумента Комисија је имала у виду кад је одлучила да се само изузетно прихвати формални начин закључења код уговора о осигурању лица.

б) За разлику од аргумената из претходне тачке, Комисија је изложила већи број аргумената у прилог неформалног закључења уговора о осигурању.<sup>7</sup> Код *првог аргумента* истакнуто је да у једном моменту током преговора странама-уговорницама постаје јасно кад је споразум постигнут, чиме је преговарање окончано. Другим речима, овај аргуменат је истакао у први план усмени карактер и преговора и сагласности о закључењу уговора о осигурању. У вези са усменим карактером сагласности за закључење уговора о осигурању ваља се подсетити пресуде Вишег привредног суда Србије.<sup>8</sup> Према ставу суда „Уговор о осигурању моторног возила не може се сматрати закљученим ако је осигурање наручено усмено. Усмени захтев не производи правно дејство ако понуда није достављена у писменој форми, у коме случају се уговор сматра закљученим само онда, ако осигуравач у одређеном року не одбије понуду која не одступа од услова под којима он врши предложено осигурање“. Дакле, аргумент о усменим преговорима и усменој сагласности о закључењу уговора о осигурању губи на вредности у присуству става судске праксе. *Други аргуменат* се заснивао на констатацији да не треба установљавати форму као доказну функцију, јер се може догодити да осигураник остане без накнаде у случају кад изгуби полису или другу исправу, односно у случају ако буде уништена полиса или друга исправа. Другим речима, овим аргуменом се настојало да се покаже како је формализам код закључења уговора

7 Видети фусноту бр. 5.

8 Пресуда Вишег привредног суда Србије Пж.2663/83, цитирана према: Здравко Петровић, Драган Мршић, Катарина Иванчевић, *Неживотно осигурање*, Интермекс, Београд, 2007, 26.

о осигурању непрактичан, да има суштинску ману, те да мана повлачи последицу губитак права из осигурања. Ваља приметити следеће: као што може да се изгуби или да буде уништена полиса или друга исправа, тако исто може да се изгуби или да буде уништена понуда или прихват понуде из документације и архиве осигураника или осигуравача. Стога, чини се да овај аргуменат није доказао да је неформални начин закључења уговора о осигурању практичнији, бољи, од формалног начина закључења тог уговора. *Трећи аргуменат* видео је сметњу у постојању форме при закључењу овог уговора, јер, примера ради, у транспортном осигурању може доћи до хитног случаја да се прибави покриће осигуранику чија је роба изненада прispела превозним средством на одредиште. Овај аргуменат дира у посебно законодавство о друмском транспорту и унапред сумња у способности за брзу реализацију осигуравача, кога је ангажовао управо тај осигураник. Прихватање овог аргумента зависи од датих околности случаја, тако да није без објективног приговора. *Четврти аргуменат* указао је да испуњавање форме представља сметњу кад су стране уговорнице редовно на различитим локацијама (местима, градовима), јер захтева размену писама или коришћење других средстава комуникације ради закључења уговора. Чини се да четврти аргумент трпи бројне приговоре. Примера ради, код закључења дистанционог уговора о осигурању, затим код закључења уговора о реосигурању, уговорне стране су по природи ствари међусобно географски удаљене. Чак код уговора о реосигурању уговорне стране закључују уговор а лоциране су на два краја света. *Пети аргуменат* је указао да је хрватски ЗОО (ступио на снагу 1. јануара 2006) прихватио консенсуализам при закључењу уговора о осигурању, из чега логично следи закључак да Грађански законик Републике Србије треба да се угледа у том погледу на ЗОО РХ. Овај аргуменат заслужује шири коментар. Ваља имати у виду чињеницу да је РХ после свог осамостаљивања, у релативно кратком временском раздобљу, донела два садржински различита ЗОО у погледу начина закључења уговора о осигурању. Једанпут је у ЗОО РХ био прописан формализам а други пут се неформалним начином закључује уговор о осигурању, што спада у законодавну политику те државе. По мишљењу потписника овог рада, законодавну политику, као аргумент, ма које бивше републике СФРЈ или ма које друге европске државе појединачно не треба стављати у исту раван, ни упоређивати, са аргументима за разрешење начелне правне дилеме Комисије при изради законика, који има предмет значајније уставноправне ширине и већег обима од ЗОО. Другим речима, ЗОО је имао и имаће у свакој држави увек један уставни основ, предмет и обим регулативе, а Грађански зако-

ник има и имаће у свакој држави другачији или шири уставни основ, значајнији предмет и већи обим регулативе. Чини се да је пети аргуменат упоређивао неупоредиво. *Шести аргуменат* је прецизирао да је пре 1978. год., тј. пре ступања на снагу ЗОО, уговор о осигурању био неформалан правни посао, али га је ЗОО претворио у формални правни посао. Међутим, судска пракса је и раније имала став, заснован на примени правних правила, који је ишао у прилог формалног начина закључења уговора о осигурању. Проф др М. Орлић<sup>9</sup> цитирао је пресуду, која је проглашена пре доношења ЗОО, а према којој је уговор о осигурању пуноважан само ако је закључен писмено.<sup>10</sup> Став суда је гласио: „Према правним правилима која се примењују у осигуравајућем праву, ваљан уговор о осигурању склапа се у писменој форми, па позивање на склапање уговора, као ни пријава за осигурање дата усмено или путем телефона, не може имати утицаја на обавезу осигураватеља“. Цитирани став суда доводи у питање шести аргуменат, јер је суђење у којем су примењена правна правила подразумевало формализам код уговора о осигурању. За судском праксом ишла је и правна теорија облигационог права у којој је била присутна све више ренесанса формализма при закаључењу уговора.<sup>11</sup> *Седми аргуменат* обухватио је приказ два круга европских држава по питању начина закључења уговора о осигурању. У првом кругу аутор је распоредио европске државе у чијим законима је прихваћен неформални начин закључења уговора о осигурању, односно где је прихваћено начело просте сагласности воља у закључењу тог уговора (Белгија, Швајцарска, Шведска). У другом кругу су биле распоређене европске државе у чијим законима се из одређених одредаба могао извести закључак да је усвојен неформални карактер за уговор о осигурању, али је предвиђено у том кругу држава да се странама-уговорницама ипак преда исправа (по правилу полиса) по већ закљученом уговору о осигурању (Немачка, Француска, Аустрија, Грчка, Квебек). Ваља приметити да је у литератури, за разлику од седмог аргумента, било и друкчијег приказа закона европских држава.<sup>12</sup> Седми аргуменат заслужује посебан коментар. Социолошки посматрано, без обзира на модалитете неформални начин закључења уговора о осигурању пред-

9 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993, 365-366

10 Пресуда Вишег привредног суда Сл. 108/58 од 5. марта 1958. године, *Збирка судских одлука, књига III, свеска 1*, одлука бр. 224.

11 Слободан К. Перовић, *Предговор Закону о облигационим односима*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, 13. издање, Београд, 2002, 26.

12 Јован Славнић, „Како регулисати закључење уговора о копненом осигурању у новом Грађанском законнику Србије“, *Правни живот*, бр. 12/2007, 621-638.

виђен је у законима држава у којима су већ дуже време (деценијама) укорене навике људи, дисциплиновани појединци и све је то усклађено с прописима у правном промету у правцу педантног вођења целокупне администрације, документације и свих исправа (приватних и јавних), што није случај у Србији, у којој се на том пољу тек наговештавају промене. Дакле, из наведених аргумената<sup>13</sup> могло је да се закључи да је у раду Комисије на Преднацрту било више аргумената у прилог неформалног начина закључења уговора о осигурању, него у прилог формалног начина закључења тог уговора. За разлику од тог односа аргумената, уз неформалан начин закључења овог уговора Комисија није навела да се ма ко још залагао за увођења неформалног начина закључења уговора о осигурању током скоро 40 година важења ЗОО, кроз објављене радове, судску праксу или на ма који други начин.<sup>14</sup>

### III Критика неформалног начина закључења уговора о осигурању у Преднацрту

1) Полазећи од Устава РС и међународног уговора закљученог између Србије и ЕУ о придруживању и асоцијацији, ваља констатовати да у европској правној тековини нема важећег прописа ЕУ или одлуке Суда правде у Луксембургу, који би захтевали од држава чланица или евентуално држава кандидата за чланство у ЕУ да се закључење уговора о осигурању регулише као неформални правни посао. Дакле, са гледишта државе кандидата за чланство у ЕУ неспорно је да је ствар националног законодавства да определи како ће прописати начин на који треба закључити уговор о осигурању.

2) Истини на вољу, у Европи<sup>15</sup> постоји неколико незваничних или приватних правних пројеката, који су објављени а регулишу материју уговорног права. То су „Ландо Комисија“ или „Комисија за европско уговорно право“, „Авант-пројекат“ Европског уговорног законика и Начела међународних трговинских уговора која је припремио УНИДРОИТ. Коментаришући узајамно дејство ових пројеката и њихов утицај на европско

13 Видети фусноту бр. 5.

14 Видети издања часописа „Правни живот“ за 1988, 1989, 2008, 2009, као и Зборник радова *Тридесет година Закона о облигационим односима*, приредио проф. др Радован Д. Вукадиновић, Немачка организација за техничку сарадњу (ГТЗ), Београд, 2009.

15 Рајнхард Цимерман, „Начела европског уговорног права“, *Право и привреда*, бр. 9-12/2004, 35-74 (превод предавања одржаног на Правном факултету Универзитета у Београду октобра 2004).

уговорно право проф. Цимерман је указао на појаву да низ правних института у оквиру неформалног начина закључења уговора компромитују у упоредном приватном уговорном праву тај начин закључења уговора. У том погледу подвукао је нарочито следеће институте: услове за правно дејство понуде, опозив понуде, услове за прихват понуде, измењени прихват понуде, закаснили прихват понуде и повлачење прихвата понуде. По мишљењу потписника овог рада, чињеница је да је критичко сагледавање наведених правних института у оквиру неформалног начина закључења облигационих уговора било правовремено предочено Комисији, односно две године пре почетка њеног рада. Наиме, кад би или ако би сутра ступили на правну снагу наведени чл. 1400. и 1401. Преднацрта, они би проузроковали неповољан ефекат на уговорне односе уопште, а посебно на односе у осигурању, због неспремности домаћих чинилаца на све финесе неформалног начина закључења уговора у различитим областима правног промета, укључујући и начин закључења уговора о осигурању.

3) Аргументована критика неформалног начина закључења уговора о осигурању била је позната и пре публикавања Преднацрта. Она је била заснована на анализи судске праксе неформалног начина закључења управо код уговора о осигурању. Наиме, у монографији о закључењу уговора<sup>16</sup> професор грађанског права и судија Врховног суда Србије (1986-1992)<sup>17</sup> анализирао је кроз судску праксу неформални начин закључења управо код уговора о осигурању.<sup>18</sup> Из те анализе за сврху овог рада може да се укаже на следеће уопштавање: „Закључење уговора о осигурању потписом полисе или листа покрића представља начин који има великих предности, јер отклања низ могућих нејасноћа и двосмислености, а настајање узајамних обавеза из осигурања на други начин мање је једноставан начин од закључивања уговора о осигурању потписивањем полисе или листа покрића“. Изложена констатација илустрована је, између осталог, кроз судску праксу утврђењем да у неформалном начину закључења уговора о осигурању ћутање има различито правно значење за стране-уговорнице. Дакле, анализом домаће судске праксе у погледу неформалног начина закључења уговора о осигурању утврђено је несумњиво да је формални начин закључења уговора о осигурању имао и има великих предности у односу на неформални начин закључења уговора о осигурању.

---

16 Види фусноту бр. 9.

17 „Актуелни рад на изради Грађанског законика Србије, Образовање Комисије“, *Правни живот*, бр. 11/2007, 11-29.

18 Види фусноту бр. 9, 369-376.

4) За увођење неформалног начина закључења уговора у осигурању, нема општих услова и природних претпоставки пре свега у навикама и обичајима људи у Србији, а затим и у сфери односа између неконзистентних закона и других прописа са неформалним начином закључења уговора. Увођење неформалног начина закључења уговора о осигурању, захтева процедуралну педантност у коришћењу уговорне документације, приватних исправа и архиве у Србији, како у делатности осигурања и у надзору над делатношћу осигурања, тако и доцније у вансудском и судском решавању спорова. Објективно посматрано, Србији недостаје свакодневна процедурална педантност и респект при коришћењу уговорне документације, исправа и архиве, како у привреди и ванпривреди, тако и у државној управи. „Реформа“ правосуђа у XXI веку у Србији за сада није успела, тако да су судови преоптерећени предметима што отежава спровођење захтевног поступка утврђивања да ли је постигнута сагласност воља да би се сматрало да је неформални уговор о осигурању закључен. То све не погодује увођењу неформалног начина закључења уговора у целокупни правни промет, укључујући и осигурање.

5) Отуда ка Комисији је упућена препорука да не прихвати правило о неформалном начину закључења уговора о осигурању из члана 1400. Преднацрта, ни изузетак о формалном начину закључења уговора о осигурању само код осигурања лица из члана 1401. Преднацрта ГЗ. Такође, препоручено је Комисији да се у даљем раду изоставе наднаслови изнад та два члана Преднацрта ГЗ. Међутим, по мишљењу потписника овог рада начин закључења уговора о осигурању треба да остане формални правни посао, као и до сада.

#### **IV Неки ставови из јавне дискусије о начину закључења уговора о осигурању у Преднацрту**

1) До сада, у јавној дискусији о Преднацрту није било подршке за неформални начин закључења уговора о осигурању. Залажући се за формални начин закључења уговора о осигурању, један писац је предложио изузетак позивом на чешко право.<sup>19</sup> Према том изузетку неформални начин закључења уговора о осигурању могао би законодавац да предвиди за случајеве када се уговор закључује на време краће од године дана. Ова идеја заслужује детаљнију разраду пошто у наведеном изузетку за законодавца остају отворена најмање следећа питања: (1) на који краћи рок би

---

19 Види фусноту бр. 11.

такав уговор требало дозволити (на два и по месеца, на три месеца и сл.) и (2) за које врсте осигурања и за које случајеве код те врсте осигурања би одговарао такав неформално закључен уговор?

2) У јавној дискусији манифестовано је одсуство подршке према неформалном начину закључења уговора о осигурању у Преднацрту. Најпре, приказујући нека основна решења и паралелно алтернативе у Преднацрту један правно-информативни часопис у редакцијском чланку задржао се посебно на начину закључења уговора о осигурању. Према увођењу неформалног начина закључења овог уговора изразио је резервисан став.<sup>20</sup> У другом чланку заузет је изричито негативан став према увођењу неформалног начина закључења уговора о осигурању у одредбама Преднацрта, с тим што је указана већа потреба ка уважавању права потрошача у осигурању, па је у том правцу изнет одговарајући предлог.<sup>21</sup> На једној од јавних дискусија<sup>22</sup> о Преднацрту могло се, између осталог, чути усмено изражено мишљења да је у Србији преурањено предложено увођење неформалног начина закључења уговора о осигурању. Један од најбољих познаваоца права осигурања изнео је бројне примедбе на одредбе Преднацрта о неформалном начину закључивања уговора о осигурању.<sup>23</sup> Назад, за протеклих скоро 40 година примене ЗОО, формални начин закључења уговора о осигурању каналисао је осигуравајућу праксу, тако да је у пракси досадашњи начин закључења уговора о осигурању прерастао у обичај, а да нико (дословно) није тражио напуштање формализма и увођење неформалног начина закључења уговора о осигурању.

3) По мишљењу потписника овог рада одредбу алтернативе на чл. 1400. и 1401. Преднацрта ГЗ треба конституисати као нови члан, а затим га допунити одредбом о начину закључења уговора о реосигурању. Уговор о реосигурању је једна врста уговора о осигурању. О начину закључења уговора о реосигурању у Преднацрту нема одредаба. С обзиром да је уговор о реосигурању Комисија уврстила (именовала) у Преднацрту, на-

20 „Стручни осврт на алтернативна решења у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије у делу о облигационим односима (уговор о осигурању)“, *Правни инструктор*, бр. 29 (октобар 2012), 48-52.

21 Наташа Петровић Томић, „Преднацрт Грађанског законика Србије, друга књига, Облигациони односи (Примедбе на Главу XLVI: Уговор о осигурању)“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2014, 194-211.

22 У градовима Србије оджан је један број посећених јавних дискусија о појединим темама регулисаним у Преднацрту Грађанског законика РС.

23 Зоран Радовић, „Начело крајње добре вере у осигурању у Грађанском законнику Србије“, *Правни живот*, бр. 11/2016, 191-199.



чин његовог закључења треба, по мишљењу потписника овог рада, довести у везу са до сада једином одредбом – ставом из алтернативе. Доступни уџбенички извори права осигурања (реосигурања) о начину закључења уговора о реосигурању, домаћи<sup>24</sup> и страни,<sup>25</sup> сагласни су да се уговор о реосигурању закључује у писменој форми, потписом слип-полисе или разменом исправа, односно друге докуменатације. Отуда, у ставу 2. новог члана ваљало би изразити формални начин закључења уговора о реосигурању, с обзиром да би у ставу 1. могао да остане досадашњи став – одредба алтернативе из Преднацрта. Практично искуства домаћих реосигуравача<sup>26</sup> указало је да је код уговора о реосигурању пратећа документација обимнија од уговорне документације уобичајене код уговора о осигурању, јер активну улогу играју посредници у реосигурању. Ово стога, што неки посредници у реосигурању издају реосигуранику потврду о покрићу (*cover note*), други посредници у реосигурању реосигуранику издају сертификат о реосигурању (*certificate of reinsurance*)<sup>27</sup> итд. Према томе, став 1. новог члана би могао да гласи: „Уговор о осигурању је закључен када стране-уговорнице потпишу полису осигурања или лист покрића“, а став 2. новог члана би могао да гласи: „Уговор о реосигурању је закључен кад стране-уговорнице потпишу слип-полису или размене исправе, односно другу документацију“. У исто време наслов изнад новог члана би могао да гласи: „Закључење уговора о осигурању“, док би били изостављени наслови „Кад је закључен уговор“ (изнад чл. 1400) и „Форма уговора о осигурању лица“ (изнад чл. 1401).

## V Закључци

1) Предлаже се Комисији за израду Грађанског законика Републике Србије да се прихвати алтернатива уз чл. 1400. и 1401. Преднацрта Грађанског Законика РС, односно да се не прихвате правило о неформалном начину закључења уговора о осигурању из члана 1400. Преднацрта и изузетак од тог правила предвиђен у члану 1401. Преднацрта. Предлаже се да се у даљем раду изоставе досадашњи наслови изнад чл. 1400. и 1401. Преднацрта.

24 Ивица Јанковец, *Уговор о реосигурању*, Институт за упоредно право, Београд, 1968, 110.

25 John Lowry, Philip Rawlings, *Insurance Law (Doctrines and Principles)*, 2nd ed., Oxford and Portland, Oregon, 2005, 389-403.

26 Борис Маровић, Богдан Кузмановић, Владимир Његомир, *Основи осигурања и реосигурања*, Принцип прес, Београд, 2009, 399-405.

27 *Ibid.*

2) Предлаже се Комисији за израду Грађанског законика Републике Србије да досадашња одредба из алтернативе у целини постане став 1. у новом члану, тако да би став 1. могао да гласи: „Уговор о осигурању је закључен када стране-уговорнице потпишу полису осигурања или лист покрића“. Став 2. новог члана обухватио би једну допуну досадашњој одредби алтернативе, тако да би став 2. новог члана могао да гласи: „Уговор о реосигурању је закључен кад стране-уговорнице потпишу слип-полису или размене исправе, односно другу документацију“. Изнад овог новог члана наслов би могао да гласи: „Закључење уговора о осигурању“.

**Slobodan Ilijić, Mag.**

**Member of Presidency of the Lawyers Association of Serbia**

## **THE MANNER OF INSURANCE CONTRACT CONCLUSION IN THE PRELIMINARY DRAFT OF THE CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*Subject of this paper are articles of the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, regulating the manner of insurance contract conclusion. This is a contribution to the public discussion on the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia. The main thesis is that conclusion of insurance contracts should be regulated by the Civil Code of the Republic of Serbia as a formal legal transaction, or in the manner it is regulated in the Law on Contractual Relations, for nearly past 40 years. In this paper the author presented the pros and cons of the first and the second manner of contract conclusion, after which it is determined that there is a greater amount of reasons which are in favor of the formal manner of the conclusion of insurance contracts. In the conclusion it is suggested that the article of the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia on informal manner of the conclusion of insurance contracts should not be accepted, as well as the article of Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia on exceptionally formal manner of the conclusion of insurance contracts only in cases of the personal insurance (life insurance and accident insurance). In the alternative to those articles, conclusion of insurance contracts is regulated as a formal legal business, as well as it is now, which is suggested in the conclusions of the article. The conclusions also suggest that the provision of the current alternative should become the first paragraph of the new article, which proposes the formal manner of the conclusion of insurance contracts, as it is now. Taking into account this suggestion in the*

*conclusions, the article of the Civil Code of the Republic of Serbia on exceptionally formal manner of the conclusion of insurance contracts only in cases of the personal insurance would be already prescribed in the first paragraph of the new article, so its existence wouldn't be meaningful in the future work on the Civil Code. It is proposed, in the conclusions, that the new article should have a second paragraph, which would regulate the conclusion of the reinsurance contracts in the formal manner, because it is in accordance with the current and previous reinsurance practices, in our country, as well as in the world.*

**Key words:** *insurance contract, formal manner of the conclusion of a contract, informal manner of the conclusion of a contract, Preliminary draft.*

## ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА КОРИСНИКА УСЛУГЕ ОСИГУРАЊА

### Резиме

*Аутор у овом чланку обрађује правне последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања од стране осигуравача у складу са одредбама Закона о осигурању. Покушавајући да укаже на значај правних последица аутор прво анализира правну природу обавезе предуговорног информисања а потом утврђује када се све може сматрати да обавеза предуговорног информисања није испуњена где аутор поред потпуног неиспуњења обавезе утврђује још седам различитих облика делимичног неиспуњења обавезе предуговорног информисања. Централни део чланка посвећен је двама правним последицама неиспуњења обавезе предуговорног информисања: 1) новчаној казни као казнено-правној последици; и 2) поништају уговора о осигурању и последицама поништаја као грађанско-правној последици. Анализирајући последице аутор настоји да их доведе у везу са сваким утврђеним обликом неиспуњења обавезе предуговорног информисања и да процени значај сваког облика неиспуњења с становишта једне и друге правне последице неиспуњења, указујући на значај разликовања облика неиспуњења обавезе предуговорног информисања на могућност изрицања новчане казне односно могућност поништаја уговора и последица поништаја.*

**Кључне речи:** *уговор о осигурању, предуговорно информисање, поништај уговора, накнада штете, culpa in contrahendo.*

### І Увод

Иако су и пре доношења новог Закона о осигурању<sup>1</sup> осигуравачи имали обавезу да уговараче осигурања пре закључења уговора упознају са

---

1 Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 139/2014, ступио на снагу дана 26.6.2015. године.

битним елементима уговора о осигурању<sup>2</sup> они ту обавезу или нису уопште или је нису адекватно испуњавали. У сваком случају тек након ступања на снагу новог Закона о осигурању осигуравачи су без изузетка почели да спроводе обавезу предуговорног информисања.

Не улазећи овог пута у анализу квалитета предуговорног информисања у пракси на тржишту осигурања чини се да је потребно анализирати правне последице пропуштања (неиспуњења) обавезе предуговорног информисања од стране осигуравача. Ово због два разлога. На првом месту, чини се да је квалитет предуговорног информисања у пракси директна последица непостојања свести о могућим последицама неиспуњења обавезе предуговорног информисања. Томе је допринело, пре свега, одсуство такве одредбе у Закону о осигурању,<sup>3</sup> а затим и недостатак судске праксе у вези са последицама неиспуњења обавезе предуговорног информисања у области осигурања.<sup>4</sup> На другом месту, према мени доступној литератури домаћи аутори се углавном детаљно не баве последицама неиспуњења обавезе предуговорног информисања, задржавајући се само површно на навођењу последица неиспуњења. Због тога се чини да је потребно прво анализирати правну природу обавезе предуговорног информисања, јер без тога није могуће на прави начин сагледати последице неиспуњења, затим утврдити када ће постојати неиспуњење те обавезе и на крају утврдити које све последице могу наступити а имајући у виду управо облик и обим неиспуњења обавезе. Верујем да би једна оваква анализа допринела подизању свести код осигуравача о потреби не само постојања формалног предуговорног информисања већ и о потреби постојања квалитетног предуговорног информисања подобног да оствари своју сврху, што ће као последицу верујем имати побољшање информисаности корисника услуге осигурања као крајњег циља законодавца.<sup>5</sup>

2 Ова обавеза је постојала на основу одредаба чл. 13. Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 66/2014 и 6/2016 – др. закон, а пре њега одредбама Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 73/2010.

3 Одредбе Закона о осигурању које регулишу обавезу предуговорног информисања (чл. 82-84) не садрже правила о последицама неиспуњења такве обавезе. Једина одредба Закона о осигурању која регулише последице неиспуњења налази се у делу којим су предвиђене новчане казне (Глава XV Казнене одредбе, чл. 260, ст. 1, тач. 30).

4 Према мени доступним подацима у пракси наших судова закључно са априлом 2017. није било судског спора у вези са неиспуњењем обавезе предуговорног информисања.

5 О значају информација за финансијско образовање потрошача на тржишту осигурања вид. Катарина Иванчевић, „Финансијско образовање потрошача и делатност осигурања“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања*, 2016, Београд, 236-241.

## II Правна природа обавезе предуговорног информисања

Обавеза предуговорног информисања предвиђена је као што смо рекли одредбама чл. 82–84 Закона о осигурању. Дакле, постоји директно на основу законског прописа. Према владајућем мишљењу, са којим се аутор слаже, она није ништа друго до конкретизације општих обавеза које уговорне стране имају у фази пре закључења уговора,<sup>6</sup> тј. у тзв. предуговорној фази.<sup>7</sup> Наиме, у предуговорној фази стране које намеравају да закључе уговор дужне су да једна другу обавесте о свим информацијама од значаја за њихов будући уговор. Иако није изричито предвиђена одредбама Закона о облигационим односима<sup>8</sup> (ЗОО)<sup>9</sup> таква обавеза произлази директно из основних начела облигационог права, пре свега, начела поштења и савесности прописаног одредбом чл. 12. ЗОО.<sup>10</sup> Ова одредба каже да су уговорне стране дужне да у *заснивању* облигационог односа (дакле у предуговорној фази) поступају у складу са начелом поштења и савесности, које свакако, између осталог, подразумева да једна другу упознају са битним чињеницама и околностима од значаја за предмет уговора о коме је реч.<sup>11</sup>

Ова општа обавеза предуговорног информисања у нашем праву је конкретизирана одредбом чл. 907. ЗОО, која предвиђа обавезу уговарача осигурања да пре закључења уговора о осигурању пријави осигуравачу

6 Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурања*, 2015, Београд, 190; А. К. Stöbeuer, „Informations und Beratungspflichten des Versicherers nach VVG Reform“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft*, бр. 4/2007, 477; М. Ћурковић, „Обавеза осигураватеља на предуговорно информисање евентуалног уговаратеља осигурања“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 7/2009, Мостар, 229; А. Keglević, „Обавеза обавештавања као instrument заштите потрошача s posebnim osvrtom na potrošački ugovor o osiguranju“, *Zbornik radova Aktuelnog građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, бр. 10/2012, Мостар, 425.

7 Предуговорна фаза не изједначава се са фазом преговора, већ је много шира од ње и обухвата и све оне случајеве у којима фазе преговора нема, али се уговорне стране јасно налазе у односу поводом закључења неког уговора. О појму и границама предуговорног односа вид. Ненад Грујић, „Подручје примене и правна природа одговорности због *Culpa in contrahendo*“, *Правни записи*, бр. 1/2011, 275-283.

8 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, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља).

9 За супротан став вид. Н. Петровић Томић (2015), 190.

10 Исто и Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000, 109; Наташа Томић Петровић, „Заштита потрошача услуге осигурања и информациона парадигма“, *Право и привада*, бр. 7-9/2016, 558.

11 *Ibid.*

све околности од значаја за процену ризика које су му познате или му нису могле остати непознате.<sup>12</sup> Међутим, ЗОО нити било који други Закон све до усвајања Закона о осигурању није предвиђао реципроцитетну обавезу предуговорног информисања на страни осигуравача. На овај начин законодавац је омогућио да положај уговарача осигурања буде подређен у односу на осигуравача, чиме је повређено једно од основних начела ЗОО прописано одредбом чл. 3. (*Равноправност страна*). Као што се види, законодавац је одредбама Закона о осигурању<sup>13</sup> успоставио реципроцитет у погледу обавезе предуговорног информисања на страни уговарача осигурања и осигуравача у фази пре закључења уговора.

Обавеза осигуравача да предуговорно информише уговарача осигурања је по својој природи облигационо-правног карактера.<sup>14</sup> Реч је о обавези са релативним дејством која постоји само у односу на конкретног уговарача осигурања који намерава да закључи уговор о осигурању, не и на свако треће лице. Релативност обавезе предуговорног информисања огледа се и у томе што она није једнака у односу на сваког потенцијалног уговарача осигурања, већ се њена садржина разликује од уговарача до уговарача (у зависности од врсте осигурања, обима покрића и других елемената конкретног уговора о осигурању). Управо та релативност у дејству обавезе предуговорног обавештавања која постоји само у односу на тачно одређено лице, оно које се нађе у позицији да је заинтересовано за закључење одређеног уговора о осигурању, налаже да се на последице њеног неиспуњења примењују правила о уговорној одговорности, једна-

---

12 Вид. ЗОО, чл. 907-911. ЗОО којима су детаљно разрађене последице неиспуњавања ове обавезе од стране уговарача осигурања као и изузеци од те обавезе.

13 Иако је реч о статусном закону који регулише статус и статусни положај друштава за осигурање и других учесника тржишта осигурања, и који уобичајено не садржи одредбе о обавезама у вези са уговорима о осигурању. Међутим, иако неуобичајено, овакво решење нашег законодавца није ни упоредно посматрано непознато (истом решењу је прибегла Бугарска, а сличном нпр. Немачка и Аустрија, више о томе вид. Предраг Шулејић, „Уговор о осигурању у Преднацрту грађанског Законика Србије од 2010. године“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије*, Београд, 2010. 163), нити је несврхисходно. У ситуацији када рад на доношењу грађанског Законика Србије траје већ скоро десет година и када је Преднацртом грађанског Законика предвиђена готово идентична одредба (видети чл. 1402. Преднацрта), предвиђање обавезе предуговорног информисања у одредбама Закона о осигурању се чини као прихватљиво привремено решење до усвајања грађанског Законика.

14 Супротан став да обавеза предуговорног информисања није везана за уговор и да није облигационо правне већ административне природе, вид. М. Ćurković, 225.

ко као за неиспуњење других обавеза које постоје у фази предуговорног односа (тзв. одговорност због *Culpa in contrahendo*).<sup>15</sup> Још један аргумент говори у прилог томе да се на последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања примењују правила о уговорној одговорности, а то је чињеница да предуговорне информације које је осигуравач саопштио уговарачу осигурања у предуговорној фази у случају закључења уговора о осигурању постају његов саставни део.<sup>16</sup>

Сада када смо утврдили да је обавеза предуговорног информисања облигационо правне природе и да се за њено неиспуњење одговара по правилима о уговорној одговорности за штету, можемо да наставимо и да видимо када ће постојати неиспуњење обавезе предуговорног информисања корисника услуге осигурања.

### III Неиспуњење обавезе предуговорног информисања

Пре него што анализирамо када ће постојати неиспуњење обавезе предуговорног информисања у складу са одредбама чл. 82-84 Закона о осигурању, потребно је прво да видимо у чему се та обавеза састоји. Наведеним одредбама Закон о осигурању обавезује осигуравача да уговарача осигурања обавести о најмање десет различитих информација, када је реч о уговору о неживотном осигурању,<sup>17</sup> односно о најмање 15 информација када је реч о уговору о животном осигурању.<sup>18</sup> Такође, када уговарач и осигураник нису исто лице, постоји обавеза обавештавања и осигураника о одређеним информацијама.<sup>19</sup> Наравно, уколико је још нека информација битна за будући уговор о осигурању који потенцијални уговарач намерава да закључи, осигуравач је дужан да га упозна и са таквом информацијом, јер Закон о осигурању прописује само минимум информација, оне које у сваком случају морају бити саопштене уговарачу односно осигуранику. При томе, Закон прописује да осигуравач наведене информације мора саопштити уговарачу пре закључења уговора и то на начин да буду прегледне, разумљиве и на српском језику.<sup>20</sup> Такође, осигура-

---

15 О правној природи *Culpa in contrahendo* вид. Н. Грујић (2011), 284-294; Аустријско право, такође, одговорност због неиспуњења обавезе предуговорног информисања третира као облик одговорности због *Culpa in contrahendo*. Вид. В. Jürgen *et alia* (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Köln, 2014, 126.

16 ЗЗП, чл. 13, ст. 5.

17 Закон о осигурању, чл. 82, ст. 2.

18 Закон о осигурању, чл. 82, ст. 2.

19 Закон о осигурању, чл. 82, ст. 4.

20 Закона о осигурању, чл. 84, ст. 1.



вач мора обавезу предуговорног информисања да испуни у писаној форми или на другом трајном носачу података који уговарачу осигурања омогућава да сачува податке, да им приступи и да их репродукује у неизмењеном облику.<sup>21</sup>

Да би предуговорно информисање било адекватно односно да би се постигао циљ предуговорног информисања<sup>22</sup> осигуравач је дужан да приликом саопштавања наведених информација поштује одређене основне принципе предуговорног информисања, а то су: 1) индивидуални приступ обавези предуговорног информисања; 2) сажето, јасно и разумљиво информисање; и 3) благовремено информисање.<sup>23</sup> Из наведеног произлази да ће осигуравач испунити своју обавезу предуговорног информисања само онда када у писаној форми или на другом трајном носачу информација саопшти све наведене информације уговарачу осигурања (и осигураннику када то није исто лице) поштујући при томе основне принципе предуговорног информисања.<sup>24</sup> Одатле произлази да неиспуњење обавезе предуговорног информисања може бити потпуно и делимично. Потпуно неиспуњење ће постојати када уговарач осигурања уопште не испуни своју обавезу саопштавања предуговорних информација. Делимично неиспуњење ће постојати у следећим случајевима:

а) Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације, али не у писаној форми или на другом трајном носачу података који му омогућава приступ и репродукцију података у сваком тренутку;

б) Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације, али не благовремено, већ му их саопшти у тренутку закључења уговора или након закључења уговора;

с) Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације, али не поштујући принцип индивидуалног приступа оба-

21 Закон о осигурању, чл. 84, ст. 2.

22 О циљевима предуговорног информисања видети детаљније Ненад Грујић, Аида Муслијовић, „Спровођење обавезе предуговорног информисања корисника услуге осигурања у пракси осигуравајућих друштава код нас“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2016, 602; Катарина Иванчевић, „Законска обавеза информисања потрошача и обмањујуће пословање“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, 506-507.

23 О принципима предуговорног информисања вид. Н. Грујић, А. Муслијовић, 603-604.

24 О томе како треба да изгледа садржина сваке појединачне информације да би била уподобљена основним принципима предуговорног информисања, видети: Н. Грујић, А. Муслијовић, *Ibid.*, 605-622.

вези предуговорног информисања, већ му саопшти уопштене информације за одређену врсту осигурања;

d) Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације, али не сажето, јасно и разумљиво;

e) Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације, али једну или неке од њих не сажето, јасно и разумљиво,

f) Када осигуравач саопшти уговарачу све потребне информације, али пропусти да их саопшти осигураннику, и обрнуто;

g) Када осигуравач пропусти да саопшти једну или више информација, без обзира да ли су друге саопштене уз поштовање основних принципа предуговорног информисања.

Као што се види неиспуњење обавезе предуговорног информисања може да се јави у неколико видова, од потпуног неиспуњења па до чак седам различитих видова делимичног неиспуњења. Поставља се питање, да ли су сви ови облици неиспуњења једнако значајни с становишта наступања правних последица неиспуњења обавезе предуговорног информисања? Пре одговора на ово питање, да видимо прво које су правне последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања, па потом и да ли су једнако применљиве на сваки од облика неиспуњења које смо утврдили.

#### **IV Две врсте правних последица**

Неиспуњење обавезе предуговорног информисања од стране осигуравача може довести до најмање две правне последице, једне грађанско-правне и друге казнено-правне.

##### **1. Казнено-правне последице**

Казнено-правна последица прописана је одредбом чл. 260, ст. 1, тач. 30) Закона о осигурању која предвиђа новчану казну у распону од 100.000,00 РСД до 5.000.000,00 РСД за осигуравача који уговарачу осигурања/осигураннику не пружи одговарајуће информације из чл. 82-84 Закона о осигурању или му их не пружи на одговарајући начин.<sup>25</sup> Из формулације наведене одредбе може се закључити да новчана казна може бити изречена осигуравачу како за потпуно неиспуњење обавезе предуговорног информисања, тако и за делимично неиспуњење обавезе предуговорног информисања. Чини се да законодавац под „непружањем информа-

<sup>25</sup> Вид. Закон о осигурању, чл. 260, ст. 1, тач. 30).

ција на одговарајући начин“ подразумева управо саопштавање потребних информација које није у складу са основним принципима предуговорног информисања, што обухвата све облике делимичног неиспуњења које смо претходно навели под тачкама а) – е) у претходном поглављу. Облик делимичног неиспуњења који смо дефинисали под тачком f) у претходном поглављу (саопштавање информација уговарачу али не и осигуранику и обрнуто, потпадало би у смислу одредбе чл. 260, ст. 1, тач. 30) Закона о осигурању у потпуно неиспуњење обавезе предуговорног информисања.

У свим овим облицима неиспуњења обавезе предуговорног информисања, било да је реч о потпуном неиспуњењу или неком облику делимичног неиспуњења, осигуравачу може бити изречена новчана казна. Спорно једино може бити делимично неиспуњење које се огледа у пропуштању осигуравача да уговарачу/осигуранику саопшти једну или више информација уз истовремено саопштавање осталих информација (облик неиспуњења претходно дефинисан под тачком g) претходног поглавља. Тачније да ли изостанак било које од информација предвиђених одредбом чл. 82. Закона о осигурању може довести до изрицања новчане казне осигуравачу? Чини се да упркос томе што то не произлази из језичког тумачења одредбе чл. 260, ст. 1, тач. 30) Закона о осигурању изостанак неке информације не мора нужно значити и казну за осигуравача. Наиме, ако пођемо од сврхе предуговорног информисања очигледно је да све информације које су наведене у чл. 82. Закона о осигурању немају једнак значај за уговарача осигурања/осигураника, те да изостанак неких нема једнак значај на необавештеност уговарача осигурања односно осигураника о својим правима и обавезама. Тако, изостављање информације о осигураним ризицима или искључењима нема исти значај као изостављање информације о висини пореза на премију осигурања (под условом да је уговарачу саопштена информација о укупном износу премије осигурања са урачунатим порезом) или информација о року у коме понуда везује друштво за осигурање (када се уговор о осигурању не закључује путем понуде), или рецимо информације о правној форми или седишту друштва за осигурање немају једнак значај као информације о праву на раскид или трајању уговора о осигурању.

Чини се да би увек требало поћи од питања да ли је изостанком неке од информација побројаних у чл. 82. Закона о осигурању, осигуравач: 1) довео уговарача осигурања/осигураника у заблуду у вези са постојањем неког права или обавезе; или 2) ускратио уговарача осигурања/осигураника у неком његовом праву (да ли му је онемогућио или оте-

жао коришћење неким правом). Уколико то јесте случај, чини се да би било оправдано изрећи осигуравачу новчану казну због изостанка неке од информација које доводе уговарача осигурања/осигураника у заблуду или му ускраћују или отежавају коришћење неког права и то без обзира да ли је реч о недостатку информације која је изричито наведена одредбом чл. 82. Закона о осигурању или је реч о некој другој информацији коју је било потребно саопштити уговарачу осигурања/осигуранику ради његове потпуне и правилне информисаности.<sup>26</sup> У противном уколико изостанак неке информације не доводи до такве последице, чини се да не би било оправдано осигуравачу изрећи новчану казну због ускраћивања такве информације. На пример, уколико осигуравач не саопшти осигуранику (када је уговарач различито лице) информације у вези са висином премије осигурања или правом на раскид уговора о осигурању, тиме осигураник није ускраћен ни за једну информацију која се тиче његових права и обавеза из уговора о осигурању будући да је и обавеза плаћања премије и право на раскид уговора нешто што припада уговарачу осигурања, а не осигуранику. Исто тако, уколико би те информације биле ускраћене уговарачу осигурања, постојало би неадекватно предуговорно информисање, јер је реч о информацијама које су од значаја за уговарача осигурања. Такође, уколико за конкретни уговорни однос не постоји право на раскид уговора на страни уговарача, довољно би било да осигуравач упозна уговарача о томе а не и да му доставља и информације о условима раскида као што то налаже одредба чл. 82, ст. 1, тачка б) Закона о осигурању.<sup>27</sup>

Као што се види у сваком конкретном случају би требало проценити да ли је изостанком неке од информација осигуравач довео у заблуду уговарача осигурања/осигураника или му је ускратио или отежао вршење неког права па ако то јесте случај изрећи му новчану казну прописану одредбом чл. 260, ст. 1, тачка 30) Закона о осигурању. С обзиром да је НБС као надзорни орган за тржиште осигурања надлежна и овлашћена за изрицање наведене новчане казне, а како у досадашњој пракси примене Закона о осигурању још увек није изрекла ниједну казну због неиспуњења обавезе предуговорног информисања, остаје да видимо ка-

---

26 Ово због тога што одредба чл. 82, ст. 1-2 Закона о осигурању набраја само минимум информација које је потребно саопштити уговарачу осигурања, што значи да су осигуравачи дужни да саопште и друге информације од значаја за уговарача осигурања/осигураника а имајући у виду конкретни уговор о осигурању који уговарач намерава да закључи.

27 Закон о осигурању, чл. 82, ст. 1, тач. б).

кве ће критеријуме НБС заузети приликом процене адекватности предуговорног информисања. Поред тога, биће занимљиво видети какав ће став НБС заузети у вези са тим да ли ће казне изрицати за сваки учињени пропуст у вези предуговорног информисања, тј. за сваки уговор посебно или ће посматрати одређени сегмент пословања друштва за осигурање или пак читаво пословање као целину па тако ценити испуњеност обавезе предуговорног информисања. Ово сматрам веома значајним, јер ми се чини да потенцијално може доћи до обесмишљавања ове казнено-правне последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања. Наиме, ако пођемо опет од језичке формулације одредбе чл. 260, ст. 1, тач. 30) Закона о осигурању,<sup>28</sup> произлази да је довољно да осигуравач не испуни обавезу предуговорног информисања само једном, тј. у односу на само једног уговарача осигурања/осигураника због чега му може бити изречена новчана казна. То наравно није спорно, али с обзиром на потенцијалну висину казне (па и доњи лимит) поставља се питање шта ће се десити у случају да осигуравач не испуни обавезу предуговорног информисања у односу на велики број осигураника?<sup>29</sup> Да ли ће НБС у том случају изрећи конкретном осигуравачу онолико појединачних казни колико је пута пропустио да изврши обавезу предуговорног информисања или ће му изрећи само једну имајући у виду квалитет предуговорног информисања за одређену врсту осигурања или неки други ужи сегмент у којем су установљене неправилности у погледу испуњења обавезе предуговорног информисања? Уколико НБС буде изрицала казне за свако појединачно неиспуњење обавезе предуговорног информисања постоји могућност да казне за осигураваче буду веома високе, потенцијално до те мере да угрозе опстанак осигуравајућег друштва, што свакако није била намера законодавца када је утврђивао висину новчане казне за неиспуњење обавезе предуговорног информисања. С друге стране, уколико НБС буде поступала на супротан начин и новчане казне изрицала посматрајући не појединачне уговорне односе већ уже или шире сегменте пословања друштва за осигурање и процењивала квалитет испуњења предуговорног информисања на тај на-

28 Законодавац се користи изразом „не пружи уговарачу осигурања / осигуранику“, дакле инкриминушућу радњу опредељује у једнини, а не у континуитету и множини у ком случају би требало да стоји: „не пружа уговарачима осигурања / осигураницима“.

29 При томе, ово није немогуће да се догоди имајући у виду квалитет предуговорног информисања у овом тренутку на тржишту осигурања у Републици Србији где осигуравачи углавном само формално испуњавају обавезу предуговорног информисања не инсистирајући на принципима предуговорног информисања и не водећи рачуна о томе да ли је сврха предуговорног информисања постигнута.

чин, постоји опасност да с обзиром на максимални износ висине казне друштва за осигурање не буду довољно мотивисана да побољшају квалитет предуговорног информисања, што једнако као у претходном сценарију није била намера законодавца. Дакле, остаје да се види како ће НБС примењивати одредбу чл. 260, ст. 1, тач. 30) Закона о осигурању и какве ће то последице на тржишту осигурања имати на средњи и дужи рок.

## 2. Грађанско-правне последице

Друга правна последица неиспуњења обавезе предуговорног информисања јесте грађанско-правне природе и огледа се у могућности поништаја уговора од стране уговарача осигурања са свим последицама које то повлачи са собом. Ова последица иако није предвиђена одредбама Закона о осигурању произлази из одредбе чл. 13, ст. 7. ЗЗП<sup>30</sup> која се и пре ступања на снагу Закона о осигурању примењивала на обавезу предуговорног информисања осигуравача. Ова одредба каже да уколико трговац (у овом случају осигуравач) не испуни обавезу предуговорног информисања, потрошач (у овом случају уговарач осигурања) има право да захтева поништење уговора о осигурању у року од годину дана од дана закључења уговора.

Приметно је да је законодавац ускратио уговарача осигурања у трајању права да захтева поништај уговора, будући да је према општим правилима облигационог права рок за поништај годину дана од дана сазнања (субјективни рок) за разлог који уговор чини рушљивим (у овом случају заблуда) а у сваком случају три године од дана закључења уговора (објективни рок).<sup>31</sup> Одредба чл. 13, ст. 7. ЗЗП предвиђа само објективни рок и то од годину дана, чиме је потрошач односно у нашем случају уговарач осигурања значајно ускраћен у вршењу права на поништај уговора о осигурању. Међутим, ову одредбу треба довести у везу са одредбама чл. 907-911 ЗОО које регулишу реципроцитетна права осигуравача. Наиме, одредба чл. 908, ст. 3. ЗОО ограничава право осигуравача да захтева поништај уговора о осигурању а због заблуде у коју га је довео уговарач осигурања намерном нетачном пријавом околности од значаја за оцену ризика на период од три месеца од дана сазнања за такву нетачну пријаву. Дакле постоји само субјективни рок знатно краћи од општег субјективног рока од годину дана. Чињеница да није прописан објективни рок значи да се примењује општи објективни рок из 117, ст. 2. ЗОО од три го-

30 ЗЗП, чл. 13, ст. 7.

31 ЗОО, чл. 117, ст. 1. и 2.

дине од дана закључења уговора, што с друге стране опет ставља осигуравача у нешто повољнији положај у односу на уговарача и његово право на поништај уговора због заблуде. Додатно томе, уколико је уговарач не-намерно дао нетачну пријаву или је пропустио да обавести осигуравача о појединим околностима од значаја за оцену ризика осигуравач има и право на једнострану раскид уговора о осигурању које може вршити у преклузивном року од месец дана од дана сазнања за такву нетачну пријаву.<sup>32</sup> Дакле осигуравач има додатно право (које уговарач нема),<sup>33</sup> што представља погодност, јер раскид уговора омогућава излазак из уговора без ангажовања суда (што је у случају права на поништај неопходно) само на основу једностране изјаве воље. Међутим, Преднацрт грађанског Законика Србије<sup>34</sup>, који садржи у погледу обавезе предуговорног информисања битно сличну одредбу као и Закон о осигурању,<sup>35</sup> уговарачу осигурања и осигуранику<sup>36</sup> даје овлашћење на једнострану раскид уговора због неиспуњења обавезе предуговорног информисања и то у року до месец дана од дана сазнања за неиспуњење обавезе предуговорног информисања (субјективни рок), а најкасније у року од годину дана од дана закључења уговора о осигурања (објективни рок), са правом на накнаду претрпљене штете.<sup>37</sup> Уколико и када ова одредба буде постала део нашег важећег правног поретка грађанско-правне последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања ће постати још значајније, а права осигураника и уговарача осигурања још ефективнија, јер ће им право на рас-

32 ЗОО, чл. 909, ст. 1.

33 Реч је о ретком случају за наше право у којем се одступа од општег правила које каже да се у случају постојања мана воље уговорној страни даје право на поништај, а не на раскид уговора.

34 Доступан на: [http://www.paragraf.rs/nacrti\\_i\\_predlozi/260615-nacrt\\_gradjanskog\\_zakonika.html](http://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html).

35 Упор. Преднацрт, чл. 1402, ст. 1-2 и Закон о осигурању, чл. 82, ст. 1-2.

36 Законодавац овде право на раскид даје осигуранику с тим што у загради наводи и уговарача осигурања, полазећи вероватно од претпоставке да је реч о истом лицу. Међутим, поставља се питање шта ће се десити у случају када нису иста лица и како ће осигураник остварити право на раскид уговора који није закључио? Чини се да ће у наредном периоду пре усвајања коначне верзије одредбе чл. 1402. бити потребно извршити додатна прецизирања о праву на раскид и последицама раскида у овом случају.

37 Вид. Преднацрт, чл. 1402, ст. 5. Овакво решење није упредно уобичајено, јер у већини других земаља уговарач осигурања има право на поништај уговора због неиспуњења обавезе предуговорног информисања, а не право на раскид уговора. О решењу немачког и француског законодавца видети: Н. Петровић-Томић (2015), 184-185; За грчко право, вид. А. Е. Douga, „Consumer protection in Greece, especially in Insurance Contracts“, *Зборник радова Правног Факултета у Нишу*, бр. 70/2015, 850.

кид уговора омогућити брз и једноставан излазак из уговора са правом да захтевају накнаду штете од осигуравача.

Вратимо се сада постојећој регулативи и праву уговарача осигурања да захтева поништај уговора о осигурању због неиспуњења обавезе предуговорног информисања. У случају да уговарач осигурања захтева поништај уговора поставља се питање да ли сваки облик неиспуњења како смо дефинисали у одељку III (*Неиспуњење обавезе предуговорног информисања*) има једнак значај с аспекта права на поништај уговора? У одговору на ово питање, чини се ваља поћи од истог принципа који смо установили приликом процене адекватности изрицања новчане казне. Тим пре што је право на поништај уговора као субјективно право везано искључиво за постојање заблуде у погледу неког права или обавезе из грађанско-правног облигационог односа из уговора о осигурању. У том смислу се чини оправданим признати право на поништај уговора уговарачу осигурања само у случају да је доведен у заблуду у вези са неким правом или обавезом из уговора о осигурању, а због неиспуњења обавезе предуговорног информисања од стране уговарача осигурања. Ако пођемо од овог принципа као руководног већ на први поглед се чини да сви претходно побројани облици неиспуњења обавезе предуговорног информисања немају једнак значај односно да неће сви довести до поништаја уговора. Тако, само по себи се подразумева да у случају потпуног неиспуњења обавезе предуговорног информисања треба поништити уговор, јер је осигуравач пропустио да уговарача информише о било ком праву или обавези и тако га јесте довео у заблуду. Што се тиче облика неиспуњења које смо претходно дефинисали у одељку III под тачкама а) – д) а који се свде на извршење обавезе предуговорног информисања које није у складу са основним принципима предуговорног информисања, право на поништај уговора би једнако постојало као и у случају потпуног неиспуњења. Ово због тога што у свим тим случајевима није остварена сврха предуговорног информисања и уговарач осигурања није на одговарајући начин упознат са својим правима и обавезама. Међутим, када је реч о облицима делимичног неиспуњења обавезе предуговорног информисања дефинисаним под е)<sup>38</sup> и г)<sup>39</sup> у одељку 3, чини се да треба водити рачуна о томе да ли је информација која није саопштена уговарачу осигурања или му

38 Када осигуравач саопшти уговарачу осигурања све потребне информације али једну или неке од њих не сажето, јасно и разумљиво.

39 Када осигуравач пропусти да саопшти једну или више информација, без обзира да ли су друге саопштене уз поштовање основних принципа предуговорног информисања.



није саопштена јасно, сажето и разумљиво релевантна за облигационо правни однос поводом уговора о осигурању и да ли је довела уговарача осигурања у заблуду у погледу неког права или обавезе из уговора о осигурању. На пример, уколико уговарач осигурања тражи поништај уговора, јер је погрешно веровао да је уговором покривен одређени ризик а он није покривен, а осигуравач га је обавестио о томе и није га довео у заблуду, али га јесте погрешно предуговорно информисао о року у којем понуда обавезује друштво (или начину и заштити његових права и интереса код друштва за осигурање), уговарачу осигурања не би требало признати право на поништај уговора. Супротно томе, уколико је осигуравач пропустио да обавести уговарача осигурања о постојању одређеног искључења у вези са осигураним покрићем или му је ту информацију саопштио на начин да уговарач није могао да разуме њен прави значај, уговарачу осигурања треба признати право на поништај уговора. У складу са наведеним може се закључити да уколико осигуравач не испуни обавезу предуговорног информисања у вези са саопштавањем информација које се односе на: правну форму друштва за осигурање; висину пореза на премију осигурања и других тошкова (под условом да је наведен укупан износ плаћања); року у којем понуда обавезује осигуравача (уколико се уговор не закључује путем понуде); начину заштите права уговарача и интереса код друштва за осигурање; називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштва за осигурање и начину заштите права и интереса код тог органа; као и свим другим информацијама које у конкретном уговорном односу нису релевантне за уговарача осигурања без обзира на то што су прописане одредбом чл. 82, ст. 1-2 Закона о осигурању, неће постојати разлог за поништај уговора о осигурању будући да тиме уговарач осигурања неће бити доведен у заблуду у вези са било којим правом или обавезом из облигационог односа поводом уговора о осигурању.<sup>40</sup> У сваком случају, у ситуацији апсолутног непостојања судске праксе у вези с овим потребно је сачекати и видети какав став ће заузети судска пракса.

Сада када смо видели у којим случајевима може доћи до поништаја уговора о осигурању, потребно је видети и које су последице поништаја. Према општим правилима о последицама поништаја уговора<sup>41</sup> две су последице поништаја: повраћај датог и накнада штете. У вези са обаве-

40 Слично томе, вид. Предраг Шулејић, „Заштита потрошача и уговор о осигурању“, *Правни живот*, бр. 3-4/2008, 48.

41 ЗОО, чл. 113, 115. Више о томе вид. Ј. Радишић, 176-177.

зом повраћаја датог, само по себи се разуме да ће у случају поништаја уговора о осигурању само осигуравач имати обавезу поврата примљених износа на име премије осигурања под условом да претходно није исплатио штету. Уколико јесте, обавеза поврата ће постојати и на страни уговарача осигурања, односно осигураника.<sup>42</sup> Када је у питању накнада штете, одредба чл. 13, ст. 7. ЗЗП не предвиђа обавезу накнаде штете, али се у том случају имају применити општа правила ЗОО. Тако чл. 115. ЗОО каже да страна на чијој се страни налази узрок рушљивости уговора одговара другој страни за штету ако она није знала и није могла знати за постојање разлога рушљивости. Пренесено на терен уговора о осигурању и поништаја уговора због неиспуњења обавезе предуговорног информисања ова одредба нема никакав значај будући да је заблуда која се налази на страни уговарача осигурања проузрокована од стране осигуравача, чиме се искључује свака одговорност уговарача осигурања по одредби чл. 115. ЗОО. Међутим, то не значи да не постоји одговорност осигуравача за штету коју трпи уговарач осигурања, односно осигураник. Наиме, иако по општим правилима о последицама поништаја уговора примењеним на наш поништај и по одредби чл. 13, ст. 7. ЗЗП не постоји одговорност осигуравача за накнаду штете коју трпи уговарач осигурања односно осигураник, одговорност осигуравача произлази из *Culpa in contrahendo* као што смо већ рекли у одељку II. Пропуштајући да испуни обавезу предуговорног информисања која је релативне природе и која се огледа у ваљаном информисању уговарача осигурања о свим правима и обавезама из будућег уговора о осигурању, осигуравач је прекршио своје обавезе које је имао у предуговорној фази а које се заснивају на општим начелима облигационог права и због којих постоји његова одговорност за штету коју претрпи уговарач осигурања односно осигураник и то према правилима о уговорној одговорности за штету. Наравно, уговарач осигурања, односно осигураник мора да докаже да је претрпео штету неиспуњењем обавезе предуговорног информисања од стране осигуравача. У том смислу, чини се да највећи значај имају информације које се тичу осигураних

---

42 Међутим у овом случају се оправдано може поставити питање колико ће уговарач / осигураник бити мотивисан за поништај уговора. Због тога се чини да би раскид уговора с дејством само за будуће био много примеренији механизам заштите права осигураника за случај неиспуњења обавезе предуговорног информисања. Такву одредбу са нешто ужим дејством, јер обухвата могућност раскида само у случају неслагања између покрића наведеног на предуговорном обавештењу и оног из полисе осигурања, садржи одредба чл. 2:202 (2) Principles of European Insurance Contract Law (PEICL).

ризика,<sup>43</sup> искључења која се односе на те ризике и времена трајања осигурања, јер је у погледу других информација тешко замислити (не и немогуће) постојање штете због несаопштавања таквих информација. Уколико, пак, осигуравач пропусти да испуни обавезу предуговорног информисања у погледу информација које се тичу осигураних ризика, искључења у вези са њима и дужине трајања осигурања, па се испостави да одређени штетни догађај који се деси осигуранику није покривен уговором о осигурању, а осигураник то услед неиспуњења обавезе предуговорног информисања није знао ни могао знати, постојала би одговорност осигуравача за штету коју због тога трпи осигураник.<sup>44</sup> Осигураник би само морао да докаже да би, да је знао да уговором о осигурању није покривен одређени штетни догађај, закључио други уговор о осигурању којим би таква шета била покривена. При томе, само се поставља питање да ли би судови требало да пођу од тога да би сваки просечан уговарач осигурања/осигураник у таквој ситуацији да је знао да уговором није покривена одређена штета закључио други уговор којим би била покривена. Чини се да на ово питање није могуће дати начелан одговор и да треба у сваком конкретном случају поћи од тога да ли се ради о уобичајеном ограничењу и искључењу осигураног покрића за ту врсту осигурања, јер у том случају требало би поћи од тога да би уговарач осигурања/осигураник да је знао за недостатак у покрићу, закључио други уговор о осигурању. У супротном уколико се ради о неуобичајеном ограничењу или искључењу покрића и у одсуству доказа о потреби осигураника/уговарача о баш таквом покрићу, требало би поћи од тога да уговарач осигурања/осигураник не би закључио други уговор о осигурању.<sup>45</sup>

43 Слично томе и Наташа Петровић-Томић, „Заштита потрошача услуге осигурања и информациона парадигма“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2016, 575.

44 У француском праву је изричито предвиђено да осигуравач који уговарача не информиса о недостацима у покрићу или искључењу појединих штета, таква ограничења и искључења не може да истиче према осигуранику и дужан је да му накнади штету чак и када су таква ограничења и искључења касније унета на полису или су наведена у условима осигурања. О томе више вид. Н. Петровић-Томић (2015), 170. Ово решење се чини као много боље од решења нашег законодавца односно последица која произлазе из домаће регулативе, јер санкција у виду немогућности истицања ограничења и искључења према осигуранику се чини много ефикаснијим и једноставнијим средством, него накнада штете по основу одговорности за неиспуњење обавезе предуговорног информисања. Иако оба средства дају исти резултат, решење француског права је знатно једноставније и ефикасније са становишта заштите интереса осигураника.

45 За нешто другачији став видети: А. Borselli, „Cognasceat emptor: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи“, *Ревизија за право осигурања*, бр.

## V Закључак

Као што се види последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања од стране осигуравача могу бити потенцијално врло тешке како с аспекта висине казне за осигураваче тако и с аспекта грађанско-правних последица на уговорни однос и одговорности осигуравача за штету. Иако у овом тренутку свест о овим последицама није довољно развијена, за шта постоје различити узроци, што је свакао узрок непостојања судских спорова, основано се у будућности може очекивати да ће доћи до повећања правног и других ризика због неадекватног предуговорног информисања. Ако не пре, онда најкасније са ступањем на снагу одредбе Преднацрта грађанског Законика Србије која ће по први пут на једном месту у оквиру једног члана дефинисати и последице раскида уговора због неиспуњења обавезе предуговорног информисања и то пре свега кроз право на једностранни раскид уговора и обавезу на накнаду штете, што ће сасвим сигурно довести до „експлозије“ броја судских спорова. Осигуравачима остаје да у овом „прелазном периоду“ на време препознају значај предуговорног информисања и да побољшањем квалитета испуњења обавезе предуговорног информисања превентивно утичу на смањење ризика.

**Nenad GRUJIĆ, PhD**

**Generali Osiguranje Serbia а.д.о. Belgrade**

### **LEGAL CONSEQUENCES OF FAILURE OF THE INSURER TO FULFILL THE OBLIGATION OF PROVIDING PRE-CONTRACTUAL INFORMATION**

#### **Summary**

*In this article the author analyzes the legal consequences of failure of the Insurer to fulfill the obligation of providing pre-contractual information in accordance with the provisions of the Insurance Law. Trying to point out the importance of the legal consequences, the author first analyzes the legal nature of the obligation of providing pre-contractual information, and then establishes the cases in which the obligation of providing pre-contractual information can be deemed unfulfilled where, in addition to the complete failure to fulfill the*

---

2/2012, 53; Jürgen Basedow, „Insurance Contract Law as Part of an Optional European Contract Act“, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, бр. 498/2003, 98.

*obligation, the author points out seven different forms of partial failure to fulfill the obligation of providing pre-contractual information. The central part of the article is devoted to two legal consequences of failure to fulfill the obligation of providing pre-contractual information: 1) a fine as a criminal-legal consequence; and 2) annulment of the insurance contract and civil-legal consequences of the annulment. In analyzing the consequences the author attempts to make a connection between them and every established form of failure to fulfill the obligation of providing pre-contractual information, and to assess the significance of each form of non-fulfillment, from the perspective of both legal consequences of non-fulfillment, pointing out to the importance of distinguishing forms of failure to fulfill the obligation of providing pre-contractual information to the possibility of imposing a fine, or the possibility of annulment of the contract and the consequences thereof.*

**Key words:** *insurance contract, pre-contractual information, contract annulment, indemnity, culpa in contrahendo.*

**Предраг БЕТКОВИЋ**

Ранији судија Уставног суда

**Милош РАДОВАНОВИЋ**

Правни заступник у Удружењу осигуравача Србије

## **ВЕШТАЧКА ТАЧКА ВЕЗИВАЊА ЗА ЗАСНИВАЊЕ МЕСНЕ НАДЛЕЖНОСТИ ЗА ТУЖБУ ПРОТИВ ОСИГУРАВАЈУЋЕГ ДРУШТВА**

### **Резиме**

*Различито одлучивање судова о висини накнаде нематеријалне штете подстиче оштећена лица и њихове пуномоћнике да накнаду штете, настале услед саобраћајне незгоде, траже пред судовима који у пракси досуђују више износе на име накнаде нематеријалне штете. Одредбе процесног закона предвиђају конкурентну месну надлежност за суђење у споровима о вануговорној одговорности за штету. Оштећеном лицу дат је ограничен избор судова пред којима може тражити накнаду штете по основу осигурања од аутоодговорности. Међутим, оштећена лица и њихови пуномоћници, покушавају да изграде додатни критеријум за успостављање месне надлежности за одлучивање о тужби против осигуравача од аутоодговорности. Они покушавају да надлежност парничног суда заснују по месту где је оштећено лице свом адвокату платило накнаду за састављање вансудског одштетног захтева упућеног осигуравајућем друштву. Овакви покушаји створили су у судској пракси дилему да ли се месна надлежност може темељити по месту плаћања адвокатске награде за саставање вансудског одштетног захтева. Аутори покушавају да уклоне недоумицу о овом питању, и заступају став да место у коме је адвокату плаћена накнада за саставање вансудског одштетног захтева, не представља тачку везивања за успостављање месне надлежности.*

**Кључне речи:** *осигурање, осигурање од аутоодговорности, накнада штете, нематеријална штета, месна надлежност.*

## I Увод

У Републици Србији годишње се догоди знатан број саобраћајних незгода са погинулим или повређеним лицима.<sup>1</sup> Новчана накнада нематеријалне штете јесте најшире заступљена грађанскоправна последица повреде тела.<sup>2</sup> Саобраћајне незгоде у највећем броју случајева проузрокују возачи, а ређе остали учесници у саобраћају (нпр. пешаци).<sup>3</sup> Стога овакве незгоде најчешће представљају догађаје у којима је настала нематеријална штета, коју оштећена лица могу накнадити по прописима о обавезном осигурању од аутоодговорности.

Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93) и највише судске инстанце давно су појам нематеријалне штете дефинисали као физички бол, психички бол и страх.<sup>4</sup> Најзначајнији облик отклањања (репарације) настале неимовинске штете, који је предвиђен законом, јесте правична новчана накнада.<sup>5</sup> Нематеријалну штету, наравно, није могуће у потпуности накнадити у новцу, пошто су повређена лична добра финансијски немерљива, па се између њих не може успоставити непосредан однос вредности. Међутим, новчана накнада може и код повреде личних добара омогућити оштећеном да прибави неку сатисфакцију, да приушти себи неко задовољство схваћено у најширем смислу, и да тако допринесе успостављању душевне равнотеже која је нарушена наступањем бола или страха.<sup>6</sup> Нематеријална штета оштећеном лицу надокнађује се на инди-

---

1 Током 2015. године у Републици Србији у саобраћајним незгодама живот је изгубило 599 лица, док су 19343 особе повређене. Агенција за безбедност саобраћаја Републике Србије, „Статистички извештај о стању безбедности саобраћаја у Републици Србији у 2015. години“, 7, доступно на: <http://www.abs.gov.rs/statisticki-izvestaji>, прочитано 26. фебруара 2017. године.

2 Никола Пешић, „Одмеравање новчане накнаде нематеријалне штете за телесну повреду“, *Правни живот*, бр. 9-10/1992, 1486.

3 „Статистички извештај о стању безбедности саобраћаја у Републици Србији у 2015. години“, 12.

4 Закључак Саветовања представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15. и 16. октобра 1986. године.

5 Петар Клариф, „Неимовинска штета – појам, облици, поправљање“, у: Маријан Ђурковић, Јасминка Херцигоња, Марица Кузмић (ур.), *Накнада неимовинске штете правно – медицински оквир*, Загреб, 2009, 16.

6 Драгољуб Стојановић, у: Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 468.

ректан и несавршен начин. Не постоји једноставна „формула“ одређивања те накнаде, као што је рецимо случај код материјалне штете.<sup>7</sup>

Процесним правом дато је овлашћење суда да у одређеним случајевима о висини тужбеног захтева одлучи по слободној судијској оцени. Ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиве ствари, а висина износа, односно количина ствари не може да се утврди, или би могла да се утврди само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно количину заменљивих ствари да одреди по слободној судијској оцени.<sup>8</sup> Одмеравање висине накнаде слободном оценом суда најчешће се примењује код нематеријалне штете.<sup>9</sup> Случај у коме тужилац тражи накнаду нематеријалне штете из саобраћајне незгоде у литератури се управо наводи као пример нецелисходности доказивања, односно као пример у коме би суд требало да одмери висину штете по слободној судијској оцени.<sup>10</sup>

Висина новчане накнаде нематеријалне штете, без обзира што патње оштећених људи могу бити врло различите, морала би бити бар приближно предвидљива.<sup>11</sup> Слободна оцена суда о висини штете не значи и арбитрерност у одлучивању. Ако по слободној оцени одлучује о висини нематеријалне штете, суд је дужан да следи прихваћене професионалне ставове и стандарде, као и околности које владају у одређеној средини.<sup>12</sup> Ревизијски суд сматра да неправилно одмерена висина накнаде штете представља погрешну примену материјалног права, због које се нижестепене пресуде преиначују.<sup>13</sup>

---

7 Тодор Брајовић, „Накнада нематеријалне штете у српском осигурању од аутоодговорности са посебним освртом на поједина решења држава чланица ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2013, 131.

8 Члан 232. Закона о парничном поступку – ЗПП (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13, 74/13и 55/14.

9 Весна Ракић Водинелић, „Одмеравање висине накнаде штете слободном оценом“, *Правни живот*, бр. 9-10/1992, 1547.

10 Вид. Александар Јакшић, *Грађанско порцесно право*, 5. издање, Београд, 2010, 387.

11 Иво Грбин, „Оријентацијски критерији Врховног суда Републике Хрватске за утврђивање правичне новчане накнаде неимовинске штете“, у: Маријан Ђурковић, Јасминка Херцигоња, Марица Кузмић (ур.), *Накнада неимовинске штете правно-медицински оквир*, Загреб, 2009, 27.

12 А. Јакшић, 388.

13 Нпр. Врховни касациони суд пресудом Рев. 1540/2015 од 2. јуна 2016. године, преиначио је пресуду другостепеног суда због тога што је оценио да је другостепени суд, приликом одмеравања висине новчане накнаде нематеријалне штете, погрешно применио материјално право тако што је прениско одмерио накнаду.



Висина новчаног износа, који би се могао очекивати на име накнаде неимовинске штете настале у саобраћајној незгоди, донекле је предвидљива. Висина те накнаде зависи пре свега од интензитета и временског трајања претрпљеног физичког бола и страха, од околности да ли је дошло до умањења опште животне активности оштећеног лица због кога оно трпи душевне болове, од постојања, облика и степена наружености која изазива душевни бол, и од осталих чињеничних елемената конкретног случаја. Набројане околности представљају последицу саобраћајне незгоде, односно последицу повреде до које је дошло услед саобраћајне незгоде („последицу последице“). Висина накнаде нематеријалне штете може зависити и од чињенице да ли је дошло до смрти или нарочито тешког инвалидитета лица које је са тужиоцем у блиском односу, као и од степена повезаности тужиоца и лица које је изгубило живот, односно лица код кога је дошло до нарочито тешког инвалидитета.

Судови сматрају да су „физички болови, душевни болови и страх, субјективни, индивидуални феномени који зависе од психолошке структуре личности оштећеног лица, због чега је накнада нематеријалне штете индивидуална.“<sup>14</sup> Ипак, приближна висина новчаног износа, која се може очекивати на име накнаде нематеријалне штете настале у појединим саобраћајним незгодама, може се колико-толико разумно предвидети.

При томе, ипак, пракса различитих судова о накнади нематеријалне штете није међусобно усклађена. Правна струка је још у старијим текстовима указивала на проблем неуједначене судске праксе о овом питању.<sup>15</sup> Новији радови такође изражавају забринутост због разлика које се између судова јављају приликом одлучивања о новчаној накнади нематеријалне штете.<sup>16</sup>

Судови са територије Аутономне Покрајине Војводина, по правилу, досуђују више износе него судови из других делова Републике Србије.<sup>17</sup> Разлика између елемената утврђеног чињеничног стања конкретних

---

14 Из образложења пресуде Апелационог суда у Новом Саду Гж. 2168/2015 од 5. новембра 2015. године.

15 Вид. Н. Пешић, 1482.

16 Вид. Самир Манић, „Новачна накнада нематеријалне штете за душевне болове због смрти и тешког инвалидитета блиског лица“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, 440.

17 Као доказ за ову тврдњу, аутори ће навести неколико примера. Виши суд у Шапцу у пресуди Гж.1486/16 од 27. јануара 2017. године оценио је да на име накнаде нематеријалне штете, која је настала услед лаке телесне повреде, треба досудити 50.000,00 динара за претрпљени фи-

случајева, врло често није довољна да би била основ за знатне разлике између износа које су судови из различитих делова Републике Србије досуђивали на име накнаде нематеријалне штете. Разноликост износа који се, при сличном чињеничном стању, досуђују на име накнаде неимовинске штете, последица је различитих схватања судова о томе шта је правична новчана накнада нематеријалне штете, а шта накнада којом би се поговало тежњама које нису спојиве са природом и друштвеном сврхом новчане накнаде нематеријалне штете.

Описана нејединствена судска пракса по природи ствари подстиче оштећена лица и њихове пуномоћнике да накнаду нематеријалне штете зато траже пред основним судовима са територије Аутономне Покрајине Војводина. Пуномоћници оштећених лица покушавају да заснују

---

зички бол и 30.000,00 динара за претрпљени страх. Апелациони суд у Новом Саду, приликом доношења пресуде Гж. 2946/2013 од 2. априла 2014. године, досудио је 80.000,00 динара на име накнаде нематеријалне штете у виду физичког бола и чак 100.000,00 динара на име претрпљеног страха, иако тужилац је тужилац у саобраћајној незгоди задобио само лаку телесну повреду. Апелациони суд у Београду приликом доношења пресуде Гж. 6683/2013 од 12. марта 2015. године одмерио је да у случају тешке телесне повреде која је довела до умањења опште животне активности од 5%, треба досудити износ од укупно 250.000,00 динара на име накнаде нематеријалне штете (100.000,00 за душевне болове у виду умањења опште животне активности, 80.000,00 динара за физичке болове и 70.000,00 динара за страх). Апелациони суд у Новом Саду оценио је да у случају сличне повреде (тешке телесне повреде која је довела до умањења опште животне активности од 5%) треба досудити накнаду нематеријалне штете у укупном износу од 350.000,00 динара, и то: 100.000,00 динара за умањење опште животне активности, 150.000,00 динара за физички бол и 100.000,00 динара за стах. Апелациони суд у Крагујевцу приликом доношења пресуде Гж. 657/16 од 6. маја 2016. године одлучивао је о накнади неимовинске штете која је наступила услед тешких телесних повреда које су довеле до умањења опште животне активности од 20%. У том случају, Апелациони суд у Крагујевцу одмерио је новчану накнаду у висини од 320.000,00 динара на име душевног бола због умањења опште животне активности, 140.000,00 динара на име физичких болова и 170.000,00 динара на име претрпљеног страха, што све укупно износи 630.000,00 динара. Апелациони суд у Новом Саду приликом доношења пресуде Гж. 2967/16 од 19. октобра 2016. године, оценио је да на име накнаде нематеријалне штете до које је дошло услед тешких телесних повреда, које су довеле до умањења опште животне активности од 20% треба одмерити накнаду нематеријалне штете у укупном износу од 740.000,00 динара (400.000,00 динара на име душевног бола због умањења опште животне активности, 170.000,00 динара на име физичких болова и 170.000,00 динара на име претрпљеног страха). Апелациони суд у Новом Саду приликом доношења пресуде Гж. 1805/16 од 9. јуна 2016. године одмерио је новчану накнаду за душевне болове које је тужиља Д.С. трпела због смрти брачног друга у износу од 1.000.000,00 динара. Апелациони суд у Крагујевцу у пресуди Гж. 3719/2014 од 11. августа 2015. године оценио је да правична новчана накнада за душевне болове које трпи тужила В.Р. услед смрти супруга износи 700.000,00 динара.

надлежност Основног суда у Новом Саду (или неког другог основног суда на територији АПВ), чак и ако спор није у правно релевантној вези за подручјем тог суда. Овакво поступање адвоката, односно пуномоћника и оштећених лица, довело је до извесних дилема и недоследности у судској пракси приликом одлучивања о месној надлежности. Аутори ће покушати да овим текстом допринесу уклањању неизвесности.

## II Месна надлежност за спорове о накнади штете по основу осигурања од аутоодговорности

Тачка везивања јесте мерило – чињеница, која је од одлучног значаја, да би се одређени правни однос довео у вези са одређеним суверенитетом или са одређеном територијом.

Термин „тачка везивања“ или „повезница“ најчешће се користи у међународном приватном праву. Између међународне надлежности и месне надлежности судова постоји сличност, јер се у оба случаја ради о територијалном разграничењу компетенција (*ratione territoriae*). Правила о месној и међународној надлежности имају исту функцију – територијалну локализацију спора. Та правила често су идентична и ослањају се на исте критеријуме. Нпр. основно и најопштије мерило за одређивање месне и међународне надлежности јесте пребивалиште туженог, по принципу *actor sequitur forum rei*. Међународно је надлежно правосуђе државе на чијој територији се налази пребивалиште туженог. Месно је надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште. Такође, ЗПП садржи одредбу по којој се правила о месној надлежности могу супсидијарно примењивати и за одређивање међународне надлежности.<sup>18</sup>

Због сличности месне и међународне надлежности, аутори ће термином „тачка везивања“ означавати чињеницу на основу које се заснива месна надлежност суда за решавање одређеног спора.

Грађанско процесно право предвиђа посебну, елективну месну надлежност за суђење у споровима о вануговорној (деликтној) одговорности за штету. Поред суда опште месне надлежности, за суђење у овим споровима надлежан је и суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица наступила. Ако је штета наступила услед смрти или тешке телесне повреде, месно је надлежан и суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште, односно боравиште.

18 Тибор Варади, Гашо Кнежевић, Бернадет Бордаш, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 13. издање, Београд, 2010, 495 и 496.

Наведена правила примењују се и у парничном поступку против организације за осигурање ради накнаде штете трећим оштећеним лицима по прописима о непосредној одговорности организације за осигурање.<sup>19</sup>

Судови у пракси примењују процесна правила о посебној месној надлежности за решавање спорова о вануговорној одговорности за штету.<sup>20</sup>

Правна теорија давно је оценила да прописивање посебне месне надлежности по избору тужиоца, има за циљ да оштећеном лицу олакша покретање и вођење парничног поступка.<sup>21</sup> Законодавац је омогућио тужиоцу да правну заштиту може тражити пред судом на чијем подручју се налази седиште туженог, али и пред судом на чијем је подручју дошло до штете.

Месна надлежност може се засновати и по пребивалишту тужиоца – оштећеног лица. Међутим, примена овог критеријума за заснивање месне надлежности је ограничена. Поверилац потраживања накнаде вануговорне штете нема право да у сваком случају поднесе тужбу суду сопственог пребивалишта. Пребивалиште тужиоца може бити релевантан критеријум за заснивање месне надлежности ако се тражи накнада штете због смрти или тешке телесне повреде.<sup>22</sup> Врховни касациони суд је решењем Р1. 464/11 од 23. марта 2011. године одлучио о сукобу месне надлежности за одлучивање у парници о накнади нематеријалне штете. Приликом доношења тог решења, Врховни касациони суд пошао је од околности да се тражи накнада штете која је настала услед лаке телесне повреде, а не услед тешке телесне повреде или смрти блиског лица, због чега је

---

19 Члан 44 ст. 1, 2 и 3 ЗПП.

20 Нпр. у решењу Вишег суда у Крагујевцу Гж1. 159/2012 од 17. маја 2012. године наводи се: „У спору због вануговорне одговорности за штету може бити надлежан суд места седишта туженог, суд на чијем подручју је штетна радња учињена и суд на чијем подручју је штетна последица наступила. Тужилац подношењем тужбе врши избор једног од месно надлежних судова, па се суд коме је поднета тужба не може огласити месно ненадлежним ни по службеној дужности, ни по приговору странака.“ Виши трговински суд у решењу Гж. 13748/2005 од 21. децембра 2005. године, наводи: „По тужби за накнаду вануговорне штете постоји равноправна месна надлежност по месту седишта туженог, као и по месту где је штетна последица наступила.“

21 Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1978, 99.

22 Виши суд у Београду, приликом доношења решења Гж. 8027/14 од 10. марта 2016. године, оценио је да је за суђење у спору о накнади нематеријалне штете настале услед тешке телесне повреде, месно надлежан Основни суд у Обреновцу, јер се пребивалиште тужиоца налази у Обреновцу.

оценио да се месна надлежност у конкретном случају не може заснивати према подручју суда на коме тужилац има пребивалиште.<sup>23</sup>

Одштетно право карактерише плуралитет основа одговорности, а под тиме се подразумева да постоји више разлога на којима се може темељити одговорност за штету.<sup>24</sup> Једно лице може одговарати за исту штету по различитим правним основима (нпр. по основу кривице и као ималац опасне ствари). Такође, за штету проузроковану у једном штетном догађају може постојати одговорност више лица, а из другачијих разлога. За штету проузроковану моторним возилом по правилу ће постојати одговорност најмање два лица. То су возач – штетник, који је истовремено и власник возила, али и осигуравајуће друштво код кога је његово возило било обавезно осигурано од одговорности за штету (или Удружење осигуравача Србије – Гарантни фонд ако је реч о неосигураном возилу). Дужника накнаде штете проузроковане моторним возилом може бити и више. До тога ће доћи ако штетник није истовремено и власник возила којим је штета проузрокована. Тада оштећени има право да захтева накнаду од возача – штетника (по основу кривице), власника моторног возила којим је штета проузрокована (по основу одговорности имаоца за опасну ствар) и од организације за осигурање (по правилима обавезног осигурања у саобраћају).

Набројана лица јесу материјални супарничари.<sup>25</sup> Они могу имати пребивалишта, односно седишта на територији различитих судова. Месна надлежност за једног материјалног супарничара привлачи надлежност и према осталима, иако би у посебној парници месно надлежан био други суд (атракција месне надлежности).<sup>26</sup> Стога тужилац, осим суда на чијем подручју је дошло до саобраћајне незгоде и суда сопственог пребивалишта (уколико је реч о штети због тешке телесне повреде или смрти), може изабрати и суд на чијем подручју се налази пребивалиште или седиште било ког физичког или правног лица одговорног за штету. Дакле, очигледно је да неколико судова могу истовремено бити месно надлежни за суђење у спору који настане поводом једне саобраћајне незгоде.

23 Стојан Јокић, *Разграничење судске надлежности – стварне и месне*, Београд, 2013, 125.

24 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 10.

25 Тужба поднета против возача, власника возила којим је штета проузрокована и осигуравајуће организације у литератури се наводи као пример материјалног супарничарства. Вид. А. Јакшић, 530 и 531.

26 Ранко Кеча, Боривоје Старовић, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004, 247.

Потреба за конструисањем додатних и по свему спорних критеријума, по којима би још неки суд био месно надлежан, заиста не постоји.

### III Вештачки критеријум – *forum shopping*

Различита пракса домаћих судова када је у питању висина новчане накнаде нематеријалне штете подстиче повериоце њене накнаде, односно њихове пуномоћнике, да парничне поступке покрећу пред оним судом чија је пракса за њих најповољнија у смислу материјалних очекивања. Овакво поступање јесте прихватљиво и потпуно легитимно ако тужилац одабере један од судова чија је месна надлежност заиста утемељена у одредбама процесног права. Међутим, пуномоћници оштећених лица некада нису задовољни избором конкурентно надлежних судова који им пружају одредбе ЗПП. Они у таквим случајевима покушавају да изграде критеријуме за заснивање месне надлежности суда које процесни закон не познаје. Конструисање вештачких критеријума за заснивање месне надлежности, критеријума које закон не признаје, представља својеврсни *forum shopping* унутар државе. *Forum shopping* требало би спречавати како на међународном плану, тако и на нивоу унутар државе.<sup>27</sup>

Повериоци права на накнаду штете настале у саобраћајној незгоди и њихови пуномоћници, покушавали су често да заснују надлежност оног суда на чијем подручју је оштећено лице платило свом пуномоћнику накнаду за подношење вансудског одштетног захтева. Овакви покушаји *forum shopping*-а (или колоквијално речено „пецања надлежности“) у највећем броју случајева били су безуспешни.<sup>28</sup> Ипак, они су изазвали одређене дилеме које треба разрешити. Било је и случајева где је суд другог степена оцењивао да се месна надлежност за суђење у спору ради накнаде штете против организације за осигурање, може засновати по месту где је тужилац, као оштећено лице, свом пуномоћнику платио накнаду за састављање вансудског одштетног захтева.<sup>29</sup>

27 Ferri Franco, „Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context“, доступно на <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/10/Forum-Shopping-in-the-International-Commercial-Arbitration-Context-with-Index.pdf>, прочитано 4. марта 2017. године.

28 Основни суд у Новом Саду у већем броју парничних поступака (нпр. у предмету П. 483/2015, П. 529/2015, П. 1890/2015, П. 5795/2016, П. 5952/2015, П. 6128/2015, П. 6367/2015, П. 6776/2015, П. 6782/2015 и П. 6970/2015) огласио се ненадлежним, јер је оценио да се месна надлежност не може засновати по месту где је оштећено лице свом пуномоћнику – адвокату, платило накнаду за састављање вансудског одштетног захтева.

29 Нпр. решење Вишег суда у Новом Саду Гж. 68/2015 од 20. јануара 2016. године и решење Вишег суда у Новом Саду Гж. 88/2015 од 20. јануара 2016. године.

Вансудски захтев за накнаду штете, предвиђен чланом 24. Закона о обавезном осигурању у саобраћају („Службени гласник РС“, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13), јесте процесна претпоставка за подношење тужбе ради накнаде штете по основу обавезног осигурања власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима у саобраћају.<sup>30</sup> Оштећено лице и у вансудском поступку за накнаду штете има право на правну помоћ, коју пружа адвокатура као самостална и независна служба. Судови су, у великом броју пресуда, оценили да трошкове ангажовања адвоката ради састављања одштетног захтева треба да надокнади организација за осигурање.<sup>31</sup> Издатак који је оштећено лице имало на име награде за рад адвоката за састављање одштетног захтева организацији за осигурање, судови су у неким случајевима изричито квалификовали као материјалну штету насталу услед саобраћајне незгоде.<sup>32</sup>

Виши суд у Новом Саду је одређене своје одлуке засновао на оцени да се месна надлежност за суђење у споровима о накнади штете по основу осигурања од аутоодговорности, може засновати према месту у коме је адвокату, пуномоћнику оштећеног лица, плаћена накнада за састављање вансудског одштетног захтева. Полазиште за ту оцену јесте став да издаци учињени поводом вансудског захтева за накнаду штете представљају материјалну штету која је настала услед саобраћајне незгоде. Место наступања тог издатка, као последице саобраћајне незгоде, јесте место у коме је извршено плаћање награде адвокату за састављање вансудског одштетног захтева.<sup>33</sup>

---

30 Вид. Милош Радовановић, „Услов за дозвољеност тужбе против осигуравајућег друштва“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015.

31 Виши суд у Новом Саду, у образложењу пресуде Гж. 2652/2015 од 15. новембра 2016. године и пресуде Гж. 1389/2015 од 12. јула 2016. године, навео је: „тужиља је имала право да, ради најбоље заштите својих интереса и недостатка правничког знања, за обраћање туженој организацији за осигурање ангажује адвоката, због чега јој у складу са Тарифом о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, припада накнада трошка који је имала поводом тога.“

32 Нпр. у образложењу пресуде Вишег суда у Новом Саду Гж. 3364/15 од 29. новембра 2016. године, наводи се: „правило је првостепени суд одмерио висину материјалне штете тужиоца, те му на име састава одштетног захтева досудио износ од 6.000,00 динара“.

33 Виши суд у Новом Саду у решењу Гж. 68/2015 од 20. јануара 2016. године наводи: „Плаћање награде за рад адвоката за састављање одштетног захтева само по себи није штетна радња. Међутим, ово плаћање представља умањење имовине тужиоца до кога је дошло у вези са штетним догађајем, односно саобраћајном незгодом, па се може сматрати штетном последицом предметне саобраћајне незгоде, у смислу члана 44. став 1. ЗПП. Како се из приложене признанице види да је тужилац плаћање за адвокатске услуге извршио у Новом Саду, штет-

#### IV Критика вештачког критеријума за заснивање месне надлежности

Схватање, по коме се место плаћања адвокату за састављање вансудског захтева за накнаду штете изједначава са местом на коме је наступила последица саобраћајне незгоде, омогућава оштећеном лицу да одабере било који стварно надлежни суд у Републици Србији. Према оваквом схватању, довољна веза између саобраћајне незгоде и подручја месно надлежног суда, јесте чињеница да је на том подручју извршено плаћање адвокату као (привремени) материјални трошак који наводно има карактер накнадне, последичне штете у имовини тужиоца. Није потребно ни да се незгода десила на територији за коју је суд месно надлежан, ни да тужени има пребивалиште, односно седиште на територији тог суда, нити да тужилац има пребивалиште на том подручју.

Прихватање наведеног становишта пружа могућност за неограничени *forum shopping* у оквиру домаћег правосуђа. Оштећено лице и његов пуномоћник адвокат могу успоставити месну надлежност било ког суда у Србији, тако што ће на признаници, којом адвокат потврђује пријем награде за састав вансудског одштетног захтева, као место плаћања навести подручје суда чију парничну надлежност желе да установе.

Став, по коме је за суђење у спору против осигуравајућег друштва месно надлежан суд на чијем је подручју плаћена награда адвокату за састав вансудског одштетног захтева, на први поглед може да делује исправно. То схватање полази од материјалних одредаба о накнади штете, процесних одредаба о месној надлежности за суђење у споровима о вануговорној одговорности за штету и одредаба о обавезном подношењу вансудског захтева осигуравајућем друштву ради накнаде штете из осигурања од аутоодговорности. Лаконско тумачење тих одредаба може довести до критикованог става, да се месна надлежност суда може установити по месту плаћања адвокату. Међутим, такво тумачење по нашем мишљењу није исправно, а закључак до кога оно води није правно утемељен.

Законом су успостављена правила о општој месној надлежности, као и детаљна правила о посебним неискључивим месним надлежностима

---

на последица саобраћајне незгоде која је предмет тужбеног захтева наступила је у Новом Саду. Према томе, тужилац у овом случају има право да изабере да тужбу поднесе суду на чијем подручју је конкретна штетна последица наступила, односно Основном суду у Новом Саду.“ Виши суд у Новом Саду на идентичан начин резонувао је и приликом доношења решења Гж. 88/2015 од 20. јануара 2016. године.



ма. Законодавац је, утврдивши правила о месној надлежности за суђење у споровима о вануговорној одговорности за штету, несумњиво исказао вољу да ова област буде јасно регулисана. Законске одредбе о месној надлежности не би имале никакав смисао и сврху када би сам тужилац имао могућност да изабере било који домаћи суд да пред њим води одштетну парницу. Један суд не може бити надлежан да суди у сваком спору који је у оквиру његове стварне надлежности. За суђење у одређеном спору не могу бити конкурентно надлежни баш сви домаћи судови. Месна надлежност мора бити ограничена, а не безобална.

Интенција законодавца била је да тужилац, који тражи квалификовану накнаду штете због тешке телесне повреде или смрти блиског лица, буде привилегован у односу на остале тужиоце у споровима о вануговорној одговорности за штету. Врховни касациони суд препознао је ту намеру законодавца када је оценио да оштећени, који је задобио лаке телесне повреде, за разлику од оштећеног који је задобио тешке телесне повреде, накнаду штете не може тражити пред (домицилним) судом свог пребивалишта. Једино оштећеном, који тражи накнаду вануговорне штете због тешке телесне повреде или смрти блиског лица, закон даје могућност да поднесе тужбу суду свог пребивалишта (*forum actoris*). Такав тужилац не би био ни у каквој законом нормираној предности у односу на остале тужиоце, када би сви они могли вештачки конструисати чињеницу за заснивање месне надлежности било ког суда. Воља законодавца је да поверилац накнаде штете, коју трпи због сопствене тешке телесне повреде или услед смрти блиског лица, има шири избор судова којима може поднети тужбу, него остали повериоци потраживања вануговорне штете, и то управо због знатно веће тежине наступелих последица.

Чињенице које оштећени након штетног догађаја конструише у сарадњи са својим пуномоћником из реда адвоката, не би требало прихватити као критеријум на основу кога се успоставља месна надлежност. Суд, чије подручје није повезано са самим штетним догађајем, са седиштем осигуравајућег друштва од кога се тражи накнада штете, а ни са оштећеним лицем, не треба сматрати месно надлежним за суђење у спору о накнади вануговорне штете. Постоје судови који су много логичније, прикладније и природније место да се пред њима такав спор расправи.

Критиковано схватање у судској пракси ипак није још превладало. Виши суд у Новом Саду, који је у одређеним одлукама место плаћања адвокатске награде за састав одштетног захтева уздигао на ниво тачке везивања за заснивање месне надлежности, доносио је и другачије одлуке.

Приликом доношења решења Гж. 3515/15 од 17. јануара 2017. године, Виши суд у Новом Саду оценио је да Основни суд у Новом Саду, где је пуномоћнику тужиоца плаћена награда за састав одштетног захтева, није месно надлежан да суди у спору о вануговорној одговорности за штету. Разлог за овакво решење је схватање да трошкови вансудског захтева за накнаду штете „не представљају штету из вануговорне одговорности, већ исплату трошка који је тужиља имала поводом парничног поступка“.

Наведено решење Вишег суда у Новом Саду исправно је, по оцени аутора. Међутим, аутори сматрају да је Виши суд у Новом Саду правилније образложио решење Гж. 656/15 од 4. априла 2016. године. У разлозима те судске одлуке наводи се: „Без основа су жалбени наводи тужиоца да је у конкретном случају претрпео материјалну штету у Новом Саду плаћањем адвокату на име састава одштетног захтева, те да је због тога, поред суда опште месне надлежности, према правилима о посебној месној надлежности надлежан и Основни суд у Новом Саду. На овој чињеници не може се засновати месна надлежност, с обзиром да се ради о акцесорном захтеву, јер је реч о трошковима адвоката, као и о захтеву који је везан за главни захтев, који се у конкретном случају односи на накнаду нематеријалне штете, која је настала као директна последица саобраћајне незгоде.“

## V Закључак

Различита судска пракса домаћих судова о накнади нематеријалне штете, свакако није добра са аспекта правне сигурности и Уставом зајемченог права грађана на једнаку судску заштиту припадајућих субјективних права. Потреба за уједначавањем судске праксе о наведеном питању несумњиво постоји. Све док се ова пракса не уједначи, постојаће интерес оштећених лица да о њиховим новчаним потраживањима у парничним поступцима одлучују судови који правичну накнаду нематеријалне штете досуђују у вишим износима.

Неједнако поступање судова приликом одлучивања у парницама за накнаду нематеријалне штете против осигуравајућих организација, између осталих негативних последица, подстиче и својеврсни *forum shopping* унутар наше државе. Покушаји *forum shopping*-а („пецања надлежности“) у многим случајевима остали су безуспешни. Међутим, у неким случајевима тужилачкој страни успело је да заснује надлежност по месту где је извршено плаћање адвокатске награде за састављање вансудског захтева за накнаду штете. Постоје судске одлуке које место плаћања награде

адвокату за састављање одштетног захтева прихватају као повезницу за заснивање месне надлежности. Разлози за такве одлуке, односно решења, могу на први поглед да се учине правно утемељеним. Међутим, њих ипак не би требало прихватити јер се у суштаственом смислу не заснивају на позитивним процесним и материјалноправним законским одредбама.

Уколико би место плаћања награде адвокату за састављање одштетног захтева уздигли на ниво тачке везивања за заснивање месне надлежности, сваки домаћи суд био би месно надлежан да суди у било ком спору о накнади штете из осигурања од аутоодговорности. Веза између подручја суда и места саобраћајне незгоде, седишта тужене организације за осигурање или пребивалишта самог тужиоца, не би била потребна. Конкурентна месна надлежност проширила би се до крајњих граница и обесмислила оно што у тој области представља *ratio legis*.

Процесним законом постављена су правила о општој месној надлежности и посебним неискључивим месним надлежностима. ЗПП садржи детаљна правила о надлежности за суђење у спору о вануговорној одговорности за штету. Законодавац је, прописавши правила о месној надлежности, јасно исказао вољу да ова материја буде уређена и да месна надлежност буде лимитирана. Процесне норме оштећеном лицу дају право да изабере суд пред којим ће тражити накнаду штете претрпљене услед саобраћајне незгоде. Ипак, тај избор је ограничен. Чему би служила правила о посебној елективној месној надлежности за суђење у споровима о накнади вануговорне штете, ако сам тужилац, плаћањем одређене адвокатске услуге у вансудском поступку накнаде, може да конструише чињеницу на основу које се може установити надлежност било ког домаћег суда? Процесне одредбе, које дају ограничено право избора месно надлежног суда, практично би биле дерогиране уколико би се место плаћања адвокату уздигло на ниво критеријума за заснивање месне надлежности.

Иако су постојале одређене недоумице, примерен одговор на покушаје тужилаца да заснују месну надлежност суда на чијем подручју је плаћена награда адвокату за састав одштетног захтева, може се пронаћи у судској пракси. Виши суд у Новом Саду, уз извесна колебања, доносио је и решења којима није прихватао да се искључиво на тој чињеници може засновати месна надлежност. Судови би требало да у будућности следе оваква решења. Схватање да место плаћања награде за рад адвоката у вансудском одштетном поступку може истовремено бити самосталан (и довољан) критеријум за успостављање месне надлежности суда у спору о

вануговорној одговорности за насталу нематеријалну штету, требало би напустити као произвољно и законски неутемељено.

**Predrag ĆETKOVIĆ**

**Previous Judge of the Constitutional Court**

**Miloš RADOVANOVIĆ**

**Legal Advisor in Association of Serbian Insurers**

## **ARTIFICIAL CONNECTING FACTOR FOR ESTABLISHING TERRITORIAL JURISDICTION FOR LAWSUIT AGAINST INSURANCE COMPANY**

### **Summary**

*Inconsistent court's practice on the amount of compensation for non-pecuniary damages, encourage claimants and their attorneys to file lawsuits to redress a damage, occurred in traffic accident, to courts which adjudicate higher amounts of non-pecuniary damages. Procedural provisions prescribe elective territorial competence for the settlement of disputes in the case of tort. The claimant has limited choice of courts before which to bring a lawsuit based on third party vehicle liability insurance. However, claimants and their attorneys try to construct additional criterion for establishing territorial jurisdiction for litigations against insurance companies. They try to establish territorial competence of the court on whose territory claimant pay the fee to his attorney for filing an extrajudicial claim to the insurance company. These attempts cause a dilemma in court's practice. Is the place of payment of the lawyer fee the connecting factor for territorial jurisdiction? Authors try to provide an answer on the question. They try to explain why the place of payment of the lawyer fee is not the connecting factor adequate for establishing court territorial jurisdiction.*

**Key words:** *insurance, vehicle third party liability insurance, redress of damage, non-pecuniary damage, territorial jurisdiction.*

**Марко РАДОВИЋ**  
студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## **НАМИРЕЊЕ ПОВЕРИЛАЦА У ПОСТУПКУ ПРИНУДНЕ ЛИКВИДАЦИЈЕ ДРУШТВА ЗА ОСИГУРАЊЕ**

### **Резиме**

*Средиште пажње у раду усмерено је на наплату потраживања поверилаца у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање. Особености овог поступка изазивају бројне дилеме, нарочито у примени права. Недовољно јасна регулатива о принудној ликвидацији друштава за осигурање допринела је заузимању појединих ставова у судској пракси, о којима, макар са становишта правне теорије, вреди расправљати.*

*Посебно су разматрана следећа спорна правна питања: 1) дејство покретања поступка принудне ликвидације на камату; 2) процесноправне последице покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање; 3) правна природа рока за подношење пријаве потраживања; 4) тумачење појма „настале а непријављене штете“, као и „штете у спору“ у контексту принудне ликвидације друштва за осигурање.*

**Кључне речи:** *принудна ликвидација, друштво за осигурање, стечајни поступак.*

### **I Увод**

Друштва за осигурање су финансијске организације која одликују одређене особености како у погледу регулативе о оснивању и обављању делатности,<sup>1</sup> тако и по питању њиховог престанка. У односу на остала привредна друштва, посебности законског регулисања престанка друштава за осигурање огледају се првенствено у врстама предвиђених статусних промена и њиховом спровођењу, као и питањима везаним за про-

---

1 Више о томе: В. Чоловић, *Осигуравајућа друштва (законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право)*, Институт за упоредно право, Београд, 2010, 13-23.

мену облика организовања.<sup>2</sup> Међутим, најочигледније се друштва за осигурање чине посебним по специфичним правилима о спровођењу поступка њихове ликвидације. Та правила су превасходно прописана Законом о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање – ЗСЛБО.<sup>3</sup>

Наведеним законом је превасходно направљена разлика између добровољне (вансудске) и принудне (судске) ликвидације друштва за осигурање. Поступак добровољне ликвидације се покреће уколико скупштина друштва за осигурање донесе одлуку о престанку рада тог лица, а Народна банка Србије се са таквом одлуком сагласи.<sup>4</sup> Након давања сагласности Народне банке Србије за спровођење поступка добровољне ликвидације, тај поступак се начелно спроводи у складу са Законом о привредним друштвима – ЗОПД.<sup>5</sup> Правне последице добровољне ликвидације наступају даном достављања решења Народне банке Србије друштву за осигурање о давању сагласности за покретање тог поступка. Од наведеног момента, ликвидациони управник друштва за осигурање обавља послове дотадашњих чланова управе друштва за осигурање.<sup>6</sup> Скуп-

---

2 Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр. 61/2005, 61-2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. закон, чл. 214-220.

3 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање – ЗСЛБО, *Сл. гласник РС*, бр. 14-2015.

4 ЗСЛБО, чл. 28.

5 Сходно чл. 29 ст. 1 ЗСЛБО. Може се истаћи да су и у Закону о привредним друштвима заступљене и регулисане две врсте ликвидације привредних друштава: добровољна и принудна. До ликвидације привредних друштава долази из разлога који нису финансијске природе, односно када друштво има довољно средстава за намирење својих обавеза према повериоцима. Спроводи се на основу законом и оснивачким актом предвиђеним случајевима. За покретање поступка добровољне ликвидације законодавац захтева испуњење три услова: 1) да друштво има довољно средстава за покриће свих својих обавеза, 2) да постоји разлог и 3) да је донета одлука. Ову ликвидацију друштво започиње даном регистрације донете одлуке о ликвидацији и објављивањем огласа о покретању ликвидације. За покретање поступка принудне ликвидације законодавац захтева испуњење три услова: 1) да друштво има довољно средстава за покриће свих својих обавеза, 2) да је испуњен неки од законом утврђених разлога и 3) да је поступак покренут по службеној дужности од стране овлашћеног лица. Законом одређени субјект за покретање поступка принудне ликвидације је регистратор који води Регистар привредних субјеката, који по службеној дужности преводи друштво у статус „у принудној ликвидацији“ и истовремено објављује оглас о принудној ликвидацији на интернет страници регистра у непрекидном трајању од 6 месеци. Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 524-548.

6 ЗСЛБО, чл. 29 ст. 4.

штина друштва за осигурање, након покретања поступка добровољне ликвидације, има посебне дужности које се манифестују у обавези усвајања извештаја о спроведеној ликвидацији, завршног ликвидационог биланса и извештаја лиценцираног овлашћеног ревизора о овом билансу, као и предлога о расподели ликвидационог остатка, по претходно прибављеној сагласности Народне банке Србије.<sup>7</sup> Спровођење поступка добровољне ликвидације надзире Народна банка Србије, која има право да донесе решење о покретању принудне ликвидације, у случају да утврди да су угрожена права поверилаца.

С друге стране, поступак принудне ликвидације над друштвом за осигурање покреће се решењем месно надлежног привредног<sup>8</sup> суда о покретању поступка ликвидације, које се доноси првог наредног дана по пријему решења Народне банке Србије о испуњености услова за његово покретање.<sup>9</sup> Иначе, главни услов за покретање поступка принудне ликвидације представља доношење решења о одузимању дозволе за обављање послова осигурања, на основу којег Народна банка Србије доноси решење о испуњености услова за покретање поступка принудне ликвидације друштва за осигурање.<sup>10</sup> Наступањем правних последица отварања поступка принудне ликвидације,<sup>11</sup> по сили закона, престају сва овлашћења органа управљања друштва за осигурање. Та овлашћења прелазе на ли-

---

7 ЗСЛБО, чл. 29 ст. 7.

8 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016 и 108/2016, чл. 25 ст. 1 тач. 4.

9 Из праксе видети: решење Народне банке Србије ИО НБС бр. 29 од 31. јула 2014. године о одузимању дозволе за обављање послова осигурања и решење Народне банке Србије (Управе за надзор над финансијским институцијама) о испуњености услова за покретање поступа принудне ликвидације друштва за осигурање Г. бр. 5729 од 31. јула 2014. године.

10 Закон о осигурању, чл. 176. Иначе, поред наведеног услова као главног, у самом ЗСЛБО је дефинисано да ће до покретања принудне ликвидације доћи и уколико Народна банка Србије одбије захтев председника извршног одбора друштва за осигурање да у складу са одлуком скупштине тог друштва покрене поступак добровољне ликвидације.

11 Правне последице покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање наступају даном истицања огласа о покретању тог поступка на огласној табли суда. С обзиром да се против решења о испуњености услова за покретање поступка принудне ликвидације може поднети тужба за утврђење његове незаконитости управном суду, сходно чл. 5 ЗСЛБО, на чију примену упућује чл. 25 истог Закона, ако је то решење поништено у управном спору, па у поновном поступку Народна банка Србије донесе ново решење о испуњености услова за покретање поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, правне последице тог поступка наступају даном истицања првог огласа о покретању поступка принудне ликвидације на огласној табли месно надлежног привредног суда.

квизиционог управника, чију функцију врши Агенција за осигурање депозита.<sup>12</sup> С обзиром да се поступак принудне ликвидације спроводи пред привредним судом, као орган тог поступка јавља се и ликвидациони судија. За само спровођење поступка принудне ликвидације нарочито је важно законско решење да се код спровођења поступка принудне ликвидације сходно примењују „одредбе закона којим се уређује стечај привредних друштава и одредбе ЗСЛБО којим се уређује поступак стечаја, осим одредаба којима се уређује одбор поверилаца, разлучни и излучни повериоци, побијање правних радњи и исплатни редови“.<sup>13</sup> Тумачењем наведеног законског одређења произлази да ће се, приликом регулисања поступка принудне ликвидације, приоритетно поступати по одредбама којима се изричито регулише сам поступак принудне ликвидације друштва за осигурање. Тек у случају да регулативом о принудној ликвидацији друштва за осигурање нису изричито прописана правила поступања, сходно ће се примењивати одредбе ЗСЛБО којим се уређује стечајни поступак банака и друштава за осигурање, а потом и одредбе Закона о стечају,<sup>14</sup> изузев већ поменутих одредаба у односу на које је примена тих закона изричито изузета. Следствено наведеној правној логици, примена одредаба ЗОПД којим се регулише ликвидација привредних друштава није могућа у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање.

На темељу изнетог тумачења о примени прописа приликом спровођења поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, биће разматрана спорна питања настала у судској пракси, приликом спровођења овог поступка. Као особито важна за ваљану примену права, препозната су следећа спорна правна питања: 1) дејство покретања поступка принудне ликвидације на камату; 2) процесноправне последице покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање; 3) правна природа рокова прописаних за подношење пријаве потраживања; 4) тумачење појма „настале а непријављене штете“, као и „штете у спору“ у контексту принудне ликвидације друштва за осигурање.

---

12 ЗСЛБО, чл. 26 ст. 2. Агенција за осигурање депозита је основана дана 25. јула 2005. године, на основу Закона о Агенцији за осигурање депозита (*Сл. гласник РС*, бр. 61/2005), као универзални правни сукцесор претходне Агенције за осигурање депозита, санацију, стечај и ликвидацију банака. Иначе, позитивноправни пропис који регулише правни положај, организација и функције Агенције за осигурање депозита је Закон о осигурању депозита (*Сл. гласник РС*, бр. 14/2015).

13 ЗСЛБО чл. 25 ст. 1.

14 Закон о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014.



## II Дејство покретања поступка принудне ликвидације на камату

Након покретања поступка принудне ликвидације наступају одређене материјалноправне последице тог поступка. Оне се тичу како друштва за осигурање, тако и његових поверилаца. Једна од нарочито важних последица се реализује кроз законску обавезу намирења потраживања поверилаца ликвидационог дужника искључиво према правилима о поступку принудне ликвидације.<sup>15</sup> У оквиру ових правних последица, приликом примене права, као нарочито спорна се издвајају питања везана за обрачунавање уговорених и затезних камата на потраживања поверилаца друштва за осигурање. Имајући у виду да се питање обрачуна уговорених и затезних камата не регулише непосредно ЗСЛБО, на први поглед би се могло сматрати да приликом обрачуна камате сходно треба применити одредбе Закона о стечају. Тим законом је прописано да за потраживања стечајних поверилаца начелно престаје обрачун уговорених и затезних камата даном отварања стечајног поступка, а обрачун и исплата камате за период након отварања стечајног поступка може уследити само у ситуацији ако после измирења свих потраживања преостане расположивих средстава за исплату.<sup>16</sup>

Међутим, приликом одлучивања о праву на исплату камате поверилаца друштва за осигурање у поступку принудне ликвидације, треба имати у виду да се тај поступак спроводи према солвентном друштву за осигурање. То значи да друштво за осигурање, као ликвидациони дужник, има довољно средстава за намирење свих потраживања поверилаца, не само главних, већ и споредних. Управо због тога и не постоји потреба за распоређивањем потраживања поверилаца друштва за осигурање у исплатне редове. Отуда, могло би се закључити, да одредбе о престанку обрачуна камате на потраживања поверилаца, приликом покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, нису сагласне природи тог поступка. На темељу изнетих разлога би ваљало прихватити становиште да, уколико је у пријави потраживања повериоца овог ликвидационог дужника, поред главнице, опредељен и захтев за исплату затезне или уговорене камате за период почев од падања ликвидационог дужника у доцњу са испуњењем своје обавезе до исплате, приликом испитивања његове основаности а потом и исплате тог потраживања, уз

15 Д. Слијепчевић, „Ликвидација организације за осигурање“, *Правни информатор*, бр. 5/2008, 26.

16 Закон о стечају, чл. 85 ст. 1 и 3.

главни дуг, повериоцу треба исплатити и камату, обрачунату све до момента коначне исплате.

У погледу права ликвидационог дужника на остваривање камате према својим повериоцима, као нарочито спорно се у судској пракси намеће питање обрачуна камате приликом усвајања регресних захтева ликвидационог дужника као осигурача према осигураном лицу (осигуранику), које је изгубило права из осигурања по основу Закона о обавезном осигурању у саобраћају – ЗОБОС.<sup>17</sup> Наиме, ради се о ситуацијама када је услед наступања осигураног случаја друштво за осигурање као ликвидациони дужник накнадило штету оштећеном лицу, а потом захтевало регрес исплаћеног износа од осигураног лица, које је изгубило права по основу обавезног осигурања у саобраћају. Приликом разматрања питања права ликвидационог дужника на камату у односу на осигурано лице према коме опредељује регресни захтев, треба имати у виду да је у самом ЗОБОС изричито прописано да друштво за осигурање које накнади штету оштећеном лицу, „ступа у права оштећеног лица“ према лицу које је одговорно за штету а притом је изгубило права по основу обавезног осигурања у саобраћају, за износ исплаћене накнаде, потом „за камату од исплате накнаде“, као и за трошкове поступка.<sup>18</sup> Из наведеног произлази да, уколико је осигурани случај наступио након ступања на снагу ЗОБОС,<sup>19</sup> а осигурач ту штету накнади оштећеном лицу, приликом опредељивања регресног захтева осигурачу, поред главнице, припада и право на затезну камату почев од дана исплате накнаде штете оштећеном лицу до коначне исплате. Међутим, изнети став у судској пракси није у потпуности при-

---

17 Закон о обавезном осигурању у саобраћају – ЗОБОС (Сл. гласник РС, бр. 51/2009 и 78/2001), у чл. 29 ст. 1, прописује да осигурано лице губи права из осигурања у следећим случајевима: 1) ако возач није користио моторно возило у складу са његовом наменом; 2) ако возач није имао возачку дозволу за управљање моторним возилом одређене категорије, осим ако је возилом управљало лице које је кандидат за возача за време обуке за управљање возилом, уз поштовање прописа којима је та обука регулисана; 3) ако је возачу одузета возачка дозвола или је искључен из саобраћаја или му је изречена заштитна мера забране управљања моторним возилом, односно заштитна мера забране употребе иностране возачке дозволе на територији Републике Србије; 4) ако је возач управљао моторним возилом под утицајем алкохола изнад дозвољене границе, опојних дрога, односно забрањених лекова или других психоактивних супстанци; 5) ако је возач штету проузроковао намерно; 6) ако је штета настала због тога што је моторно возило било технички неисправно, а та је околност возачу возила била позната; 7) ако је возач после саобраћајне незгоде напустио место догађаја, а да није дао своје личне податке и податке о осигурању.

18 ЗОБОС, чл. 29 ст. 3.

19 ЗОБОС је ступио на снагу 12. октобра 2009. године.

хваћен. У појединим судским одлукама је пресуђено да право на исплату затезне камате осигурачу припада „почев од дана када је осигураник, као регресни обвезник, уредно позван да испуни своју обавезу“, независно од тога што је осигурани случај наступио у време важења ЗОБОС.<sup>20</sup> Тако узето становиште суда одступа од позитивног законског одређења. Следећи законску регулативу, приликом опредељивања регресног захтева, осигурачу би право на затезну камату припадало почев од дана када је осигураник уредно позван да регресира исплаћену штету, само у случају када је осигурани случај наступио пре ступања на снагу ЗОБОС.<sup>21</sup> За све штете исплаћене од стране осигурача након ступања на снагу ЗОБОС, осигурачу припада право на регрес камате „почев од дана исплате накнаде штете до коначног регресирања исплаћеног износа“.

### III Процесноправне последице покретања поступка принудне ликвидације

У расправи о спорностима поводом процесноправних последица покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, од приоритетне важности је отклонити дилему да ли у тренутку наступања правних последица принудне ликвидације долази до прекида свих судских поступака покренутих у односу на ликвидационог дужника и његову имовину. Ову дилему нарочито је продубило доминантно становиште присутно у судској пракси, да „како Законом о парничном поступку<sup>22</sup> није предвиђено да се утврђује прекид поступка у случају отварања ликвидационог поступка над друштвом за осигурање“, то парнични поступак не може бити прекинут.<sup>23</sup>

20 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2137/16 од 5. маја 2016. године. Из образложења наведене пресуде се утврђује да је, приликом опредељеног регресног захтева од стране осигурача према осигураннику одговорном за наступање осигураног случаја, о праву на затезну камату одлучено применом одредбе чл. 324 ст. 2 Закона о облигационим односима (*Сл. гласник 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).

21 З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић Петровић, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете*, Београд, 2010, 319-322. Из судске праксе: Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 5430/15 од 23. децембра 2015. године.

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

23 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2016, Београд, 2016, питање бр. 58, 63-64. Исто: решење Привредног апелационог суда Пвж. 63/2016 од 10. фебруара 2016. године. У образложењу поменутог решења наведено је: „...одредбом члана 31 ст. 1 Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, прописано је да се ради измиривања обавеза

Устаљени став судске праксе подложен је критици. Разлози за то су двојаки. Првенствено, треба имати у виду да покретању поступка принудне ликвидације друштва за осигурање уобичајено претходи доношење решења Народне банке Србије о одузимању дозволе за обављање послова осигурања. Ово решење се, по својој правној природи, може уподобити са мером надлежног органа о забрани рада.<sup>24</sup> С тим у вези, ваља поменути да је Закону о парничном поступку прописано да суд утврђује прекид поступка, између осталог, и када надлежни орган правноснажно одлучи о забрани рада правног лица.<sup>25</sup> Отуда је очигледно да није могуће прихватити становиште које заступа тврдњу да Закон о парничном поступку не прописује могућност прекида парничног поступка услед наступања правних последица покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, с обзиром да покретању овог поступка претходи доношење решења надлежног органа о забрани рада друштва за осигурање. Други разлог противљења наведеном становишту судске праксе огледа се у чињеници да се питање прекида поступка, услед принудне ликвидације друштва за осигурање, регулише сходном применом Закона о стечају.<sup>26</sup> С обзиром да се Законом о стечају изричито прописује прекид поступка у тренутку наступања правних последица отварања стечајног поступка,<sup>27</sup> то се логичном може сматрати тврдња да се и услед покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање судски поступци у односу на ликвидационог дужника прекидају по сили закона. Доношење решења о утврђивању прекида поступка је декларативно по својој правној природи.

У ситуацији када је ликвидациони дужник тужилац, поступак се наставља када ликвидациони управник (Агенција за осигурање депозита), обавести суд да преузима поступак.<sup>28</sup> Уколико је ликвидациони ду-

---

из насталих а непријављених штета, као и штета у спору, средства за исплату тих штета обезбеђују и резервишу у завршном ликвидационом билансу друштва за осигурање, у складу са правилима и критеријумима о начину обрачунавања резервисаних штета. Средства из става 1. овог члана чине саставни део ликвидационе масе. Имајући у виду наведену одредбу, потраживања која су садржана у пријавама потраживања које су одбачене као неблаговремене, намирују се под условима и на начин који је прописан чланом 31. Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање. Парнични поступак се не прекида због отварања поступка ликвидације, јер нема законског основа за такво поступање“.

24 Слично: Д. Слијепчевић, „Ликвидација друштва за осигурање“, *Правни информатор*, бр. 7-8/2006, 38.

25 ЗПП, чл. 222 ст. 1 тач. 4.

26 ЗСЛБО, чл. 25 ст. 1.

27 Закон о стечају, чл. 88.

28 Закон о стечају, чл. 89.

жник тужени, прекинути парнични поступак ће бити настављен ако је тужилац поднео благовремену и уредну пријаву потраживања, потом на испитном рочишту ликвидациони управник оспорио пријављено потраживање, тужилац закључком упућен на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања и тужилац предложио наставак петнаест<sup>29</sup> дана од дана пријема закључка.

На овом месту је вредно поменути да у примени права нарочите проблеме узрокује неусклађено деловање судова опште надлежности, приликом оцене испуњености услова за наставак прекинутих поступака у којима друштво за осигурање, као ликвидациони дужник, има својство парничне странке. Бројни су примери у оквиру којих судови опште надлежности доносе решења о наставку поступка, без обзира што претходно нису испуњени услови за такво поступање, предвиђени стечајним законом, нарочито у ситуацији када је ликвидациони дужник тужени.<sup>30</sup> Штавише, учестали су и случајеви да су наведена решења потврђивана од стране другостепених судова опште надлежности, након изјављених жалби од стране ликвидационог дужника. Такође, примећени су и случајеви у којима су судови опште надлежности предузимали одређене процесне радње у време када су поступци били у прекиду. Оваква пракса је нарочито заступљена у ситуацијама у којима су доношења решења о стварној ненадлежности и по атракцији надлежности достављани списи предмета привредним судовима, а да претходно није донето решење о наставку поступка. Важност указивања на поменуте проблеме у примени права посебно добија на значају због чињенице да, услед оваквог поступања, могу уследити несагледиве последице по сам поступак принудне ликвидације друштва за осигурање. Ови се проблеми логично рефлектују и на парничне поступке који се, по атракцији надлежности, потом спроводе пред привредним судовима.

---

29 Иако је и након доношења Закона о изменама и допунама Закона о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 83/2014) остао на снази рок од 8 (осам) дана за предлагање наставак прекинутог парничног поступка у чл. 90 ст. 1 тач. 4 Закона о стечају, очигледно је да је овај рок остао на снази услед техничке омашке, имајући у виду да је поменутим новелама стечајног закона рок за наставак прекинутог поступка ради утврђивања оспореног потраживања продужен на 15 (петнаест) дана у чл. 117 Закона о стечају.

30 Примера ради: решење Основног суда у Чачку П. 4238/2016 од 5. децембра 2016. године; решење Основног суда у Великој Плани П. 392/2016 од 17. децембра 2016. године; решење Основног суда у Лесковцу П. 3669/16 од 1. септембра 2016. године; решење Основног суда у Крушевцу П.бр. 3302/2015 од 5. новембра 2015. године; решење Основног суда у Новом Пазару П. 300/2011 од 13. октобра 2015. године.

На крају, у овом делу се као спорна у судској пракси издваја и дилема да ли се у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање, приликом подношења предлога за наставак прекинутог поступка, треба применити одредба стечајног закона којом се налаже да се уз предлог за наставак поступка мора преиначити тужба постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева. У супротном, уследило би одбацивање тужбе као недозвољене.<sup>31</sup> Дословном применом закона, свакако би се могло рећи да ова обавеза важи и при подношењу предлога за наставак прекинутог поступка према друштву за осигурање као ликвидационом дужнику из поступка принудне ликвидације. Међутим, уколико се оде корак даље од искључиво језичког тумачења, могуће је приметити да је у оквиру стечајног поступка, обавеза преиначења тужбе постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева, установљена управо у циљу поштовања правила о намирењу, у складу са утврђеним исплатним редовима. Утврђујућом пресудом се, с једне стране, омогућава повериоцу стечајног дужника да захтева од стечајног управника уврштавање свог потраживања у адекватан исплатни ред, док се с друге стране, преиначењем тужбе променом „обавезујућег тужбеног захтева“, спречава нарушавање намирења поверилаца у складу са утврђеним исплатним редовима. Исто тако, треба имати у виду да се поступак принудне ликвидације по природи ствари спроводи према дужнику који има довољно средстава за намирење потраживања свих поверилаца. У питању је дакле солвентан дужник. Све су то аргументи који иду у прилог тврдњи да у поступку принудне ликвидације није нужно преиначавати тужбу постављањем утврђујућег тужбеног захтева уместо обавезујућег. С друге стране, ипак треба имати у виду да покретањем поступка принудне ликвидације наступа забрана спровођења извршења и намирења, сходно правилима стечајног закона.<sup>32</sup> Тако би се могло поставити питање на који начин би поверилац ликвидационог дужника, који евентуално оствари успех у спору по тужби са обавезујућим тужбеним захтевом, могао наплатити своје потраживање. Логично је да би и у таквој ситуацији могао своје потраживање наплатити само у складу са правилима ликвидационог поступка. Зато је, макар зарад правне сигурности и остваривања равноправног третмана свих поверилаца ликвидационог дужника, потребно следити правила стечајног закона, на чију примену упућује ЗСЛБО.

---

31 Закон о стечају, чл. 92.

32 Закон о стечају, чл. 93.

Следствено напред наведеном, остаје отворено питање сврхе постојања обавезе преиначења тужбе, у смислу промене обавезујућег тужбеног захтева утврђујућим, с обзиром на постојање аргументације и за и против.

#### **IV Правна природа рока за подношење пријаве потраживања**

Према ЗСЛБО је прописано да решење о покретању поступка принудне ликвидације друштва за осигурање обавезно садржи рок за подношење пријава потраживања поверилаца ликвидационог дужника, који не може бити краћи од 30 нити дужи од 90 дана од дана објављивања обавештења о покретању поступка принудне ликвидације у „Службеном гласнику Републике Србије“.<sup>33</sup> Имајући у виду да ЗСЛБО упућује на сходну примену стечајног закона, који указује да су прописани рокови у стечају преклузивни,<sup>34</sup> то би се и рокови прописани за пријаву потраживања у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање могли сматрати преклузивним.

Описано становиште не би изазивало нарочите недоумице, да није у судској пракси заузет другачији став поводом овог правног питања. Наиме, према становишту судске праксе, у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање, рок за пријаву потраживања је „инструктивног“ или „информативног карактера“.<sup>35</sup> Тако и поверилац, коме је пријава потраживања у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање одбачена као неблагоприятна, има право да оствари наплату свог потраживања у поступку принудне ликвидације. Образложење наведеног става заснива се на тумачењу одредбе чл. 31 ст. 1 ЗСЛБО, тако што се изводи закључак да се у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање, поред потраживања признатих у ликвидационом поступку, „обезбеђују и резервишу у завршном ликвидационом билансу друштва за осигурање и средства за исплату настале а непријављене штете, као и штете у спору“, која чине саставни део ликвидационе масе.<sup>36</sup> Из овако заузетог становишта суда произлази тврдња да се у поступку принудне ликвидације дру-

33 ЗСЛБО, чл. 7.

34 Закон о стечају, чл. 7 ст. 2.

35 Решење Привредног апелационог суда Пж. 63/2016 од 10. фебруара 2016. године; пресуда Привредног суда у Крагујевцу П. 12/2017 од 26. јануара 2017. године.

36 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2016, Београд, 2016, питање бр. 79 и 80, 326-329.

штета за осигурање „могу идентификовати следећа потраживања: 1) потраживања која су благовремено пријављена и утврђена; 2) потраживања која су благовремено пријављена и оспорена; 3) потраживања по основу насталих, а непријављених штета и штета које су већ у спору, а која обухватају и неблаговремено пријављена потраживања (након истека рока од 120 дана до главне деобе); 4) потраживања која су пријављена након главне деобе“.<sup>37</sup> По заузетом ставу судске праксе, то даље значи да „приликом формирања ликвидационе масе, односно деобе ликвидационе деобне масе кроз главну деобу, ликвидациони управник мора да: 1) исплати потраживања која су по благовремено поднетим пријавама потраживања утврђена; 2) резервише средства за потраживања која су благовремено пријављена, а оспорена; 3) резервише средства за потраживања по основу насталих, а непријављених штета и штета у спору (која нису благовремено пријављена иако је парнични поступак у току)“.<sup>38</sup> Притом, благовремено пријављена а оспорена потраживања, као и потраживања на основу „неблаговремено поднетих пријава потраживања“, биће исплаћена „када се стекну услови или у току ликвидационог поступка или по окончању ликвидационог поступка из средстава која су резервисана за ову намену.“<sup>39</sup> Потраживања пријављена након главне деобе могу се намирити тек по окончању поступка ликвидације, и то од лица у чију корист је уплаћен ликвидациони остатак, али само до висине вредности преузете имовине.<sup>40</sup>

Уколико се овако изнето становиште суда прихвати, оправдано се може поставити питање, чему служе рокови прописани за пријављивање потраживања у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање. С друге стране, изостаје јасно образложење, зашто у овој правној ситуацији нема места сходној примени стечајног закона. Заступање става да у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање ликвидациони управник мора резервисати средства и за „настале а непријављене штете, као и штете у спору“, па, сходно томе, није од значаја чињеница да ли је поверилац уредно и благовремено пријавио потраживање у ликвидационом поступку, заслужује озбиљну полемику, макар са аспекта правне науке. Отклањању недоумица поводом овог спорног правног питања треба приступити тек након детаљне анализе одредаба чл. 31 и 32 ЗСЛБО, из

---

37 *Ibidem.*

38 *Ibidem.*

39 *Ibidem.*

40 *Ibidem.*



којих суштински произлазе готово све практичне дилеме везане за спровођење поступка принудне ликвидације друштва за осигурање.

### **V Правни третман „насталих непријављених штета“ и „штета у спору“ у поступку принудне ликвидације**

Полазећи од извесног степена алеаторности у пословању друштва за осигурање, предвиђена је законска дужност обезбеђивања одређених техничких резерви, којима се, у извесној мери, пружа гаранција за исплату потраживања услед наступања осигураног случаја. У оквиру поменутих техничких резерви, како код друштава која обављају послове животног осигурања, тако и код оних која се баве само неживотним осигурањем, између осталих, подразумевају се и тзв. резервисане штете.<sup>41</sup> Иначе, резервисане штете се образују у висини процењеног износа обавеза за настале пријављене а нерешене штете, као и „за настале непријављене штете у текућем периоду“.<sup>42</sup>

Према наведеном законском одређењу, као и у складу са приступом правне науке, под појмом „настале а непријављене штете“ (енгл. *incurred but not reported – IBNR*) подразумевају се штете које у време обрачуна тзв. обавезних техничких резерви друштва за осигурање, нису пријављене самом друштву за осигурање ради наплате.<sup>43</sup> Оне се, применом начела актуарске математике, правила струке осигурања и одговарајућих статистичких података,<sup>44</sup> обрачунавају у оквиру одређеног обрачунског периода, с обзиром да „не могу бити појединачно процењене, и не може

41 Законом о осигурању је у чл. 107 ст. 2 и 3, прописано да друштво за осигурање које обавља послове једне или више врста животних осигурања утврђује техничке резерве за: 1) преносне премије; 2) резервисане штете; 3) учешће у добити; 4) математичку резерву. Друштво за осигурање које обавља послове једне или више врста неживотних осигурања утврђује техничке резерве за: 1) преносне премије; 2) резервисане штете; 3) изравнање ризика. Сходно ст. 4 наведеног члана Закона, поменуте техничке резерве се образују коришћењем начела актуарске математике, правила струке осигурања и одговарајућих статистичких података.

42 Закон о осигурању, чл. 109 ст. 1.

43 С. Chadick, W. Campbell, F. Knox-Seith, *Comparison of Incurred But Not Reported (IBNR) Methods*, Lewis & Ellis (Actuaried & Consultants), 2009, 10-13.

44 Ближи критеријуми и начин обрачунавања техничких резерви били су регулисани Одлуком Народне банке Србије о ближим критеријумима и начину обрачунавања резервних штета (Сл. гласник РС, бр. 86/07) и Одлуком о ближим критеријумима и начину обрачунавања математичке резерве и резерве за учешће у добити (Сл. гласник РС, бр. 7/10, 93/11 и 87/12), које су престале да важе доношењем Одлуке о техничким резервама (Сл. гласник РС, бр. 42/15), коју је донела Народна банка Србије.

се поуздано знати колике ће бити на крају, али сигурно имају значајан ефекат“.<sup>45</sup> С друге стране, под „штетом у спору“ би се могла сматрати свака штета пријављена а потом и оспорена од стране самог друштва за осигурање у поступку вансудског намирања.

Поред описаног појмовног одређења наведених облика штете у оквиру осигурања, мора се имати у виду и сама законска одредба чл. 31 ст. 1 ЗСЛБО, којом је прописано да се ради измиривања обавеза насталих а непријављених штета, као и штета у спору, средства за исплату тих штета обезбеђују и резервишу „у завршном ликвидационом билансу друштва за осигурање“, у складу са правилима о критеријумима и начину обрачунавања резервисаних штета. Ова средства чине саставни део ликвидационе масе. Такође, потребно је узети у обзир и да је у чл. 32 ст. 2 ЗСЛБО прописано да потраживања која нису пријављена до дана деобе ликвидационе масе, осим потраживања за измиривање обавеза из насталих а непријављених штета, као и штета у спору, измириће се по окончању поступка ликвидације, лица у чију корист је уплаћен остатак ликвидационе масе после главне деобе, и то само до висине преузете вредности имовине.

С обзиром на изнето законско одређење, може се рећи да се отклањању дилема о правном третману „насталих а непријављених штета“, као и „штета у спору“ у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање, може двојако приступити. Ови приступи се разликују од оних утемељених у судској пракси.

Један од могућих видова тумачења овог правног третмана, полази од тврдње да је, обавеза сачињавања „завршног ликвидационог биланса“ предвиђена само у оквиру правила о спровођењу добровољне ликвидације друштва за осигурање.<sup>46</sup> Ово из разлога што се обавеза усвајања завршног ликвидационог биланса помиње само у оквиру надлежности скупштине друштва за осигурање, које се доиста везују само за поступак добровољне ликвидације. У том смислу посматрано, одредба чл. 31 ЗСЛБО се односи само на поступак добровољне, а не и на поступак принудне ликвидације друштва за осигурање. У поступку принудне ликвидације, сходном применом стечајног закона, деоба ликвидационе масе врши се спровођењем главне деобе или путем више делимичних деоба, па отуда не постоји потреба за сачињавањем „завршног ликвидационог би-

---

45 Б. Павловић, *Адекватност резервације обавеза за штете (Runn off анализа)*, 3. Доступно на: <http://brankopavlovic.rs/documentation/run%20off.pdf> (сајт посећен: 27. марта 2017. године).

46 ЗСЛБО, чл. 29 ст. 7.

ланса“ од стране ликвидационог управника. Након спровођења деобе ликвидационе масе у поступку принудне ликвидације, сходном применом стечајног закона, уследила би израда завршног рачуна од стране ликвидационог управника, у оквиру којег не би постојала обавеза резервације средстава „насталих а непријављених штета“, као и „штета у спору“. С тим у вези, у поступку принудне ликвидације не би било ни потребе предвиђати резервацију средстава на име насталих а непријављених штета, као ни штета оспорених од стране друштва за осигурање. У оквиру резервисаних средстава ликвидационе масе била би укључена само она потраживања из парница које се воде поводом оспорених потраживања у оквиру поступка принудне ликвидације. Они повериоци који нису пријавили потраживање у поступку принудне ликвидације, као и они којима је пријава потраживања одбачена као неблаговремено, по окончању тог поступка, своја потраживања могу једино наплатити подношењем тужбе против лица у чију је корист уплаћен остатак ликвидационе масе, и то само до висине вредности преузете имовине. Притом, ова се тужба може поднети најкасније у року од две године након окончања поступка ликвидације, односно ликвидационе масе у случају да се након поступка ликвидације, поступак настави над делом ликвидационе масе.<sup>47</sup>

Други могући приступ отклањању дилеме третирања „насталих а непријављених штета“, као и „штета у спору“ у оквиру поступка принудне ликвидације, полази од тога да су рокови за пријаву потраживања у овом поступку преклузивни. Тако повериоци друштва за осигурање могу наплату потраживања, доспелих до момента наступања правних последица поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, остваривати само по подношењу уредне и благовремене пријаве потраживања. Она потраживања која су доспела до момента наступања правних последица покретања ликвидационог поступка, а притом у поступку принудне ликвидације нису пријављена у оквиру законом предвиђеног преклузивног рока од 90 дана од дана објаве обавештења о покретању поступка принудне ликвидације у „Службеном гласнику Републике Србије“, могу бити остварена само из ликвидационог остатка. Ово из разлога што наведена лица не би имала својство странке у поступку принудне ликвидације, сходном применом стечајног закона.<sup>48</sup> С друге стране, правни третман потраживања која су настала након покретања поступка принудне ликвидације зависи од тога да ли су иста настала пре или после главне део-

---

47 ЗСЛБО, чл. 32.

48 Закон о стечају, чл. 51 ст. 2.

бе, као и чињенице да ли је евентуално дошло до преноса портфеља друштва за осигурање.<sup>49</sup> Тако, потраживања настала након наступања правних последица поступка принудне ликвидације, сходном применом правила о поступању према обавезама стечајне масе из стечајног закона,<sup>50</sup> а до момента главне деобе или евентуалног преноса портфеља, остварују се искључиво у оквиру поступка принудне ликвидације. Дакле, наплата ових потраживања врши се из средстава ликвидационе масе. Пасивна стварна легитимација друштва за осигурање поводом потраживања насталих након преноса портфеља зависи од садржине уговора о преносу портфеља. И на крају, она потраживања настала након главне деобе, наплаћују се само од остатка ликвидационе масе, али само до висине вредности преузете имовине.

Следствено наведеном приступу, који се можда чини најсагласнијим позитивној законској регулативи, могуће је извести закључак да су рокови за пријаву потраживања у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање преклузивни. Тако је у оквиру самог поступка принудне ликвидације могуће извршити намирење само потраживања поверилаца: 1) који су благовремено и уредно пријавили потраживања у поступку принудне ликвидације; 2) чија су благовремено пријављена потраживања оспорена од стране ликвидационог управника, а потом правноснажно утврђена у парничном поступку; 3) потраживања настала након покретања принудне ликвидације и пријављена ликвидационом дужнику ради исплате, све до момента главне деобе или евентуално до преноса портфеља (зависно од садржине уговора о преносу портфеља).

На темељу таквог тумачења би се једино могло ићи у корак правној сигурности и извесности трајања и окончања поступка принудне ликвидације друштва. Изнетим приступом се на изванредан начин дисциплинују повериоци друштва за осигурање као ликвидационог дужника, да своју заинтересованост за наплату потраживања испоље на законом предвиђени начин за остваривање свог потраживања искључиво као странке у поступку принудне ликвидације. Таквом процесном дисциплином се одређени степен алеаторности, приликом одређивања штета и њихове висине у поступку принудне ликвидације, ограничава и своди на реалне границе предвидљивости. С друге стране, оним повериоцима који нису поступили у границама процесних овлашћења и дужности током поступка принудне ликвидације остављена је могућност наплате потра-

---

49 ЗСЛБО, чл. 13.

50 Закон о стечају, чл. 104.

живања и од лица у чију корист је уплаћен остатак ликвидационе масе након главне деобе, евентуалним подношењем тужбе у року од две године по окончању поступка принудне ликвидације, али само до висине вредности преузете имовине.

На крају, може се рећи да би сваки вид другачијег тумачења правила о намирењу поверилаца у поступку принудне ликвидације захтевао промену позитивне законске регулативе. Иницијативе усмерене у том правцу свакако су пожељне, узимајући у обзир већ поменуте, као и многе друге недоречености важећег закона.

## VI Закључак

У контексту изложених спорности у примени права поводом појединих питања спровођења поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, а које су у нераскидивој вези са намирењем поверилаца у том поступку, нужно је разликовати процесна правила о добровољној (вансудској) и принудној (судској) ликвидацији друштва за осигурање. Поступак принудне ликвидације се спроводи превасходном применом правила ЗСЛБО, а у одсуству регулативе предвиђене тим законом, посеже се за сходном применом Закона о стечају.

Покретањем поступка принудне ликвидације друштва за осигурање наступају одређене материјалноправне и процесноправне последице. У погледу материјално-правних последица издвојено је питање правног третмана камате. Имајући у виду да се поступак принудне ликвидације друштва за осигурање спроводи онда када је то друштво солвентно, а притом и да се у оквиру тог поступка не примењују правила о намирењу према исплатним редовима, то се изводи закључак да одредбе о престанку обрачуна камате на потраживања поверилаца, приликом покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, нису сагласне природи тог поступка. Из тих разлога би ваљало прихватити становиште да, уколико је у пријави потраживања повериоца овог ликвидационог дужника, поред главнице, опредељен и захтев за исплату затезне или уговорене камате за период почев од падања ликвидационог дужника у доцњу са испуњењем до исплате, приликом испитивања његове основаности а потом и исплате тог потраживања, уз главни дуг, повериоцу треба исплатити и камату, обрачунату све до момента коначне исплате.

Безано за процесноправне последице, може се рећи да након покретања поступка принудне ликвидације друштва за осигурање, долази до прекида судских и управних поступака у односу на ликвидационог ду-

жника, по сили закона. Доношење решења о утврђивању прекида поступка је декларативно по својој правној природи. Правила о наставку прекинутих парничних поступака зависе од тога да ли се ликвидациони дужник налази у својству тужиоца или туженог. У примени права приметна је неусклађеност поступања судова опште надлежности, приликом оцене испуњености услова за наставак прекинутих поступака у којима друштво за осигурање, као ликвидациони дужник, има својство парничне странке. Важност указивања на поменуте проблеме у примени права посебно добија на значају због чињенице да, непримена законске процедуре о наставку прекинутог поступка принудне ликвидације, може довести до осетних последица по сам поступак принудне ликвидације друштва за осигурање. Ови се проблеми логично рефлектују и на парничне поступке који се, по атракцији надлежности, потом спроводе пред привредним судовима. У погледу расправе о процесноправним последицама које изазива поступак принудне ликвидације друштва за осигурање, могуће је указати и на постојање дилеме да ли уз подношење предлога за наставак прекинутог поступка обавезно преиначење тужбе постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева. Поводом овог правног питања постоје аргументи који иду у прилог за обавезу преиначења тужбе, као и против.

По извршеној анализи правне природе рокова за поступање у поступку принудне ликвидације друштва за осигурање, може се закључити да су ти рокови преклузивни. То значи да повериоци друштва за осигурање, као ликвидационог дужника, остварују своја потраживања у поступку принудне ликвидације само уколико имају својство странке у том поступку. Уз то, отклањањем постојећих дилема у судској пракси у погледу тумачења одредаба чл. 31 ст. 1 ЗСЛБО, нарочито у погледу тумачења појма „насталих а непријављених штета“ и „штета у спору“, стаје се на становиште да је у оквиру самог поступка принудне ликвидације могуће извршити намирење само потраживања поверилаца: 1) који су благовремено и уредно пријавили потраживања у поступку принудне ликвидације и иста су оцењена као основана у поступку принудне ликвидације; 2) чија су благовремено пријављена потраживања оспорена од стране ликвидационог управника, а потом правноснажно утврђена у парничном поступку; 3) потраживања настала након покретања принудне ликвидације и пријављена ликвидационом дужнику ради исплате, све до момента главне деобе или евентуално до преноса портфеља (зависно од садржине уговора о преносу портфеља).

Покушаји другачијег тумачења правила о намирењу поверилаца у поступку принудне ликвидације захтевао би промену позитивне законске регулативе. Иницијативе усмерене у том правцу свакако су пожељне, узимајући у обзир већ поменуте, као и многе друге недоречености важећег ЗСЛБО.

**Marko RADOVIĆ**

**PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **PAYMENT OF CREDITORS IN THE PROCESS OF FORCED LIQUIDATION OF INSURANCE COMPANY**

### **Summary**

*The main attention in this article is focused on the payment of creditors in the process of forced liquidation of the insurance company. The specifics of this process cause many dilemmas, especially in the case law. Unclear regulations on forced liquidation of insurance companies contributed to the capture of certain positions in the case law, of which, at least from the standpoint of legal theory, it is worth discussing.*

*In particular, the following are considered controversial legal issues: 1) the effect of initiating the procedure for forced liquidation on interest; 2) procedural consequences of initiating the procedure for forced liquidation of an insurance company; 3) the legal nature of the deadline for filing claims; 4) interpretation of the terms „incurred but not reported claims“ and „damages in dispute“ in the context of forced liquidation of the insurance company.*

**Key words:** forced liquidation, insurance, bankruptcy proceedings

**Милена ЧОРКАЛО, мастер права**  
**студент докторских студија Правног факултета**  
**Универзитета у Београду**

## **ПРЕДУГОВОРНА ОБАВЕЗА САВЕТОВАЊА ОСИГУРАВАЧА**

### **Резиме**

*У раду се разматра реформа процеса закључења уговора о осигурању, у смислу потребе увођења обавезе осигуравача да саветује уговорача осигурања пре закључења уговора о осигурању. Наиме, уговор о осигурању спада у уговоре по приступу, који се закључују на основу унапред припремљених услова осигурања, састављених од стране осигуравача. Уговорач осигурања је у прилици само да прихвати или не прихвати понуђене услове, чиме је његова аутономије воље знатно ограничена. Поред тога, као лаик за осигурање, он често није ни упознат са садржајем општих услова осигурања, па се често дешава да тек приликом остварења осигураног случаја он постане свестан да је пристао на уговорне одредбе које није имао у виду приликом закључења уговора и које нису одговарале његовим интересима и стварно израженој вољи. У упоредном праву се сматра да је ово последица информационе асиметрије осигуравача и уговорача осигурања и да се може решити ако се у поступку закључења уговора ова асиметрија, ако не отклони, онда барем ублажи. Српском уговорном праву осигурања је неопходна модернизација и зато се у раду критикују постојећа законске решења и даје предлог за унапређивање уговорног права осигурања, пре свега имајући у виду решења савремених европских права и права које се ствара на нивоу Европске уније.*

**Кључне речи:** *уговор о осигурању, предуговорно саветовање, Преднацрт Грађанског законика Србије, обавезе осигуравача, начело *uberrimae fidei*.*



## I Увод

Закон о облигационим односима регулише оне уговоре о осигурању који спадају у највећи број уговора о осигурању који се закључују у правном промету. Његова примена је искључена код пловидбених осигурања, као и код других осигурања на која се примењују правила о пловидбеном осигурању, код осигурања потраживања, као и код реосигурања.<sup>1</sup> Искључујући домен примене закона *ratione materiae* на ова осигурања, остаје примена Закона о облигационим односима на копнена осигурања. Мада се *implicite* може закључити према методу законског регулисања, где су императивне норме правило, а диспозитивне изузетак, да је намера законодавца била да се овај закон примењује на уговоре о осигурању где је изражена неравноправност уговорних страна и где постоји потреба за заштитом једне уговорне стране.<sup>2</sup> Слично предвиђа и Преднацрт Грађанског законика Србије, пропуштајући прилику да прецизира домен примене својих одредби на осигурања која се сматрају потрошачким.<sup>3</sup>

За уговоре о осигурању на које се примењује Закон о облигационим односима може се рећи да су типични уговори по приступу. Масовно закључење ових уговора намеће потребу стандардизације, нарочито ради брзине закључивања, јер је практично немогуће преговарати са уговорачем осигурања о свим уговорним клаузулама. Осигуравач унапред припрема опште услове осигурања, а на уговорачу осигурања је да изабере да ли жели да закључи уговор или не, и често му остаје само да попуни празнине већ припремљеног текста.<sup>4</sup> Простор за преговарање је знатно сужен, и своди се на одређивање предмета осигурања, висину осигуране суме и трајање уговора.<sup>5</sup> Зато постоји велика могућност да осигуравач, као економски јача уговорна страна, искористи свој положај и наметне

1 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 (даље у фуснотама ЗОО).

2 Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 232 (2015а).

3 Члан 1133 Преднацрта грађанског законика Србије, [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C\\_Obligacioni\\_odnosi.pdf.2014.,asp](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf.2014.,asp). 09. март 2016 (даље у тексту и фуснотама – Преднацрт ГЗ); Наташа Петровић Томић, „Заштита осигураника појединца и Преднацрт Грађанског законика Србије“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 611 (2015б). О појму потрошача услуге осигурања *вид.* Н. Петровић Томић (2015а), 110-136; Милена Чоркало, „Потрошач у праву осигурања“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2016.

4 Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 13e éd., 2011, 201.

5 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 174; Н. Петровић Томић (2015а), 95.

другој страни услове који, не само да јој не одговарају, већ и са којима не мора бити упозната.

Као посебна одлика уговора о осигурању, у поређењу са другим уговорима, истиче се да је он у односима уговорних страна уговор највећег поверења (лат. *uberime fidei*, енгл. *utmost good faith*).<sup>6</sup> Пре свега, ова особина има своје корене у осигурању поморске пловидбе и развила се из потребе заштите осигураваача у ситуацији када осигураваач преузима ризик од осигураника и мора да се поузда у информације које му доставља осигураник.<sup>7</sup> У енглеском праву је настала у судској пракси и примењивана је током XVII, XVIII и XIX века,<sup>8</sup> а кодификована је Законом о поморском осигурању (*Marine Insurance Act*) из 1906. године.<sup>9</sup>

Конкретизација овог начела извршена је у првим кодификацијама уговора о осигурању почетком XX века у циљу да се заштити осигураваач од несавесних поступака осигураника, кроз увођење низа обавеза које су имале за циљ да осигураник пријави све околности од значаја за оцену ризика. Тек касније се уводе правила којима је покушано да се успостави равнотежа осигураваача и осигураника. Почетком овог века, под великим утицајем развоја потрошачког права, уводе се правила којима се тежи да се заштити осигураник.<sup>10</sup>

6 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, 202; John Birds, *Birds' modern insurance law*, Sweet & Maxwell, London 2007, 107; John Lowry, Philip Rawlings, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, 2nd ed., Oxford and Portland, Oregon, 2005, 77; Јован Славнић, „Утицај и значај кривнице осигураника на последице повреде обавеза које има у свим врстама осигурања – поглед на савремена решења у неким европским државама и у Србији“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Палић 2016, 8; П. Шулејић, 175.

7 Керолајн Бел, „Реформа права осигурања у Великој Британији: Револуција или еволуција?“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Палић 2016, 52.

8 Сматра се да је прецедент *Carter v Boehm* (1766) 97 ER 1162, 1164 увео обавезу поступања у доброј вери. Судија Лорд Мансфилд је образложио ову обавезу на следећи начин: „Осигурање је шпекулативни уговор. Специфичне чињенице на основу којих треба да се израчуна вероватноћа, најчешће се налазе искључиво код осигураника: осигураваач верује његовој презентацији и поступа на основу уверења да осигураник није прећутао ниједну околност за коју зна да би осигураваача навео да поверује да конкретна околност не постоји... Добра вера забрањује уговорним странама да прикривају оно што знају само да би другу страну, због њеног незнања за ту чињеницу и њеног веровања у супротно, навели да закључе уговор.“ Нав. према К. Бел, 55; J. Birds, 114; J. Lowry, P. Rawlings, 78.

9 Члан 17 Закона о поморском осигурању – осигурање је посао *posao uberrimae fidei*. Уговор о поморском осигурању је уговор који се заснива на доброј вери, због чега када ту обавезу прекрши било која уговорна страна, друга може да раскине уговор. J. Lowry, P. Rawlings, 81; К. Бел, 54.

10 Н. Петровић Томић (2015а), 110; Ј. Славнић, 8-9.

Овим правилима првенствено се покушава да се отклони информационе асиметрија, која је неминовна када уговор закључују уговорне стране чије се знање о предмету уговора веома разликује. Осигуравач је трговац и професионалац. Он добро познаје карактеристике услуге коју продаје.<sup>11</sup> Уговарач осигурања није стручњак за осигурање и из незнања може закључити уговор који не разуме у потпуности и који не одговара његовим потребама.

## II Закључење уговора о осигурању као уговора по приступу

Начин закучења уговора о осигурању, као уговора по приступу, као и чињеница да је осигураник тај на коме је обавеза пријављивања свих околности од значаја за оцену ризика, доводи до тога да тек приликом испуњења обавезе осигуравача да исплати накнаду из осигурања, осигураник постане свестан да одредбе уговора не одговарају у потпуности вољи коју је испољио при закључењу уговора и да уговор није закључен према његовим потребама. Уговарач осигурања стиче увид у комплексност уговора који је потписао тек када настане осигурани случај и када доспе његово право на накнаду из осигурања.<sup>12</sup>

Законом о облигационим односима предвиђено је да, када се закључују уговори код који су општи услови одређени од стране једног уговарача, било да су део уговора или се уговор на њих позива, ти општи услови обавезују исто као и посебне погодбе утврђене међу уговорним странама. Оно што се захтева да би општи услови уговора производили дејство је да је друга страна имала могућност да се упозна са њима, без обзира да ли је то стварно и учинила, пре или после закључења уговора. Сматра се да је довољно да страна која једнострано редигује опште услове их објави на уобичајени начин, да би они обавезивали и другу страну.<sup>13</sup>

За уговор о осигурању може се рећи да представља најбољи пример уговора који се закључује с позивом на опште услове које је саставила једна уговорна страна.<sup>14</sup> Код њега је пооштрен систем закључења уговора у односу на општи систем предвиђен Законом о облигационим односима за све остале уговоре који се закључују на овај начин. Законода-

11 А. Кеглевић, „Заштита осигураника појединца код уговора о осигурању“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2013, 234.

12 Н. Петровић Томић (2015а), 95.

13 Чл. 142 ЗОО.

14 J. Birds, 101; Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, 201.

вац је и тада био свестан да је уговарачу осигурања потребна већа заштита, с обзиром на сложеност „производа“ који продаје осигуравач и да није довољно само да осигуравач објави опште услове осигурања на уобичајени начин. Поред тога што је прописана обавезна писана форма за закључење уговора о осигурању на које се примењује, као начин заштите уговарача осигурања, тражи се и да осигуравач упозори уговарача осигурања да су општи и посебни услови осигурања саставни део уговора и да му преда њихов текст, ако ти услови нису штампани на самој полиси. Даље, извршење ових обавеза мора бити констатовано на полиси.<sup>15</sup>

Овим додатним обавезама осигуравача законодавац тежи да отклони неравноправност уговорних страна, сматрајући да је довољно да се општи и посебни услови осигурања предају уговарачу осигурања да би он у потпуности схватио права и обавезе које има из уговора закљученог на овај начин. Али, и када осигуравач изврши своје законске дужности при закључењу уговора, то није гаранција да ће заиста уговарач осигурања бити упознат са њима, као што је и могуће да општи услови осигурања садрже клаузуле које нису у складу са интересима уговарача осигурања.<sup>16</sup>

Наиме, осигурање је правни производ и не постоји изван права, а услуга осигурања нематеријална и неопипљива, па је уговарач осигурања не може пре закључења уговора подрвгнути провери квалитета, као што може купац за робу које је предмет продајног уговора.<sup>17</sup> Поред тога, да би се описао производ осигурања користи се техничко-правни вокабулар. Све то доприноси чињеници да је производ осигурања комплексан и компликован за разумевање просечном потрошачу услуга осигурања и да му су му стога потребна додатна објашњења.<sup>18</sup>

Проблематично код начина закључења уговора о осигурању по Закону о облигационим односима није само то што се сматра да је предајом општих и посебних услова осигурања, упозорењем од стране осигуравача да су они саставни део уговора и констатовањем извршења ових обавеза на самој полиси уговарач осигурања упознат са њиховим садржајем. Проблематичан је и тренутак извршења ових обавеза. Уговарач осигурања је већ потписао полису и тиме закључио уговор и тек му се са полисом предају општи и посебни услови осигурања. На овај начин он није имао времена да се упозна са њиховом садржином и одлучи да ли је то

---

15 Чл. 902 ЗОО.

16 Н. Петровић Томић (2015а), 93.

17 *Ibid.*, 133.

18 *Ibid.*, 134.

стварно уговор који жели. Уговарачу осигурања ништа не значи да се упознаје са општим условима осигурања када је уговор већ закључен. Мора му се омогућити да дође у посед општих услова осигурања у тренутку када уговор још није закључен.<sup>19</sup>

Када уговарач осигурања постане свестан да је закључио уговор који није у складу са његовим потребама, а то је најчешће тек када се оствари осигурани случај и када се осигуравач позива на одредбе о искљученим штетама да би избегао своју обавезу на исплату накнаде из осигурања, може се позивати на општа правила Закона о облигационим односима о рушљивости и последицама рушљивости уговора због заблуде и преваре. Али, она су неприкладна за уговор о осигурању и потребно је увести посебна правила која ће штитити уговарача осигурања у овим случајевима.<sup>20</sup>

### III Реформа закључења уговора о осигурању у комунитарном праву

У комунитарном праву се заштита слабије уговорне стране, уопште на подручју заштите потрошача, пре свега одвија на пољу увођења предуговорне обавезе информисања. У потрошачком праву осигурања Европске уније информација је постала парадигма заштите потрошача.<sup>21</sup> Сматра се да ће потрошач донети информисану и разумну одлуку ако му се пружи све информације које су му потребне да упореди исте или сличне понуде.<sup>22</sup>

У области осигурања, другом генерацијом директива уведена је обавеза предуговорног информисања.<sup>23</sup> Директиве треће генерације даље

19 *Ibid.*, 107.

20 Јован Славнић, Слободан Јовановић, „Обавеза давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању потрошачима услуга осигурања према директивама ЕУ и законима држава чланица“, *Ревивија за право осигурања*, бр. 3/2008, 49; Roger C. Henderson, „The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law After Two Decades“, *Ohio State Law journal*, Vol. 51, 4/1990, 840.

21 Ана Кеглевић (2013), 216.

22 *Ibid.*, 215.

23 То су Директива Савета од 22.06.1988. године о усаглашавању закона и других прописа у области директног осигурања осим животног осигурања и прописивању одредби ради остваривања ефективног вршења слободе пружања услуга и измени Директиве 73/239/ЕЕЗ (88/357/ЕЕЗ), ОЈ Л 172 од 04.07.1988. године и Директива 90/619/ЕЕЗ од 08.11.1990. године о усаглашавању закона и других прописа у области директног животног осигурања ради олакшавања вршења слободе пружања услуга и измени Директиве 79/267/ЕЕЗ, ОЈ 330/50 од 29.11.1990. године. Директиве

разрађују ову обавезу, док Директива Солвентност II није унела новине на овом подручју.<sup>24</sup> Директиве не предвиђају санкцију за осигуравача који прекрши своју обавезу предуговорног информисања. То је остављено државама чланицама да пропишу приликом усклађивања свој права са комунитарним правом.

Циљеви који су се хтели постићи увођењем обавезе информисања у комунитарно право су тројаки. Прво, отклања се заблуда уговарача осигурања о лицу са којим закључује уговор, посебно ако се уговор закључује преко посредника или преко огранка осигуравача који има седиште у другој држави. Затим, давањем информација о појединим елементима уговора о осигурању, осигуранику се пружа могућност да одлучи да ли је баш то уговор којим жели бити везан. Треће, уговорач осигурања се упознаје са меродавним правом које се примењује на закључени уговор, начином на који може заштити своја права и органима којима се може обратити за случај повреде.<sup>25</sup>

Поред функције обавештавање уговарача осигурања о елементима уговора о осигурању, осигуравачева обавеза информисања има и функцију да осигуравач, ако понуђени елементи не задовољавају осигураникове потребе, понуди осигуранику неку другу полису или вишу премију за већи обим покрића, који је потребан осигуранику. Тако се омогућује да разумни осигураник узме у разматрање да ли му одговара да закључи уговор код тог осигуравача, да оцени ризик и има увид у могућност накнаде из осигурања после наступања осигураног случаја.<sup>26</sup>

Циљ увођења обавезе предуговорног информисања је увођење транспарентности поступка закључења уговора о осигурању и отклањање

---

прве, друге и треће генерације су доношене ради стварања јединственог тржишта осигурања у Европској унији и превентивно су се односиле на регулисање услова за обављање делатности осигурања, а само сегментарно на уговорно право осигурања, у мери која је потребна за остваривање циља директива – стварања јединственог тржишта осигурања. Детаљније о обавези предуговорног обавештавања у комунитарном праву *вид.* Лорис Беланић, „Хармонизација права осигурања у Европској унији с освртом на уговорно право осигурања“, *Зборник правног факултета у Загребу*, 6/2010; Н. Петровић Томић (2015а), 141-163; А. Кеглевић, *Уговорно право осигурања-обавеза обавјештавања и заштита потрошача у домаћем, европском и поредбеном праву*, Школска књига, Загреб, 2016, 37-42, 60-102.

24 Чл. 183, 184 и 1985 Директиве 2009/138/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25.11.2009. године о оснивању и обављању делатности осигурања и саосигурања (Солвентност II), ОЈ Л 335/1 од 17.12.2009. године.

25 А. Кеглевић (2013), 216-217.

26 А. Кеглевић (2016), 202,218.

информационе асиметрије на страни потрошача услуга осигурања.<sup>27</sup> Али, те информације које је осигуравач дужан да саопшти су бројне и детаљне, па се поставља питање да ли испуњење ове обавезе осигуравача стварно доприноси бољем одлучивању уговорача осигурања и његовој заштити. Многи уговорачи ове информације просто занемарују, а и ако их прочитају то не гарантује да ће донети бољу одлуку.<sup>28</sup> Уговорач осигурања најчешће није познавалац осигурања, па чисто обасипање прописаним информацијама неће утицати на његову бољу информисаност, ако он те информације на разуме, а неће их разумети без стручне помоћи. Њему је нужна стручна помоћ како би донео информисану одлуку о уговарању одговарајућег покрића.<sup>29</sup> Обимни захтеви у погледу информисања нису адекватни, јер могу да створе конфузију на страни потрошача, док на страни осигуравача доводе до повећања трошкова пословања, који ће се огледати у повећању цене осигуравајућег покрића.<sup>30</sup>

#### IV Увођење дужности саветовања

Док је предуговорна обавеза информисања осигуравача детаљно регулисана, на комунитарном нивоу не постоји обавеза осигуравача да саветује подносиоца понуде за осигурање.<sup>31</sup> Али, осигуравач је професионалац у свом послу и добро да познаје карактеристике услуге коју нуди, а често зна више о ризику од самог осигураника.<sup>32</sup> Зато би требало да провери пре закључења уговора да ли је потрошач разумео услове под којима се уговор закључује. Он има могућност да својим појашњењима и саветима допринесе разјашњењу недоумица које уговорач осигурања има приликом закључења уговора, како би му помогао у доношењу разумне одлуке.<sup>33</sup> Друштва за осигурање имају обавезу да се понашају коректно према уговорачу осигурања и да му у потпуности изнесу све чињенице

---

27 Н. Петровић Томић (2015а), 143.

28 *Ibid.*, 133-134.

29 Л. Беланић, „Обавеза информирања и саветовања потрошача услуга осигурања у еуропском праву“, *Модерно право осигурања: текућа питања и трендови*, Удружење за право осигурања Србије, Београд, 2014, 96

30 Angelo Borselli, „Cognoscat emptor: о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранику у Европи“, *Ревивија за право осигурања*, бр. 2/2012, 50.

31 А. Borselli, 45; Л. Беланић (2014), 87.

32 А. Кеглевић (2013), 167.

33 Катарина Иванчевић, „Финансијско образовање потрошача и делатност осигурања“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања*, Удружење за право осигурања Србије, Палић 2016, 236-237.

које су битне за ризик и основне карактеристике, бенефиције и друге услове предложеног покрића.<sup>34</sup>

Зато принцип *cognosceat emptor* или „нека купац зна“ треба да буде основни стандард у предуговорним односима осигураваача и уговараача осигурања.<sup>35</sup>

Из тога следи да, поред обавезе предуговорног информисања, мора постојати и предуговорна обавеза саветовања на страни осигураваача да би механизам заштите уговораача осигурања био потпун, с обзиром да је осигурање правни производ чији се садржај испољава кроз опште и посебне услове осигурања који тек мали број осигураника може да разуме.<sup>36</sup>

Принципи Европског уговорног права осигурања (*Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*) (даље: Принципи)<sup>37</sup> предвиђају обавезу предуговорног информисања уговораача осигурања: обавезују осигураваача да пре закључења уговора о осигурању достави потенцијалном уговараачу осигурања све релевантне информације о премији и осигуравајућем покрићу.<sup>38</sup> При том, тражи се да му информације доставе тако да му се остави довољно времена да размисли да ли жели да закључи уговор. Ако будући уговораач осигурања попуњава упитник који је саставио осигураваач, осигураваач има обавезу да му достави и примерак тог документа попуњеног од стране уговораача осигурања.

Али Принципи одлазе и корак даље. Осигураваачу намећу и обавезу да упозори уговараача осигурања о свим несагласностима између понуђеног покрића и захтева уговараача осигурања, који су морали бити познати осигураваачу.<sup>39</sup> Даље, он је у обавези за упозори уговараача осигура-

---

34 А. Borselli, 46.

35 *Ibid.*

36 Л. Беланић (2014), 87.

37 О Принципима европског уговорног права осигурања *вид.* А. Кеглевић (2016), 102-112.

38 Чл. 2:201 Принципа захтева да се уговараачу осигурања доставе следеће информације: назив и адресе уговорних страна, као и осигураника, корисника осигурања и заступника осигурања, предмет осигурања и покривене ризике, осигурана сума и одбици који се примјењују, износ премије и начин њеног израчунавања, доспелост, место и начин плаћања премије, време трајања уговора о осигурању и трајање покрића, право на одустанак од уговора, право које се примењује на уговор, односно предлог осигураваача о примени одређеног права, ако је избор права допуштен, начин вансудског решавања спорова, постојање гарантних фондова, односно компензационих шема.

39 Чл. 2:202 став 1 Принципа.



ња о почетку осигуравајућег покрића.<sup>40</sup> Овим се посредно уводи обавеза осигуравача да саветује будућег уговарача осигурања пре закључења уговора о осигурању, узимајући при томе у обзир потребе уговарача осигурања.<sup>41</sup> У ствари се ради о компромисном предлогу који *de facto* значи да би осигуравач требало да помогне уговарачу осигурања при избору адекватног покрића.<sup>42</sup> Осигуравачева обавеза као професионалаца, који мора да познаје садржину својих услова осигурања и методе за процену ризика, мора бити праћена обавезом уговарача осигурања да уредно и комплетно пријави све информације које су битне осигуравачу да оцени ризик и донесе одлуку да ли ће и под којим условима закључити уговор. Овим се уводи обавеза поступања у доброј вери за обе уговорне стране.<sup>43</sup>

Принципи предвиђају и адекватну санкцију за осигуравача који прекрши своје предуговорне обавезе: он је дужан да надокнади целокупну штету уговарачу осигурања насталу због пропуштања да га обавести о противречностима у покрићу и да га упозори о почетку покрића, осим ако докаже своју савесност, а уговарачу осигурања се даје право да раскине уговор у року од два месеца од сазнања да је осигуравач прекршио своје дужности. Да би остварио право на накнаду штете, осигураник треба да докаже да би, да је знао за празнину у покрићу, закључио алтернативно осигурање или да би избегао отпочињање активности изложене датом ризику, ако тај ризик није било могуће осигурати на тржишту.<sup>44</sup>

## У Обавеза предуговорног саветовања у немачком праву

У немачком праву постоји обавеза осигуравача да саветује будућег уговарача осигурања. Ову обавезу мора испунити индивидуално према сваком уговарачу осигурања пре закључења конкретног уговора. Он је дужан да, у оквиру испуњења ове обавезе, испита уговарача осигурања о његовим потребама и жељама и да му достави сву потребну документацију и податке о ризику који се осигурава.<sup>45</sup> У сврху смањења информационе преоптерећености уговарача осигурања, уговарачу који се сматра потрошачем осигуравач треба да достави и „информациони документ о производу“ (*Produktinformationsblatt*), који представља документ чији је циљ да осигураници брзо

40 Чл. 2:203 Принципа.

41 Н. Петровић Томић (2015а), 166; Л. Беланић (2014), 93.

42 Л. Беланић (2014), 93-94.

43 А. Borselli, 52; Л. Беланић (2014), 93-94; Н. Петровић Томић (2015а), 166.

44 А. Borselli, 53, Н. Петровић Томић (2015а), 166.

45 Л. Беланић, (2014), 87; А. Кеглевић (2016), 252, 258.

и једноставно провере да ли предложени уговор испуњава њихове потребе и жеље, поред општих информација о којима треба да га обавести.<sup>46</sup>

Под појмом саветовања немачки законодавац је обухватио обавезу испитивања и обавезу образлагања.<sup>47</sup> Да би постојала обавеза саветовања, мора да постоји повод за саветовање, односно да личност осигураника и његова ситуација дају повод за саветовање. Да ли постоји повод за саветовање, осигуравач утврђује испуњавањем обавезе испитивања. За испуњавање ове обавезе, потребна је сарадња осигураника, што подразумева да што јасније предочи своје жеље и потребе и обавести осигуравача о свом материјалном стању.

Испуњавањем обавезе испитивања осигуравач може извршити обавезу саветовања у ужем смислу.<sup>48</sup> С једне стране, она зависи од сложености производа осигурања, и што је тражени производ сложенији обавеза саветовања ће бити обимнија. С друге стране, осигуравач мора уважити и личне могућности уговорача осигурања да разуме предложени уговор. У складу с тим, ако је осигураник неуко лице, обавеза саветовања ће бити шири, док неће постојати ако је он стручњак за осигурање или има стручну помоћ.<sup>49</sup> Поред тога, осигуравач приликом испуњења ове обавезе мора водити рачуна и о „прикладном односу трошкова саветовања и премије“. Осигуравач мора образложити свој савет уговорачу осигурања. Како би доказао испуњење ове обавезе саветовања осигуравач има обавезу да је документује. То значи да треба сачини одговарајућу документацију из које ће се утврдити да је извршио дужност саветовања и да је пре- да уговорачу осигурања и то пре закључења уговора.<sup>50</sup>

Повреда дужности саветовања санкционисана је поништајем уговора, ако уговорач осигурања уопште не би закључио уговор такве садржине да је осигуравач испунио своју дужност или може доћи до модификовања уговора у складу са потребама осигураника, као последица лошег извршења дужности саветовања.<sup>51</sup>

---

46 А. Кеглевић (2016), 268-269.

47 Славко Ђорђевић, Дарко Самарџић, „Немачко уговорно право осигурања – структура и садржина Закона о уговорима о осигурању СР Немачке (ВВГ)“, *Немачко уговорно право осигурања са преводом закона (ВВГ)*, Београд, 2014, 57.

48 Н. Петровић Томић (2015а), 216-218.

49 *Ibid.*, 218-219.

50 С. Ђорђевић, Д. Самарџић, 57; Н. Петровић Томић (2015б), 623-624; Н. Петровић Томић (2015а), 220-222.

51 Н. Петровић Томић (2015а), 227.

## VI Стање у српском праву

У Закону о облигационим односима постоји обавеза само на страни уговарача осигурања да саопшти осигуравачу све околности везане за ризик.<sup>52</sup> Претпоставља се осигуравач не зна ништа, док уговарач осигурања мора да зна све о ризику који жели да осигура.<sup>53</sup> Иста норма је преузета и у Преднацрт ГЗ.<sup>54</sup>

Обавеза осигуравача на предуговорно информисање осигураника уведена је у српско право Законом о осигурању.<sup>55</sup> Прописан је начин пружања

---

52 Дужност пријављивања – чл. 907 ЗОО. Уговарач осигурања дужан је пријавити осигуравачу приликом закључења уговора све околности које су од значаја за оцену ризика, а које су му познате или му нису могле остати непознате.

53 Н. Петровић Томић (2015а), 78.

54 Преднацрт ГЗ, чл. 1182.

55 Закон о осигурању (*Сл. гласник РС*, бр. 139/2014) информације за уговарача осигурања пре закључења уговора о осигурању – друштво за осигурање је дужно да, пре закључења уговора о осигурању, обавести уговарача осигурања најмање о: 1) пословном имену, правној форми, седишту и адреси седишта друштва за осигурање с којим закључује уговор; 2) условима осигурања и праву које се примењује на уговор о осигурању; 3) времену важења уговора; 4) ризицима покривеним осигурањем и искључењима у вези с тим ризицима; 5) висини премије осигурања, начину плаћања премије осигурања, висини доприноса, пореза и других трошкова који се обрачунавају поред премије осигурања, као и о укупном износу плаћања; 6) праву на раскид уговора и условима за раскид, односно праву на одустанак од уговора; 7) року у коме понуда обавезује друштво за осигурање; 8) начину подношења и року прописаном за подношење одштетног захтева, односно за остваривање права по основу осигурања; 9) начину заштите његових права и интереса код друштва за осигурање; 10) називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем друштва за осигурање, као и о начину заштите његових права и интереса код тог органа. У случају закључивања уговора о животном осигурању, обавештење из става 1. овог члана, поред информација из тог става, мора да садржи и информације: 1) о основици и критеријумима за учешће у добити и начину и роковима за исплату учешћа у добити; 2) о табели откупних вредности; 3) о условима за остваривање права на капитализацију уговора и правима из таквог осигурања; 4) код осигурања везаних за јединице инвестиционих фондова – о томе ко сноси инвестициони ризик, дефиницији инвестиционих јединица за које су везане накнаде и о проспекту инвестиционог фонда, а нарочито о структури улагања; 5) о пореским прописима који се односе на животно осигурање. У случају осигурања трошкова правне заштите код избора адвоката или другог лица које има одговарајуће квалификације у складу с прописом, а ради одбране, заступања или заштите интереса осигураника у истрази или поступку – осигураник слободно бира адвоката или друго лице. Кад уговарач осигурања и осигураник нису исто лице, а реч је о колективном осигурању или осигурању које представља повезани уговор (са уговором о продаји робе или о пружању услуга између потрошача и трговца или у вези с њим) или уговор који је услов за коришћење друге финансијске услуге – друштво за осигурање је дужно да осигураника обавести о подацима из

жања предуговорних информација, како би се уговарачу осигурања дала могућност да се упозна са будућом обавезом.<sup>56</sup> Тиме је наше право достигло постојећи *aquis communitaire* права осигурања. Али, у нашем праву не постоји грађанскоправна санкција за осигуравача који не испуни ову своју дужност. Предвиђена је само јавноправна санкција, неадекватна да заштити уговарача осигурања.<sup>57</sup>

Преднацртом ГЗ, где се такође предвиђа обавеза предуговорног информисања, дато је право осигуранику (уговорачу осигурања) да писменим путем раскине уговор у року од месец дана од дана када је сазнао за неиспуњење ове обавезе осигуравача, а најкасније у року од годину дана закључења уговора о осигурању. У том случају осигураник има право на накнаду штете коју је претрпео због раскида уговора.<sup>58</sup>

Преднацрт ГЗ не иде даље у регулисању предуговорних обавеза осигуравача. Али, треба имати у виду да принцип међусобног поверења произилази из начела савесности и поштења. Он треба да се примени на обе уговорне стране приликом закључења уговора о осигурању. Он намеће обавезу предуговорног информисања како уговарачу осигурања, тако и осигуравачу,<sup>59</sup> али мора се иће даље од тога. У модерним условима може се тврдити да не постоји потреба за обавезом информисања на страни уговарача осигурања, осим обавезе да искрено одговори на питања која су му јасно постављена.<sup>60</sup> Оправдање за свеобухватну дужност информисања на страни уговорача осигурања данас више није толико евидентно.<sup>61</sup>

---

става 1. тач. од 1) до 6) и става 2. овог члана, као и да му обезбеди услове осигурања који се примењују на уговор о осигурању.

56 Чл. 84 Закона о осигурању: Садржај обавештења и начин обавештавања: Текст и садржај обавештења из чл. 82 и 83 овог закона морају бити написани прегледно и разумљиво и састављени на српском језику. Друштво за осигурање је дужно да обавештавање из чл. 82 и 83 овог закона изврши у писаној форми или на другом трајном носачу података који уговарачу осигурања, односно осигуранику омогућава да сачува податке, да тим подацима приступи и да их репродукује у неизмењеном облику у периоду који одговара сврси чувања. Све информације које друштво за осигурање саопштава потенцијалним уговарачима осигурања преко средстава јавног информисања морају бити тачне, целовите и јасне, морају се заснивати на поузданим подацима, не смеју прикривати праву сврху таквог информисања, нити на било који начин доводити у заблуду примаоце тих информација. Трошкове у вези са обавештавањем из ст. 1 и 2 овог члана сноси друштво за осигурање.

57 Члан 260 став 1 тачка 30 Закона о осигурању.

58 Чл. 1144в Преднацрта ГЗ.

59 J. Birds, 140.

60 *Ibid.*, 146.

61 *Ibid.*, 115.

## VII Закључак

Све ово указује да је српско право далеко од модерног начина регулисања закључења уговора о осигурању. Оно полази од идеје да је уговорач осигурања обично лаик за осигурање, док осигуравач стручњак у делатности коју обавља и да због тога не може имати пасивну улогу приликом закључења уговора. Не може му се више дозволити само да састави услове осигурања, које ће предати уговарачу осигурања после закључења уговора, већ мора извршити предуговорне обавезе којима ће омогућити осигуранику да добије покриће које му одговара.

Зато је потребно реформисати српско право у погледу предуговорних обавеза осигуравача и уговорача осигурања. Потребно је пренети терет одговорног лица за избор релевантних чињеница за оцену ризика са осигураника на осигуравача, јер он као стручњак за осигурање одређује услове уговора и има потребно знање и искуство да одреди које су то чињенице.<sup>62</sup>

Даље, да би отклањање уговорне неравнотеже било потпуно, кључно је да се осигуравачу уведе, поред обавезе предуговорног информисања, и обавеза предуговорног саветовања уговарача осигурања. Само тако се може осигурати да уговарач добије осигуравајуће покриће које му је потребно. У српском праву, као и у комунитарном, постоји обавеза посредника да саветују клијента.<sup>63</sup> Тиме уговарач осигурања који се закључује уговор преко посредника ужива већу заштиту од оног који се обратио директно осигуравачу.<sup>64</sup> Увођењем обавезе предуговорног саветовања на страни осигуравача би се отклонио и неједнак положај уговарача осигурања који директно закључују уговор са осигуравачем у односу на оне који су ангажовали посредника.<sup>65</sup>

Приликом регулисања обавезе саветовања, требало би узети у обзир и потребе уговарача осигурања. Јер, нема сваки уговорач осигурања

---

62 Ј. Славнић, 13. Реформом осигурања у Немачкој 2008. године је обавеза спонтаног обавештавања осигураника замењена обавезом попуњавања упитника који је саставио осигуравач. Исто је предвиђено и чл. 2:101 Принципа. И у енглеском праву се терет избора информација које су значајне за оцену ризика у потрошачким осигурањима пребацује на осигуравача. А. Кеглевић, *Уговорно право осигурања – обавеза обавјештавања и заштита потрошача у домаћем, еуропском и поредбеном праву*, 113-116, 152, 174, 224, 254, 273, 274; Н. Петровић Томић, (2015б), 615-619.

63 Чл. 94 ЗО.

64 Н. Петровић Томић (2015б), 621.

65 Чл. 94 Закона о осигурању; Н. Петровић Томић (2015а), 154-155.

за сваки уговор о осигурању потребу за саветом. Ако уговарач постави посебан захтев за саветовањем, обавеза осигуравача би требало да буде обимнија, док ако се уговор закључује на даљину или преко посредника, обавеза осигуравача би требало да буде мање обимна.<sup>66</sup>

Добар показатељ у ком правцу треба да се креће нормирање предговорних обавеза код закључења уговора о осигурању је и теорија разумних очекивања, која је прихваћена у неким државама САД. По овој теорији, уговарачева разумна очекивања се морају уважити, јер се због сопственог незнања ослања на друштво за осигурање приликом избора осигуравајућег покрића. Осигуравач треба детаљно и разумљиво да информише уговарача о условима осигурања, а посебно о искључењима и не сме да дозволи осигуранику да остане у заблуди.<sup>67</sup>

Систем осигурања не може бити поштен ако је осигураник лишен могућности да разумно учествује у његовом закључењу.<sup>68</sup> Јер, иако је могуће да разуме полису, он може очекивати покриће, јер је искључење ризика тако формулисано да се не може очекивати од разумног осигураника да га разуме.<sup>69</sup> Јер, информациона неравнотежа се може отклонити обавезом предговорног информисања, али тек обавеза саветовања отклања преговарачку неравнотежу између осигуравача и уговорача осигурања. Циљна функција обавезе предговорног информисања се може остварити само ако уз њу постоји и обавеза предговорног саветовања.<sup>70</sup>

Зато се залажемо да се у српском праву уведе обавеза предговорног саветовања на начин како је то учињено у немачком праву. Јер неопходно је да се код уговора о осигурању направи оштрија дистинкција од класичних уговора по приступу него што сад постоји. Обавеза предговорног саветовања би била кључна тачка која би значила да је осигуравач дужан да се упусти у специфичну врсту преговора са уговорачем осигурања, које нема код класичних уговора по приступу. Специфичну врсту преговора, јер има у виду јачи положај осигуравача, и зато му се намећу обавезе информисања и саветовања, које иначе не постоје у преговорима страна једнаких преговарачких моћи. Јер, само у предговорној фази се може отклонити неправност уговорних страна и омогућити угова-

---

66 A. Borselli, 52.

67 *Ibid.*, 53; R. C. Henderson, , 839.

68 C. Henderson, 853.

69 *Ibid.*, 839.

70 Н. Петровић Томић, (2015а), 205.

рачу осигурања да закључи уговор какав очекује и који задовољава његове потребе.

**Milena ČORKALO, M.A.**

**PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **INSURER'S PRECONTRACTUAL DUTY TO ADVISE**

### **Summary**

*This article is devoted to the analysis of conclusion of insurance contract in sense of discussing the necessity of introduction in Serbian law the duty of insurer to advise insured before conclusion of contract. Namely, an insurance contract is an adhesion contract, drafted by the insurer. Insured is in "take it or leave it" position, without an opportunity to negotiate about the terms of a future contract. Furthermore, insured, as a layman (nonprofessional) for insurance, often is in the position to understand general contract terms only when insured risk occur. This is a consequence of contractual asymmetry between rights and obligations between parties. Thus, the author emphasizes that introduction of insurer pre-contractual duty to advise insurer will lead to elimination of this asymmetry. Serbian insurance law needs modernization. Therefore, in the article the existing legal framework is criticized and the proposals are given for its improvement, using as a model EU Law and the law of European countries, principally German law.*

**Key words:** *insurance contract, precontractual duty of advising, Draft of Civil Code, duties of insurer, the principle of uberrimae fidei.*

**Ана МИЛАДИНОВИЋ**  
студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## САОСИГУРАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Резиме

*Институт саосигурања има позитиван утицај на развој сектора осигурања и економије сваке земље и омогућава обезбеђивање осигуравајуће заштите осигураницима од великих ризика које ни један од осигураваача са тог тржишта осигурања не би могао самостално да преузме, а без чијег покрића не би могле да се обављају одређене привредне делатности. Имајући у виду позитивне ефекте института саосигурања и чињеницу да тржиште осигурања Републике Србије спада у недовољно развијена, ауторка се определила да у свом раду анализира важећи правни оквир за примену овог института на домаћем тржишту осигурања. Такође, с обзиром да саосигурање по својој природи представља рестриктивни споразум и да су због тога, за саосигурање од значаја и прописи из области заштите конкуренције, ауторка је указала на доступне податке о реализованој пракси саосигурања у Републици Србији у периоду од 2012. до 2015. године и стању конкуренције на тржишту осигурања Републике Србије у вези са саосигурањем у наведеном периоду. Сматрамо да је целисходно законом уредити: могуће начине реализације института саосигурања, укључујући и појам, права и обавезе тзв. „водећег“ саосигураваача, институт пул-а осигурања, као и поступак закључења уговора о саосигурању.*

**Кључне речи:** *саосигурање, рестриктивни споразуми, заштита конкуренције.*

### І Појам

Саосигурање се може дефинисати као уговор који друштва за осигурање закључују у оквиру обављања делатности осигурања са уговарачем осигурања, чија је основна карактеристика да се на страни пружаоца



услуге осигурања појављује више друштава за осигурање – осигуравача који на основу свог споразума врше хоризонталну расподелу истог ризика,<sup>1</sup> који се односи на исти објект или имовински интерес истог осигураника,<sup>2</sup> за исти период осигурања, при чему се утврђује део ризика који ће носити сваки од њих, тако да збир њихових покрића не прелази осигурану вредност<sup>3</sup> и у истој сразмери се одређује део премије који припада свакоме од њих.<sup>4</sup>

Од више могућих начина реализације института саосигурања на које указују поједини домаћи аутори,<sup>5</sup> као најчешћи модели саосигурања издвајају се:

1) саосигурање путем института тзв. „водећег“ саосигуравача, које се може јавити у више облика (саосигурање уз издавање тзв. „колективне“ полисе, саосигурање уз закључење уговора о конзорцијуму и „саосигурање путем тзв. предреосигурања тј. без колективне полисе осигурања“<sup>6</sup>) и код кога „водећи“ саосигуравач, у улози заједничког пуномоћника или комисионара свих саосигуравача,<sup>7</sup> води преговоре и закључује уговор о осигурању са уговарачем осигурања, издаје полису осигурања („колективну“ у којој су наведени сви саосигуравачи у конкретном случају и означени проценти ризика које сваки од њих преузима путем саосигурања, као и део премије који по том основу припада сваком саосигуравачу или полису коју издаје самостално<sup>8</sup>), прима изјаве од уговарача осигурања, односно осигураника у вези са околностима од значаја за оцену ризика и променама тих околности, као и изјаву о наступању осигураног случаја, по правилу врши исплату накнаде из осигурања уз право регреса

1 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, 5. издање, Београд, 2005, 74.

2 Никола Николић, „Саосигурање у нашим условима“, *Осигурање у теорији и пракси*, бр. 1/91, 23; слично: Јелена Кочовић, Предраг Шулејић, *Осигурање*, Београд, 2002, 176-177.

3 Тако: П. Шулејић, 74.

4 Н. Николић, 24.

5 Видети: Н. Николић, 23-24; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, 184; Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Нарушавање конкуренције у осигурању рестриктивним споразумима“, *Право и привреда*, 7-9/2013, 16-18; Слободан Јовановић, „Вишеструко осигурање, саосигурање и реосигурање у светлу постојећих законских прописа“, *Привреда и право осигурања у транзицији – Зборник радова* (ур. Јован Славнић, Предраг Шулејић), Палић, 2004, 219.

6 Н. Николић, 23-24.

7 М. Васиљевић, 184.

8 Н. Николић, 23-24.

од осталих саосигураваача за износ који је исплатио изнад своје квоте саосигурања и др.<sup>9</sup>

2) саосигурање путем тзв. пула осигурања, код кога, саосигураваачи формирају удружење (тзв. пул осигурања) које у улози пуномоћника или комисионара свих његових чланова закључује уговоре о осигурању.<sup>10</sup>

У погледу уређења одговорности саосигураваача према осигуранику када се догоди осигурани случај указујемо на схватање према коме та обавеза може бити уређена према два принципа. Прво, обавеза саосигураваача може бити уређена на начин да сваки од њих одговара само за део ризика који је преузео на основу уговора о саосигурању и осигураник може захтевати од сваког од саосигураваача само део покрића који он носи. Други начин уређења одговорности саосигураваача је по принципу солидарне одговорности, према којој, када се догоди осигурани случај осигураник може да се обрати са захтевом за потпуну накнаду било коме од саосигураваача, при чему након исплате укупног износа штете од стране једног саосигураваача, постоји његово право регреса према осталим саосигураваачима сагласно њиховом договору о подели ризика.<sup>11</sup>

## II Законска регулатива института саосигурања у Републици Србији

У домаћем праву осигурања институт саосигурања регулисан је Законом о осигурању<sup>12</sup> и Законом о облигационим односима.<sup>13</sup>

Законом о осигурању прописани су: дефиниција појма уговора о саосигурању;<sup>14</sup> ограничења за осигуравајуће друштво да може саосигуравати само ризике из оних врста осигурања за које је добило дозволу Народне банке Србије и да не може у саосигурање примати ризике изнад самопридржаја, осим ако ризик изнад самопридржаја реосигура;<sup>15</sup> обавеза за друштво за осигурање да управља ризику тако да, између осталог, обезбеди саосигурање и реосигурање вишкова ризика изнад максималног

9 *Ibid.*

10 М. Васљевић, 184.

11 П. Шулејић, 75.

12 Закон о осигурању – ЗО, *Службени гласник РС*, бр. 139/14.

13 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, ... 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

14 ЗО, чл. 6. ст. 1.

15 ЗО, чл. 6. ст. 2. и 3.

самопридржаја;<sup>16</sup> овлашћење за Народну банку Србије да, ако утврди да друштво за осигурање не поступа у складу са правилима о управљању ризиком из члана 149. Закона о осигурању наложи друштву да обезбеди саосигурање и реосигурање вишкова ризика изнад максималног самопридржаја.<sup>17</sup>

Из одредбе члана 6. став 1. Закона о осигурању произлази законска дефиниција уговора о саосигурању, према којој уговор о саосигурању представља уговор о осигурању закључен са више друштава за осигурање која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика (саосигурање).

Према одредби члана 6. став 3. Закона о осигурању саосигуравач може примити у саосигурање ризике изнад свог самопридржаја, али ако донесе пословну одлуку да закључи уговор о саосигурању, тако преузет ризик путем саосигурања мора и да реосигура. Из формулације одредби члана 149. став 1. тачка 1) и члана 203. став 1. тачка 1) Закона о осигурању, није сасвим јасно да ли наведене одредбе значе да је осигуравајуће друштво, када жели да осигура ризик који прелази границу његовог максималног самопридржаја, дужно да прво закључи уговор о саосигурању тог ризика и да затим тако преузет ризик, зато што он прелази његов максимални самопридржај, мора и да реосигура. По схватању ауторке, из формулације наведених законских одредби произлази да је осигуравајуће друштво дужно да закључује уговор о саосигурању и уговор о реосигурању када преузима ризик који прелази његов максимални самопридржај и да за оба института у случају преузимања ризика изнад максималног самопридржаја постоји обавеза спровођења.

Имајући у виду да је законом прописана обавеза реосигурања дела ризика који је друштво за осигурање преузело изнад свог самопридржаја путем саосигурања, сматрамо да нема оправдања да се и саосигурање уреди као обавезан институт и да би осигуравајуће друштво које жели да преузме ризик изнад свог максималног самопридржаја требало да има могућност доношења слободне пословне одлуке да ли ће закључити уговор о саосигурању.

У погледу одредбе члана 6. став 3. Закона о осигурању указујемо на схватање изнето у домаћој теорији права осигурања да се овом одредбом онемогућавају друштва за осигурање да самостално и равноправно

---

16 ЗО, чл. 149. ст. 1. тач. 1).

17 ЗО, чл. 203. ст. 1. тач. 1).

врше расподелу ризика путем саосигурања и реосигурања, а што се разликује од праксе развијених тржишних земаља где друштва за осигурање самостално одлучују о међусобној расподели ризика, првенствено на основу економских критеријума.<sup>18</sup>

У вези са тумачењем и применом одредби члана 6, члана 149. став 1. тачка 1) и члана 203. став 1. тачка 1) Закона о осигурању указујемо да је Комисија за заштиту конкуренције 2015. године упутила Мишљење на Закон о осигурању Народној банци Србије, у коме је, између осталог, истакла да одредбе Закона о осигурању којима се уређује обавеза обезбеђивања саосигурања представљају разлог за забринутост Комисије са аспекта примене Закона о заштити конкуренције, с обзиром да саосигурање, као вид хоризонталне расподеле ризика, по својој суштини представља рестриктивни споразум, јер тај правни однос првенствено подразумева договор саосигураваача око услова покрића и цене осигурања и указала да начин на који је Законом о осигурању уређено саосигурање може да има за последицу елиминацију кокуренције са тржишта, што би, услед немогућности да у зависности од висине цене изаберу учесника на тржишту који пружа услуге осигурања, нанело штету потрошачима. Због тога је Комисија изнела своје мишљење да наведене одредбе треба преформулисати „у смислу утврђивања обавезе обезбеђивања реосигурања, али не и саосигурања, које Комисија препознаје као могући, али не и обавезни вид екстерног управљања ризиком.“<sup>19</sup>

У Закону о облигационим односима, у одредбама које се примењују на имовинска осигурања регулисано је саосигурање. Наиме, у одредби члана 935. Закона о облигационим односима, којом је регулисано саосигурање изричито је прописана солидарна одговорност свих осигураваача назначених у полиси осигурања који су се споразумели о заједничком сношењу и расподели ризика према осигуранику за потпуну накнаду по основу тако закљученог уговора о осигурању.<sup>20</sup>

18 Наташа Петровић Томић, „Реосигурање – суштина, домашај и значај“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2015, 88.

19 Комисија за заштиту конкуренције, Мишљење на Закон о осигурању („Службени гласник РС“, бр. 139/2014), доступно на: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2016/06/Misljenje-na-Zakon-o-osiguranju.pdf>, 15.03.2017; Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, Извештај о секторској анализи тржишта осигурања у Републици Србији у периоду од 2012-2015, октобар 2016, доступно на адреси: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2016/12/sektorska-analiza-osiguranja-preciscena-verzija.pdf>, 15.03.2017, 11.

20 ЗОО, чл. 935.

Указујемо да је одговорност осигуравача другачије уређена одредбом члана 559. Закона о трговачком бродарству.<sup>21</sup> Према наведеној одредби, ако су у уговору о осигурању који је закључен са више осигуравача означени њихови посебни удели, сваки осигуравач је дужан да накнади штету само сразмерно свом уделу.

Напомињемо да у позитивном законодавству Републике Србије није уређен институт пул осигурања и да не постоје званични подаци о евентуалном постојању и броју пулова на тржишту осигурања Републике Србије.<sup>22</sup>

### III Правна природа, битни елементи и карактеристике уговора о саосигурању у Републици Србији

Уговор о саосигурању по својој правној природи представља уговор о осигурању. Таква правна природа саосигурања одређена је одредбом члана 6. став 1. Закона о осигурању.<sup>23</sup>

С обзиром на своју правну природу, карактеристике и битни елементи уговора о саосигурању исти су као код уговора о осигурању, па се на односе између саосигуравача и осигураника примењују иста правила која важе за одговарајућу врсту осигурања.<sup>24</sup> Из тог разлога је и разумљиво што је Законом о осигурању прописано ограничење да друштво за осигурање може саосигурати само ризике из оних врста осигурања за које је то друштво добило дозволу Народне банке Србије.<sup>25</sup>

Уговор о саосигурању је уговор домаћег права, а од приступања Републике Србије Европској унији биће могуће закључивање уговора о саосигурању међународног карактера.

За разлику од уговора о осигурању, који може бити потрошачки и пословноправни,<sup>26</sup> осигураник код уговора о саосигурању је по правилу правно лице, које често на тај начин прибавља осигурање од великих ри-

21 Закон о трговачком бродарству, *Службени гласник РС*, бр. 96/15.

22 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије у Извештају о секторској анализи тржишта осигурања у Републици Србији у периоду од 2012-2015, на стр. 11. наводи да Народна банка Србије, као надзорни орган тржишта осигурања нема законску обавезу, нити посебно евидентира евентуално постојање *pool*-ова на тржишту осигурања Републике Србије

23 ЗО, чл. 6. ст.1.

24 П. Шулејић, 74.

25 ЗО, чл. 6. ст. 2.

26 Н. Петровић Томић, 82.

зика у смислу члана 255. Закона о осигурању, па је реч о уговору пословног права.

#### IV Нека ограничења саосигурања

Важећим Законом о осигурању прописана су и извесна ограничења у вези са саосигурањем. Прво ограничење се односи на врсте ризика које неко друштво за осигурање може саосигурати. Друштво за осигурање може саосигурати само ризике из оних врста осигурања за које је то друштво добило дозволу Народне банке Србије. Друго важно ограничење, о коме је већ било речи, прописано је Законом о осигурању донетим 2014. године и представља ограничење за друштво за осигурање да не може да прима у саосигурање ризике изнад самопридржаја тог друштва, осим уколико реосигура ризик изнад свог самопридржаја.<sup>27</sup>

Сматрамо да је на овом месту корисно указати на питање које се отвара у пракси саосигурања у Републици Србији, а које произлази из примене одредбе члана 935. Закона о облигационим односима. Наиме, с обзиром да је у питању императивна норма, којом је прописана солидарна одговорност свих саосигураваача који су назначени у полиси према осигуранику, и да постоји законски основ да се осигураник, након реализације ризика и наступања осигураног случаја обрати са захтевом за потпуну накнаду било ком од саосигураваача, поставља се питање како будући саосигураваачи актуарски мере ризик који је предмет саосигурања тј. да ли посматрају ризик у 100% износу или само део ризика који је дат или прихваћен у саосигурање. Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, је спровела секторску анализу стања конкуренције у сектору осигурања на тржишту Републике Србије и након спроведене анализе израдила Извештај о секторској анализи тржишта осигурања у Републици Србији у периоду од 2012-2015. године.<sup>28</sup> За потребе израде наведеног Извештаја, Комисија за заштиту конкуренције се обратила друштвима за осигурање која се баве пословима неживотних осигурања, између осталог, и са захтевом да доставе одговоре на наведено питање. Према наводи Комисије из поменутог Извештаја, „половина друштава своје обавезе по основу саосигураних ризика посматра у целости, без обзира да ли је то друштво водећи или пратећи саосигураваач, док друга половина друштава посматра само део ризика који носи сходно уговору о саосигура-

27 ЗО, чл. 6. ст. 2. и 3.

28 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, Извештај о секторској анализи тржишта осигурања у Републици Србији у периоду од 2012-2015, 47.

њу. Ипак и ова друга половина друштва свесна је постојања члана 935. Закона о облигационим односима, али сматра да прецизним и опрезним проценама партнера у саосигурању, праћењем рација штета и комбинованих рација, бирањем партнера који има поуздану политику реосигурања, контролишу ризик којем се излажу.<sup>29</sup>

По мишљењу ауторке, овакво законско решење, иако је у функцији заштите интереса осигураника и у том смислу је оправдано, не одговара природи института саосигурања, које представља поделу ризика и може дестимулисати развој саосигурања.

Указујемо да је у члану 1453. Нацрта Грађанског законика Републике Србије, у верзији од 29.5.2015. године,<sup>30</sup> предложено решење које је идентично решењу садржаном у члану 935. Закона о облигационим односима.

### **V Однос института саосигурања и правила о заштити конкуренције**

Имајући у виду да институт саосигурања представља хоризонталну поделу ризика између више осигуравача<sup>31</sup> (саосигуравача) који су учесници истог тржишта осигурања тј. њихов договор у погледу поделе конкретног ризика и премије коју уговарач осигурања плаћа за конкретно осигурање и да као такав представља рестриктивни споразум у смислу прописа којима се уређује заштита конкуренције<sup>32</sup> може се поставити питање односа института саосигурања и правила о заштити конкуренције, односно питање границе између допуштених и недопуштених уговора о саосигурању.

Повредом конкуренције у смислу члана 9. Закона о заштити конкуренције<sup>33</sup> сматрају се акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Међу актима и радњама учесника на

29 *Ibid.*, 47-48.

30 Нацрт Грађанског законика РС, верзија од 29.05.2015, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 15.03.2017.

31 П. Шулејић, 74.

32 Комисија за заштиту конкуренције, Мишљење на Закон о осигурању („Службени гласник РС“, бр. 139/2014).

33 Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Сл. гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 9.

тржишту којима је могуће извршити повреду конкуренције, у области осигурања доминирају рестриктивни споразуми.<sup>34</sup>

Рестриктивни споразуми су у нашем законодавству дефинисани као споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије. То могу бити уговори, поједине одредбе уговора, изричитих или прећутних договори, усаглашене праксе, као и одлуке 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.<sup>35</sup> Одредбом члана 10. став 3. Закона о заштити конкуренције<sup>36</sup> прописано је да су рестриктивни споразуми забрањени и ништави, осим у случајевима изузећа од забране у складу са овим законом.

Према одредби члана 11. Закона о заштити конкуренције, рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране уколико су испуњени прописани услови – 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.

Законом о заштити конкуренције<sup>37</sup> прописана је могућност појединачног изузећа од забране појединих рестриктивних споразума, на захтев учесника у рестриктивном споразуму, ако су испуњени услови прописани чланом 11. тог закона, с тим што максимални период појединачног изузећа не може бити дужи од осам година.

---

34 З. Томић, Н. Петровић Томић, 21.

35 ЗЗК, чл. 10. ст. 1. и 2.

36 ЗЗК, чл. 10. ст. 3.

37 ЗЗК, чл. 12.



Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије има задатак да врши анализу могућих последица хоризонталних споразума и да на основу процене тих последица одлучи да ли је споразум забрањен или није.<sup>38</sup>

Према подацима наведеним у Извештају Комисије за заштиту конкуренције, тржиште осигурања у Републици Србији је премрежено *ad hoc* уговорима о саосигурању и број закључених уговора о саосигурању у периоду од 2012. до 2015. године се сваке године повећавао.<sup>39</sup> У наведеном периоду закључено је скоро 500 уговора о саосигурању, а Комисији за заштиту конкуренције поднета су укупно 22 захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране. У 2012. години поднет је само један захтев за изузеће рестриктивног споразума од забране, који је одобрен. У 2013, 2014. и 2015. години поднето је по 7 захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума (укупно 21) од којих су: 2 захтева одбијена, 6 поступака је обустављено (друштва су одустала од поднетог захтева), 1 захтев је одбачен (по оцени Комисије споразум није рестриктиван) и 12 изузећа је одобрено.<sup>40</sup> У Извештају се наводи да је, у случају када друштва за осигурање нису могла самостално да испуне услове јавне набавке, Комисија захтеве одбацивала, односно да такве уговоре није посматрала као рестриктивне.<sup>41</sup> Од 147 уговора о саосигурању у 2015. години само 7 уговора поднета су на појединачно изузеће Комисији, при чему према карактеру осигурањика у свих 147 уговора, сваки четврти уговор би требало спроводити поступком јавне набавке.<sup>42</sup>

Поред могућности појединачног изузећа од забране појединих рестриктивних споразума, уколико су испуњени законом прописани услови, Законом о заштити конкуренције<sup>43</sup> прописана је и могућност изузећа од забране рестриктивног споразума који припада одређеној категорији споразума, ако су испуњени услови из члана 11. тог закона, као и други посебни услови који се односе на врсту и садржину споразума, односно дужину његовог трајања, у ком случају се такви споразуми не подносе Комисији ради изузећа. Категорије споразума и посебне услове које

38 З. Томић, Н. Петровић Томић, 24.

39 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, Извештај о секторској анализи тржишта осигурања у Републици Србији у периоду од 2012-2015, 56.

40 *Ibid.*, 52-53, 56.

41 *Ibid.*, 53.

42 *Ibid.*, 41, 56.

43 ЗЗК, чл. 13.

они треба да испуњавају да би били изузети одређује Влада Републике Србије уредбом.

На билатералном скринингу који је одржан за поглавље 8 у новембру 2014. године, Република Србија је преузела обавезу доношења до средине 2016. године посебне уредбе о групном изузећу у сектору осигурања<sup>44</sup> у циљу усклађивања са Уредбом о условима за групно изузеће од забране споразума у сектору осигурања (IBER)<sup>45</sup> која се примењује на нивоу Европске уније. Међутим, како до тога још увек није дошло, а имајући у виду да је Уредба о условима за групно изузеће од забране споразума у сектору осигурања (IBER) са којом је требало да се усагласе прописи Републике Србије престала да важи 31.03.2017. године и да ће након тога за споразуме који би на основу те Уредбе били изузети од забране, важити режим из члана 101. Уговора о функционисању Европске уније,<sup>46</sup> остаје отворено питање да ли уопште има потребе и да ли би било оправдано доношење такве уредбе у Републици Србији у наредном периоду.

## VI Закључак

На основу свега до сада изнетог закључујемо да су позитивним законским прописима уређени: дефиниција уговора о саосигурању, солидарна одговорност свих саосигураваача наведених у полиси осигурању за пун износ накнаде уколико се деси осигурани случај и обавеза управљања ризицима кроз саосигурање и реосигурање. Законом није уређена обавезна садржина тог уговора. С обзиром да је реч о правном послу који се по правилу закључује у циљу осигурања великих ризика, и да је уговарач осигурања, односно осигураник по правилу правно лице које нема положај потрошача услуга осигурања, није ни потребна његова појачана правна заштита у односу на осигураваача као професионалца у области осигурања уређивањем њихових међусобних права и обавеза нормама императивног карактера. Због тога је оправдано уређивање њихових права и обавеза сагласно начелу аутономије воље.

---

44 С. Ђорђевић, „Сарадња у области осигурања уз поштовање прописа о заштити конкуренције – жељени циљ“, 26. Сусрет осигураваача и реосигураваача, 259-260.

45 Insurance Block Exemption Regulation (IBER), Commission Regulation (EU) No 267/2010 of 24 March 2010, доступно на: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010R0267\\_26.03.2017](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010R0267_26.03.2017).

46 Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 2012/C 326/01 (ex-Article 81(1) of the Treaty Establishing the European Community (TEC)).

Ипак, може се приметити да је одредбама Закона о осигурању детаљније регулисан институт „саосигурања у Европској унији“, који се такође односи на саосигурање великих ризика из члана 255. Закона о осигурању, у односу на уговор о саосигурању који се закључује на тржишту осигурања Републике Србије, иако је примена одредаба Закона о осигурању којима је регулисан институт „саосигурања у Европској унији“ одложена до дана када Република Србија постане члан Европске уније.

Иако је реч о уговору који је по својој правној природи уговор о осигурању на који се примењују прописи којима је уређена одговарајућа врста осигурања, он се одликује и одређеним специфичностима. Због тога сматрамо да би било целисходно да се законом уреде: могући начини реализације института саосигурања, укључујући и појам, права и обавезе тзв. „водећег“ саосигуравача, институт пул-а осигурања, као и поступак закључења уговора о саосигурању. Сматрамо да би се на тај начин унапредио правни оквир за примену овог института.

Уважавајући неопходност законског регулисања обавезе управљања ризицима и обавезне расподеле ризика који прелазе максимални самопридржај осигуравача сматрамо да је потребно осигуравачима оставити слободу избора у погледу одлуке да ли ће закључити уговор о саосигурању и тако извршити хоризонталну расподелу ризика који заједнички преузимају. Имајући у виду да саосигураваачи могу путем саосигурања примити део ризика који прелази њихов максимални самопридржај и законску обавезу за друштва за осигурање да обавезе из уговора о осигурању изнад самопридржаја реосигурају, прописана је и обавеза реосигурања дела ризика преузетог путем саосигурања, као облика осигурања, уколико он прелази самопридржај неког од саосигуравача. Сматрамо да интереси осигураника не би били мање заштићени уколико би се институт саосигурања законом јасно уредио као начин добровољне хоризонталне расподеле ризика између више друштава за осигурање, с обзиром да би и тада остала обавеза за саосигуравача који путем саосигурања преузме део ризика изнад свог самопридржаја да тако преузет део ризика и реосигура, као што би обавезу реосигурања то друштво за осигурање имало и да је самостално, путем уговора о осигурању преузело део ризика који прелази његов самопридржај. Претпостављамо да је прописивање обавезног реосигурања дела ризика који је друштво за осигурање примило путем саосигурања изнад свог самопридржаја важећим Законом о осигурању било, између осталог, мотивисано и потребом заштите осигураника у смислу обезбеђивања исплате накнаде из осигурања. Сматрамо да је по-

требно прецизирати одредбе члана 149. ст. 1. тачка 1) и члана 203. став 1. тачка 1) важећег Закона о осигурању, како би се отклониле постојеће недоумице у њиховом тумачењу и примени и јасно прописало да друштва за осигурање у циљу међусобне расподеле заједнички преузетог ризика добровољно закључују уговор о саосигурању, односно да не постоји обавеза закључивања уговора о саосигурању као начин управљања ризиком. Ово би било у интересу учесника на тржишту осигурања, осигураника и Комисије за заштиту конкуренције.

Са друге стране, по мишљењу ауторке, постојала би потреба за критичком анализом законског решења којим је прописана обавеза реосигурања дела ризика који је друштво за осигурање преузело путем саосигурања изнад свог самопридржаја, чак и када би саосигурање било јасно уређено као добровољно. Ово законско решење у пракси значи да поред већ закљученог уговора о саосигурању, који одликује не тако једноставан поступак закључења, постоји и обавеза закључења уговора о реосигурању уз трошкове његовог закључења, као два одвојена правна посла. Резултат оваквог законског решења је да иако у конкретном случају постоји закључен уговор о саосигурању и извршена је хоризонтална расподела ризика између саосигураваача, фактички друштва за осигурање ризик преузет изнад свог самопридржаја изравнавају путем реосигурања, чиме не долазе до изражаја позитивни ефекти саосигурања.

Сматрамо да законодавац треба да размотри могућност уређивања института саосигурања и реосигурања као два начина расподеле ризика, при чему би осигураваачима била остављена могућност доношења слободне пословне одлуке о расподели ризика у сваком конкретном случају на један од та два начина или евентуално уз примену оба института.

**Ana Miladinović**

**PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **COINSURANCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*Coinsurance has positive impact on the development of the insurance sector and the economy of each country and it provides insurance protection to policyholders from large value risks that none of the insurers from that insurance market would be able to independently assume, without whose coverage it*

*would not be possible to perform certain economic activities. Bearing in mind the positive effects of coinsurance and the fact that the insurance market of the Republic of Serbia belongs to the group of underdeveloped ones, the author analyzes the current legal framework for the implementation of coinsurance in the domestic insurance market in this paper. Furthermore, coinsurance by its very nature constitutes a restrictive agreement and for that reason the regulations in the field of protection of competition are relevant, the author points out to the available data regarding existing practice in coinsurance in the Republic of Serbia from 2012 to 2015, as well as the state of the competition on the insurance market of Republic of Serbia related to coinsurance in the stated period. We believe that it is expedient to regulate by laws the possible models of implementing of coinsurance, including the notion, rights and obligations of the so-called „Lead“ coinsurer, insurance pool and the procedure of the concluding contracts of coinsurance.*

**Key words:** *coinsurance, restrictive agreements, protection of competition.*

*Милица ГОРАВИЦА, мастер  
судијски сарадник у Привредном суду у Београду*

## **ЗАСТАРЕЛОСТ РЕГРЕСНИХ ПОТТРАЖИВАЊА ОСИГУРАВАЧА КОД ОСИГУРАЊА ОД АУТООДГОВОРНОСТИ**

### **Резиме**

*У овом раду се обрађује материја застарелости потраживања код осигурања од аутоодговорности, конкретно застарелост регресног потраживања осигураваача који је надокнадио штету лицу које је претрпело штету у саобраћајном удесу. Циљ рада је да се сагледа које разлике постоје у погледу почетка, тока и дужине рока застарелости потраживања осигураваача према различитим лицима у зависности од околности под којима је дошло до удеса, а нарочито од својства лица које је претрпело штету удесом и питања кривице за проузроковање исте. Покушано је да се укаже на различитост института суброгације и регреса, а нарочито на њихов различити утицај на ток и дужину рока застарелости, као и да се одговори на питање правне природе регресног потраживања. Кроз поједине примере ће бити указано на значај правилног тумачења законских одредби, потребу за уједначеном судском праксом, али пре свега потребу за што прецизнијом законском регулативом у овој материји.*

**Кључне речи:** *осигурање, застарелост, суброгациони захтев, регресни захтев, судска пракса.*

### **I Регресни и суброгациони захтеви**

Иако се под појмом регреса у најширем смислу речи подразумева право неког платиоца да захтева накнаду целокупног или дела износа од лица које би било обавезно на плаћање по основу закона или неког другог правног основа, односно, иако регресна права обухватају регрес у

ужем смислу речи<sup>1</sup> и право суброгације, постоји значајна разлика између регресног и суброгационог захтева.<sup>2</sup>

Прављење разлике је битно поготово са аспекта застарелости потраживања, а имајући у виду да се у пракси, али и у правној науци, често поистовећују појмови „регрес“ и „суброгација“. Ова два правна института имају различите актере, настају под другим правним и чињеничним околностима и под различитим условима, те су они заправо два различита правна института.<sup>3</sup> Од посебног је значаја питање: коме се осигуравач може обратити захтевом по основу суброгације, а коме захтевом по основу регреса?<sup>4</sup> Код регреса, осигуравач након што исплати накнаду из осигурања, може да захтева исплату онога што је платио трећем лицу од сваког одговорног лица, те тако и од свог осигураника.<sup>5</sup> Тако, о регресу говоримо, када осигуравач исплати штету трећем лицу које је оштећено лице, а ту штету је нпр. проузроковао осигураник који је управљао моторним возилом под утицајем алкохола, те је дошло до губитка права из осигурања. Код суброгације, права осигураника који је оштећен, према трећем одговорном лицу, се преносе на осигуравача који му је исплатио ту штету. Дакле, у случају суброгације осигураник је оштећено лице, док код регреса осигураник може бити тај који је одговоран за штету.<sup>6</sup>

### 1. Суброгација као принцип имовинских осигурања<sup>7</sup>

Наступањем штетног догађаја осигураник (оштећени) има пред собом могућност истицања два захтева за накнаду причињене штете. Један захтев се заснива на тој штетној радњи, а други на уговору о осигурању.<sup>8</sup> Истовремено остваривање оба права у целини довело би до тога да оштећено лице добија више него што износи штета коју је претрпео, односно било би повређено начело обештећења, те је ово кумулирање за-

1 У даљем тексту ће за регрес у ужем смислу бити коришћена само реч „регрес“.

2 Зоран Илкић, *Специфичност обавезе накнаде штете по основу осигурања од аутоодговорности*, докторска дисертација, Београд, 2011, 369.

3 *Ibid.*

4 Слободан Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1995, 1533.

5 З. Илкић, 369.

6 С. Перовић, 1533.

7 Ово питање ће бити обрађеној само у мери потребној за разраду теме рада.

8 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 190.

брањено код имовинских осигурања.<sup>9</sup> Не постоји апсолутна забрана да се осигураник за накнаду штете обрати и осигуравачу и штетнику него се забрана кумулирања односи само на забрану да се из оба основа добије више него што износи претрпљена штета.<sup>10</sup> Из ове забране настала је потреба да се, у ситуацијама када осигураник наплатио накнаду од осигуравача, са једне стране очува начело обештећења, а са друге стране да штетник ипак одговара за последице своје одговорности.<sup>11</sup> Ова потреба је довела до правила по коме, по исплати накнаде из осигурања на осигуравача прелазе сва права осигураника (у висини исплаћене накнаде) према лицу одговорном за штету.<sup>12</sup>

Питање почетка и дужине рока застарелости потраживања осигуравача према трећем лицу одговорном за штету је регулисано Законом о облигационим односима<sup>13</sup> на тај начин што је предвиђено да застаревање потраживања које припада осигуравачу, према трећем лицу одговорном за наступање осигураног случаја, почиње тећи кад и застаревање потраживања осигураника према том лицу и навршава се у истом року.

## 2. Регрес у области осигурања од аутоодговорности

У области осигурања од аутоодговорности, регрес означава право осигуравача од одговорности за употребу моторног возила да се, након исплате накнаде штете оштећеном, обрати лицу које је проузроковало осигурани случај (или његовом осигуравачу), а ради накнаде<sup>14</sup> онога што је оштећеном платио. До овога долази било због тога што надокнађена штета није обавеза осигуравача у складу са његовим условима о обаве-

---

9 Вид. Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005, 272.

10 Наташа Петровић Томић, *Осигурање робе у међународном поморском превозу*, Београд, 2006, 62.

11 П. Шулејић, 367.

12 Одредбом члана 939. става 1. ЗОО је прописано да исплатом накнаде из осигурања прелазе на осигуравача, по самом закону, до висине исплаћене накнаде сва осигураникова права према лицу које је по ма ком основу одговорно за штету, Вид. ЗОО, чл. 939.

13 Вид. ЗОО, чл. 380. ст. 6.

14 Приликом израде овог рада ауторка је приметила да се термин „ступити у права“ користи у литератури када се говори и о институту суброгације и о институту регреса. По мишљењу ауторке овај термин треба употребљавати само када се говори о институту суброгације, јер само овде долази до ступања осигуравача у права осигураника, док код регреса нема ступања у туђу права већ се ради о самосталном праву.



зном осигурању под којима обавља ову делатност, било због тога што за причињену штету није одговоран осигураник тог осигуравача.<sup>15</sup>

Реализација регресних права у овој области има: 1) пеналну функцију, која се остварује плаћањем накнаде проузроковане штете; 2) заштитну функцију; 3) функцију обнављања средстава осигуравача; 4) овим путем треба да се отклони опасност да се осигураници не почну понашати као да им обавезно осигурање од одговорности даје право на слободно проузроковање штете у саобраћају.

Из горе наведеног може се закључити да друштво за осигурање, које је надокнадило штету, на основу уговора о обавезном осигурању од аутоодговорности или на основу закона, може имати потраживање према: 1) свом осигуранику,<sup>16</sup> 2) према другом осигуравачу и 3) према неосигураном лицу које је одговорно за саобраћајну несрећу.<sup>17</sup>

## II Регресна права осигуравача према осигуранику

Све до доношења Закона о обавезном осигурању у саобраћају<sup>18</sup> осигуравајућим организацијама било је препуштено да саме предвиде случајеве у којима ће имати право регреса према свом осигуранику. Тако је Законом о осигурању имовине и лица само било предвиђено да организација за осигурање, која је накнадила штету оштећеном лицу, ступа у његово право према лицу одговорном за штету за износ исплаћене накнаде, камату и трошкове, ако није наступила њена обавеза према условима уговора о осигурању од аутоодговорности.<sup>19</sup> Тако се тада једини законом предвиђени случај регреса односио на штете проузроковане употребом моторног возила које је користило, односно којим је управљало

15 З. Илкић, 369.

16 У овом раду ће бити обрађено само питање регресног захтева према другом осигуравачу, док питање суброгационог захтева (до ког може доћи ако осигуравач исплати свог осигураника) неће бити обрађено.

17 Овде може доћи до две ситуације. Једна настаје када осигуравач исплати свог осигураника, па има суброгациони захтев према неосигураном лицу (што није предмет овог рада, те неће бити обрађено), а друга је када осигуравач исплати треће оштећено лице, па има регресни захтев према неосигураном лицу (имајући у виду да су правне последице ове ситуације сличне са онима када долази до регреса према другом осигуравачу ни ово питање неће бити обрађено).

18 Закон о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 78/2011.

19 Вид. Закона о осигурању имовине и лица – ЗОИЛ, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99, 55/99, чл. 87. ст. 2.

лице које за то није имало овлашћење, будући да таква лица не спадају у категорију осигураних лица.<sup>20</sup> Условима осигурања, који су саставни део уговора о обавезном осигурању од аутоодговорности, били су предвиђени различити случајеви у којима осигуравачи имају право регреса. Најчешћи су били основи везани за алкохолисаност и непоседовање возачке дозволе. Регресно право осигуравача према осигуранику тако се, до недавно, правно заснивало искључиво на уговорним одредбама, којима се осигураник обавезивао да ће осигуравачу у таксативно наведеним случајевима накнадити износе који су исплаћени оштећеном лицу.<sup>21</sup>

Данас је, одредбом члана 29. став 1. ЗООС је прописано у којим ситуацијама осигурано лице губи права из осигурања,<sup>22</sup> док је ставом 2. предвиђено да губитак права из осигурања, на основу става 1. овог члана, нема утицај на право оштећеног лица на накнаду штете, а ставом 3. је прописано да друштво за осигурање које накнади штету оштећеном лицу из става 2. овог члана, ступа<sup>23</sup> у права оштећеног лица према лицу које је одговорно за штету, за износ исплаћене накнаде, камату од исплате накнаде и трошкове поступка.<sup>24</sup>

Законска формулација из става 1. овог члана је нејасна, те би се на основу исте могло закључити да је у наведеним случајевима уговор о осигурању без дејства, односно да осигуравач није дужан да исплати накнаду

---

20 Вид. ЗОИЛ, чл. 88.

21 З. Илкић, 372-374.

22 Одредбом чл. 29 ст. 1. ЗООС је прописано да осигурано лице губи права из осигурања у следећим случајевима: ако возач није користио моторно возило у складу са његовом наменом; ако возач није имао возачку дозволу за управљање моторним возилом одређене категорије, осим ако је возилом управљало лице које је кандидат за возача за време обуке за управљање возилом, уз поштовање прописа којима је та обука регулисана; ако је возачу одузета возачка дозвола или је искључен из саобраћаја или му је изречена заштитна мера забране управљања моторним возилом, односно заштитна мера забране употребе иностране возачке дозволе на територији Републике Србије; ако је возач управљао моторним возилом под утицајем алкохола изнад дозвољене границе, опојних дрога, односно забрањених лекова или других психоактивних супстанци; ако је возач штету проузроковао намерно; ако је штета настала због тога што је моторно возило било технички неисправно, а та је околност возачу возила била позната; ако је возач после саобраћајне незгоде напустио место догађаја, а да није дао своје личне податке и податке о осигурању.

23 У нормираној ситуацији осигуравач, након исплате накнаде оштећеном, има сопствено право на накнаду према осигуранику, те тако он не ступа заправо у права оштећеног. Из овог разлога ауторка овог рада сматра да би термин „ступати у права“ требало избегавати када се говори о регресним правима.

24 Вид. ЗООС, чл. 29. ст. 2 и ст. 3.

из осигурања, али већ из ставова 2. и 3. произилази да је осигуравач дужан да изврши исплату трећем оштећеном лицу, као и у сваком другом случају, али има право регреса према свом осигуранику.

Упоредивањем ранијих правних решења и ЗООС може се закључити да су случајеви губитка<sup>25</sup> права проширени у односу на ранију праксу осигуравајућих друштава.<sup>26</sup>

Из свега горе наведеног закључујемо да губитак права осигураника у наведеним ситуацијама нема утицаја на право оштећеног на накнаду штете. Осигуравач је и даље у обавези да накнади штету, али стиче право да регресира целокупни исплаћени износ накнаде оштећеном лицу, увећан за законску затезну камату, која се рачуна од исплате накнаде, и трошкове поступка.<sup>27</sup>

Када је у питању основ овог „повратног права“ осигуравача према осигуранику у правној теорији постоје различита схватања. Према становишту дела правне теорије, треба створити фикцију да су осигуравач и осигураник солидарни дужници оштећеног, те из тога извући закључак да је солидарна одговорност двојице дужника накнаде узрок повратног права једног дужника према другом. Други сматрају да се повратно право осигуравача заснива на законској суброгацији у права оштећеног, док су трећи мишљења да осигуравач своје повратно право према осигуранику изводи на основу овлашћења из уговора о осигурању. Има и мишљења да је у питању правно неосновано обогаћење уз образложење да ако осигуравач плаћа иако то не би морао на основу уговора, а осигураник не плаћа а требало би, онда се осигураник неосновано обогатио за плаћени износ.<sup>28</sup>

Ауторка овог рада је мишљења да осигуравач своје право на регрес од осигураника (у случају када је осигураник изгубио покриће из осигурања, а осигуравач накнадио штету оштећеном) изводи из одредби

---

25 Треба правити разлику између губитка права и искључења ризика. Док је код губитка права остварен ризик који је обухваћен осигурањем (осигураник већ настало право губи јер трпи санкцију), код искључења ризика догађај који је наступио није уопште обухваћен осигурањем, јер је осигуравач, процењујући такве догађаје као исувише велики ризик, унапред искључио њихово покриће. Детаљније: П. Шулејић, 294.

26 Осим тога, Закон не одређује која је то граница алкохолисаности изнад које се активира одговорност осигураника (уловима осигурања обично се прихвата граница за прекршајну одговорност).

27 Вид. Одлука Врховног суда Србије, Рев. бр. 175/1990, у архиви ауторске рада.

28 Детаљније: С. Огњановић, *Осигурање од одговорности за штете причињенне моторним возилом*, Рарисоор, Београд, 2003, 103-105.

уговора о осигурању од аутоодговорности, као и из одредбе члана 29. ЗО-ОС.

Одредбом члана 13. став 1. Директиве Европског парламента и Савета 2009/103/ЕС од 16.09.2009. године,<sup>29</sup> која носи наслов „Клаузуле о искључењу“ регулисана су три случаја интерног искључења са забраном истицања приговора оштећеном као и један случај „правог искључења“ из осигурања. Та три<sup>30</sup> наведена случаја представљају случајеве губитка права из осигурања (уз један изузетак, када осигуравач може одбити да надокнади штету трећем оштећеном лицу), јер не делују према трећем оштећеном лицу и осигуравач тада има забрану истицања приговора оштећеном. Ова одредба предвиђа и да се оштећеном не могу истаћи приговори, који се могу истаћи осигуранику због непридржавања уговорних или законских одредби са последицом губитка права осигураника према осигуравачу и стицање регресног или повратног права осигуравача према осигуранику након накнаде штете трећем оштећеном лицу.

### **1. Застарелост регресног права осигуравача према осигуранику**

Као што је већ речено када осигуравач има потраживање према осигуранику с којим је закључио уговор о обавезном осигурању, а који је одговорно лице, тада застарелост овог његовог потраживања има свој основ у том уговору. Наиме, код регресних захтева који су дефинисани уговорним одредбама, ради се о томе да услови осигурања осигуравача предвиђају ситуације када осигураник губи права из осигурања. Када је осигураник одговоран за штету причињену трећем лицу, при чему је остварен неки од услова услед кога долази до губитка права из уговора, те како је ЗООС-у предвиђено да осигуравач не може трећем оштећеном лицу истицати приговоре које има према осигуранику,<sup>31</sup> тачније, како осигуравач има сопствену законску обавезу исплате накнаде оштећеном,

29 Directive 2009/103/EC of the European parliament and of the Council of 16 September 2009, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1452450951612&uri=CELEX:32009L0103>, 06.02.2017. године.

30 То су следећа три случаја: 1) ако је штету проузроковао возач који је неовлашћено управљао возилом, осим (изузетак) у случају када сапутник добровољно уђе у возило којим је проузрокована штета, а којим је управљао неовлашћени возач, под условом ако осигуравач докаже да је та околност сапутнику била позната – тада искључење делује и према оштећеном; 2) ако возач нема одговарајућу возачку дозволу; 3) ако је штета настала због тога што је моторно возило било технички неисправно.

31 Вид. ЗООС, чл. 28. ст. 1.

осигуравач у моменту накнаде штете оштећеном стиче право регреса према свом осигуранику.<sup>32</sup>

Дакле регресно потраживање осигуравача према свом осигуранику, који је изгубио права на осигуравајуће покриће, је потраживање из уговора о осигурању које застарева у року од три године од дана када је осигуравач исплатио накнаду штете трећем оштећеном лицу.<sup>33</sup> Код регреса осигуравач исплаћује туђ дуг и моментом исплате штете трећем лицу стиче право повраћаја онога што је за осигураника платио.<sup>34</sup>

Ово становиште заузео је и Уставни суд у Одлуци Уж бр. 1930/2013 од 25.06.2015. године, у чијем образложењу је наведено: „Наиме, уговором о осигурању од аутоодговорности осигуравач се обавезује да накнади штету коју његов осигураник причини трећем лицу употребом осигураног возила. На ову одговорност се примењују одредбе члана 178. ЗОО, из којих произлази да... општим условима осигурања од аутоодговорности, који чине саставни део конкретног уговора о осигурању, чланом 4., је било предвиђено да осигураник губи права из осигурања ако је у тренутку саобраћајне незгоде био под утицајем алкохола... те осигуравач који је накнадио штету оштећеном трећем лицу, има право да се за исплаћену одштету регресира од осигураника. Дакле, овде се ради о одговорности осигураника према свом осигуравачу, која је стипулисана уговором о осигурању од аутоодговорности под наведеним условима, те она за свој основ има уговор, а не деликтну радњу осигураника из које је проистекла обавеза на накнаду штете оштећеном лицу. Стога регресно потраживање осигуравача представља потраживање из уговора о осигурању на које се примењује рок застарелости из члана 380. став 3. ЗОО, према коме сва потраживања осигуравача из уговора о осигурању застаревају за три године. Према схватањима у правној доктрини, као и ставовима заузетим у судској пракси, рок застарелости регресног потраживања осигуравача почиње да тече од дана у коме је осигуравач обештетио оштећеног. Осим тога, по схватању Уставног суда, у овом случају се не би могла применити одредба члана 939. став 1. ЗОО... јер... у случају суброгације

32 У одредби члнa 28. ст. 2. ЗООС се користи термин „ступа“ иако се не ради о суброгацији.

33 Вид. ЗОО, чл. 380. ст. 3.

34 П. Шулејић, „Застарелост потраживања из правних односа осигурања као предмет законског регулисања“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 2/2009, 21.

осигураник је оштећено лице, а код регреса осигураник је одговоран за штету<sup>35</sup>.

Немачким Законом о уговорима о осигурању предвиђено је да, у ситуацији када је осигуравач од одговорности исплатио накнаду трећем оштећеном лицу иако на то није био обавезан, долази до законске суброгације, односно на њега прелазе права која треће оштећено лице има према осигуранику који је проузроковао штету. Дакле, према немачком праву, осигуравач нема сопствено право према свом осигуранику, већ ступа у права лица које је обештетио.<sup>36</sup>

### III Регресна права осигуравача према другом осигуравачу

Најчешћи основ за регрес једног осигуравача према другом су ситуације када су два осигуравача обавезна на солидарну накнаду штете према трећем лицу (чак и када постоји одговорност само једног возача), те затим осигуравач, који је исплатио целокупну накнаду оштећеном лицу, регресно потражује од другог осигуравача износ у висини кривиче његовог осигураника.

До напред наведене ситуације долази јер је одредбом члана 178. ст. 4. ЗОО<sup>37</sup> предвиђена солидарна објективна одговорност ималаца моторних возила према трећим лицима. Оваква одговорност је од утицаја на осигурање из разлога што оштећени има права да тражи накнаду укупне штете од било ког осигуравача код кога је осигурано било које од лица која су учествовала у удесу.<sup>38</sup>

Солидарна одговорност више лица за исту штету и право сваког од њих на регрес према осталима, практично су постали нераздвојна целина у поступку ликвидирања штета насталих у саобраћају.<sup>39</sup> Солидарни дужник који је оштећеном исплатио цео или одређени део штете, може од сваког од садужника да затражи накнаду износа штете који пада на њега.<sup>40</sup> Како су у највећем броју случајева власници моторних возила, чијом је употребом дошло до саобраћајне несреће, осигурани од аутоодго-

35 Вид. Одлука Уставног суда Уж бр. 1930/2013 од 25.06.2015. године, објављена у „Сл. гласнику РС“, бр. 65/2015 од 24.07.2015. године.

36 Вид. Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 23. November 2007. (BGBl. I S.2631), Par. 117.

37 Вид. чл. 178. ст. 4. ЗОО.

38 П. Шулејић (2005), 428.

39 Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 762, према: З. Илкић, 380.

40 Вид. ЗОО, чл. 208. ст. 1.

ворности, те ако су осигурани код различитих друштва за осигурање, осигуравачи по основу закључених полиса солидарно одговарају за проузроковану штету трећим оштећеним лицима.

Дакле, уколико је осигуравач, услед наведених правила, оштећеном исплатио износ, на име накнаде штете, који је већи него што би требало, имајући у виду степен одговорности његовог осигураника за незгоду,<sup>41</sup> има право регреса од другог учесника у удесу, односно од његовог осигуравача од одговорности, за прекомерни износ накнаде оштећеном лицу.<sup>42</sup>

### **1. Застарелост регресног права једног осигуравача према другом осигуравачу**

У ситуацијама када један од осигуравача, по основу, нпр. каско осигурања, исплати свом осигуранику накнаду штете, за чије проузроковање постоји одговорност осигураника другог осигуравача, први осигуравач се, у смислу одредбе члана 939. став 1. ЗОО, суброгира у права свог осигураника (оштећеног) према одговорном лицу (односно његовом осигуравачу), те се на застарелост оваквог његовог потраживања примењује одредба члана 380. став 6. односно застаревање оваквог његовог потраживања почиње тећи и навршава се у истом року када и потраживање његовог осигураника према одговорном лицу. Као што се види у претходно описаној ситуацији уствари долази до суброгације и нема регреса у ужем смислу речи.<sup>43</sup> За разлику од овога, у ситуацији када су у саобраћајном удесу учествовала возила осигурана код више различитих осигуравача, а оштећено је треће лице,<sup>44</sup> оштећени може, у смислу одредбе члана

---

41 Основно правило је, да се штета међу солидарним дужницима дели према уделима у проузроковању исте, имајући у виду: 1) колико је понашање сваког од њих допринело настанку штете (објективни критеријум) и 2) колика је тежина кривице сваког од штетника (субјективни критеријум). Дефинитивно сношење штете (или једног њеног дела) заснива се на доказаној кривици сваког од штетника и доказаној узрочној вези између понашања сваког од штетника и саме штете, као последице тог понашања. Вид. ЗОО, чл. 208 ст. 2.

42 З.Илкић, 381.

43 Имајући у виду да је тема рада застарелост регресних потраживања у ужем смислу, питање застарелости суброгационог захтева осигуравача неће бити детаљније обрађено.

44 Закон о обавезном осигурању у саобраћају је, одредбом члана 21, предвидео која се лица не могу сматрати трећим оштећеним лицима, те је тако прописано да право на накнаду штете, по основу осигурања од аутоодговорности, нема: власник моторног возила чијом му је употребом причињена штета, за штете на стварима; возач моторног возила чијом му је употребом причињена штета; лице које је својевољно ушло у моторно возило чијом му је употребом причињена штета, а које је знало да је то возило противправно одузето; лице које

178. став 4. ЗОО, као и одредбе члана 24. став 1. ЗООС,<sup>45</sup> тражити накнаду од било ког осигуравача код кога је осигуран било који од возача учесника у удесу. Након што је осигуравач (коме се оштећени обратио за накнаду) исплатио ову накнаду он, у смислу одредбе члана 24. став 6. ЗООС,<sup>46</sup> има право регреса од осталих осигуравача. У оваквој ситуацији се не ради о суброгацији, односно осигуравач који је исплатио оштећеног не ступа у његова права према осигуравачима лица која су одговорна за штету, већ је основ његовог потраживања накнада штете коју је он претрпео, јер је оштећеном исплатио више него што је требало, имајући у виду степен одговорности свог осигураника за незгоду.<sup>47</sup>

Ако заузмемо став да потраживања једног осигуравача према другом има природу накнаде штете онда се даље може закључити да то потраживање застарева у року од три године, док рок застарелости почиње да тече дана када је осигуравач исплатио треће оштећено лице, јер је тада за њега штета настала.

Анализирајући судску праксу примећујемо да постоје и другачији ставови. Тако је једном пресудом Привредног апелационог суда,<sup>48</sup> којом је потврђена првостепена пресуда којом је одбијен тужбени захтев осигуравача Х против осигуравача У, због застарелости потраживања. Тужбени захтев је одбијен применом члана 380. став 6. ЗОО, а у вези чланова 897 и 939. став 1. ЗОО, иако у конкретном случају оштећени није био истовремено и тужиочев осигураник. Наиме, у доказном поступку првостепени суд је утврдио да се дана 3.12.2009. године догодила саобраћајна незгода, коју је проузроковао возач, који је управљао моторним возилом

---

је штету претрпело: употребом моторног возила за време званично одобрених ауто-мото и картинг такмичења и делова тих такмичења на затвореним стазама, на којима је циљ постизање максималне брзине, као и на пробама (тренингу) за та такмичења, услед дејства нуклеарне енергије током превоза нуклеарног материјала, односно услед дејства опасног терета током његовог транспорта, услед војних операција, војних маневара, побуна или терористичких акција, ако постоји узрочна веза између тих дејстава и настале штете.

45 Одредбом члана 24. став 1. је предвиђено да потраживање по основу осигурања од аутоодговорности оштећено лице остварује подношењем одштетног захтева непосредно друштву за осигурање.

46 Одредбом члана 24. став 6. ЗООС је прописано да у случају накнаде штете друштво за осигурање које је исплатило штету има право на регрес од друштва за осигурање чији је осигураник одговоран за штету.

47 Милица Горавица, *Застарелост – разграничење суброгације и накнаде штете*, мастер рад (необјављен), Београд, 2016, 62-63.

48 Вид. Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 3761/13 од 24.04.2014. године, у архиви ауторке рада.



које је било осигурано код туженог (осигуравача Y), тако што је исти својим возилом налетео на возило које је било осигурано од аутоодговорности код тужиоца (осигуравача X). У овој незгоди, путник у возилу осигураном код тужиоца, претрпео је нематеријалну штету, па му је тужилац, као трећем оштећеном лицу, а на основу вансудског поравнања, дана 11.02.2010. године, исплатио одређени новчани износ. Тужилац је постављеним тужбеним захтевом од туженог захтевао регрес овако исплаћеног новчаног износа, а суд је постављени тужбени захтев одбио због застарелости, јер је тужба поднета 22.01.2013. године. При томе је суд као почетак тока застарелости узео дан 13.01.2010. године, а то је дан када је оштећени путник тужиоцу поднео захтев за накнаду нематеријалне штете. У образложењу поменути одлуке суд наводи да је у смислу члана 380. став 6. ЗОО застаревање потраживања које припада тужиоцу према трећем лицу одговорном за наступање осигураног случаја (а тиме и према осигуравачу из обавезног осигурања)<sup>49</sup> почело тећи када и застаревање потраживање осигураника према том лицу. Другостепени суд образлаже да се жалбом погрешно указује на неправилну примену наведене одредбе члана 380. став 6. ЗОО на конкретни случај. Наведено становиште образлаже се применом одредби члана 897. и 939. став 1. ЗОО, тако што се образлаже да је тужилац утужени износ исплатио трећем лицу по основу својих обавеза из закљученог уговора о осигурању од одговорности, те да су исплатом наведене накнаде на њега по сили закона прешла сва права према лицу које по ма ком основу одговара за штету.

По становишту ауторке овог рада у конкретном случају нису били испуњени услови за примену члана 939. став 1. ЗОО, па самим тим ни члана 380. став 6. ЗОО, стога што тужилац исплату утуженог износа није извршио свом осигуранику, већ трећем оштећеном лицу. Наиме, горе поменути чланови ЗОО говоре о ступању осигуравача у права осигураника (чл. 939), односно о изједначавању почетка тока и дужине рока застаревања потраживања осигуравача са почетком тока и дужине рока потраживања осигураника, према трећем лицу одговорном за наступање осигураног случаја (члам 380. став 6).

Тужилац је, као осигуравач једног од учесника у саобраћајном удесу, имао законску обавезу<sup>50</sup> да оштећеном путнику као трећем лицу, исплати утужени износ, те је исплатом наведене суме, а у смислу члана 208. ЗОО и члана 24. став 6. ЗООС, стекао право регреса према туженом.

49 Наведено у загради је коментар ауторке овог рада.

50 Вид. чл. 178. ст. 4. ЗОО и чл. 24. ЗООС.

Како је у конкретном случају осигураник туженог био тај који је скривио удес, то је тужилац имао права на регрес целокупног исплаћеног износа, а наведена исплата за њега представља штету, која му је проузрокована кривицом осигураника туженог. Наведена штета за тужиоца је настала моментом исплате трећем оштећеном лицу, па је рок застарелости утуженог потраживања почео да тече првог дана након дана исплате, а то је у конкретном случају био 12.02.2010. године. Обзиром да је тужба поднета 22.01.2013. године произлази да утужено потраживање није било застарело, јер се радило о регресном, а не о суброгационом потраживању.<sup>51</sup>

#### IV Закључак

Значај јасног разграничења института регреса и института суброгације је велики из разлога што ово разграничење има директне последице на то које ће одредбе о застарелости потраживања бити примењене, те самим тим и да ли ће бити донета правилна судска одлука.

Практично говорећи, треба правити разлику између ситуација када осигуравач који је надокнадио штету оштећеном, који је његов осигураник, ступа у његова права према штетнику, па и у започети ток застарелости, од ситуације када осигуравач, исплатом штете трећем оштећеном лицу, стиче сопствено право на накнаду исте (било према свом осигуранику у случају када је дошло до губитка права из осигурања од одговорности, било према другом осигуравачу, услед примене правила о солидарним дужницима), у којој ситуацији застарелост почиње да тече од момента исплате. У првом случају осигуравач своја права извлачи из права осигураника, ступа у његова права, док се у другом случају ради о изворном праву. Дакле, регрес је посебан институт облигационог права који се, у области осигурања, јавља или код односа у којем постоји више солидарних дужника или приликом исплате штете почињене од стране осигураника који је изгубио право из осигурања, а представља процес коначне расподеле терета накнаде штете.

Регресни захтев осигуравача према свом осигуранику, који је изгубио права на осигуравајуће покриће се заснива на уговору о осигурању и рок застарелости таквог потраживања износи три године, а застарелост

---

51 Горе наведени пример указује на потребу прављења јасне разлике између застарелости регресног потраживања, које има правну природу накнаде штете и застарелости потраживања када је дошло до суброгације.

почиње да тече од дана када је осигуравач исплатио накнаду штете трећем оштећеном лицу.

У ситуацији када је више осигуравача солидарно одговорно према трећем оштећеном лицу, онај од њих који изврши исплату има право регреса од осталих осигуравача, и тада не долази до суброгације у права оштећеног. Ово из разлога што је обавеза осигуравача на исплату накнаде трећем оштећеном лицу његова сопствена обавеза, која произлази из Законом о обавезном осигурању у саобраћају, али и Закона о обигационим односима, и чијим испуњењем осигуравач стиче право да се регресира од лица које је одговорно за штету. Дакле, осигуравач нити ступа у обавезе свог осигураника нити у права трећег оштећеног лица и рок застарелости почиње да тече од дана када је осигуравач исплатио накнаду трећем оштећеном лицу, јер је тада за њега штета настала.

Строго језичко тумачење термина „ступати у права“ који користи ЗООС може нас навести да мислимо да је у претходно описаним ситуацијама реч о суброгацији, а не регресу. Због тога имамо различиту судску праксу, једни мисле да је реч о суброгацији, тј. да осигуравач има изведено право, док други мисле да је реч о регресу, тј. да је право осигуравача оригинарно и да има правну природу накнаде штете.

Логичким и циљним тумачењем законских норми закључујемо да је обавеза осигуравача на исплату накнаде трећем оштећеном лицу, у описаним ситуацијама, његова сопствена законска обавеза, чијим испуњењем осигуравач стиче право да се регресира од лица које је одговорно за штету, односно од његовог осигуравача, односно да осигуравач не ступа у обавезе свог осигураника нити у права трећег оштећеног лица, већ је његово регресно право оригинарне природе, те је и одредбе ЗООС потребно тумачити у том смислу.

**Milica GORAVICA, M.A.**

**judge associate in Commercial court in Belgrade**

## **THE STATUTE OF LIMITATIONS ON THE REGRESSION CLAIMS OF AN INSURER IN TPL AUTOMOBILE INSURANCE**

### **Summary**

*The article focuses on the statute of limitations on the TPL automobile insurance claims, more specifically, the article is concerned with the statute of li-*

*mitations on regression claims of an insurer that covered the damages that the third-party sustained in a car accident. The purpose is to identify and observe the differences in terms of the beginning, course and duration of the statute of limitations on regression claims of an insurer against different parties depending on the circumstances that had led to the accident, and in particular depending on the characteristics of the third-party that sustained damage as a consequence of the accident as well as on who was at fault. The difference between subrogation and regression, and the way these two instruments affect the course and duration of the statute of limitations is also taken into account. Legal nature of regression claim is also one of the focal points of this article. Furthermore, examples are provided that highlight the importance of an accurate interpretation of the legal provisions, the need for a uniform court practice and, most importantly, the need for precise legal regulations which would govern this matter.*

**Key words:** *insurance, statute of limitations, subrogation claim, regression claim, court practice.*

Љубица ОСТОЈИЋ\*

студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## ОВЛАШЋЕЊА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ КОД ПРЕНОСА ПОРТФЕЉА ОСИГУРАЊА И ЗАШТИТА ПРАВА ОСИГУРАНИКА

### Резиме

Чланак анализира овлашћења Народне банке Србије у вези са преносом портфеља осигурања и правила која се односе на заштиту осигураника. Како је сагласност Народне банке Србије неопходан услов за трансфер, први део рада бави се утврђивањем поступка давања сагласности и преиспитивања одредаба важећег закона. Сматрамо да ће у будућности доћи до одређених консолидација на тржишту осигурања, која ће подразумевати и пренос портфеља, а чиме ће се створити предуслови за здравију конкуренцију. Анализиране су измене правила о општим условима пословања осигуравајућих друштва у случају преноса. Ауторка износи аргументе у прилог томе да осигураник у случају преноса портфеља, мора остваривати сва права која је имао и код претходног осигуравача. Посебна пажња посвећена је раскиду уговора о осигурању живота, с обзиром на то да пренос портфеља у том случају представља важну операцију. Код уговора о осигурању живота раскид уговора уобичајено подразумева, осим права на повраћај вишка уплаћене премије осигурања (математичке резерве), и право на откуп полисе према табели откупних вредности наведеној на полиси.

**Кључне речи:** друштво осигурања, пренос портфеља, заштита осигураника, измене општих услова осигурања, раскид уговора.

---

\* Ауторка је мастер права из уже научне области јавне финансије и финансијско право и ради у Народној банци Србије, [ljubica.ostojic@gmail.com](mailto:ljubica.ostojic@gmail.com). Мишљења која ауторка износи у овом раду су лична мишљења и не представљају званичне ставове Народне банке Србије.

## I Увод

Надзор над финансијским институцијама уопште, односно над сектором осигурања који је поверен Народној банци Србије,<sup>1</sup> није сам себи циљ. Без обзира о којој се контроли ради, циљ је обезбеђење солвентности осигуравача ради заштите интереса осигураника.<sup>2</sup> Како би се тај циљ остварио, односно како би се пратиле околности од значаја за утврђивање висине премије и средстава резерви и тако избегла опасност инсолвентности, успостављена је тесна сарадња државних органа за надзор осигурања и осигуравача.

Ефикасна контрола друштва за осигурање подразумева стварање нормативних претпоставки за очување пословних интереса друштава за осигурање с једне стране, а са друге стране неопходно је заштитити интересе корисника осигурања. Дакле, надзор осигурања је гарант очувања стабилног тржишта осигурања, што подразумева и заштиту интереса грађана и привредних субјеката који користе услуге осигурања. Централна банка обезбеђивањем информисаности уговарача осигурања, односно осигураника, едукацијом корисника, контролом начина продаје осигурања и поступака решавања одштетних захтева, ствара адекватне предуслове на тржишту осигурања у циљу подизања квалитета самог пословања и заштите корисника услуга осигурања.

У складу са дефинисаним обавезама из Споразума о стабилизацији и придруживању<sup>3</sup> и процесом усклађивања домаћих прописа са про-

---

1 Заштита и сигурност осигураника и осталих корисника осигурања нису се могли препустити само осигуравачима и њиховим професионалним удружењима.

2 Осигураник је лице које закључује уговор о осигурању у своје име и за свој рачун, обавезује се да плаћа премије, а за узврат има право на накнаду из осигурања ако се догоди осигурани случај. Међутим, осигураник се често меша са уговарачем осигурања, као и са корисником осигурања, јер се најчешће исто лице појављује и у улози уговарача осигурања и корисника осигурања и у том случају појам осигураник обухвата оба својства. Наведени појмови практично се разликују код уговарања осигурања у корист трећих лица, односно уколико једно лице закључи уговор о осигурању у своје име, а у корист других лица – власника ствари. Дакле, називе уговарач осигурања – лице које са осигуравачем закључују уговор о осигурању и обавезује се да плати премију и корисник осигурања – бенефицијар из уговора у корист трећег лица (нпр. оштећено лице код осигурања од одговорности) оправдано је употребљавати само када је реч о уговору у корист трећег лица. У закону се користи и термин уговарач осигурања и термин осигураник и на исти начин ти термини ће се употребљавати и у овом раду, а у зависности од контекста и термин корисник осигурања. Вид. Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 118-119.

3 Република Србија, Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије са друге – ССП, Београд,

писима Европске уније,<sup>4</sup> донет је и нови Закон о осигурању.<sup>5</sup> Нова решења обезбеђују бољу солвентност осигуравајућих друштава, а поставља се питање да ли ће нова решења иницирати и статусне промене учесника осигурања, односно њихове консолидације.

Када је реч о друштвима за осигурање статусне промене<sup>6</sup> се, између осталог, односе и на пренос портфеља осигурања,<sup>7</sup> пренос свих права и обавеза по основу закључених уговора о осигурању.<sup>8</sup> Сматрамо да уколико до дође до припајања или спајања различитих тржишних учесника, створиће се предуслови за здравију конкуренцију, односно квалитетнију услугу на тржишту осигурања. У том смислу, значај најновијих измена ЗОС је да Србију сврстава у ред напреднијих земаља у развоју, стварајући тиме могућност и подстицај за већи долазак страних инвеститора. Закон ће се, сасвим је извесно, суочити са разним изазовима, а да ли је њиме пренос портфеља, у већој мери, уведен у пословни живот и праксу у Србији, показаће се у току његове примене.

---

2008, доступно на адреси: [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi\\_sa\\_eu/ssp\\_prelazni\\_potpisani\\_bez\\_aneksa\\_sr.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prelazni_potpisani_bez_aneksa_sr.pdf), 11.1.2017.

- 4 Обавеза усклађивања прописа са прописима Европске уније појављује се, дакле, и пре процеса приступања Европској унији – у оквиру процеса придруживања, који уређује ССП. Вид. ССП, чл. 91.
- 5 Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 - испр., 61/2005, 61/2005 - др. закон, 85/2005 - др. закон, 101/2007, 63/2009 - одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 - др. закон).
- 6 Закон о привредним друштвима дефинише статусну промену као реорганизацију која укључује пренос имовине и обавеза са привредног друштва преносиоца на привредно друштво стицаоца. Када говоримо о друштвима за осигурање статусне промене се односе и на пренос портфеља. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 483 ст. 1.
- 7 У литератури срећемо три повезана појма: пренос портфеља, преузимање портфеља и уступање портфеља. У основи сва три појма је пренос портфеља, а њихово значење одређено је углом гледања. Преузимање портфеља представља ситуацију у којој нови осигуравач прихвата права и обавезе у погледу свих или само дела уговора о осигурању које је закључио други осигуравач, на темељу посебног уговора. Друга стране исте медаље је уступање портфеља које представља предају дела или целокупног скупа осигурања једног осигуравајућег друштва другом осигуравајућем друштву. Вид. Борис Маровић, Небојша Жарковић, *Лексикон осигурања*, Нови Сад, 2002, 355, 359, 471.
- 8 Владимир Чоловић, *Осигуравајућа друштва, законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Београд, 2010, 96.

## II Основна обележја портфеља и улога централне банке

### 1. Појам и дефиниција портфеља

Сам појам портфељ, односно портфолио настао је спајањем латинских речи *potrare* која има значење носити и речи *folium* која има значење лист, дакле носач листова, лисница, новчаник.<sup>9</sup> Портфељ осигурања представља сва осигурања на снази код неког осигуравача.<sup>10</sup> Дакле, чине га сва права и обавезе по уговору или уговорима о осигурању.<sup>11</sup>

Портфељ, дакле, није капитал осигуравача, не чини га само имовина, односно новчана средства по уговору о осигурању, него и права и обавезе која произлазе из тог уговора.<sup>12</sup> Може се исказивати осим бројем уговора о осигурању и збиром свота осигурања или збиром премија осигурања.<sup>13</sup>

### 2. Пренос портфеља и сагласност централне банке

Друштво за осигурање може, након добијања сагласности Народне банке Србије, део или цео портфељ осигурања пренети на једно или више друштава за осигурање, која имају дозволу за рад, уз њихову сагласност.<sup>14</sup>

Разлози за настајање оваквих „транзакција“ могу бити различити и крећу се у распону од пословно-стратешких, пореских, у циљу напуштања одређене врсте посла, до немогућности благовременог испуњавања својих обавеза, када пренос портфеља као меру надзора може наложити Централна банка, о чему ћемо више писати у наредном делу. Битно је истаћи да се

---

9 Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 2006, 707.

10 Б. Маровић, Н. Жарковић, 332.

11 Примера ради, Народна банка Србије дала је сагласност једном акционарском друштву за животно осигурање да део портфеља осигурања живота пренесе на друго акционарско друштво за осигурање, а део портфеља који је пренет састојао се из права и обавеза из дугорочних уговора о осигурању за случај смрти или доживљења (мешовито осигурање живота), уговора о осигурању за случај доживљења и уговора о допунским осигурањима уз ова осигурања, као и резерви и обавеза која се односе на наведена важећа осигурања и осигурања која су окончана, по којима још увек могу постојати одређене обавезе. Доступно на адреси: <http://nbs.rs/internet/latinal/scripts/showContent.html?id=7044&konverzija=yes>, 6.1.2017.

12 В. Чоловић, 96.

13 У зависности од критеријума постоје различите поделе портфеља осигурања, и то на: животне, неживотне и транспортне портфеље; обавезне и добровољне; портфеље по осигурачевим пословним подручјима; на скупове осигурања правних и физичких лица и др.

14 ЗОС, чл. 222 ст. 1.



одредбе о преносу портфеља регулисане ЗОС односе на све ситуације када се преносе права и обавезе по уговорима о осигурању са друштва које преноси портфељ, на друштво које тај портфељ преузима.<sup>15</sup>

У светлу пословно-стратешких разлога, осигуравајућа друштва могу имати за циљ да коришћењем овог механизма прерасподеле приходе или трошкове који су неравномерно распоређени, и на тај начин да повећају своју ефикасност, односно растерете оне делове портфеља који сnose највише трошкова. Дакле, *под преносом портфеља осигурања подразумевамо уступање од стране једног осигуравајућег друштва другом осигуравајућем друштву, на основу споразума тих друштава, као и одобрења за пренос од стране надлежног државног органа, свих или дела уговора о осигурању са свим правима и обавезама на дан уступања.*<sup>16</sup> Даном преноса друштво преузималац портфеља,<sup>17</sup> постаје страна у уговорима о осигурању који су му преносом уступљени и преузима сва права и обавезе из тих уговора, а друштво преносилац портфеља ослобађа се обавеза према осигураницима.<sup>18</sup>

Упоредноправно посматрајући, у већини држава пренос портфеља мора бити одобрен од стране надзорног органа (у неким државама је потребно и одобрење од стране надлежног суда), а у ситуацијама преноса портфеља изван граница једне земље потребно је обезбедити сагласност више од једног надзорног органа. У Немачкој се, примера ради, прави јасна разлика када је у питању пренос портфеља на немачко друштво за осигурање, у односу на пренос портфеља на ентитет друге државе чланице Европске уније.<sup>19</sup>

---

15 Пренос портфеља код престанка осигуравајућег друштва регулисан је поред ЗОС и Законом о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015, чл. 13. Поставља се питање оправданости оваквих решења да се пренос портфеља регулише у два закона: један – којим се регулише оснивање и статус осигуравајућих друштава и други – којим се регулише стечајни, односно ликвидациони поступак не само друштва за осигурање него и банака.

16 Јован Славнић, „Пренос портфеља осигурања“, *Правни живот*, бр. 45/1996, 503-522.

17 У тексту користимо термине друштво преузималац и друштво преносилац портфеља. У литератури, како домаћој тако и иностраној, користе се различити изрази. ЗОПД у седмом делу, у коме се говори о статусним променама користи термине друштво стицалац и друштво преносилац. Срећу се термини попут друштво уступилац и друштво пријемник или друштво прималац и др.

18 ЗОС, чл. 226 ст. 1.

19 International Bar Association, *Insurance Portfolio Transfers: Move On and Let Go*, Лондон, 2010, 4-62.

У Републици Србији, са једне стране, као нужан услов за пренос портфеља осигурања, предвиђено је добијање сагласности Народне банке Србије, а са друге није потребна сагласност осигураника.<sup>20</sup> Закон изричито прописује коју је документацију<sup>21</sup> потребно приложити уз захтев за добијање сагласности за пренос портфеља осигурања:

- уговор о преносу портфеља осигурања у коме морају бити утврђене врста и висина средстава техничких резерви која се, заједно с портфељом, уступају друштву за осигурање које преузима портфељ, као и рок до ког се мора извршити пренос портфеља;

- списак уговора о осигурању по појединим врстама осигурања који су предмет преноса портфеља осигурања, са општим условима за та осигурања;<sup>22</sup>

- образложење разлога за пренос портфеља осигурања и изјашњење о очекиваним ефектима тог преноса на даље пословање друштва за осигурање које преноси портфељ;

- попис имовине прибављене средствима техничких резерви које су предмет преноса портфеља осигурања, уз навођење вредности и података на основу којих је могуће проверити начин израчунавања тих вредности;

- измену пословног плана друштва за осигурање које преузима портфељ осигурања, а која је неопходна за преузимање тог портфеља;

- извештај о финансијском пословању друштва за осигурање које преноси портфељ осигурања и друштва које преузима тај портфељ, с мишљењем овлашћеног актуара којим је обухваћен и пренос портфеља.

### 3. Одлучивање о захтеву за добијање сагласности

Народна банка Србије, након добијања захтева о преносу портфеља, одлучује доношењем решења, у року од 60 дана од дана пријема уредног<sup>23</sup> захтева. Решење се објављује у „Службеном гласнику Републике Ср-

20 У Немачкој је, такође, неопходна сагласност надлежне надзорне институције, а не тражи се сагласност осигураника, али они морају бити обавештени о разлогу, односно о разлозима за пренос и о последицама преноса. Вид. Немачки закон о надзору осигурања из 1901. године (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG), пар. 14.

21 ЗОС, чл. 222 ст. 2.

22 Морају се навести сви уговори по врстама, као и по средствима која се преносе. Наравно, водећи рачуна о интересима осигураника, тај списак мора садржати и опште услове осигурања. Касније ће бити више речи о томе. В. Чоловић, 98.

23 За разлику од предходног ЗОС, нови закон прецизира да је неопходно да се ради о уредном захтеву, јер уколико захтев који је поднесен Народној банци Србије садржи одређене

бије”, а сам пренос ступа на снагу даном доношења решења којим се даје сагласност за пренос. Пре истека рока који је предвиђен за одлучивање од стране Народне банке Србије, не може се извршити пренос портфеља осигурања. То значи да друштво преносилац може, евентуално, извршити само неке припремне радње око преноса, до истека наведеног рока. Решењем о давању сагласности за пренос портфеља осигурања, истовремено се одлучује и о промени дозволе за рад друштва за осигурање које преноси овај портфељ, ако тај пренос подразумева и промену дозволе за рад,<sup>24</sup> што нпр. значи, у зависности од промене, да осигуравајуће друштво неће моћи да се бави одређеном врстом осигурања. Уколико није добијена сагласност Народне банке Србије, пренос портфеља не производи правна дејства.<sup>25</sup>

#### 4. Обавезе преносиоца и преузимаоца портфеља

Да би пренос портфеља био у потпуности извршен, упоредно-правно посматрајући, потребно је шест месеци.<sup>26</sup> Новина важећег ЗОС је дефинисање рока за пренос портфеља, односно ЗОС предвиђа да је преносилац портфеља дужан да у року од 90 дана, од дана пријема решења о давању сагласности, пренесе портфељ, а уколико то не учини, решење о сагласности престаје да важи истеком тог рока.<sup>27</sup>

Друштво преносилац портфеља дужно је да, у року од 15 дана од дана пријема решења којим се даје сагласност за пренос портфеља осигурања, обавести уговораче осигурања чији су уговори о осигурању обухваћени тим преносом о пословном имену, седишту и адреси седишта друштва преузимаоца портфеља осигурања, као и о дану до ког се мора окончати пренос тог портфеља. Важећи закон прописује кумулативно обавезу за преносиоца осигурања, да осигураници буду обавештени и у писменој форми и путем средстава јавног информисања.<sup>28</sup> Тиме је направљен искорак у односу на ранија решења која су на алтернативан начин прописивала обавезу за преносиоца осигурања, и допринело се бољој заштити осигураника, што би свакако требало да буде основни циљ самог закона. Не би се

---

непрецизности или недостатке (неуредан), па буде враћен осигуравајућем друштву да исти измени или допуни, рок почиње изнова да тече.

24 ЗОС, чл. 223.

25 ЗОС, чл. 226 ст. 2.

26 International Bar Association, 4.

27 ЗОС, чл. 224 ст. 1-2.

28 ЗОС, чл. 224 ст. 3.

могло оправдати законско решење да осигураници буду обавештени о преносу портфеља само путем средстава јавног информисања, јер се на такав начин не пружа довољан степен заштите права осигураника. Осигураници односно уговарачи осигурања морају јасно, непосредно и транспарентно да буду обавештени о промени одредаба уговора.

### **5. Пренос портфеља осигурања као мера надзора**

Како би се избегле последице стечаја које могу нарочито да погоде осигуранике и друге кориснике осигурања живота, Централна банка може да наложи друштву за осигурање да свој портфељ осигурања пренесе на друго друштво за осигурање. До наведене ситуације ће доћи, уколико се утврде незаконитости и неправилности у пословању друштва коме налаже пренос и ако су незаконитости и неправилности у пословању такве да угрожавају његову способност да испуни обавезе настале из обављања послова осигурања. У том случају, Народна банка Србије ће упутити јавни позив друштвима за осигурање која имају дозволу за обављање послова животног осигурања да, у року од 30 дана, поднесу понуду за преузимање портфеља осигурања. Уколико ниједно друштво за осигурање ни после поновљеног огласа не прихвати пренос, Народна банка Србије ће им наложити да преузму портфељ сразмерно учешћу премије осигурања на тржишту животних осигурања за последњу пословну годину.<sup>29</sup>

## **III Заштита права осигураника код преноса портфеља осигурања**

### **1. Положај осигураника, односно уговарача осигурања**

Без обзира да ли нам је угао гледања правни, економски или емоционални, пренос портфеља осигурања, било да се преноси цео или део портфеља, није нимало једноставан процес. Осигураник често није у стању да процени какве су финансијске могућности осигураваача и какав је квалитет осигуравајућег покрића које му се нуди.<sup>30</sup> За разлику од других врста бизниса – солвентност осигураваача није очигледна на основу увида у рачуне и пословне књиге у тренутку закључења уговора са њим. Заправо, велики приходи од премија не морају бити индиција сигурне и сол-

---

29 ЗОС, чл. 213.

30 Поготово код тзв. масовних осигурања када физичка лица закључују уговоре у великом броју.

вентне компаније, ако је тај приход остварен од продаје полиса по превише повољним (и економски нереалним) ценама.<sup>31</sup>

Међутим, код закључења уговора о осигурању<sup>32</sup> са првобитним осигуравачем, осигуранику је (без обзира да ли је у стању или не) дата могућност да остварује ово право, односно да извршни одабир осигуравача, за разлику од ситуације када се врши пренос портфеља, када је осигуранику ово право ускраћено.<sup>33</sup> У случају преноса портфеља осигураник једино може након пријема обавештења о преносу, у року од 30 дана,<sup>34</sup> да раскине уговор о осигурању обавештавајући о томе, у писменој форми друштво преузимаоца портфеља,<sup>35</sup> о чему ће касније бити речи.

Упоредноправно посматрано, у већини држава осигураници имају право на неку врсту приговора на предложени пренос портфеља. Сви приговори, односно примедбе се разматрају од стране надлежног органа, док чак, у неким земљама (нпр. Јужна Кореја)<sup>36</sup> пренос може бити заустављен уколико се достигне одређени ниво приговора. Осигураници, у другим државама, као што је случај и у нашој држави, немају право приговора већ могу користити право на раскид уговора о осигурању.<sup>37</sup>

31 Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Овлашћења Народне банке Србије код стечаја друштва осигурања“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2012, 408.

32 Уговор о осигурању представља такав уговор у коме се једна уговорна страна – уговарач осигурања обавезује да плати одређену своту осигурања (премија осигурања), према уговором утврђеним условима, а друга уговорна страна – осигуравач обавезује се да, ако се деси догађај који представља осигурани случај, да исплати уговарачу осигурања (осигуранику или неком трећем лицу) накнаду, односно уговорену своту, или учини нешто друго. Уговор о осигурању се разликује од других уговора јер је обавеза једне уговорне стране зависна од једног сасвим неизвесног фактора, наступања осигураног ризика. Уговор о осигурању уређен је Законом о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 897 који регулише односе који се успостављају између осигуравача и уговарача осигурања. Област осигурања која се односи на субјекте који обављају делатност осигурања уређена је ЗОС и регулише њихов статус, оснивање, пословање и надзор. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2016, 178 и даље.

33 Нпр. у Швајцарској надзорни орган има право да укине осигураницима могућност раскида уговора уколико је трансфер извршен у оквиру исте групе предузећа. Вид. *International Bar Association*, 154.

34 Рок за раскид уговора о осигурању, у Швајцарској је 3 месеца од дана обавештења о преносу. Вид. Швајцарски закон о надзору осигурања из 2004. године (*Swiss Federal Act on the Supervision of Insurance Companies – Insurance Supervision Act – ISA*), чл. 62 ст. 3.

35 ЗОС, чл. 224 ст. 4.

36 *International Bar Association*, 4.

37 Немачки закон исто, не даје могућност осигураницима да могу уложити приговор на сам трансфер, али се могу обратити надзорном органу. Ипак, такав приговор би био усвојен једино

## 2. Директиве Европске уније

Правила Европске уније се разликују у зависности од обима простирања преноса, односно од чињенице да ли се пренос права и обавеза по основу уговора о осигурању врши у оквиру једне државе чланице, или на нивоу Европске уније, односно Европске економске заједнице. Прва директива<sup>38</sup> неживотног осигурања,<sup>39</sup> регулише и питања везана за пренос портфеља, да би се изједначио положај осигураника у свим државама чланицама, са правом да се обрате осигуравачу преузимаоцу портфеља као да се ради о претходном осигуравачу. *Директива*<sup>40</sup> *прописује да до преноса целог или дела портфеља може доћи уколико су испуњени услови утврђени у циљу заштите осигураника, пре свега ако друштво на које се уговори преносе располаже довољном маргином солвентности и то када се узме у обзир пренос.*<sup>41</sup> Маргина солвентности друштва која обављају послове животних осигурања утврђена је у директиви која је донета неколико година касније.<sup>42</sup> Правила о маргини солвентности из две наведене директиве (позната као „Солвентност I“) иако су данас превазиђена, допринела су смањењу ризика стечаја друштва за осигурање, што је било од великог значаја за успостављање јединственог тржишта осигурања у оквиру Европске економске заједнице.

---

уколико је надзорни орган приликом давања сагласности прекршио неку од законских одредаба које регулишу ову материју. Уколико надзорни орган не прихвати приговор, осигураници се даље могу обратити надлежном суду. Вид. Немачки закон о надзору осигурања из 1901. године (*Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG*), пар. 14. Осигураници у Швајцарској могу приговорати надлежном федералном суду, али морају и доказати да је надзорни орган прекршио федерални закон. Вид. *International Bar Association*, 166.

38 First Council Directive of 24 July 1973 on the coordination of laws, Regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance - 73/239/EEC, *Official Journal*, L 228.

39 У домаћој литератури је прихваћено да се прве директиве ЕЕЗ преводе као директива животног и директива неживотног осигурања. Вид. Јасна Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, 54.

40 Прва директива неживотног осигурања дефинише правила обрачуна најнижег износа маргине солвентности, као и који су њени конструктивни елементи. Вид. Андреј Пак, „Државни надзор маргине солвентности друштва за осигурање“, *Право и политика*, бр. 2/2013, 18.

41 Ј. Пак, 59.

42 First Council Directive of 5 March 1979 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of direct life assurance – 79/267/EEC, *Official Journal*, L 063.

Временом су комунитарна правила мењана да би у највећој могућој мери била прилагођена стварном ризику инсолвентности коме су друштва изложена. Новија правила о солвентности<sup>43</sup> теже да обезбеде високу стабилност делатности осигурања, а да друштвима истовремено оставе довољно простора за успешно пословање. Директива утврђује нови систем солвентности познат као „Солвентност II“<sup>44</sup> који је заснован на идеји да износ слободних средстава осигуравача који чине маргину солвентности одговара њиховом стварном пословању и профилу ризика.<sup>45</sup> Потреба за унапређењима и сталне флукуације на тржишту осигурања резултирају и честим изменама и допунама правила која се примењују у оквиру Европске уније.<sup>46</sup>

На овом месту посвећујемо пажњу и Директиви о реосигурању<sup>47</sup> која је такође значајан извор правила која се односе на пренос портфеља и која дефинише да свака држава чланица даје одобрење под условима који су предвиђени домаћим законодавством за пренос целог или дела портфеља, уколико друштво преузиматељ поседује одговарајућу границу солвентности и када се узме обзир пренос.<sup>48</sup> Дакле, можемо закључити да се на нивоу Европске уније пренос портфеља осигурања и реосигурања одвија под претежно сличним условима у зависности од правила националних законодавстава.

### 3. Измене општих услова пословања осигуравајућих друштава

Пренос портфеља осигурања не утиче на услове осигурања, односно обим права под којим је уговор закључен код друштва преносиоца, па

---

43 Directive of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance – Solvency II, Text with EEA relevance – 2009/138/EC, *Official Journal*, L 335/1.

44 Циљ Солвентности II јесте да се индивидуални профил ризика неког осигуравајућег друштва на одговарајући начин репродукује кроз капитал солвентности и његову интеграцију у управљање ризицима и интерну контролу. По томе би требало да сви постојећи и будући ризици из свих предузетних области буду ефикасно обухваћени у један интергисани систем управљања ризиком, који адекватно одражава комплексност, величину и структуру пословања. Вид. Wolfgang Rohrbach, „Солвентност II – последице по осигуравааче и кориснике осигурања“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 4/2007, 14.

45 А. Пак, 18.

46 Донета је 10.10.2014. године и уредба о допуни директиве 2009/138/EC.

47 Directive of the European Parliament and of the Council of 16 November 2005 on reinsurance and amending Council Directives 73/239/EEC, 92/49/EEC as well as Directives 98/78/EC and 2002/83/EC, Text with EEA relevance – 2005/68/EC, *Official Journal*, L 323/1.

48 Directive 2005/68/EC, чл. 18.

самим тим ни на право осигураника, односно уговарача осигурања на раскид уговора. Међутим, приликом преноса портфеља са друштва преносиоца, на друштво преузимаоца може доћи до промене општих или посебних услова осигурања.<sup>49</sup> Уколико се уговарач одлучи на раскид уговора из разлога промене општих или посебних услова осигурања, ограничења права или из било ког другог разлога, на поступак раскида се примењују услови из уговора који су важили на дан његовог закључења. Осигураници у случају раскида уговора неживотног осигурања због преноса портфеља имају право на део премије који одговара остатку трајања осигурања.<sup>50</sup>

У случају промене општих услова за време трајања уговора који су под њима закључени, промењени услови имају дејство према осигуранику тек по истеку текућег периода осигурања, тј. тек од плаћања премије за нови период.<sup>51</sup> То даље значи да, уколико се због преноса портфеља, промене и општи услови осигурања, нови општи услови ће имати дејство према осигуранику тек од плаћања премије за нови период. Према томе, измењени услови важе само за будуће уговоре. *У погледу већ закључених уговора, услови осигурања се не могу мењати без сагласности обе уговорне стране.*<sup>52</sup>

---

49 Опште услове осигурања доноси унапред осигуравач и њима на генералан начин, слично закону, одређује садржину будућих уговора о осигурању. О њима уговорне стране не дискутују при закључењу уговора него их прихватају у целости, а они се обично штампају, или на други начин издају као посебна брошура и предају осигуранику приликом закључења уговора уз полису осигурања. Посебни услови осигурања представљају уговорне одредбе о којима стране преговарају приликом закључења уговора. Обично се односе на ризик од ког се осигурава, ствари или лица која се осигуравају, имена осигураника и др. ЗОО чл. 902 ст. 3 изричито регулише да је осигуравач дужан да упозори уговарача осигурања да су општи и посебни услови осигурања саставни део уговора и предати му њихов текст, ако ти услови нису штампани на самој полиси. После закона, општи услови представљају практично најважнији извор осигурања. Вид. П. Шулејић, 52 и даље.

50 ЗОС, чл. 224 ст. 5.

51 Према општим условима за осигурање имовине домаћих осигуравача ако осигуравач измени услове осигурања или тарифу премија, он је дужан да о томе обавести уговарача осигурања најкасније 60 дана пре истека текуће године осигурања; у року од 60 дана од дана пријема овог обавештења уговарач може да откаже уговор, који тада престаје да важи истеком текуће године осигурања. Међутим, ако уговарач не откаже уговор у овом року, уговор се мења са почетком наредног периода осигурања у складу са извршеним изменама и условима осигурања. Вид. П. Шулејић, 55.

52 Постоји, међутим, схватање у погледу промењених одредаба општих услова које су повољније за осигураника и сматра се да њих треба примењивати и на већ засноване уговорне односе, и у том смислу постоје одлуке суда: „Каснија промена правила има утицај према осигуранику тек од истека периода осигурања, осим у погледу одредаба које су за осигураника повољније. Она се примењују одмах јер правила осигурања доноси једнострано



Уколико се наведено правило не поштује у пракси, осигураник има право покретања судског спора. Код нас систем контроле општих услова осигурања, је такав да се државна контрола врши тек приликом спора, тј. када суд испитује да ли су они у складу са законом или јавним поретком.<sup>53</sup> У складу са наведеним мишљења смо да осигуравачу (преузимаоцу портфеља), уколико осигураник не одлучи да раскине о уговор о осигурању, не би требало дати могућност измене општих услова пословања (у односу на оне који су постојали код првобитног осигуравача) без сагласности осигураника.

#### 4. Раскид уговора о осигурању живота због преноса портфеља – „*move on and let go*“?

С обзиром на то да пренос портфеља представља важну операцију код уговора о осигурању живота, на овом месту пажњу посвећујемо управо раскиду уговора о осигурању живота због преноса портфеља.

Раније смо напоменули некомпетентност осигураника да процени какве су финансијске могућности осигуравача и какав је квалитет осигуравајућег покрића које му се нуди, због специфичности самог уговора о осигурању и његове *sui generis* природе, јер солвентност осигуравача није очигледна. Овај проблем може највише бити изражен у осигурањима која се закључују као дугорочна, попут осигурања живота, где осигураник очекује остварење својих права у далекој будућности.<sup>54</sup>

Сматрамо да је неопходно обезбедити осигуранику, код преноса портфеља, остваривање код преузимаоца, свих права која је имао и код претходног осигуравача. Међутим, уколико се уговарач осигурања одлучи на раскид уговора, односно на превремено окончање закљученог уговора о осигурању, из било ког разлога, на поступак раскида се примењују услови из уговора који су важили на дан његовог закључења.

Код уговора о осигурању живота раскид уговора уобичајено подразумева, осим права на повраћај вишка уплаћене премије осигурања

---

осигуравач“, (VSH, Gž 3517/68, од 12. марта 1969; VSH, Gž 4224/72, од 1. новембра 1973). Ово схватање међутим није општеприхваћено. Против њега се истиче да накнадне измене општих услова осигурања не могу бити релевантне без обзира на то да ли су измене за осигуравача строже или блаже од услова коју су били на снази за време склапања уговора. То произлази, како се сматра, из начела грађанског права о извршењу уговорних обавеза, те стога осигураник нема право да тражи да се према њему примене у међувремену измењена за њега повољнија правила. Вид. П. Шулејић, 55.

53 П. Шулејић, 57.

54 З. Томић, Н. Петровић Томић, 408.

(математичке резерве) и право на откуп полисе према табели откупних вредности наведеној на полиси.<sup>55</sup> Раскидом уговора, уговарач осигурања, односно осигураник, сноси одређени губитак, а откупна вредност је виша уколико је протекло дуже времена од почетка осигурања. Право уговарача осигурања из математичке резерве огледа се и у могућности одржања уговора на снази и након престанка плаћања премије, уколико је прикупљена резерва из премије довољна и уколико су испуњени услови за смањење осигуране суме сагласно правилима струке осигурања.

На овом месту не можемо, а да не поставимо питање опортунитетних трошкова за осигураника и ефикасности правног средства које му стоји на располагању у случају преноса портфеља. Да ли избор постоји и у којој мери?

#### IV Закључна разматрања

Ефекти преноса портфеља могу бити такви да доведу до одређених неправилности на тржишту осигурања и угрожавања права осигураника и корисника осигурања. Уколико се у случају преноса портфеља, осигураник одлучи на раскид уговора, сматрамо да би било неопходно примењивати услове из уговора који су важили на дан његовог закључења, односно омогућити осигуранику да остварује сва она права која је имао и код претходног осигуравача. Уколико се осигураник не одлучи на раскид, не би требало дозволити могућност измене општих услова пословања (у односу на оне који су постојали код првобитног осигуравача) без сагласности осигураника.

Проблем некомпетентности осигуравача приликом закључења уговора, највише је изражен код закључења дугорочних уговора, попут осигурања живота. На овом месту поставили смо питање, да ли је заштита која осигуранику стоји на располагању у случају преноса портфеља, довољно ефикасна и да ли избор постоји и у којој мери. Сматрамо да су домаћа решења у том смислу ограничена и да је остављено простора за још ефикаснију заштиту осигураника, кроз остављање могућности да се благовремено реагује и искаже негодовање. Обзиром да осигураник *de facto* нема опцију да преговара о евентуалним изменама општих услова пословања уколико би се то дозволило мишљења смо да би се подигао ниво заштите осигураника код

---

55 Табела редукованих и откупних вредности садржи поред основних података о осигуравачу и колоне у којима се означава број година од почетка осигурања, редукована вредност полисе и табела откупних вредности.

преноса портфеља, а то би свакако утицало и на подизање квалитета про-текционистичких мера према осигуранику.

Да ли ће, и у којој мери, важећи закон омогућити адекватну за-штиту права осигураника у случају преноса портфеља, показаће се у току његове примене.

**Ljubica OSTOJIĆ**

**PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **COMPETENCIES OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA CONCERNING THE TRANSFER OF INSURANCE PORTFOLIOS AND PROTECTION OF THE INSURED**

### **Summary**

*In the new business conditions, and the constant endeavor to increase profits, and considering that the legal nature of the insurance contract is sui generis, it is necessary to provide adequate and effective protection of beneficiaries on one hand, and create a legislative framework for the preservation of the business interests of the insurance companies, on the other. The paper analyzes the competencies of the National Bank of Serbia regarding the transfer of the insurance portfolio, and the rules related to the protection of policyholders. Since the approval of the National Bank of Serbia is a necessary condition for the transfer, the first part of the paper deals with determining the procedure of giving consent and revising the regulations of applicable law. We believe that in the future will be some consolidation in the insurance market, which will also entail the transfer of the portfolios, which will then create the preconditions for a healthy competition. We analyzed changes made to the rules on general conditions under which the insurance companies operate in case of transfer. The author presents arguments that in case of transfer go in favor of the insured having the same rights he had with the previous insurer. The author pays special attention to the termination of life insurance contracts, in case of a transfer of the portfolio, and due to the fact that the portfolio transfer would be an important operation. With a life insurance contract, a breach usually includes, apart from the right to the refund of excess insurance premiums (mathematical reserves), and the right to purchase the policy according to the table of redemption value stated in the policy.*

**Key words:** *company insurance, portfolio transfer, protection of the insured, changes of general insurance conditions, breach of contract.*

**Ива ТОШИЋ**

истраживач приправник Института за упоредно право у Београду

## ИЗАЗОВИ У ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ ДИРЕКТИВЕ СОЛВЕНТНОСТ II У СРБИЈИ

### Резиме

Осигуравајуће компаније имају веома важну улогу, јер доприносе јачању конкуренције на финансијском тржишту, стимулишу финансијске иновације, јачају корпоративно управљање, утичу на јачање интегритета тржишта, врше притисак за осавремењивање тржишне инфраструктуре, охрабрују развој регулативе, а то пре свега произилази из њиховог дугорочног пословног хоризонта.<sup>1</sup> Директива Солвентност II усвојена је 25. новембра 2009. године као одговор на дотадашњу лошу регулацију у праву осигурања Европске Уније. Основни циљ директиве је стварање јединственог тржишта осигурања на нивоу целе ЕУ, као и заштита осигуравача и корисника осигурања.

У раду ће пре свега бити речи о структури директиве, тренутном стању осигурања у Србији, као и изазовима у имплементацији који очекују нашу земљу приликом уласка у ЕУ, тј. мери у којој је тренутно законодавство усклађено са правилима директиве.

**Кључне речи:** осигурање, осигуравајуће компаније, Директива Солвентност II, ЕУ, осигураник.

### I Увод

Солвентност II циља на заједничко тржиште, тј. дозвола за рад у једној држави чланица допушта друштву обављање делатности у свим другим земљама чланицама. Однос осигуравача и осигураника карактерише велика тензија изазвана чињеницом да „први сумња у намере другог (које често сматра фразулозним), а који је често склон мишљу да су

---

1 Младенка Балабан, *Утицај осигуравајућих компанија на стабилност финансијског сектора у Србији*, доступно на адреси: [http://ebooks.iien.bg.ac.rs/245/1/mb\\_2015\\_01.pdf](http://ebooks.iien.bg.ac.rs/245/1/mb_2015_01.pdf), 2.4.2017, 85.

за осигуравача добри сви изговори како не би платио оно што дугује у часу настанка осигураног случаја“.<sup>2</sup> Директива, пре свега, тежи да омогући осигурање адекватне заштите осигураника, тј. потрошача у свим државама чланицама ЕУ. Циљ је да се креирају правила којима се уноси равнотежа у однос професионалаца и потрошача, и да се омогући заштита лица која се називају нестручњацима приликом закључења уговора са професионалцима.<sup>3</sup> Услед изузетне сложености саме директиве, као и чињенице да је за њену имплементацију потребно доста времена, средстава и едукација стручног кадра, почетак примене је одложен све до 1. јануара 2016. године, до ког тренутка су све земље чланице биле обавезане да ускладе своје законодавство са њеним правилима. Имплементација у домаћем законодавству је планирана након уласка Србије у ЕУ, а нови Закон о осигурању је поставио темеље планиране имплементације.

## II Директива Солвентност II - разлози доношења и основне идеје

Да бисмо разумели на који начин је потребно ускладити домаће законодавство са правилима нове директиве у области права осигурања, потребно је да првенствено утврдимо основне разлоге њеног доношења. Развој неопходног законодавног оквира почео је седамдесетих година прошлог века са првом генерацијом Директива осигурања, али је завршен тек почетком деведесетих година са трећом генерацијом Директива осигурања. Трећом генерацијом Директива осигурања успостављен је „ЕУ пасош“ (јединствена лиценца) за осигуравајућа друштва заснован на концепту минималне хармонизације и узајамног признавања. Трећа генерација Регулative осигурања из 1994. се није директно бавила питањем солвентности. Уместо тога, директива је препоручила да се правило о минимално захтеваном капиталу које је уведено 1970. године ревидира.

У периоду финансијске и економске кризе појавила се у економији осигурања потреба за ефикасним управљањем ризиком. Системи надзора који су показали своје недостатке довели су финансијски свет до пропадања, а у експертизе одговорних менаџера изгубљено је поверење. Већ је 1995. године на европском нивоу закључено да ову регулативу треба подврћи упоредној анализи. На првом кораку су предузете промене постојеће регулативе (увођење режима Солвентност I). Др Хелмут Мти-

2 Наташа Петровић Томић, „Медијација у осигурању“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, 2010, 476.

3 Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања*, Београд, 2015, 48.

лер, председник установе за надзор осигурања у Немачкој – *BAV* (од 2002. године интегрисане у *BaFin*) 1991. затражио је увођење ефикасне контроле солвентности. Да би се искључила замена, овај контролни механизам је добио назив „Солвентност“. Европска Комисија, која је одговорна за предлагање закона у ЕУ, реаговала је са „акционим планом“ за финансијске услуге. Према овом плану, регулативе солвентности у ЕУ би требале бити усаглашене и хармонизоване у два корака, званих Солвентност I и Солвентност II. Регулатива Солвентност I је постала правоснажна за државе чланице у јануару 2004. незнатно мењајући постојеће захтеве маргине солвентности, фокусирајући се највише на питања координације. Ограниченост ових захтева је да су они подељени према величини бројева као што су премије или одштетни захтеви, уместо да су базирани на осигуравачеву специфичну ситуацију ризика, често доводећи до жељених подстицаја. На пример, преко смањивања цена, осигуравач смањује захтевани капитал па је премија нижа чак и када ризик порасте. Захтеви базирани на обиму су једноставни за примену, али као што је често спомињано у литератури претендују да буду превише груби, а њихове теоријске основе преслабе за остваривање доброг управљања ризицима. Европска Комисија је највише због овог проблема иницирала Солвентност II, са примарним циљем развоја имплементације хармонизованих стандарда о капиталу базираном на ризику. Намера је да се приступ менаџмента управљања ризицима предузећа фокусира према стандардима капитала, што значи да ће обезбедити интегрисан оквир солвентности који покрива све релевантне категорије ризика и њихову међузависност.<sup>4</sup>

Солвентност II представља побољшани регулаторни оквир солвентности осигуравајућих друштава путем:

- увођења система мерења солвентности заснованог на ризику. Као што је већ речено, то је био један од главних недостатка директиве Солвентност I, али и разлога доношења нове директиве. Основна идеја је да се на тај начин афирмише приступ опрезног мерења степена ризика портфеља осигуравача и пропорционалног утврђивања потребног износа капитала. Предметни пројект у анализу укључује следеће категорије ризика: кредитни ризик, тржишни ризик, пословни ризик, ризик ликвидности и ризик осигурања;

---

4 Мирјана М Илић, *Утицај примене директиве Европске Уније Солвентност II на сектор осигурања у Србији*, Ниш, 2014, 25-26.

- увођење јединствених правила за мерење солвентности осигуравајућих друштава, усмеравањем на холистички приступ код којег се имовина и обавезе вреднују у складу са тржишним принципима;

- подстицања осигуравача да спроводи активности управљања ризиком. „Солвентност II“ ће стимулирати осигуравајућа друштва да развијају софистициране системе управљања ризиком, из разлога што ће се од компанија, које буду успешне у предвиђеним активностима, захтевати мање износе капитала за одржавање солвентности;

- дефинисања захтеваног износа капитала применом „стандардног приступа“ или „интерног модела“. Као резултат доћи ће до тога да се од осигуравајућих друштава, које профитабилно послују, захтева мање капитала за одржавање солвентности него од друштава која слабије послују. Инвестирање осигуравача у високо ризичну имовину ће, такође, довести до захтева за већим износом капитала. Технике управљања ризиком, као што су реосигурање и сл., такође, могу утицати на редуковање нивоа ризика, као и на ниво потребног капитала. Многа осигуравајућа друштва су развила високо софистициране компјутерске моделе, како би тестирале ефекте различитих догађаја на њихове портфеље осигурања. Ови модели се могу користити да се израчуна потребан ниво капитала, како би се осигуравајуће друштво супротставило различитим неповољним догађајима који могу настати. Међутим, имајући у виду високе трошкове интерног модела, „Солвентност II“ даје могућност малим и средњим предузећима да, као алтернативу, користе тзв. „стандардни приступ“, који ће бити заснован на ризику и поштовати исте принципе као и интерни модели. Обзиром на структуру нашег тржишта осигурања, можемо очекивати знатно већу примену „стандардног приступа“.

- подстицања диверсификације ризика осигуравајућих друштава, чиме се, уједно, утиче на његово смањење.

Циљ наведених измена регулаторног оквира је да се оствари боља повезаност структуре капитала и профила ризика осигуравајућег друштва, већи ниво флексибилности пословања осигуравача, као и већи степен конкурентности тржишта осигурања у земљама ЕУ. Самим тим, идеја режима „Солвентност II“ је да подстиче осигураваче да унапређују интерне системе управљања ризиком промовишући принцип „што је већи степен квалитета управљања ризиком, осигуравајуће друштво је обавезно да држи мањи износ капитала“.

Кад говоримо о утицају „Солвентности II“ на производе осигурања, тај утицај ће допринети ограничењу појединих покрића, скупљој премији појединих производа, преношењу ризика на осигураника, одбијању покрића за поједине ризике. Последица свега тога највероватније ће бити још већа индивидуализација ризика.

Према Директиви „Солвентност II“, узимају се у обзир сви ризици са којима се суочава осигуравајуће друштво на тржишту. Дакле, прописани износ капитала рефлектује се као ризик осигурања. Самим тим, циљ је да се формирањем ових граничних вредности и њиховом проценом за много краће периоде, обезбеди већи степен заштите осигураника и других корисника осигурања од неочекиваних губитака.<sup>5</sup>

Директива „Солвентност II“ са једне стране треба да хармонизује европско тржиште, а са друге мора да омогући да тржиште функционише слободно. Ово последње подразумева заштиту разноликости и допуштање малим компанијама да се развијају и пружају корисне, локализоване услуге. Прилично је нејасно како једна директива може помирити овакве супротности. Да би ублажили овај парадокс и створили оквир који је једнообразан, а да ипак омогућава мањим компанијама да напредују на пејзажу европског осигурања, уведен је принцип пропорционалности, који је пре свега значајан за нашу земљу, али и земље региона чије тржиште осигурања чине претежно мање компаније. Због неупоредиво мањег обима преузетих ризика, а тако и капитала, не изненађује отпор мањих осигуравајућих друштава новој директиви, Европско удружење осигуравача и реосигуравача (CEA), у свом извештају 2011. године, наводи да би строго спровођење нове директиве, без неопходних прилагођавања захтева, могло имати несразмерно негативан утицај на мала и средња друштва. Европски комитет за надзор осигурања и пензијских фондова је још 2005. године истакао значај пропорционалне регулације, која би омогућила малим и средњим осигуравачима поштовање истих принципа, али сразмерних њиховој величини и структури преузетих ризика.<sup>6</sup>

### III Три стуба Директиве Солвентност II

Пројекат Солвентност II полази од структуре три стуба. Циљ овакве структуре је да промовише адекватност капитала, обезбеди већу

---

5 Владимир Чоловић, „Контрола ризика и осигурање“, *Годишњак факултета правних наука, Бања Лука*, 2012, 133.

6 Злата Ђурић, Зоран Јовановић, „Изазови у примени директиве о солвентности II у Србији“, *Европска ревија за право осигурања*, 2015, 12.



транспарентност у процесу доношења одлука и појача контролу супервизије, а све то у циљу доброг управљања ризицима и заштите власника полиса.

Први стуб се односи се на осигурање адекватних финансијских ресурса друштва за осигурање, обухвата квантитативне захтеве, који укључују одређивање властитих средстава, рачунање техничких резерви, вредновање имовине и обавеза као и одређивање потребног солвентног капитала и минималног потребног капитала.<sup>7</sup> У оквиру њега дефинише се износ средстава које осигуравајуће друштво мора обезбеди да би било солвентно.<sup>8</sup> Директива уводи два захтева за квантитативну процену солвентности: захтев за минималним захтеваним капиталом и захтев за захтеваним солвентним капиталом.<sup>9</sup> Минимални захтевани капитал је минимални износ основног капитала који осигуравач мора имати, тј. износ испод ког капитал осигуравајуче компаније не сме пасти.<sup>10</sup> Захтевани солвентни капитал је износ капитала који осигуравајућа компанија мора формирати како би ризик неизвршења обавеза свела на приватљив ниво. Он би требало омогући успешно и сигурно функционисање тржишта осигурања.<sup>11</sup>

Други стуб се базира на квалитативним захтевима, који се односе на унапређен сиситем управљања. Дефинисани захтеви ће обезбедити принципе како за сиситем интерне контроле која је основни механизам управљања ризиком за друштва за осигурање, тако и за поступак екстерне контроле од стране надзорног и регулаторног тела. Основни циљ је надзор над пословањем друштва.<sup>12</sup> Други стуб обухвата кључне функције састава управљања (функција управљања ризицима, функција праћења усклађености, функција унутрашње ревизије и актуарска функција), спровођење властите процене ризика и солвентности (енгл. ORSA) и поступак надзора над друштвима за осигурање, који је утемељен на присту-

7 Дионис Јурић, „Состав управљања у друштвима за осигурање према Закону о осигурању из 2015. године у Републици Хрватској“, *Европска ревија за право осигурања*, бр. 2/2015, 53.

8 Лидија Јауковић, Владимир Кашчељан, „Нова регулатива солвентности осигуравајућих компанија у ЕУ - Пројекат Солвентност II“, *Montenegrin Journal of Economics*, бр. 5, 80.

9 Д. Јурић, 53.

10 Миро Сокић, Дејан Дрљача, Зорица Којчин, „Управљање ризицима у осигуравајућим компанијама и Солвентност II“, *Мегатренд ревија*, 2016, 315.

11 *Ibid.*

12 Љиљана Стојковић, „Правни аспекти управљања ризиком и систем интерних контрола као интегрални део корпоративног управљања у друштву за осигурање“, *Европска ревија за право осигурања*, 138.

пу који је окренут будућности и заснован на ризицима.<sup>13</sup> Делатност осигурања је изложена пословним ризицима који нису познати у осталим делатностима. Износ одговарајуће премије је тешко унапред одредити, будући да обавезе осигуравача зависе од будућих неизвесних догађаја. Стога се јавља ризик недовољности премије, о којем осигуравачи морају да воде рачуна током пословања, будући да он може угрозити финансијску стабилност друштва за осигурање. Други стуб уређује поступак управљања оним ризицима који нису узети у обзир при рачунању потребног капитала друштва. Из тих разлога се ради превенције тих пословних ризика ставља нагласак на стручну оспособљеност особа запослених у друштвима за осигурање, рад овлашћених актуара и унутрашњу ревизију. Директива уводи обавезу властите процене ризика и солвентности друштва за осигурање у оквиру састава управљања ризицима и о томе извештава национално надзорно тело. Надзорно тело користи ту процену за спровођење надзора конкретног друштва за осигурање и оцену његових стратегија, поступака и извештавања, те усклађеност с одредбама директиве. Такође се надзиру ризици с којима се сусреће друштво за осигурање, те његова процене тих ризика. Национално надзорно тело може одредити повећање потребног солвентног капитала друштва у случају непримереног састава управљања.<sup>14</sup>

Трећи стуб тежи да путем обелодањивања информација пружи осигураницима, инвеститорима и другим заинтересованим субјектима поуздану и потпуну слику ризика којима је компанија изложена. Односи се на нова правила извештавања надзорног тела, јавне објаве и тржишну дисциплину друштва за осигурање. Обавеза извештавања може се поделити на обавезу извештавања јавности и обавезу извештавања националног надзорног тела. Друштво је дужно сваке године да изради и објави извештај о солвентности и финансијском стању које садржи опис пословања и резултата друштва, опис састава управљања и процену његове примерености за профил ризичности друштва, опис изложености ризику и др.

#### **IV Имплементација Директиве Солвентност II у Србији**

Осигуравајућа друштва у Србији до сада нису била у обавези да примењују неки службени оквир управљања ризицима. Међутим, „Солвентност II“ предвиђа коришћење разрађеног оквира управљања ризици-

---

13 Д. Јурић, 53.

14 Д. Јурић, 53-54.

ма на нивоу целе организације. Ово ће довести до потпуне промене у процесима, људима, знању и информационој структури осигуравајућих друштава да би се остварила правилна организација и процеси, правилне методе вредновања и поступци извештавања.

### 1. Стање осигурања у Србији

Све што се догодило у Србији током деведесетих година - бројни ратови, међународна политичка и економска изолација, финансијски хаос праћен разорном хиперинфлацијом - оставило је дубоког трага на тржиште осигурања у Србији. Из наведених разлога, може се рећи да се тржиште осигурања генерално налази у изузетно лошем стању. Имајући у виду све израженију улогу и значај осигуравајућих друштава у развијеним тржишним привредама, али и у привредама у транзицији, како са аспекта покрића ризика тако и са аспекта позиције осигуравајућих друштава на финансијском тржишту и све израженију улогу важног сегмента у портфељу институционалног инвеститора, намеће се као неопходност реструктурирање осигуравајућих друштава у Србији.<sup>15</sup>

Примена захтева директиве „Солвентност II“ у Србији је планирана након уласка Србије у Европску унију. Директива „Солвентност II“ ће увести много сложеније захтеве за капиталом друштвима за осигурање од оних који су тренутно актуелни.

Укључивање Републике Србије у европске регулаторне токове намеће захтев за постепеном, али веома комплексном хармонизацијом, која ће имати утицај на цео економски амбијент. Економска криза која је захватила цео свет, свакако се одразила и на сектор осигурања у Србији. Тржиште је сачувало финансијску стабилност, али је и осветлило проблеме који су већ неко време присутни у овој делатности. Усвајањем и применом Закона о осигурању из 2004. године и успостављањем надзора Народне банке Србије над делатношћу осигурања, остварена су бројна побољшања у оквиру ове привредне делатности. Међутим, извесне одредбе самог Закона, као и непостојање регулативе у извесним сегментима, свакако нису афирмативно утицале на осигурање у периоду економске кризе.<sup>16</sup> Закон о осигурању из 2004 године примењиван је десет година, што

15 Синиша Остојић, „Неопходност реструктурирања осигуравајућих друштава у Србији“, *Привредна изградња*, 2004, 86-87.

16 Борис Маровић, Маријана Лемић Самарџић, „Осигурање као детерминта одрживог развоја Србије“, *Економика предузећа*, 2011, 70.

је допринело откривању његових недостатака и резултирало Нацртом новог Закона о осигурању 2012. године. Међутим, услед бројних примедби, тај закон је коригован и нови закон је Народна скупштина Републике Србије усвојила 2014. године. Све наведене измене приближиле су нашу регулативу пословној пракси ЕУ, али остаје отворено питање како ће на домаћа осигуравајућа друштва утицати примена захтева новог регулаторног оквира.<sup>17</sup> Сектор осигурања је, након банкарског, други по важности сегмент финансијског сектора у Републици Србији. На тржишту осигурања у Републици Србији је доминантно учешће премије неживотног осигурања али се, захваљујући дугорочном тренду раста животних осигурања, учешће премије животних осигурања у укупној премији повећава, тако да је у 2015. години достигло чак  $\frac{1}{4}$  укупне премије.

До сада је остварено значајно приближавање сектора осигурања у Србији сектору осигурања у ЕУ. То се пре свега огледа у правилима којима се уређује обављање делатности осигурања, уласку на домаће тржиште и пословању зависних друштава лица из ЕУ, трансферу специфичних знања из матичних компанија, развоју нових производа осигурања у Републици Србији, континуираном развоју животних осигурања, као и унапређењу нивоа заштите корисника услуга осигурања. Даље приближавање сектора осигурања Републике Србије нивоу развоја овог сектора у ЕУ зависиће од опште економске ситуације и даљег унапређивања регулаторног оквира и праксе осигурања у Републици Србији.<sup>18</sup>

## 2. Закон о осигурању – усклађивање са новим правилима

Нови закон о осигурању усвојен је 18. децембра 2014. године, након десетогодишње примене претходног закона и уз потпуно усклађивање са директивом Солвентност I и имплементацију одређених захтева директиве Солвентност II, пре свега квалитативних захтева II стуба. Када сагледамо тржиште осигурања у Србији, које се, као што је већ наведено, налази у изузетно лошем стању, за очекивати је да ће имплементација и потпуно усклађивање бити изузетно тежак процес, који ће захтевати много времена и средстава, али и добро осмишљену стратегију.

Законом о осигурању и подзаконским актима уређено је оснивање друштва за осигурање / реосигурање и почетак обављања делатности, тј.

17 З. Ђурић, З. Јовановић, 13.

18 „Стратегија за имплементацију Солвентности II у Републици Србији“, Народна Банка Србије, јун 2016. године, 5.

издавање дозволе за обављање послова осигурања / реосигурања у складу са захтевима Солвентности II. Прописани су услови за обављање делатности осигурања који, између осталог, укључују захтеве у погледу подобности за стицање квалификованог учешћа у друштву, за обављање функције члана управе друштава и за успостављање ефикасног система управљања. Утврђена су правила за вредновање имовине и обавеза друштва, пре свега техничких резерви за покриће свих обавеза из уговора о осигурању и адекватности капитала. Предвиђена је либерализација сектора осигурања путем слободе оснивања огранака и слободе пружања услуга осигурања од дана приступања Републике Србије Европској Унији. Имплементирани су захтеви Солвентности II у погледу обавезе друштава да, пре закључења уговора о осигурању и за време његовог важења, адекватно информишу уговорача осигурања уз прописивање минималног садржаја таквог обавештења. Први пут је предвиђена и могућност вршења супервизије групе друштава. Реорганизација и ликвидација друштава су у значајној мери уређене у складу са правилима која се примењују и у Европској унији (Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање који је Народна скупштина Републике Србије усвојила 3. фебруара 2015. године).

Одлуком о систему управљања у друштву за осигурање / реосигурање први пут су у Републици Србији утврђени квалитативни захтеви Солвентности II који обухватају кључне функције (управљање ризицима, систем интерних контрола, актуарска функција и интерна ревизија). У складу са наведеном одлуком први пут су друштва извршила сопствену процену ризика и солвентности (ORSA) у 2015. години и поверавање послова трећим лицима. Одлуком о садржини мишљења овлашћеног актуара утврђена је обавеза давања мишљења о техничким резервама, премији и реосигурању према захтевима Солвентности II у погледу садржаја мишљења актуарске функције.

Одлуком о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозволе за обављање послова осигурања (реосигурања) и појединих сагласности Народне банке Србије детаљно су регулисани захтеви у погледу подобности лица која управљају, тј. надзиру друштва за стицање квалификованог учешћа у друштву, у складу са Директивом Солвентност II и смерницама ЕИОРА-е, при чему су захтеви у погледу подобности за актуарску функцију усклађени са критеријумима Солвентности II, кроз Одлуку о стицању звања и усавршавању овлашћеног актуара. Поједини елементи квантитативних захтева I стуба Солвентности II, као

што су квалитет података, сегментација, поређење са искуством и адекватност техничких резерви, прописани су Одлуком о техничким резервама. Њом су обједињена правила за формирање свих техничких резерви. Имплементирани су захтеви Директиве Солвентност II који се односе на квалитет података, проверу адекватности појединачних техничких резерви и поређење утврђеног износа техничких резерви и претпоставки коришћених у њиховом обрачуну са искуством, али примерено тренутној фази развоја тржишта осигурања Србије. Одлуком су уведене и нове врсте техничких резерви у циљу прецизнијег утврђивања обавезе друштва према осигураницима и експлицитно је утврђена обавеза формирања техничких резерви у бруто износу.

Из наведеног, можемо закључити да је Србија направла значајане кораке у имплементацији правила која су прописана Директивом Солвентност II, али нас већи кораци и даље чекају, поготово када узмемо у обзир структуру тржишта.<sup>19</sup>

### 3. Будући изазови српског тржишта осигурања

Предстојећи изазови са којима треба да се суоче осигуравајућа друштва у овом региону због примене директиве Солвентност II су следећи:

1) Тржишно вредновање средстава и обавеза, тј. свођење целокупног биланса на фер вредност и стварање метода моделирања за средства чију фер вредност није могуће непосредно и једноставно одредити на основу доступних података. Такође, уводи се нови приступ вредновању обавеза из осигурања по концепту најбоље могуће процене. За српска друштва то подразумева примену потпуно нових знања, методологије, података и калкулација, што ће потпуно променити биланс стања осигуравајућег друштва састављен у складу са директивом „Солвентност II“.

2) Израчунавање капитала је у потпуности другачије од актуелног метода. Параметри формуле задати су без обзира на државу у којој осигуравајуће друштво врши пословање и на његов стварни профил ризика. Ти параметри не одражавају увек стварни профил ризика. Међутим, овај проблем се може превазићи применом интерног модела који је дизајниран тако да рефлектује осигуравачев јединствени профил ризика и постоји већа вероватноћа да ће добити SCR који ће ближе рефлектовати

---

<sup>19</sup> „Стратегија за имплементацију Солвентности II у Републици Србији“, 6-7

стварне ризике са којима се суочавају осигуравачи него стандардна формула.

За несметано вредновање средстава и обавеза, израчунавање капитала и на крају успостављање оквира за управљање ризицима потребно је детаљно анализирати и унапредити структуру података, складишта података и доступне информационе системе и технологију. То може представљати знатан притисак на финансијске планове, али ће омогућити стварање услова за добијање поузданих и тачних информација, које су неопходне за правилно одлучивање.

Супервизију осигуравајућих друштава у Србији спроводи Народна Банка Србије – НБС. Спроводи је праћењем квалитета управљања ризицима којима је изложено друштво за осигурање у свом пословању. Народна Банка у поступку супервизије врши процену адекватности управљања ризицима и у случају идентификације прекомерне изложености ризику изриче превентивне и корективне мере.<sup>20</sup> Када се започне са применом директиве, улога НБС-а у надзору осигуравајућих друштава ће се знатно променити. Њена контрола ће постати квалитативна контрола структуре и успешности пословања осигуравајућег друштва. Надзорни органи ће морати да своје знање из познавања прописа допуне практичним познавањем деловања финансијског тржишта и тржишта осигурања. Уколико упоредимо решење нашег законодавца, којим је још Закон о осигурању из 2004. године Народну банку одредио као орган који спроводи супервизију осигуравајућих друштава, и решења других земља како чланица, тако и нечланца ЕУ<sup>21</sup> можемо приметити да је велики број земља формирао посебно тело за спровођење поступка надзора. Сматрамо, да би ради лакше имплементације али и обзиром на значај који надзор има, а и имајући у виду да се од надзорног органа очекује стручност, компетентност и способност да оствари циљеве директиве, најадекватније је формирање посебног органа који ће вршити надзор над радом осигуравајућих друштава, давати и одузимати дозволе за рад, а тим вршити и заштиту корисника осигурања, али и осигуравача, тј. једном речју проверавати усклађеност рада осигуравајућих и реосигуравајућих друштава са правилима директиве. Из наведених разлога, сматрамо да би у Србији

20 Мирјана Кнежевић, „Законодавани оквир пословања друштва за осигурање“, *Банкарство*, бр. 1-2/2010, 80.

21 У Републици Босни и Херцеговини, као и Републици Црној Гори надзор врши Агенција за надзор осигурања као посебно тело чија је искључива надлежност спровођење супервизије над осигуравајућим друштвима.

најприкладније било да се надзор изузме из овлашћења Народне банке, преузме „тренд“ великог броја земаља у Европи и формира посебно тело чија ће искључива надлежност бити контрола тржишта осигурања и рада осигуравајућих друштава. Ово ће поготово бити значајно приликом приступања Србије ЕУ, када ће морати да изврши у потпуности имплементацију правила директиве.

Кад је у питању организација осигуравајућих друштава са аспекта савладавања ризика на подручју Србије, она ће бити мало другачија у односу на ЕУ. Наиме, организациона структура ће се допунити са јединицама које су потребне за савладавање ризика. Ту се мисли на одборе за савладавање ризика. Затим, већ постојеће организационе јединице, у оквиру осигуравајућег друштва, добиће нове активности, које ће се састојати у руковођењу, организовању оперативних јединица, као и у надзору. На крају, неке од данашњих организационих јединица у друштву ће се спојити. Ту мислимо, пре свега, на актуаре и финансијски сектор у друштву. У ствари, најлогичније да се почетак активности везане за савладавање ризика постави у ове организационе јединице.

Веома је битна и промена код оних који одлучују у осигуравајућим друштвима. Ту мислимо на промене код самих лица која чине управу, односно, менаџмент друштва. Одлуке ће се, увек, усвајати обзиром на то каква је ризик за остваривање захтеваних пословних резултата прихватљив за осигуравајуће друштво.<sup>22</sup>

#### **4. Основни циљеви и фазе имплементације Солвентности II у Републици Србији**

Доношењем прописа којима се уређује делатност осигурања у Републици Србији крајем 2014. године и у првој половини 2015. године створени су услови за приближавање стања сектора осигурања у Републици Србији нивоу развоја овог сектора у Европској унији. У припремној фази имплементације Солвентности II која је спроведена током 2014. и 2015. године, кроз одредбе Закона о осигурању и подзаконских аката који су донети на основу тог закона, транспоноване су одређене одредбе Солвентности II чиме је остварен значајан ниво усклађености са квалитативним захтевима Солвентности II.

---

22 Владимир Чоловић, *Утицај примене пројекта Солвентност II ( Директива ЕУ нр. 2009/138/ЕЦ) на осигуравајућа друштва у Србији*, 7-8.



Наредне фазе имплементације ослањаће се на ниво усклађености који је до сада постигнут, развој сектора осигурања у Републици Србији и анализу ефеката имплементације Солвентности II на домаће тржиште осигурања. Према идеји НБС, наредне фазе имплементације ће се спровести у 3 фазе:

*а) Фаза I – анализа усклађености*

У оквиру прве фазе извршиће се анализа усклађености регулативе којом се уређује делатност осигурања у Републици Србији и Солвентности II. Ова фаза ће трајати до краја првог тромесечја 2017. године. Посебно ће се извршити анализа примене члана 4. Солвентности II на сектор осигурања у Републици Србији, којим се прецизира искључење примене ове директиве на најмања друштва. Увидом у билансе стања и билансе успеха осигуравајућих друштава може се констатовати да, према нивоу премијског прихода у 2014. години, од укупно 4 друштва са већинским домаћим капиталом, која се баве искључиво пословима осигурања, два осигураваача задовољавају праг ослобађања, тј. имају премијски приход испод 5 милиона евра. Према износу техничких резерви, три домаћа осигураваача имају техничке резерве испод 25 милиона евра. Али, како је услов за ослобађање од примене Директиве о Солвентности II, испуњеност оба услова, према резултатима пословања из 2014. године, АМС осигурање и Дунав осигурање имаће обавезу да примењују нову директиву.<sup>23</sup> Спровешће се и анализа спремности и капацитета друштава за имплементацију нових регулаторних захтева у складу са Солвентношћу II. Према увиду у билансе стања и успеха домаћих осигураваача, ниједно друштво неће бити у стању да финансијски испрати евентуалне припреме и примену Директиве о Солвентности II. На основу резултата наведене анализе идентификоваће се домаћи прописи које је потребно изменити / допунити, односно нови прописи које је потребно донети како би се постигла њихова пуна усклађеност са Солвентношћу II.

*б) Фаза II – процена ефеката*

У оквиру друге фазе извршиће се процена ефеката имплементације Солвентности II на сектор осигурања у Србији. Ова фаза ће трајати до краја првог полугодишта 2018. године. Процена ефеката имплементације ће обухватити и спровођење квантитативне студије утицаја нових захте-

---

23 З. Ђурић, З. Јовановић, 13.

ва Солвентности II на адекватност капитала и техничке резерве појединачних друштава и сектора осигурања у целини. Као припрема за квантитативну студију утицаја применом стрес тестова вршиће се анализе ефеката појединачних захтева Солвентности II, који имају утицаја на адекватност капитала и техничке резерве, и пре спровођења комплетне квантитативне студије утицаја. Извршиће се компаративна анализа начина транспоновања значајних области / питања из Солвентности II и примене прописа из те области у појединим државама чланицама Европске уније у циљу идентификације најбоље праксе за транспоновање и имплементацију нових регулаторних захтева.

### *в) Фаза III – усклађивање регулаторног оквира*

Израда нацрта и предлога прописа вршиће се на основу резултата детаљне анализе усклађености и процене ефеката. Ова фаза ће трајати до краја 2018. године. Прописи којима се постиже усклађеност са захтевима II и III стуба, за које није потребно вршити квантитативну процену ефеката припремаће се паралелно са другом фазом. Прописи којима се постиже усклађеност са захтевима I стуба припремиће се након израде квантитативне студије утицаја примене нових прописа на сектор осигурања у Србији. Крајњи резултат ове фазе је сачињавање нацрта и предлога прописа којима ће се обезбедити пуно усклађивање са захтевима Солвентности II, с тим да ће се поједине одредбе те регулативе примењивати од датума приступања Републике Србије Европској унији.<sup>24</sup>

## **V Закључак**

Доношењем прописа којима се уређује делатност осигурања у Републици Србији крајем 2014. године и у првој половини 2015. године створени су нормативни предуслови за значајан корак ка конвергенцији стања сектора осигурања у Републици Србији нивоу развоја тог сектора у Европској унији, а у циљу обезбеђења нивоа заштите корисника услуга осигурања у Републици Србији који ће одговарати нивоу који уживају та лица у Европској унији. У периоду израде наведених прописа, у Европској унији се примењивала директива Солвентност I, те је усклађивање домаће регулативе извршено са тим оквиром, а транспоновани су и поједини захтеви Солвентности II, у складу са нивоом развоја тржишта осигурања у Републици Србији. Имплементирани су поједине одредбе Сол-

---

24 „Стратегија за имплементацију Солвентности II у Републици Србији“, 8-9.

вентности II које се односе на квалитативне захтеве другог стуба (систем управљања који обухвата четири кључне функције: управљање ризицима, систем интерних контрола, интерну ревизију и актуарску функцију, као и сопствену процену ризика и солвентности – ОРСА).

Као што је наведено Народна Банка планира фазну имплементацију Солвентности II, са фокусом на квантитативне захтеве првог стуба и захтеве трећег стуба у погледу транспарентности у пословању тржишних учесника, што ће обухватити детаљну анализу усклађености регулативе, процену ефеката усклађености и усклађивање регулаторног оквира. Кроз наведени процес ће се обезбедити потпуна усклађеност делатности осигурања у Републици Србији са правилима која важе у Европској унији, тј. још виши ниво стабилности сектора осигурања и заштите корисника услуга осигурања најкасније до приступања Републике Србије Европској унији.

**Iva TOŠIĆ**

**research trainee at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

## **CHALLENGES IN THE IMPLEMENTATION OF SOLVENCY II DIRECTIVE IN SERBIA**

### **Summary**

*Insurance companies have a very important role because they contribute to strengthening of the competition in the financial market, they encourage financial innovation, enforce corporate governance, contribute to increase the integrity of the market, they are putting pressure on the modernization of market infrastructure and encouraging the development of regulations, but primarily that is a result of their long-term business horizont. The Solvency II Directive was adopted on 25<sup>th</sup> of November 2009 as a response to the former poor regulation in the insurance law of the European Union. The main aim of the directive is to create a single insurance market in the whole EU, as well as protection of the insurer and insured.*

*In this paper author analyzes the structure of the Directive, the current state of insurance in Serbia, as well as challenges in the implementation which are expecting our country when entering the EU and the extent to which the current legislation is consentaneous with the rules of the directive.*

**Key words:** *insurance, insurance companies, Solvency II, the EU, the insured.*

**Филип ЖИВАНОВИЋ, мастер**

## **ТЕРОРИЗАМ КАО РИЗИК У КАРГО ОСИГУРАЊУ**

### **Резиме**

*Узимајући у обзир политички, геополитички и међународно-правни оквир почетка 21. века, питање осигурања од тероризма биће једно од водећих питања којим ће морати да се позабави правна наука на пољу осигурања. Ризик тероризма је одличан пример, како развој и промена у области ратовања и политичког деловања могу извршити утицај на пословно-правне односе, стога ће аутор овог рада указати на нормативни развој у третирању ризика тероризма. Поред тога, оно на шта посебно треба указати јесте непрепознавање ризика тероризма као издвојеног ризика из оквира групе ратних и политичких ризика који су тренутно инкорпорирани у комплету клаузула које је донео Институт лондонских осигураваача (Institut of London Underwriters), 2009. године, јер је на тај начин остављен велики простор различитим тумачењима остварених осигураних случајева, што за собом повлачи несигурност и подложност манипулацијама на тржишту осигурања.*

**Кључне речи:** *транспортно осигурање, ратни и политички ризици, ризик тероризма, институтске клаузуле.*

### **I Развој у нормативном третирању ризика тероризма**

Историјски, у области осигурања, ризик тероризма се појавио у контексту отмица авиона, јер су такви случајеви када су у питању бродови, били знатно ређи. Иако су напади пирата нешто са чиме се поморска пловидба сусретала од свог настанка, пиратерија није била од значаја на пољу осигурања од тероризма, јер она се сматрала за поморски ризик, а нарочито и из разлога што пиратерија са собом не носи политичку моти-

висаност.<sup>1</sup> Знатно већа пажња ризику од тероризма посвећена је након догађаја од 9.11.2001. године, иако се тада поставило питање да ли се они имају окарактерисати као чинови рата („*acts of war*“) или тероризам. Дошло се ипак до закључка да су „терористичке акције“ биле много адекватније како би се описало оно што се десило.<sup>2</sup> Тада су многи осигураваачи почели да увиђају да се слични напади могу десити и у лукама, како и у градовима, али и на самим бродовима, било да се они налазе у луци или на отвореном мору. То се и обистинило када се догодио напад Ал Каиде на француски супертанкер „Лимбург“, 2002. године.<sup>3</sup> Иако су јеменске власти тврдиле да се ради о инциденту, убрзо је постало јасно да је у питању терористички акт. На овом примеру се може видети колико овај али и слични случајеви остају подложни политичким оценама, заинтересованих актера, и колико као такви могу утицати и на опредељење осигураваача, како ће дело квалификовати.

## II Ризик тероризма у националним прописима

На националном плану ризик тероризма нигде није *explicite* наведен као такав. Међутим, у Закону о поморској пловидби, у делу који се тиче сузбијања незаконитих радњи уперених против сигурности поморске пловидбе, забрањује се заповеднику брода, другом члану посаде или неком другом лицу на броду да учини дело које по својој природи има за циљ да застраши становништво, принуди владу или међународну организацију, да изврши или се уздржи од вршења било које радње у вези са испуштањем са тог домаћег брода експлозива, радиоактивног материјала, биолошко-хемијско-нуклеарног оружја, испуштањем нафте, течне природне гасове или другу опасну или штетну ствар у количини или концентрацији која узрокује или ће вероватно узроковати смрт или озбиљну повреду људи или загађење морске средине.<sup>4</sup> Овакво дефинисање радњи које су забрањене, умногоме се подудара са савременим начином дефинисања тероризма, нарочито у делу који гласи „да застраши становништво, принуди владу или међународну организацију...“ па тако наш законодавац, иако у својим нормама не дефинише ризик тероризма као посебну

---

1 C.B. Jonathan, M.A. Gilman, *British Shipping Laws Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, Vol. III, sixteenth edition, London, 1997, 201

2 John Dunt, *International Cargo Insurance*, London and New York, 2012, пар. 3.66.

3 *Yemen ship attack 'was terrorism'*, BBC News, 13 October 2002, доступно на: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle\\_east/2324431.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/2324431.stm), 12.9.2016.

4 Закон о поморској пловидби, *Сл. гласник РС*, бр. 87/11, 104/13, чл. 173.

категорију, лексичким преузимањем дефиниције из међународних прописа и детаљнијим описивањем радњи које су забрањене, може помоћи осигураницима и осигуравачима приликом одређивања шта подразумева ризик тероризма када се уговара осигурање против њега.

### III Ризик тероризма у Институтским клаузулама и судској пракси

Када говоримо о ризику тероризма, који се налази у *Institute War and Strikes Clauses* из 1982. године,<sup>5</sup> и о ризику тероризма који је наведен у *Institute War and Strikes Clauses Cargo* из 2009. године,<sup>6</sup> мора се приметити да је знатно више пажње ближе дефинисању ризика тероризма посвећено у клаузулама ревидираним 2009. године, што је очигледан доказ повећане пажње на пољу регулисања ове области ратних и политичких ризика. У тумачењу клаузуле из 1982. године, било да се она налази у клаузулама којима се осигурава роба или пловило, наводи се да се термин „терориста“ има тумачити у свом колоквијалном значењу, па се чак напомиње да се дефиниција која стоји у британском Акту о превенцији тероризма из 1989. године, не може узети у обзир.<sup>7</sup>

Значење које се даје тероризму у контексту полисе, гласи: „тероризам“ значи употребу насиља због политичких циљева и укључује било коју употребу насиља у циљу довођења јавности или било којег дела јавности у стање страха.<sup>8</sup> Ово је доста широка дефиниција која пре свега представља друштвено-политичку оцену акта тероризма, те она као таква не јако мало може бити од користи у тумачењу и оцени насталих осигураних случајева.

Када се говори о дефинисању тероризма у Институтским ратним и политичким клаузулама које се односе на *Cargo* (робу), уочавамо детаљније навођење и објашњење шта се има сматрати за акт тероризма у контексту осигурања робе. Тако у *Institute Strikes Clause (Cargo)* стоји да је било какво оштећење или губитак осигуране робе покривене од насталог ризика проузрокованог: „било којим актом тероризма, било ког појединца који делује у име или у вези са неком организацијом, која спроводи активности у циљу збацивања или утицаја, путем присиле или насиља,

5 Институтске клаузуле ратних и политичких ризика из 1982.године (енг. *Institute War and Strikes Clause Cargo*), чл. 1.5.

6 Институтске клаузуле ратних и политичких ризика из 2009. године (енг. *Institute War and Strikes Clause Cargo*), чл. 1.2.

7 Акт о превенцији тероризма из 1989. године (енг. *Prevention of Terrorism Act*), чл. 20, ст. 1.

8 J.C.B. Gilman, 200.

било које власти, легално или нелегално конституисане“.<sup>9</sup> Овако дефинисана клаузула преузета је из *Reinsurance Act (Acts of Terrorism)* из 1993. године, који је донет након терористичког напада који је извела ИРА (Ирска Републиканска Армија) 1992. године у лондонском Ситију, када су оштећене и саме пословне просторије Лојда.<sup>10</sup> Што се тиче саме клаузуле, оваквом терминологијом се уводе нови критеријуми који могу бити од помоћи при оцени о каквом се акту ради, али и даље остаје проблематика разликовања ризика тероризма од ризика побуне, устанка, немира, итд. Међутим, оно што је недвосмислено у њеном тумачењу јесте, да она предвиђа употребу силе или насиља које доводи до проузроковања штете на имовини. Такође, потребно је да терористички акт буде усмерен у циљу утицања на државне органе.

У судској пракси значајан је један случај, када говоримо о разликовању „тероризма“ од „рата“ и „ратних операција“. Реч је о случају *Pan American v Aetna Casualty*,<sup>11</sup> када је терористичка организација „Народни фронт за ослобођење Палестине“ отела четири авиона, од којих је један био и лет *Pan American*-а од Амстердама до Њујорка. Он је тада преусмерен у Каиро, где је убрзо након слетања дигнут у ваздух. Окружни судија у Њујорку је приликом одлучивања у овом случају, када се поставило питање разликовања тероризма од граничних појмова какви су рат и ратне операције, упутио на говор државног секретара САД у Уједињеним Нацијама, са образложењем да он може бити релевантан у тумачењу тих појмова у самим полисама осигурања. У том говору је истакнуто да тероризам подразумева намерну употребу силе, насиља, од стране одређене политике групе према цивилима, грађанима или имовини неке државе која није укључена у ратне сукобе, на местима која нису везана за географску одредницу зараћених страна и укључују снажне пропагандне пост-ефекте.<sup>12</sup> Као примери, наводе се: отмице авиона, писма-бомбе, убиства дипломата, итд.

---

9 Институтске клаузуле политичких ризика из 2009. године (енг. *Institute Strikes Clause Cargo*), чл. 1.2: „any act of terrorism being an act of any person acting on behalf of, or in connection with, any organisation which carries out activities directed towards the overthrowing or influencing, by force or violence, of any government whether or not legally constituted“.

10 John Dunt, *Marine Cargo Insurance*, 2nd ed., Routledge, 2016, 246.

11 [1974] 1 Lloyd's Rep. 207, 230, 231.

12 J. Dunt, 248.

Исто питање разматрано је и у случају *P&C Insurance Limited (PUBL) v Silversea Cruises Ltd*,<sup>13</sup> када је одлучивано о случају у вези са терористичким нападима од 11. септембра 2001. године. Тада је одлучено да иако је након тога проглашен „рат против терора“ (*war on terror*), није могло бити речи о ратном чину, јер је та синтагма уведена као политичка фраза која је требала да дефинише борбу против неидентификованог непријатеља. Такође, није могло бити речи о ратном чину, јер није дошло до оружаног сукоба две стране.

Коришћење термина „утицање путем силе или насиља“ своје корене може наћи у *The Ofences Against the Person Act* из 1864. године.<sup>14</sup> У одељку посвећеном квалификованом убиству, стоји да ће се таквим сматрати свако убиство које је учињено као акт тероризма, што значи да је употребљено насиље у циљу стварања страха код одређене групе или у широј јавности. Такав случај разматран је у парници *Lamey v The Queen*.<sup>15</sup> У њој је судија утврдио да се намера да се изазове стање страха код групе људи или шире јавности огледа у околностима у којима је убиство извршено. Уколико је оно учињено дизањем зграде у ваздух или приликом отмице авиона, онда се ради о посебним квалитативима који сугеришу да се ради о терористичком акту.

Ова клаузула се својом терминологијом поклапа са изузетком наведеним у *Institute Cargo Clause* (2009),<sup>16</sup> с тим што она обезбеђује покриће само физичког губитка или оштећења, односно она не покрива трошкове настале услед промене руте или кашњења, проузрокованим актима тероризма. У том случају реч је о *Frustration Clause*,<sup>17</sup> која поред генералних изузетака наведених у општим Институтским клаузулама ограничава осигурано покриће на материјални губитак и то на онај проузрокован непосредно актом тероризма. Тако нпр. уколико терористи подметну пожар у једном бродском одељку, штета која настане на роби која се налази у том одељку биће покривена обезбеђеним ризиком тероризма. Међутим, ако услед тога брод промени руту, па дође до закашњења са пристизањем у одредишну луку, и услед тога дође до изведеног или потпуног

13 [2004] Lloyd's Rep. IR 696 (CA).

14 Акт о кривичним делима против личности из 1864. године (енг. *The Ofences Against the Person Act*), чл. 2(1) (f).

15 [1996] 1 WLR 902.

16 Институтске карго клаузуле из 2009. године (енг. *Institute Cargo Clause*), чл. 7.3.

17 Институтске клаузуле политичких ризика из 2009. године (енг. *Institute Strikes Clause Cargo*), чл. 3.8.



губитка робе у другим одељцима, они неће бити покривени полисом која обезбеђује ризик тероризма.

Даље, поставља се питање да ли ова клаузула покрива деловање појединца који наступа самостално или он мора деловати у име неке организације или у вези са њом. Узимајући у обзир да клаузула 1.3. покрива деловање особе која делује из политичког, идеолошког или верског мотива,<sup>18</sup> може се закључити да клаузулом 1.2. то покриће није обезбеђено. Ово је још једна од разлика коју је донело ревидирано издање Институтских клаузула из 2009. у односу на оно из 1982. године, јер поред фразе „политичког мотива“ уводи и појмове „верског“ и „идеолошког“. На недостатак ближег дефинисања „политичког мотива“ указивано је дуго времена, јер је сматрано да се том синтагмом оставља исувише широк простор за квалификацију одређеног дела. Он би подразумевао било ког појединца који својим делом причињава штету како би указао на своју политичку опредељеност, односно на своје политичке мотиве. Године 1982. је разматрано и увођење термина „идеолошког“ у клаузулу, али је одбачено, јер је он сматран за исувише неодређен. Америчке Институтске клаузуле су, са друге стране, користиле терминологију „из политичких, терористичких или идеолошких разлога“.

Оваква формулација може бити неодговарајућа из разлога, што сам акт тероризма подразумева политичку, идеолошку или верску мотивацију. Због тога је *Joint Cargo Comitee* увео још један термин у своју клаузулу – „верски“, водећи рачуна о тренду пораста терористичких напада мотивисаним религијским циљевима. Што се тиче судске праксе, од значаја је један случај који се бавио идеолошким мотивисаношћу при извођењу терористичког напада. Реч је о случају *Newmarket Investment Corporation v Fireman Fund Insurance Company*.<sup>19</sup> Тада је америчкој амбасади у Чилеу дојављено да је у пошиљке воћа, које су транспортоване из Чилеа у Америку, убризган цијанид. У дојави је објашњено да је то учињено како би се скренула пажња светске јавности, али и самих САД, на тежак економски положај народа у Чилеу. Када је дошло до моменталне обуставе увоза и стопирања свих пошиљки воћа из Чилеа у Америку, многи осигураници су претрпели губитке. Случај је подведен под ризик из полисе која покрива политичке ризике, односно *Strikes, Riots and Civil Comotations Endorsement*.

---

18 *Ibid*, чл. 1.3.

19 774. E. Supp. 909 (1991), US District Court Eastern District of Pennsylvania.

У таквим полисама стајало је да ће постојати покриће у случају „уништења или штете на имовини осигураног проузроковано директно вандализмом, саботажом или злонамерним актом, за који се сматра да обухвата дело или више дела, једне особе или више њих, било да су службеници једне државе или не, учињени из терористичких или идеолошких разлога“. Пред суд је било постављено питање да ли је тероризам био непосредан узрок настанка штете, и суд је утврдио да јесте, не улазећи у дефинисање самог појма „тероризма“.

Што се тиче трајања покрића, клаузулом тероризма покривен је период *warehouse to warehouse* (од складишта до складишта), у складу са покрићем које дефинише комплет (А) Институтских клаузула. Међутим, након 11.9.2001. године амерички *Joint Cargo Comitee* је донео клаузулу са називом *Termination of Transit Clause (Terrorism)*, познатију и као *Joint Cargo Comitee Clause – JC56*, која предвиђа да осигуравачи неће давати покриће за ризик тероризма у периоду док је роба у складишту, односно покриће ће постојати само у периоду док се роба налази на броду. На тај начин се овом клаузулом покриће уподобљава покрићу које је гарантовано клаузулама из групе ратних ризика, односно сужава се и ограничава период трајања покрића, имајући у виду да клаузуле из комплета ратних ризика предвиђају да покриће траје до 15 дана од момента пристизања брода у одредишну луку и то уколико се она налази на броду.<sup>20</sup>

#### IV Ризик тероризма и модерна средства ратовања

Временом су се методологија и облици тероризма, као облика политичке насилне акције, мењали и прилагођавали времену и околностима у којима се друштво налази. Тако је велика пажња на пољу искључујућих клаузула посвећена оружју за масовно уништење након 11. септембра 2001. године. Испрва су осигуравачи у енумерацију постојеће *Radioactive Contamination Exclusion Clause (RACE)* унели и појам „прљави бомба“. Сама *RACE* клаузула је својеврсни правни трансплант из области комерцијалних непоморских осигурања. 1959. године Британски осигуравачући комитет за атомску енергију је издао *Radioactive Contamination Exclusion Clause*, којом је из покрића искључио губитке који су директно или индиректно проузроковани или су настали услед значајног утицаја јонизирајућег зрачења или радиоактивном контаминацијом било ког нуклеарног горива. Онда је 1996. године установљено да постојећа форму-

---

20 J. Dunt, 236.

лација не покрива случајеве са самим нуклеарним оружјем. То је установљено након инцидента у Шпанији, када су четири ненаоружане (без упаљача, који изазива експлозивну реакцију у процесу атомске фисије) атомске бомбе случајно избачене из авиона, три су завршиле на копну а једна је упала у море близу шпанске обале.

Као резултат тог инцидента, и нуклеарно оружје уврштено је у искључујућу клаузулу па је она подразумевала да су из покрића искључене штете настале услед „јонизирајућег зрачења, услед радијације или контаминације било каквим нуклеарним горивом или било којим другим нуклеарним отпадом или услед сагоревања нуклеарног горива; радиоактивног, отровног, експлозивног или било којег другог опасног или контаминираних нуклеарног постројења, реактора или друге нуклеарне инсталације па и саме нуклеарне компоненте; било ког ратног оружја које користи нуклеарну фисију и/или фузију или неку другу радиоактивну реакцију или процес“.<sup>21</sup>

Као што је већ поменуто, ова клаузула је доживела ревизију након терористичких напада 9.11.2001. године, па је у постојећу клаузулу поред речи „оружје“ (*weapon*), додата и реч „направа“ (*device*), мислећи управо на направе као што су „прљаве бомбе“ или неко слично оруђе које се не би могло квалификовати као конвенционално оружје. Што је још важније, новом клаузулом појашњено је да се она не односи на радиоактивне изотопе, припремљене, преношене, ускладиштене или кориштене у комерцијалне, пољопривредне, научне или у сличне мирнодопске сврхе. То је учињено, јер су ствари са оваквом наменом углавном осигураване путем Институтских клаузула, па се желело избећи њихово сврставање у категорију са „прљавом бомбом“. Временом се размишљало и о другим опасностима, па је 2003. године поново допуњена клаузула, увођењем ризика од електро-магнетног пулса (који се јавља после експлозије атомске бомбе), иако је овај ризик било могуће исконструисати помоћу ризика од оружја за масовно уништење.<sup>22</sup> Поред ове допуне, уведен је и ризик од биолошког и хемијског наоружања, и све то у оквиру проширене *RACE* клаузуле, познатије као *CL370*.<sup>23</sup>

21 Институтска клаузула изузимања ризика радиоактивног загађења из 1990. године (енг. *Institute Radioactive Contamination Exclusion Clause*), чл. 1.1., 1.2., 1.3.

22 J. Dunt, 252.

23 Институтска клаузула изузимања ризика радиоактивног загађења, хемијског, биолошког, биохемијског и електромагнетског оружја из 2003. године (енг. *Institute Radioactive Contamination, Chemical, Biological, Biochemical and Electromagnetic Weapons Exclusion Clause*).

Посебну пажњу у данашњем времену заслужује и питање хакерских упада у компјутерске и телекомуникационе системе и уопште сва питања у вези са тзв. „сајбер тероризмом“. Нарочито имајући у виду зависност поморске трговине од модерних информационих технологија (навигација, рад мотора, температура карго одељка). Због тога је управо о овом питању дошло до расправе у оквиру лондонског удружења осигуравача, односно Лојда.<sup>24</sup> Питање ризика сајбер напада покушано је да буде решено и Институтском клаузулом искључења хемијског, биолошког, био-хемијског, електромагнетног оружја и искључењем сајбер напада. У њој стоји да ни у ком случају осигуравајућа полиса неће покрити губитак, оштећење, одговорност или трошкове проузроковане директним, индиректним или уз допринос коришћења операција у циљу доношења штете компјутером, компјутерским системом, компјутерским софтверским програмом, компјутерским вирусом или процесом или било каквим електронским системом.<sup>25</sup>

У вези са овим, отворено је питање, да ли оваква искључујућа клаузула искључује из покрића обезбеђеног ратним и политичким клаузулама (дакле и клаузулом тероризма), и употребу пројектила који за навођење користе компјутерске програме. Дилема је решена тако што је 2003. године у оквиру Институтске искључујуће клаузуле од сајбер напада у клаузули 1.2. прописано, да када је ова искључујућа клаузула обезбеђена уз полисе осигурања од рата, цивилног рата, револуције, побуне, устанка, мањих грађанских сукоба, било ког акта једне од зараћених страна или тероризма или акта особе која делује из политичких побуда, она се неће примењивати на случајеве када је штета или губитак изазван употребом компјутера, компјутерског система, компјутерског софтверског програма, компјутерског вируса или процеса или било каквог електронског система, који се користи при лансирању, навођењу или експлозији било каквог пројектила или другог оружја.<sup>26</sup>

#### IV Обавеза обавештавања о промени ризика

Нарочит осврт код осигуравајућих полиса које покривају ризик тероризма заслужује једна од основних обавеза у уговорном односу изме-

---

24 Bernard Twomey, Jonathan Earthy, „Cyber: Marine Risk and Potential Impact“, *Lloyd's Register Marine*, 2014, доступно на: [http://www.lr.org/en/\\_images/229-77182\\_The\\_risks\\_associated\\_with\\_marine\\_information\\_technology.pdf](http://www.lr.org/en/_images/229-77182_The_risks_associated_with_marine_information_technology.pdf), 18.9.2016.

25 Институтска клаузула ризика сајбер напада из 2003. године (енг. *Institute Cyber Attack Exclusion Clause CL 380*), чл. 1.1.

26 *Ibid*, чл. 1.2.

ђу осигураника и осигуравача, а то је обавеза обавештавања о промени ризика. Ова обавеза проистиче из начела максимално добре вере, што је једно од суштинских обележја облигационих односа у континенталном правном подручју.<sup>27</sup> Још при закључењу уговора осигураник је дужан да пријави све околности које могу бити од значаја осигуравачу при одлучивању да ли ће ризик узети у покриће и колику ће премију одредити. Поставља се питање, на који начин би осигуравач одређивао висину премије, узимајући у обзир непостојање јасно изражених статистичких одредница, на основу којих би осигуравач могао да евалуира ризик тероризма и да у складу са тим захтева од осигураника уплату одређене премије. Таква процена ризика је до сада била у домену државних органа, јер тероризам је предмет примарног интересовања обавештајних и контраобавештајних служби, али са развојем приватних корпорација које се баве обезбеђењем и које све више преузимају делокруг државних органа, може се очекивати да ће осигуравачи, користећи информације које сада могу доћи путем приватних канала моћи са великом прецизношћу да одреде висину премије. У упоредној осигуравајућој пракси, на примеру Велике Британије, можемо приметити да је овом питању посвећена нарочита пажња. Процену ризика у В. Британији врши тело које се назива „*Joint War Comitee*“, који квартално доноси извештаје у којима процењује вероватноће наступања ратних и сличних ризика у одређеним светским регионима.<sup>28</sup> Комитету у томе помаже својеврсна приватна обавештајна агенција – *Insurance Inteligence Center*, која оперативно сакупља податке које касније дистрибуира својим клијентима у циљу евалуације ратних и политичких ризика.<sup>29</sup>

Са друге стране, остаје непознаница на основу чега осигураник може дати такве информације, имајући у виду да су такве информације предмет интересовања, пре свега безбедносних служби и да појединац не може имати скоро ни једну релевантну информацију у вези са овим ризиком. Чак и у случају да је поседује, он себе може изложити опасности да буде инкриминисан када је та информација означена као службена или државна тајна. Због тих разлога можемо говорити о *de facto* сужавању обавеза које стоје на страни осигураника приликом пријављивања околности које су од значаја при процени ризика.

27 Наташа Петровић Томић, *Осигурање робе у међународном поморском превозу*, Београд, 2009, 70.

28 Lloyd's Market Association, доступно на: [http://www.lmalloyds.com/LMA/about/LMA/About\\_us/bout\\_he\\_LMA.aspx?hkey=a1464b86-0391-4abe-9db3-8b511090f71f](http://www.lmalloyds.com/LMA/about/LMA/About_us/bout_he_LMA.aspx?hkey=a1464b86-0391-4abe-9db3-8b511090f71f), 22.11.2016.

29 Insurance Inteligence center, доступно на: <http://www.insurance-ic.com/#home>, 22.11.2016.

## V Закључак

Основна мана, у одређивању и детерминисању ризика тероризма, јесте непостојање униформне дефиниције тероризма на међународном плану. Ово је од круцијалног значаја, јер тероризам је појава која превазилази оквири националних граница и чије се последице манифестују како на регионалном тако и на глобалном плану. Због тога је преко потребно, даље радити на плану једнообразног дефинисања појма тероризма, пре свега на пољу међународног кривичног права, које би пратило и инкорпорирање једне такве дефиниције и у друге гране права које се у својим правним оквирима баве овом појавом. Даље, сврставањем ризика тероризма у групу политичких ризика, се прејудицира природа тероризма иако у пракси нису непознате терористичке организације које су биле способне за извођење конвенционалних ратних операција. Због тога, али и због олакшавања приликом разграничења ризика нормираних у оквиру ратних и политичких ризика, неопходно је издвојити ризик тероризма у посебну групу Институтских клаузула. То би омогућило детаљније уређење овог ризика и на практичном плану олакшало уговарање и заштиту интереса осигураника, јер би осигураник у том случају много боље познавао своја права и обавезе. Такође, на тај начин осигуравач би могао знатно предвидљивије да процени и уговори које појаве, односно околности, ће се сматрати наступањем ризика тероризма.

*Filip ŽIVANOVIĆ, M.A.*

## TERORISM AS A RISK IN CARGO INSURANCE CONTRACT

### Summary

*Considering political, geopolitical and international law context at the beginning of 21<sup>st</sup> century question of terrorism will be the leading question which must be considered by jurisprudence in the field of insurance. Risk of terrorism is a great example, how changes and developments in the area of warfare and political activism can make influence on law-bussines relations, therefore the autor of this article will points at development of legislation in the area of treatment of risk of terrorism. Also, what is need to be considered, is unrecognizing the risk of terrorism as independent risk from the other risks in the group of war and strike risks which are now incorporated in clauses provided by Institut of London Underwriters, from 2009<sup>th</sup> year. In that way there is huge space left in*

*interpretation of fulfilment of the insured event, which drags uncertainty and susceptability in the insurance market.*

**Key words:** *cargo insurance, war and political risks, risk of terrorism, institue clauses.*

---

# ПРАВО ПОТРОШАЧА

---

Др Драган ВУЈИСИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ЕДУКАЦИЈА КАО СРЕДСТВО ОСНАЖИВАЊА ПОТРОШАЧА

### Резиме

*Едукација потрошача је веома значајно средство оснаживања потрошача. Из тог разлога право потрошача на едукацију има статус основног права потрошача у праву ЕУ, у националним законодавствима држава чланица ЕУ, као и у Закону о заштити потрошача Републике Србије из 2014. године. Аутор у раду, најпре, анализира појам и значај едукације потрошача. Појам едукације потрошача може се схватити у ужем и ширем смислу. Посебна пажња посвећена је новијим схватањима, која произлазе из појма едукације потрошача у ширем смислу. Аутор потом указује на постојање проблема конфузије потрошача, утицај потрошача на развој тржишта и њихову улогу у заштити животне средине, што све доприноси повећаном значају едукације потрошача. Аутор затим анализира прописе и документе Европске уније који су релевантни за едукацију потрошача, као и конкретне активности које су на нивоу ЕУ спроведене у циљу едукације потрошача. На крају, аутор посвећује пажњу едукацији потрошача у Републици Србији, стављајући посебан акценат на позитивну правну регулативу у области која је предмет рада.*

**Кључне речи:** *потрошач, трговац, едукација потрошача, оснаживање потрошача, обавештавање потрошача.*



## I Увод

Савремено друштво се често карактерише као потрошачко друштво, а култура на којој оно почива као потрошачка култура.<sup>1</sup> У последње две деценије потрошачко окружење је изложено све већим, учесталијим променама, које су последица присуства разноврсних и нових роба и услуга на тржишту.<sup>2</sup> Због наведених друштвених околности политика заштите потрошача изузетно је значајна и опредељујућа за свеукупни положај потрошача на тржишту. Савремена политика заштите потрошача обухвата мноштво питања, као што су храна, здравље, безбедност производа, телекомуникације, осигурање, превоз, туризам, енергија, животна средина, тржишна конкуренција и др. Срж ове политике су основна права потрошача, која су регулисана како на нивоу ЕУ, тако и на националном нивоу. Основна права потрошача су: право на заштиту здравља и сигурности, право на задовољавање основних потреба, право на заштиту економских интереса, право на правну заштиту, право на информисање, право на едукацију, право на накнаду и правну помоћ, право на представљање, право на здраву и одрживу животну средину. Иако међу наведеним основним правима потрошача право на едукацију не заузима централно место, његовим развојем и потпунијим остваривањем боље и брже се остварују и сва остала права потрошача, па из тог разлога оно има статус основног права потрошача у праву ЕУ, у националним законодавствима држава чланица ЕУ, као и у Закону о заштити потрошача Републике Србије из 2014. године<sup>3</sup> (у даљем тексту: ЗЗП). Ово право, заједно са правом потрошача на обавештеност, у земљама чланицама ЕУ (делом и у Србији) реализује се кроз низ конкретних активности, које су у политици заштите потрошача сваке од ових земаља бројније у односу на остале активности.<sup>4</sup>

Бавећи се едукацијом потрошача, Организација за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: ОЕCD) формулисала је као полазну основу за регулисање и остваривање права потрошача на едукацију у свим земљама три основне препоруке: (1) дефинисање циљева и стратегија еду-

- 
- 1 Daniel Fischer, „Educational Organizations as “Cultures of Consumption”: cultural context of consumer learning in schools“, *European Educational Research Journal*, бр. 10/2011, 595.
  - 2 Vuokko Jarva, „Consumer education and everyday futures work“, *Futures*, бр. 43/2011, 100.
  - 3 *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016.
  - 4 Stefan Wahlen, Kaisa Huttunen Kaisa, „Consumer policy and consumer empowerment: comparing the historic development in Finland and Germany“, *International Journal of Consumer Studies*, бр. 36/2012, 2.

кације потрошача, као и оцењивање постигнутих резултата; (2) одабир најприкладнијих приступа едукацији потрошача; (3) унапређење сарадње између носилаца интереса, како би се обезбедила кохерентност у спровођењу мера едукације потрошача.<sup>5</sup>

## II Појам едукације потрошача

### 1. Појам едукације потрошача у ужем и ширем смислу

У конвенционалном, ужем, смислу сврха едукације потрошача је стварање оснажених потрошача који имају приступ информацијама и могућност избора између конкурентских производа и услуга. Историјски посматрано, сви учесници на тржишту су усвојили ово схватање: влада, трговци, потрошачи, као и они који се баве едукацијом потрошача.<sup>6</sup> Едукација потрошача у ужем смислу се може дефинисати као планска активност усмерена ка подизању способности потрошача на виши ниво, унапређивању знања потрошача и модификовању понашања потрошача приликом доношења потрошачких одлука, закључивања уговора и евентуално приликом постављања захтева за накнаду штете.<sup>7</sup> Едукован потрошач је онај потрошач који разуме информације које су му представљене, зна да преговара, правилно расуђује и доноси разумне одлуке, тј. одлуке које су у складу са његовим економским интересима, поставља питања, а када су му повређена права, зна да има право на жалбу и на који начин то право може да оствари. Исто тако, едукован потрошач зна да располаже својим новцем, где може да добије савет, да разликује чињенице од преварних реклама и да разуме последице свог понашања.<sup>8</sup> Када се едукација потрошача схвати на овај начин, тежиште се ставља на потрошача појединца и његове индивидуалне интересе. У складу са конвенционалним појмом је схватање да је разуман избор потрошача онај који подразумева добијање што веће вредности за један еуро/долар итд.,<sup>9</sup> као

---

5 Organization for Economic Cooperation and Development, *Consumer Education: policy recommendations*, Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2009.

6 Sue McGregor, „Sustainable consumer empowerment through critical consumer education: a typology of consumer education approaches“, *International Journal of Consumer Studies*, бр. 29/2005, 437.

7 Caro Brennan, Martin Coppack, „Consumer empowerment: global context, UK strategies, and vulnerable consumers“, *International Journal of Consumer Studies*, бр. 32/2008, 308.

8 Борко Михајловић, „Како побољшати заштиту потрошача у Републици Србији?“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013, 427.

9 S. McGregor, 443.

и да је одговоран потрошач онај који познаје своја права и који је информисан на свим пољима пре уласка у било коју трансакцију.

Појам едукације потрошача у ширем смислу заснива се како на индивидуалним, личним интересима појединца потрошача, тако и на ширим друштвеним интересима, што подразумева стварање тзв. грађанина потрошача, који приликом доношења потрошачких одлука не узима у обзир само личне интересе, већ води рачуна и о ширим друштвеним последицама својих одлука. Тзв. грађанин потрошач је појединац који врши избор узимајући у обзир етичке, социјалне, економске и еколошке факторе.<sup>10</sup> Грађанин потрошач активно доприноси праведном и одрживом развоју својим одговорним понашањем и деловањем на породичном, националном и глобалном нивоу.<sup>11</sup> Зато се новија схватања о едукацији потрошача усмеравају на будућност и тесно су повезана са питањима одрживог развоја, одрживе потрошње и сл., што је последица све већег проблема недостатка природних ресурса у свету и са тим повезаних питања заштите животне средине.<sup>12</sup> Едукација потрошача се сматра средством усмереним ка стварању хармоничног и цивилизованог друштва заснованог на принципима правичности, једнакости и истине.<sup>13</sup> За разлику од конвенционалног приступа, који само уочава постојање неједнакости између трговца и потрошача и покушава да ту неједнакост едукацијом ублажи, шири појам едукације потрошача иде даље, покушавајући да учини више. Најдаље у том смислу отишао је тзв. критички приступ, који покушава да утврди узроке постојања поменуте неједнакости, да нагна потрошача на размишљање о тим узроцима и да га подстакне на промене (првенствено унутрашње) и преиспитивање постојећег стања.<sup>14</sup>

Предавачи (едукатори) који усвајају шири појам едукације преносе потрошачима знање, умеће о доношењу потрошачке одлуке која представља најповољнији избор у сваком смислу, узимајући у обзир нарочито последице те одлуке.<sup>15</sup> Примера ради, потрошач ће једну одлуку донети ако жели да допринесе социјалној правди, поштовању људских права,

10 Consumer Citizenship Network, *Consumer Citizenship Education Guidelines – Higher Education*, vol. 1/2005.

11 Исто.

12 V. Jarva, 104.

13 Dzulkarnaian Mazlan, Ahmad Redzuan, Darussalam Abu Bakar, „Consumer Education in Creating a Consumer Conscious Nation“, *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, 6p. 155/2014, 448.

14 S. McGregor, 440.

15 S. McGregor, 445.

очувању животне средине, а потпуно другу ако он жели само да уштеди новац, живи одређеним животним стилем итд. Ипак, тешко је очекивати да ће потрошачи доносити одлуке које њима, у финансијском смислу, нису исплативе, само зато што би те њихове одлуке биле повољније за глобално окружење. Зато је едукација потрошача у ширем смислу од значаја у ситуацијама у којима потрошач бира између два производа, при чему му и један и други доносе исту или приближну корист, али друштвене последице куповине тих производа су потпуно различите. Тако можемо навести пример двојице потрошача који планирају куповину акција. Један потрошач купује акције које ће доносити велике приходе у односу на инвестиран новац, али је реч о акцијама компаније која производи оружје. Други потрошач купује акције које, такође, доносе велике приходе, али је политика друге компаније таква да не улаже новац у земљама које купују оружје. Указивање потрошачима на шире последице њихових одлука утицало би свакако и на првог потрошача из наведеног примера да донесе одлуку која ће бити истовремено и друштвено одговорна и њему лично корисна.

## **2. Појам едукације потрошача према Закону о заштити потрошача Републике Србије**

Према ЗЗП, под едукацијом потрошача подразумева се стицање основних знања и вештина неопходних за правилан и поуздан избор производа и услуга, као и знања о основним правима и дужностима потрошача и начину њиховог остваривања.<sup>16</sup> Тумачењем ове дефиниције може се закључити, барем на први поглед, да је ЗЗП усвојено искључиво конвенционално, уже схватање појма едукације потрошача. Међутим, ширим тумачењем исте дефиниције може се доћи и до закључка да је законодавац користећи термин „дужности потрошача“ имао у виду и оне дужности које се односе на глобално окружење, заштиту животне средине и друштво у целини.

## **3. Разграничење појма едукације потрошача од сличних појмова**

Едукација потрошача се често доводи у везу са појмовима обавештавања и оснаживања потрошача. Значај остваривања права на едукацију не може се, свакако, посматрати одвојено од права потрошача на обавештеност. Суштинско остваривање права потрошача на обавеште-

---

16 Закон о заштити потрошача, чл. 2, тач. 7.

ност могуће је једино уз претходно остваривање права на едукацију. Једино едукован потрошач може на правилан начин разумети обавештења добијена од стране трговаца. Јер, неспорно је да обавештавање само по себи није довољно и да су потрошачима неопходне способности да обавештења која добију претворе у ефективно знање, на основу кога ће доносити рационалне потрошачке одлуке.<sup>17</sup> Тако је кључна разлика између обавештавања и едукације у томе што је сврха обавештавања преношење знања потрошачима од стране државних органа, потрошачких удружења, трговаца, а у савременим условима све више и од стране других потрошача, док је сврха едукације развијање трајних способности ефикасног коришћења знања, што превазилази пуко преношење знања.<sup>18</sup>

Едукација се често дефинише уз коришћење појма оснаживања, а понекад се чак ставља знак једнакости између појмова „едукован потрошач“ и „оснажен потрошач“. Оснаживање потрошача је скуп активности усмерених ка отклањању фактичке неједнакости која постоји између трговца и потрошача, а у циљу изједначавања или барем приближавања тржишне снаге трговца и потрошача. Оснаживање подразумева и стварање снажног правног оквира заснованог на принципима и средствима који оспособљавају потрошаче да предводе паметну, одрживу и укључиву економију.<sup>19</sup> Већ на први поглед се види да је појам оснаживања знатно шири од појма едукације потрошача. Оснаживање потрошача се заправо може посматрати као један од циљева (можда и најважнији) читаве политике заштите потрошача, а едукација је једно од (значајнијих) средстава оснаживања потрошача.

### III ЗНАЧАЈ ЕДУКАЦИЈЕ ПОТРОШАЧА

#### 1. Конфузија потрошача

Данас, у савременим условима живљења, едукација потрошача је изузетно актуелна и неопходна, а због чињенице да се потрошачи свих старосних доба, који припадају различитим друштвеним групама, суочавају са компликованим изборима који могу имати далекосежне последи-

---

17 C. Brennan, M. Coppack, 307.

18 European Commission, *Commission Staff Working Document on Knowledge – Enhancing Aspects of Consumer Empowerment 2012-2014*, SWD(2012) 235 final, Brussels: European Commission.

19 European Commission, *European Consumer Agenda*, (SWD(2012) 132 final), Brussels: European Commission.

це.<sup>20</sup> Савремено тржиште је комплексно и брзо се мења. Оно је под све већим утицајем савремене технологије, глобализације, нападног рекламирања, иновативних производа и услуга, па тако настају тешкоће за потрошаче у утврђивању квалитета и саобразности роба и услуга. Уз то, различитих производа и услуга на тржишту је све више. Још шездесетих година прошлог века сматрало се да на тржишту више не постоји проблем недостатка производа, већ да постоји „превише производа“, поготово у развијеним, западним друштвима, која се називају и друштвима изобиља.<sup>21</sup> Уз бројне позитивне стране оваквог тренда развоја тржишта, постоји и једна негативна. Потрошачи често не могу правилно да донесу одлуку о избору између бројних производа и услуга (нпр. просечан супермаркет који потрошачи скоро свакодневно посећују има око 26.000 артикала; постоји чак 347 различитих врста Најк спортских патика и сл.). Поједина истраживања у Великој Британији показују да се 41% потрошача сматра „преплављеним“ изборима који им се пружају.<sup>22</sup> Изазови су посебно велики, ако се узму у обзир опасности које са собом носе електронско пословање и куповина преко интернета. Савремени медији довели су електронску комуникацију и деци на дохват руке. Посебну тешкоћу потрошачима представљају све врсте финансијских услуга.

Тако се говори о постојању „конфузије потрошача“ у савременим потрошачким друштвима. Та конфузија последица је „преоптерећености“ потрошача не само производима и услугама, већ и информацијама, с обзиром да стриктно поштовање права потрошача на обавештеност не доноси увек практичне користи потрошачима.<sup>23</sup> Зато се концепт обавештеног потрошача на коме се заснива модерно потрошачко право, такође, доводи у питање последњих година. Поред „преоптерећености“ потрошача информацијама и производима и услугама, до конфузије потрошача доводе и други фактори, као што су повећана употреба тзв. стратегија имитирања, која подразумева стварање производа сличних постоје-

---

20 Carol Brennan, Katrina Ritters, „Consumer education in the UK: new developments in policy, strategy, and implementation“, *International Journal of Consumer Studies*, бр. 28/2004, 98.

21 V. Jarva, 100.

22 Caro Brennan, Martin Coppack, „Consumer empowerment: global context, UK strategies, and vulnerable consumers“, *International Journal of Consumer Studies*, 31.

23 Byung Kwan Lee, Wei Na Lee, „The Effect of Information Overload on Consumer Choice Quality in an On-Line Environment“, *Psychology & Marketing*, бр. 21/2004, 159.

ћим познатим и успешним производима и брендovima, али и повећана куповина производа и услуга на страним тржиштима.<sup>24</sup>

## 2. Развој тржишта

Значај едукације потрошача треба посматрати и са аспекта повећања и јачања тржишне конкуренције. Од едукованих потрошача се очекује да покрећу тржишни развој и повећавају конкуренцију.<sup>25</sup> Све то у крајњој линији треба да доведе до квалитетнијих производа и услуга, који ће се продавати по нижим ценама, што је, свакако, један од основних циљева права заштите потрошача. Поред тога, обавештен и едукован потрошач најпре може да подстакне поштено тржишно пословање и да спречи преваре трговаца, као и да сузбије понашања трговаца која за циљ имају недозвољен утицај, пре свега, на угрожене, лаковерне потрошаче.<sup>26</sup>

## 3. Заштита животне средине

Последица повећања избора за потрошаче на тржишту је и повећана експлоатација природних ресурса, која угрожава сва жива бића на планети. Последњих година појачана је свест истраживача, политичара, па чак и обичних грађана о могућим последицама ове појаве.<sup>27</sup> Рециклирање је, примера ради, постало активност која је широко распрострањена и о чијем значају су у великој мери информисани и обични грађани. Ипак, потрошачи и даље нису довољно свесни са каквим се изазовима суочава планета, колике су размере еколошких проблема, као и томе колика је њихова улога приликом доношења потрошачких одлука за очување животне средине. Све ово доводи до бројних нових изазова са којима се потрошачи свакодневно сусрећу. Више није довољно просто упоређивање односа између цене и квалитета, већ је потребно пратити ток читавог „животног циклуса“ робе.<sup>28</sup>

24 Graeme Drummond, „Consumer confusion: reduction strategies in higher education“, *International Journal of Educational Management*, бр. 18/2004, 318.

25 European Commission (2007). *EU Consumer Policy Strategy 2007-2013*, COM (2007) 99 final, Brussels: European Commission.

26 Б. Михајловић, 427.

27 Бранко Ракић, „Универзитет у природи – место учења одрживог развоја“, *Теме*, бр. 38/2014, 1821-1822.

28 V. Jarva, 101.

## IV Едукација потрошача у Европској унији

### 1. Акти Европске уније и њена регулатива у области едукације потрошача

Едукација потрошача је саставни део политике заштите потрошача ЕУ. Она је део те политике званично постала Уговором из Амстердама из 1997. године, када је као један од циљева заштите потрошача изричито поменута и едукација потрошача.<sup>29</sup> Чланом 153. поменутог Уговора (сада члан 169. Уговора о функционисању ЕУ) предвиђено је да ће Унија у циљу унапређења интереса потрошача и обезбеђења високог степена заштите потрошача, између осталог, доприносити промовисању права потрошача на едукацију.<sup>30</sup> Ипак, и пре тога ЕУ је спроводила мере у циљу остваривања едукације потрошача. Тако је, на пример, 1986. године Европски Савет министара образовања усвојио резолуцију о образовању потрошача у основним и средњим школама, указујући на значај познавања права потрошача код деце и младих.

Стратегија заштите потрошача Европске комисије за период од 2007. до 2013. године (у даљем тексту: Стратегија ЕУ), као први од три главна циља, истиче оснаживање потрошача. Потом се међу приоритетима Стратегије ЕУ наводи стварање боље обавештених и едукованих потрошача.<sup>31</sup> Стратегија ЕУ предвиђа и конкретне акције чија је сврха била остваривање њених циљева и приоритета. Акције усмерене на едукацију потрошача односиле су се, пре свега, на саветовање грађана у вези са њиховим потрошачким правима, на информационе кампање, чији је циљ подизање свести потрошача о постојању њихових права и организација потрошача које би могле да им помогну.<sup>32</sup> Говорећи о акцијама усмереним на обавештавање и едукацију потрошача, Стратегија ЕУ помиње „оснажене потрошаче који променама животног стила и образаца своје потрошње доприносе побољшању сопственог здравља, али и одрживој потрошњи“, чиме се на неки начин приближава појму едукације потрошача у ширем смислу.

29 Elizabeth Goldsmith, Suzzane Piscopo, „Advances in consumer education: European initiatives“, *International Journal of Consumer Studies*, бр. 38/2014, 52.

30 Treaty on the Functioning of European Union (2012), *Official Journal of the European Union C 326*, чл. 169 ст. 1.

31 European Commission (2007). *EU Consumer Policy Strategy 2007-2013*, COM (2007) 99 final, Brussels: European Commission.

32 Исто.



Стратегија ЕУ замењена је Европском потрошачком агендом (у даљем тексту: Агенда), усвојеном 2012. године, која представља део ширег плана ЕУ названог „Европа 2020“. И Агенда полази од оснаженог потрошача као покретача тржишта. Агенда затим дефинише постојеће проблеме и будуће изазове. Када су у питању будући изазови, Агенда наглашава важност одрживе потрошње. Истиче се да потрошачи морају бити свесни да њихови модели потрошње имају еколошке последице, као и да из тог разлога они морају да усвајају одрживије моделе потрошачког понашања.<sup>33</sup> Значајан (садашњи и будући) изазов је и неадекватан степен информисаности потрошача. Потрошачи, иако, често „преоптерећени“ мноштвом информација, не добијају увек све информације које желе и које су им потребне за доношење одлуке. Истраживања из 2011. године показују да се 25% потрошача не осећа довољно „самоувереним“ на тржишту, а више од трећине потрошача се сматра недовољно информисаним.<sup>34</sup>

Као одговор на ове и друге изазове поменуте у Агенди, предвиђена су четири основна циља која би требало остварити до 2020. године, као и конкретни кораци за њихово спровођење. Један од тих циљева, релевантан за едукацију потрошача, је повећање знања потрошача. Из тог општег циља произилазе два специфична циља: повећање информисаности и подизање свести о правима и интересима потрошача, како међу трговцима, тако и међу потрошачима; изграђивање знања и способности за ефективније учешће потрошача на тржишту. Очигледан је значај едукације потрошача како за остваривање општег, тако и за остваривање специфичних циљева. Тако се и у Агенди истиче да националне власти држава чланица ЕУ и организације потрошача треба да обезбеде потрошачима едукацију већ од дечијег доба и затим да је настављају током читавог живота.<sup>35</sup> Говорећи о „специфичном циљу одрживог развоја“, Агенда се, попут Стратегије ЕУ, приближава појму едукације потрошача у ширем смислу.

Коначно, и најновија Уредба ЕУ о вишегодишњем програму заштите потрошача за период од 2014. до 2020. године (у даљем тексту: Уредба), усвојена фебруара 2014. године, препознаје значај едукације потрошача. Већ у оквиру општег циља Уредбе помиње се промовисање пра-

---

33 European Commission (2012), *European Consumer Agenda*, (SWD(2012) 132 final), Brussels: European Commission.

34 Исто.

35 Исто.

ва потрошача на едукацију, као једно од средстава које би требало да осигура висок степен заштите потрошача, њихово оснаживање, те стављање потрошача у средиште унутрашњег тржишта, у оквиру укупне стратегије за паметан, одржив и укључив раст.<sup>36</sup> Едукација потрошача наведена је и као један од посебних циљева програма, који би требало да буду у функцији остваривања општег циља. Уредбом су предвиђене и конкретне мере које би требало спровести током трајања вишегодишњег програма. Чини се, пак, да мере усмерене на остваривање права на едукацију нису довољно конкретизоване, с обзиром да је као једина мера за остваривање овог права предвиђено само „унапређење едукације потрошача као целоживотног процеса, са посебном усмереношћу на рањиве потрошаче“.<sup>37</sup>

## 2. Акције Европске уније спроведене у циљу едукације потрошача

ЕУ је, почев од 2000. године, спровела низ акција усмерених на едукацију потрошача. Оне се разликују се како по својој природи и сврси (једне само информишу потрошаче о њиховим правима, док друге имају за циљ измене понашања потрошача на тржишту, како би то понашање постало друштвено одговорније), тако и по циљној групи према којој су усмерене (деца, одрасли, угрожени потрошачи, едукатори итд.).

Генерални директорат Европске комисије за здравље и заштиту потрошача реализовао је четири значајне иницијативе које промовишу обавештавање и едукацију потрошача широм Европе: (1) образовање интернет сајта DOLCETA који је постојао у периоду од 2003. до 2013. године (овај интернет сајт имао је двоструку намену: прво, имао је функцију помоћи одраслим потрошачима, пошто је садржао информације о различитим потрошачким темама; друго, помагао је наставницима да припреме часове или друге едукативне активности, с обзиром да су се на овом интернет сајту могли пронаћи бројни едукативни материјали); (2) дистрибуција тзв. Европског дневника у школама широм Европе, који је садржао информације о основним правима потрошача (подељено је око 2.300.000 примерака промотивног материјала у 17.000 школа у тада свих 27 држава чланица ЕУ); (3) организација тренинга који доприносе осна-

---

36 Regulation (EU) No 254/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on a multiannual consumer programme for the years 2014-20 and repealing Decision No 1926/2006/EC - Уредба ЕУ о вишегодишњем програму заштите потрошача за период од 2014. до 2020. године (2014), *Official Journal of the European Union* L 84/42, чл. 2.

37 Исто.

живању потрошача, које је похађало особље запослено у организацијама потрошача, које је стечена знања касније преносило потрошачима; (4) образовање посебних смерова на мастер студијама, који се уско баве питањима заштите потрошача, а у циљу подстицања истраживања о питањима заштите потрошача.<sup>38</sup> И други генерални директорати су имали своје иницијативе, међу којима се истичу: Европска мрежа за едукацију потрошача, Мрежа грађана потрошача, као и њен наследник – Партнерство за едукацију и истраживање о одговорном животу.<sup>39</sup>

Како су неке од поменутих акција имале ограничен рок трајања, неке су временом постале превазиђене, ЕУ последњих година спроводи бројне нове акције усмерене на едукацију потрошача, а које су израз нових приступа проблему едукације. Тако, на пример, иако је интернет сајт DOLCETA сматран врло успешним пројектом, којим су створени значајни извори информисања за потрошаче, предлагала се промена пасивног приступа, који је карактерисао овај интернет сајт, новим, активним приступом.<sup>40</sup> То значи да би интернет сајтови требало да пруже могућност интеракције између корисника, који би тако значајно доприносили изгледу интернет сајта, како би, пре свега, наставници, могли да размењују искуства и проналазе најбоље начине едукације. У том циљу, од марта 2013. године постоји нови интернет сајт – тзв. Потрошачка учионица. Реч је о сајту једноставном за коришћење, на коме наставници могу да размењују практична искуства, схватања и материјале о едукацији потрошача.<sup>41</sup> На сајту се могу пронаћи наставни материјали развијени широм ЕУ. Основна карактеристика сајта је интерактивни приступ, који омогућава комуникацију између наставника из различитих земаља ЕУ. Иако у погледу интеракције коју пружа, Потрошачка учионица представља корак напред у односу на интернет сајт DOLCETA, њена циљна група је ужа, с обзиром да је реч о интернет сајту који је усмерен само према наставницима, а не и према потрошачима. ЕУ, пак, развија друге интернет сајтове усмерене само према потрошачима. У том циљу многи постојећи интернет сајтови су редизајнирани и ажурирани. Тако је 2012. године објављена онлајн верзија Европског дневника; информације о правима потрошача могу се наћи и на порталу „Твоја Европа“; образован је нови ин-

38 E. Goldsmith, S. Piscopo, 53-54.

39 Исто.

40 Michael Blakemore, Nicola Smith, *Evaluation of Consumer Education, Information, and Capacity Building Actions*, 2011, доступно на: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/evaluation\\_consumer\\_education\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/strategy/docs/evaluation_consumer_education_report_en.pdf), 14.03.2016, 66-67.

41 E. Goldsmith, S. Piscopo, 58.

тернет сајт „Дигитална агенда за Европу“, који садржи информације релевантне за потрошаче, као и информације о европској регулативи заштите потрошача у области електронских комуникација; 2012. године објављен је „Законик о правима на интернету у ЕУ“, у циљу подизања свести грађана о њиховим правима у дигиталном свету и промовисања коришћења куповине преко интернета у ЕУ и сл.<sup>42</sup>

Можда и најзначајнија иницијатива спроведена последњих година је Мрежа европских потрошачких центара.<sup>43</sup> Потрошачки центри постоје у свим земљама ЕУ и имају двоструку функцију. Прво, информисање потрошача о њиховим правима на њиховом матерњем језику. Друго, пружање помоћи потрошачима у решавању конкретних проблема на које наилазе, ако је реч о прекограничној трансакцији. Потрошачки центар у том случају поступа као посредник, покушавајући да реши проблем мирним путем у корист потрошача. Ако проблем не може бити решен на тај начин, потрошачки центар упућује потрошача на надлежни орган. Услуга је потпуно бесплатна, а једино ограничење је већ поменуто пружање помоћи искључиво у трансакцијама са иностраним елементом, и то ако трговци имају седиште на територији ЕУ или у Норвешкој и Исланду.

## У Едукација потрошача У Републици Србији

Осим што праву на едукацију даје значај једног од осам основних права потрошача, ЗЗП је прописано да удружења и савези удружења за заштиту потрошача пружају и спроводе едукацију и информисање потрошача, на независан и објективан начин, који не сме да садржи било какав облик оглашавања.<sup>44</sup> Поред тога, за разлику од ранијег закона, прописано је да наставни програм основног и средњег образовања треба да обухвати и образовање ученика основних и средњих школа о основним принципима заштите потрошача, као и о правима и обавезама потрошача.<sup>45</sup> Едукација ученика о потрошачким правима и обавезама требало би да се оствари кроз сарадњу између министарства надлежног за заштиту потрошача и евидентираних савеза и њихових удружења.<sup>46</sup>

42 European Commission (2014), *Report on Consumer Policy January 2012 – December 2013*, Brussels: European Commission.

43 European Commission (2012), *European Consumer Agenda*, (SWD(2012) 132 final), Brussels: European Commission.

44 Закон о заштити потрошача, чл. 16, ст. 1.

45 Закон о заштити потрошача, чл. 16, ст. 2.

46 Закон о заштити потрошача, чл. 16, ст. 3.

Едукација потрошача детаљније је регулисана Стратегијом заштите потрошача за период од 2013. до 2018. године (у даљем тексту: Стратегија), коју је Влада Републике Србије усвојила 2013. године. Стратегија је заснована на једном општем и шест комплементарних, специфичних циљева. Иако међу овим циљевима није дефинисана едукација потрошача као посебан циљ (нити општи, нити специфичан), њено присуство је у неким деловима Стратегије веома приметно. Тако већ у уводу Стратегија констатује да политика заштите потрошача подразумева подстицање активног учешћа грађана на тржишту, а које се заснива на њиховом познавању потрошачких права и интереса. Стратегија ставља политику заштите потрошача у шири контекст и доводи је у везу са успехом економских реформи и привредног раста у Србији.

Значај едукације потрошача највидљивији је код мера неопходних за остваривање петог специфичног циља – јачање индивидуалних потрошача. Три активности планиране за спровођење овог циља су од значаја са аспекта едукације потрошача: развој и спровођење образовних програма, већа информисаност и подизање свести јавности о правима и интересима потрошача и подршка индивидуалним потрошачима у решавању проблема. Унапређење образовања и подизања свести потрошача Стратегија види као највеће дугорочне изазове. Као и ЗЗП, и Стратегијом се наглашава значај увођења потрошачких тема у школске наставне планове и програме, али и сарадње институција надлежних у области заштите потрошача и образовања. Када је реч о подизању свести јавности о потрошачким правима, Стратегијом су у том циљу предвиђене следеће мере: организовање активности и кампања подизања свести о кључним питањима у области заштите потрошача у сарадњи са удружењима потрошача; организовање догађаја којима се обележава Светски дан права потрошача (15. март) у сарадњи са удружењима потрошача; унапређење интернет странице којом управља Одељење за заштиту потрошача као платформе за пружање информација потрошачима, трговцима и другим актерима и средства за интерактивну комуникацију; увођење нових емисија о заштити права и интереса потрошача у телевизијске и радијске програмске шеме. Подршка у решавању приговора индивидуалних потрошача може бити обезбеђена на различите начине: пружањем информација, правног савета, посредовањем, покретањем судског поступка, као и у виду заступања у судском или вансудском процесу за решавање потрошачких спорова. У том циљу планирано је образовање јединственог информационог система за управљање приговорима и упитима потрошача који ће служити не само за евидентирање приговора и упита, већ ће

помоћи и у поступању по њима, као и у поступању у потрошачким споровима.

Стратегија индиректно говори и о едукацији потрошача у ширем смислу, истичући постојање проблема одрживе производње и потрошње:

„Закони и политика у области заштите потрошача не промовишу право потрошача да конзумирају шта год и кад год пожеле. Право на потрошњу и конзумирање производа под фер условима представља основно право свих грађана, али није реч о апсолутном праву. Закони и политика у области заштите потрошача такође промовишу циљеве и вредности социјалне политике и колективне интересе, као што су социјална добробит, квалитет живота, солидарност и демократија“.

Ово значи да Стратегија подразумева да, поред права потрошача, постоје и одређене дужности које су сагласне наведеним друштвеним вредностима, па би се могло закључити да ова чињеница иде у прилог тумачењу (изнетом у оквиру дефинисања појма едукације потрошача према ЗЗП) да важећи ЗЗП појам едукације потрошача не дефинише искључиво у ужем смислу, већ има и елементе ширег појма.

Стратегија познаје и неке посебне врсте едукације потрошача. Тако се говори о едукацији угрожених потрошача и потреби образовања потрошача о могућим користима и трошковима потрошачког кредита, односно о финансијској едукацији. Питањима финансијске едукације посвећена је посебна Стратегија Народне банке Србије на пољу финансијске едукације.

**Dragan Vujisić, PhD**

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

## **EDUCATION AS A MEAN OF CONSUMERS' EMPOWERMENT**

### *Summary*

*Consumers' education is very significant mean of consumers' empowerment. That is the reason why consumers' right on education has a status of basic consumers' right in EU law, as well as in national legislations of EU member states, and in Law on Consumers Protection of Republic of Serbia from 2014. At the beginning, author in the paper analyzes notion, types, and significance of consumers' education. Notion of consumers' education may be understood in narrower and in broader sense. Particular attention has been dedicated to more*

*recent views, which stem from notion of consumers' education in broader sense. Author afterwards indicates the existence of consumers' confusion problem, consumers' influence on market development, as well as on their role in environment protection. All these contribute to increased importance of consumers' education. Afterwards, author analyzes regulations and documents of EU which are relevant for consumers' education, as well as concrete activities which have been conducted in EU aiming to educate consumers. At the end, author analyzes consumers' education in Republic of Serbia, paying particular attention to current legal regulation in the field which is the subject of this paper.*

**Key words:** *consumer, trader, consumers' education, consumers' empowerment, consumers' information.*

Др Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## УТИЦАЈ ДИРЕКТИВЕ О ПРАВИМА ПОТРОШАЧА НА СРПСКО ПОТРОШАЧКО ПРАВО

### Резиме

*Предмет овог рада је Директива о правима потрошача (2011) као инструмент пуне то јест максималне хармонизације уговорних потрошачких права држава чланица Европске уније. Рад на том европском пропису трајао је релативно дуго, а политички процеси који су паралелно текли окончани су тако што је Европска комисија као предлагач напустила своје иницијалне позиције и зацртане правно-политичке циљеве. Њено инсистирање на потпуном усаглашавању националних правних поредака довело је до тога да предмет Директиве буде сасвим ограничен у односу на почетну концепцију. Ауторка разматра несугласице везане за рад на тексту Директиве, разлоге због којих је Европска комисија одустала од својих раних амбициозних идеја о максималној хоризонталној хармонизацији уговорног потрошачког права ЕУ, предности и недостатке нормативног механизма пуне хармонизације у општем смислу, као и необичан начин на који је Директива остварила утицај на српско потрошачко право још пре него што је усвојена.*

**Кључне речи:** Директива о правима потрошача, хоризонтална хармонизација, максимална (пуна) хармонизација, Закон о заштити потрошача РС (из 2010. и 2014).

### І Увод

Директива о правима потрошача (у даљем излагању: Директива)<sup>1</sup> убраја се у контроверзне инструменте права Европске уније.<sup>2</sup> Рад на том

---

\* Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

1 Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights (amending Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC), *OJ L* 304, 22 November 2011, 64–88. Директива је усвојена 25. октобра 2011, а рок за усклађивање националних правних поредака с њеним захтевима истекао је 13. децембра 2013. Одредбама саме Директиве предвиђено је да унутрашњи прописи којима се правила Директиве транспонују у правне системе држава чланица морају да ступе на снагу најкасније 13. јуна 2014.



пропису трајао је релативно дуго, а политички процеси који су паралелно текли довели су до напуштања иницијалних позиција и правно-политичких циљева предлагача.<sup>3</sup> Пропис који је на крају усвојен умногоме се разликује од почетних идеја Европске комисије. Међутим, Директива је предмет оштрих критика и у свом коначном, битно осујећеном облику, па може да се прочита, примерице, да је грандиозна по своме називу а тривијална по своме садржају,<sup>4</sup> да не може да оствари сопствене циљеве као што су нормативна кохерентност и пуна хармонизација,<sup>5</sup> да је реч о пропалом законодавном покушају,<sup>6</sup> и томе слично.

Директива је у одређеној мери утицала на српско потрошачко право још пре него што је усвојена и један од основних циљева овога рада јесте да расветли тај необичан утицај односно преурањени излазак српског законодавца у сусрет нацрту једног европског инструмента заштите потрошача, који је у самој ЕУ у то време био предмет полемика и оспоравања. Наиме, Европска комисија је 2008. објавила Предлог директиве о правима потрошача (у даљем излагању: *Предлог директиве*),<sup>7</sup> који

- 
- 2 Сличне политичке контроверзе прате, примера ради, покушаје да се уреди област заштите колективних права и интереса потрошача. Више о томе видети у: Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn, Luboš Tichý, „Collective Redress“, *Cases, Materials and Text on Consumer Law* (eds. Hans-W. Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn), Oxford, 2010, 523–537; Astrid Stadler, „Group Actions as a Remedy to Enforce Consumer Interests“, *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement* (eds. Fabrizio Cafaggi, Hans-W. Micklitz), Antwerp, 2009, 305–328; Franziska Weber, *Towards an Optimal Mix of Public and Private Enforcement in Consumer Law (Towards an Optimal Mix)*, Rotterdam, 2012, 61–66; Harald Koch, „Non-Class Group Litigation under EU and German Law“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, бр. 2/2001, 355–368; Christopher Hodges, „Multi-Party Actions: A European Approach“, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 11, бр. 2/2001, 321–354.
  - 3 Willem H. van Boom, „The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used“, *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 5, бр. 3/2009, 452–464; Lenka Froňková, „The New Directive on Consumer Protection: Objectives from the Perspective of the EU and the Member States“, *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond* (eds. Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichý), München, 2009, 91–98; Stephen Weatherill, „The Consumer Rights Directive: How and why a quest for ‘coherence’ has (largely) failed“, *Common Market Law Review*, Vol. 49, бр. 4/2012, 1286–1290.
  - 4 S. Weatherill (2012), 1279.
  - 5 Klaus Tonner, Kathleen Fangerow, „Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?“, *Journal of European Consumer and Market Law*, бр. 2/2012, 79.
  - 6 Christoph Busch, Ronny Domröse, „From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law“, *Journal of European Consumer and Market Law*, бр. 1/2012, 48, 50.
  - 7 Proposal for a Directive on consumer rights, COM (2008) 614 final. Видети детаљно: Geraint G. Howells, Reiner Schulze, „Overview of the Proposed Consumer Rights Directive“, *Modernising*

је од почетка био изложен оштрим критикама. Директива коју је европски законодавац коначно усвојио 2011. године врло мало личи на текст тог почетног документа. Међутим, поједина решења садржана у доцније напуштеном Предлогу директиве узета су у обзир током писања српског Закона о заштити потрошача из 2010. (у даљем излагању: ЗЗП–2010).<sup>8</sup> Тако су поједини елементи амбициозног европског покушаја уграђени у српско потрошачко право, а неки од њих су преузети и у Закон о заштити потрошача из 2014. (у даљем излагању: ЗЗП–2014),<sup>9</sup> који је и данас на снази.

## II Директива о правима потрошача: основне контроверзе

Судећи по Предлогу директиве из 2008. и стратешким документима из времена када је тај документ објављен, почетни план Европске комисије био је веома амбициозан: Комисија је сматрала да је неопходно да се усвоји једна нова потрошачка директива друге генерације, која би требало да послужи као темељ будућег свеобухватног, софистицираног и уједначеног европског режима заштите потрошача. Према полазном схватању, тај нови широко постављен протективни режим морао би да буде заснован на принципу пуне (максималне) хармонизације, јер само тако може да се поправи затечена фрагментарна, насумична и стога претерано комплексна структура уговорног потрошачког права ЕУ.<sup>10</sup>

### 1. Пуна (максимална) хармонизација

Концепт пуне хармонизације релативно је нов. Комисија га је детаљно развила управо у Стратегији заштите потрошача 2007–2013.<sup>11</sup> По

---

*and Harmonising Consumer Contract Law* (eds. Geraint G. Howells, Reiner Schulze), Munich, 2009, 3–25.

8 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/10.

9 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 (други закон).

10 S. Weatherill (2012), 1279 и даље; Klaus Tonner, „The Consumer Rights Directive and its Impact on Internet and other Distance Consumer Contracts“, *European Consumer Law* (eds. Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner), Cambridge–Antwerp–Portland, 2014, 395 и даље.

11 Вид. Communication of 13 March 2007 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, „EU Consumer Policy Strategy 2007-2013“, COM(2007) 99 final. Прва максимална директива била је Директива о финансијским услугама на даљину. Видети: Directive 2002/65/EC of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services (amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC), *OJ L 271*, 9 October 2002, 16–24.

опредељењу за пуну то јест максималну хармонизацију,<sup>12</sup> Директива се сврстава уз друге новије потрошачке директиве, рецимо, уз Директиву о непоштеној пословној пракси,<sup>13</sup> Директиву о потрошачком кредиту<sup>14</sup> и Директиву о тајмшерингу.<sup>15</sup>

Директиве које имају за циљ максималну то јест пуну хармонизацију националних правних поредака налажу државама чланицама да обезбеде управо онај степен заштите потрошача који је прописан датом директивом. По томе се разликују од минималних директива које државама чланицама остављају слободу да потрошачима пруже јачу и комплетнију правну заштиту од оне која им је осигурана европским прописом. Минимална хармонизација је испрва била део политичке погодбе односно услов да државе чланице уопште пристану на усаглашавање националних прописа у сврху заштите економских интереса потрошача. У последице минималне хармонизације убраја се фрагментарна структура европског потрошачког права, неједнак степен заштите коју потрошачи уживају у различитим државама ЕУ, као и неуједначено разумевање појединих важних правних концепата у праксама националних судова.<sup>16</sup>

За разлику од минималне, пуна (или максимална) хармонизација узима у обзир и интерес трговаца да услови пословања на унутрашњем тржишту буду уједначени. Сматра се да пуна хармонизација може да смањи правне ризике прекограничног пословања, подигне ниво правне сигурности за трговце и ојача њихово поуздање у унутрашње тржиште. У

---

12 Одредба члана 4 Директиве забрањује државама чланицама да задрже или донесу пропис који одступа од одредаба Директиве, без обзира на то да ли се тим прописом потрошачима пружа јача или слабија заштита од оне која је наређена Директивом.

13 Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39. Ово је потврђено у низу одлука Суда правде ЕУ, рецимо: *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, Case C-304/08 [2010] ECR I-00217; *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG v 'Österreich'-Zeitungsverlag GmbH*, Case C-540/08 [2010] ECR I-10909; *VTB-VAB NV v Total Belgium NV and Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV*, Joined Cases C-261/07 and C-299/07 [2009] ECR I-02949. Видети опширно у: Марија Караникић Мирић, „Забрана непоштене пословне праксе“, *Казнена реакција у Србији, VII део*, (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2017, у штампи.

14 Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers (repealing Directive 87/102/EEC), *OJ L* 133, 22 May 2008, 66–92. Видети члан 22 (1) те директиве.

15 Directive 2008/122/EC of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *OJ L* 33, 3 February 2009, 10–30. Видети тачку 3 Преамбуле те директиве.

16 S. Weatherill (2012), 1282–1283.

литератури се указује на то што пуна хармонизација има и бројне недостатке.<sup>17</sup> Примерице, доводи до тога да поједине државе чланице морају да редукују затечени ниво заштите потрошача; принуђене су да укидају постојеће гаранције односно национална правила којима појачано штите економске интересе потрошача, јер им максималне директиве забрањују да у било ком смеру одступе од императивно прописаног стандарда заштите.

Оспоравање пуне хармонизације интензивирано је 2008. године, пошто је објављен Предлог директиве који је био заснован управо на максималном принципу.<sup>18</sup> У литератури је наглашавано чак да је по објављивању Предлога директиве постало очигледно да се потрошачко право ЕУ налази на раскршћу; да је неопходно да се преиспита модел његовог даљег развоја; да је хармонизација превазиђена као нормативна техника; да уместо директива треба оптирати за уједначавање помоћу регулатива, јер једино на тај начин може да се створи кохерентан протективни режим који би требало да буде предметно ограничен на материју прекограничног пословања.<sup>19</sup>

Као одговор на бројна оспоравања, Европска комисија је формулисала принцип усмерене (или циљане) пуне хармонизације (*targeted full harmonization*):<sup>20</sup> тај модалитет пуне хармонизације подразумева да је држава чланица слободна да одступи од усаглашеног императивног стандарда у свим питањима која су остала изван циљаног домања одређене директиве, то јест у свим питањима која нису обухваћена њеном сврхом. Другим речима, ако сврха одређене директиве није да се хармонизују национални прописи о одређеној ствари, него та ствар остаје изван подручја примене предметне директиве, онда државе чланице задржавају слободу

---

17 Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights“, *Common Market Law Review*, Vol. 46, бр. 2/2009, 471 и даље. Супротан став и начелно позитивну оцену предлога Директиве видети у: Ewoud Hondius, „The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward“, *European Review of Private Law*, Vol. 18, бр. 1/2010, 103–127.

18 Видети критички осврт у: Marco Loos, „Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive“, *European Review of Private Law*, Vol. 18, бр. 1/2010, 15–55.

19 Christian Twigg-Flesner, „Comment: The Future of EU Consumer Law: The End of Harmonisation?“, *European Consumer Protection: Theory and Practice* (eds. James Devenney, Mel Kenny), Cambridge, 2012, 13–20.

20 Тачке 13 и 14 Преамбуле Директиве о правима потрошача. Вид. више у: K. Tonner (2014), 400–401; Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, „Economic Law, Consumer Interests, and EU Integration“, *European Consumer Law* (eds. N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner), 41–42.

ду да конкретну ствар уреде другачије, наравно, под условом да не противрече другим захтевима које пред њих поставља право ЕУ.

Ево простог примера за усмерену пуну хармонизацију:<sup>21</sup> по правилу из члана 9 (1) Директиве, потрошач има на располагању рок од четрнаест дана да одустане од уговора на даљину односно од уговора који је склопљен ван пословних просторија трговца, а да за то не наведе никакав разлог и да у начелу не сноси никакве трошкове. Рок за одустанак тече од закључења уговора о пружању услуга, а ако се ради о продаји, онда од када потрошач или треће лице које није превозник а одредио га је потрошач успостави физичку власт на ствари. Држава чланица је дужна да пропише баш тако и не може ни да продужи, ни да скрати рок за одустанак. Међутим, може да гарантује право на одустанак (у истом или неком другом року) свим оним субјектима који иначе не уживају заштиту по правилима Директиве. То могу да буду, рецимо, невладине организације, мала предузећа, физичка лица која поступају у професионалном капацитету.

Међутим, ни усмерена то јест циљана пуна хармонизација не може да поправи фрагментарну, насумичну и последично превише сложену структуру уговорног потрошачког права ЕУ. Штавише, такав модалитет пуне хармонизације генерише нова неслагања о томе шта би требало да остане изван домашаја одређеног европског прописа, јер све што је изван може слободно да се нормира националним прописом, у складу с осталим ограничењима која је већ поставио европски законодавац. Поједини аутори сматрају да усмерена (циљана) пуна хармонизација није ништа друго до теоријски концепт занемарљивог практичног значаја те да инсистирање на њеној различитости од „обичне“ пуне хармонизације има искључиво политичку тежину.<sup>22</sup>

Коначно, сама Директива предвиђа нека одступања од принципа пуне хармонизације, допуштајући државама чланицама да потрошачима

---

21 Видети Тачку 13 Преамбуле Директиве.

22 У својој практичној димензији, усмерена пуна хармонизација која се помиње у стратешким документима Европске комисије утапа се у општу политику пуне хармонизације. Тако: Lucinda Miller, *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford 2011, 85. Други пак површно и погрешно тврде да је Директивом прописана усмерена (циљана) хармонизација, као нешто што се потпуно разликује од иницијално намераване пуне (максималне) хармонизације. Тако: Christina Deliyanni-Dimitrakou, Christina M. Akrivopoulou, „The Influence of Human Rights and Basic Rights on Greek Private Law“, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (eds. Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Cham, 2016, 333.

пруже јачу заштиту у појединим ситуацијама,<sup>23</sup> да искључе примену правила Директиве у одређеним случајевима,<sup>24</sup> као и да просто не преузму неке одредбе Директиве у национално право.<sup>25</sup> Зато се у правној теорији наглашава да се Директива темељи на начелу пуне хармонизације, али да појединим одредбама уствари спроводи минималну, опциону и факултативну хармонизацију.<sup>26</sup>

## 2. Цена пуне хармонизације: сужени домашај Директиве

Правно-политички разлози за максималну хармонизацију у потрошачком контексту везани су, пре свега, за непожељну фрагментарну структуру уговорног потрошачког права ЕУ, као и за интерес трговаца да услови пословања на унутрашњем тржишту буду уједначени, јер им то умањује правне ризике и трошкове прекограничног пословања. Уговорно потрошачко право ЕУ не чини заокружен систем; за то му недостају систематичност и кохерентност. Оно се развија на темељу потрошачких директива и припадајуће праксе Суда правде ЕУ. Директиве представљају непотпун и несистематичан одговор европског законодавца на поједине горуће потрошачке теме. Другим речима, потрошачке директиве нису настале као један унапред осмишљен, планиран, свеобухватан и кохерентан правни оквир заштите потрошача. Њима се напросто уређују питања која су се прва поставила у пракси и о којима је прво постигнут договор.<sup>27</sup>

23 Примерице, да прошире предуговорну дужност обавештавања. Члан 5 (4) Директиве.

24 Рецимо, да другачије уреде питања која се тичу уговора закључених изван пословних просторија трговца, под условом да висина обавезе потрошача не прелази 50 евра. Члан 3 (4) Директиве.

25 На пример, постоји посебно правило о начину обавештавања потрошача који је ван пословних просторија трговца понудио закључење уговора о тренутном извршењу услуге поправке или одржавања, ако вредност уговорне обавезе потрошача не прелази 200 евра. Држава чланица је слободна да не транспонује то правило. Члан 7 (4) Директиве

26 Златан Мешкић, „Директива 2011/83/ЕУ о правима потрошача“, *Нова правна ревија*, бр. 1/2012, 45; Радован Вукадиновић, *Увод у институције и право Европских заједница*, Крагујевац, 2008, 163. Више о методама хармонизације то јест усклађивања националних правних поредака: Златан Мешкић, Дарко Самарцић, *Право Европске уније I*, Сарајево, 2012, 117–120.

27 Уговорно право је најразвијенија област приватног права ЕУ, а уговорно право ЕУ је у свом највећем делу уговорно потрошачко право. Због тога различите иницијативе за европеизацију уговорног права полазе управо од уговорног потрошачког права. Тако: З. Мешкић, 43 и даље. Више о значају потрошачких *acquis communautaire* за европеизацију приватног права видети у: Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham–

Некохерентност и несистематичност уговорног потрошачког права ЕУ и, општије гледано, потрошачког права ЕУ, произлази из чињенице што европске потрошачке директиве уређују сразмерно мали круг потрошачких питања, остављајући многа таква питања националним законодавцима, да их уреде према сопственим потребама и специфичностима и уз поштовање обавеза која им иначе намеће право ЕУ. Поред тога, некохерентност потиче од доскорашњег начелног опредељења за нормативни механизам минималне хармонизације, која допушта државама чланицама да пропишу јачу заштиту за потрошаче од степена заштите који је као минималан императивно уређен директивом. Даље, судови држава чланица на различите начине разумеју поједине правне концепте на које се европски законодавац позива у потрошачким директивама. Такође, европски законодавац користи генералне клаузуле и правне стандарде, чију садржину национални судови ближе одређују на различите начине.<sup>28</sup> У погледу система правних лекова европски законодавац по правилу захтева само да санкције које пропише држава чланица буду делотворне, сразмерне и одвраћајуће; некада чак препушта државама чланицама да одлуче хоће ли то бити санкције кривичног или грађанског права.<sup>29</sup>

Изворни правно-политички циљ Предлога директиве, за који се залагала Европска комисија као творац и подносилац Предлога, огледао се, дакле, у већој систематичности и кохерентности односно бољој уну-

---

Northampton, 2005, 149 и даље. Максималне потрошачке директиве практично налажу државама чланицама да императивни протективни режим транспонују као посебан закон. Одредбе таквих директива не могу без много напора да се транспонују у грађанске законике односно законе који регулишу облигационе односе, што значи да удаљавају уговорно потрошачко право од општег уговорног права. У том смислу: З. Мешкић, 45.

28 Поједини аутори тврде да сама употреба генералних клаузула подрива циљ пуне хармонизације, односно да ослањање на широке концепте попут професионалне пажње и просечног потрошача спречава да правила у државама чланицама постану уједначена, зато што се такви концепти у европским правним системима традиционално разумеју на различите начине. Amandine Garde, „Can the UCP Directive Really Be a Vector of Legal Certainty?“, *The European Unfair Commercial Practices Directive* (eds. Willem van Boom, Amandine Garde, Orkun Akseli), Farnham–Burlington, 2014, 111.

29 Примера ради, држава чланица може по свом избору да пропише санкције како јавноправне тако грађанскоправне природе, као и да оптира за комбинацију два типа санкција, под условом да у крајњем исходу прописане санкције задовољавају критеријуме из члана 13 Директиве о непоштеној пословној пракси, то јест да су делотворне, сразмерне и одвраћајуће. Видети детаљно: Dörte Poelzig, „Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices“, *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems* (eds. W. van Boom, A. Garde, O. Akseli), 238–242.

трашњој повезаности правне тековине ЕУ у области заштите потрошача. Иницијална намера била је да се за постизање тог циља употреби нормативни механизам максималне хармонизације, то јест пуног усаглашавања националних протективних режима. Међутим, правна теорија је проблематизовала не само одрживост, него и вредност саме кохерентности правних тековина ЕУ, пошто то стање може да се постигне само на уштрб неких других вредности и циљева, као што су флексибилност те исте европске правне тековине и унутрашња кохерентност националних правних система:<sup>30</sup> цена систематичног и кохерентног потрошачког права ЕУ огледала би се у несистематичности и некохерентности националних права држава чланица. У политичком процесу који је уследио после објављивања амбициозног Предлога директиве, инсистирање на механизму пуне хармонизације изазвало је сужавање обима будуће директиве.

### 3. Ограничени предмет пуног усаглашавања и неке од пратећих недоумица

Према најранијим плановима Комисије, пројекат пуне хармонизације требало је да обухвати материју која је у то време била уређена директивама о:<sup>31</sup> неправичним одредбама у потрошачким уговорима, продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама, уговорима закљученим ван пословних просторија, уговорима закљученим на даљину, пакет аранжманима, временски подељеном коришћењу непокретности (тајмшерингу), истицању цена, судским забранама.<sup>32</sup>

---

30 S. Weatherill (2012), 1315.

31 Green Paper on the Review of the Consumer Acquis of 8 February 2007, COM (2006) 744 final.

32 Истим редоследом: Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21 April 1993, 29–34; Directive 1999/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *OJ L* 171, 7 July 1999, 12–16; Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *OJ L* 372, 31. December 1985, 31–33; Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ L* 144, 4 June 1997, 19–27; Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, *OJ L* 158, 23. June 1990, 59–64; Directive 2008/122/EC of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *OJ L* 33, 3 February 2009, 10–30; Directive 98/6/EC of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, *OJ L* 80, 18 March 1998, 27–31; Directive 98/27/EC of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, *OJ L* 166, 11 June 1998, 51–55.



Међутим, Комисија је одустала од те идеје већ у Предлогу директиве из 2008, који се није односио на поменутих осам, већ само на четири потрошачке директиве. У Предлогу директиве било је предвиђено да се хоризонталним инструментом<sup>33</sup> максималне хармонизације замене директиве о: неправичним одредбама у потрошачким уговорима, продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама, уговорима закљученим ван пословних просторија и уговорима закљученим на даљину. Секторске директиве (рецимо о тајмшерингу, пакет аранжману, потрошачком кредиту) изостављене су из званично предложеног обједињеног протективног режима.

Предлог директиве је одмах неповољно оцењен у научним и стручним круговима; начелно је поздрављен покушај да се постојећа правила унапреде, обједине у хоризонталном инструменту и учине кохерентнијим, али је снажно критиковано опредељење за пуну хармонизацију. Државе чланице су настојале да сачувају контролу над сопственим системима заштите потрошача, а развијене земље су истицале да пуна хармонизација у њиховом случају значи да потрошачи губе заштиту коју већ уживају по националним прописима,<sup>34</sup> то јест да би максимална хармонизација за њих представљала корак уназад.<sup>35</sup> Јавила се и бојазан да би максимална хармонизација уговорног потрошачког права могла да изазове далекосежне и непредвидиве последице по опште уговорно право (такозвани ефекат преливања, *spill-over effect*).<sup>36</sup>

У свом коначном облику Директива врло мало личи на почетне планове Европске комисије. На крају је заменила само две од испрва по-

33 Под хоризонталном хармонизацијом мисли се, најједноставније речено, на обједињено, једнообразно и једновремено уређење једног или више питања везаних за већи број предмета односно области; под вериткалном или секторском хармонизацијом мисли се на регулисање свих питања која су специфична за један одређени предмет односно једну одређену област. Упоредити: З. Мешкић, Д. Самарџић, 117.

34 Уговор о функционисању ЕУ налаже да се при усаглашавању националних прописа у области заштите здравља, безбедности, потрошача и животне средине, тежи постизању *високог степена заштите*. Видети чл. 114 консолидоване верзије УФЕУ: Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26. October 2012, 47–390. Европски парламент је подржао принцип пуне хармонизације, али је стао на становиште да *висок степен заштите потрошача* из чл. 114 ТФЕУ треба разумети тако се државе чланице не могу приморавати да редукују степен заштите коју већ гарантују потрошачима. Више о томе: К. Tonner (2014), 396.

35 Према: К. Tonner (2014), 396.

36 О овом и другим разлозима за одустанак од иницијалних планова Комисије и о томе од чега се све одустало, видети: Ch. Busch, R. Domgöse, 48 и даље.

мињаних осам потрошачких директива: Директиву о уговорима закљученим ван пословних просторија и Директиву о уговорима закљученим на даљину. Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима и Директива о продаји робе широке потрошње и пратећим гаранцијама незнатно су измењене новим инструментом, при чему су остављене у рожиму минималне хармонизације.

Поред тога што замењује стара правила о уговорима закљученим на даљину односно изван пословних просторија трговца и што уноси мање измене у две директиве којима се уређују неправичне одредбе у потрошачким уговорима и продаја робе широке потрошње, Директива садржи мањи број одредаба о потрошачкој продаји и правила о дужности предуговорног обавештавања код потрошачких уговора који се закључују на традиционалан начин.

#### *а) Структура Директиве*

Структура Директиве је проста: после опширног уводног образложења смештеног у 67 тачака Преамбуле, пропис садржи ближе одређење основних појмова (чл. 2) и хоризонтална правила о предуговорном обавештавању (чл. 5). То су једине одредбе које остварују хоризонталну хармонизацију, уређујући дужност предуговорног обавештавања потрошача на исти начин за све врсте потрошачких уговора без обзира на технику закључења. Остале одредбе налажу вертикалну хармонизацију националних правила о уговорима који се закључују на даљину односно ван пословних просторија трговца (чл. 6–16). Директива садржи и нека посебна правила о продаји потрошачке робе (чл. 17–22), рецимо о испоруци, преласку ризика и накнади за коришћење одређених облика плаћања. Следе опште и завршне одредбе (чл. 23–35). Прве се односе, рецимо, на спровођење, правне санкције и обавезујућу природу прописа, а потоње, примера ради, укидају старе директиве о уговорима који се закључују на нетрадиционалан начин (на даљину односно ван пословних просторија) и уносе мање измене у затечене директиве о непоштеним уговорним одредбама и продаји робе широке потрошње.<sup>37</sup>

Међу најважнијим правилима Директиве јесу она којима се конституише трговачка дужност предуговорног обавештавања потрошача. То питање уређено је посебно за уговоре који се закључују на традицио-

---

37 Више о садржини Директиве видети у: K. Tonner, K. Fangerow, 70–71; K. Tonner (2014), 401–410; Ch. Busch, R. Domröse, 48–50; Z. Meškić, 46–48.

налне начине (члан 5), а посебно за уговоре који се закључују на даљину односно ван пословних просторија трговца (члан 6). Једнако су важна правила Директиве о праву потрошача на одустанак од уговора који је закључен на неки од та два нетрадиционална начина (члан 9).

Потрошач има право да одустане од уговора на даљину односно од уговора који је склопљен ван пословних просторија трговца а да за то не наведе никакав разлог и да у начелу не сноси никакве трошкове. Рок за одустанак износи четрнаест дана и тече од закључења уговора о услугама, а код продаје од када потрошач успостави фактичку власт на ствари односно када то учини треће лице које није превозник а одредио га је потрошач. Директивом је императивно и хоризонтално уједначено трајање рока за одустанак од уговора закључених на даљину односно ван пословних просторија трговца, без обзира на сектор и врсту потрошачког уговора. Директива прописује време и начин на који је трговац дужан да обавести потрошача о праву на одустанак, као и грађанскоправну санкцију за повреду те дужности: У таквом случају, рок за одустанак продужава се за дванаест месеци, а ако трговац у међувремену ипак обавести потрошача о праву да одустане од уговора, рок за одустанак износи четрнаест дана и тече од када потрошач прими закаснело обавештење.

Ново правило је неповољније за потрошача од затеченог правила које је установљено 2001. године у пресуди Хајнингер (*Heininger*).<sup>38</sup> Према том старом правилу рок за одустанак не тече све док трговац не обавести потрошача да има право да одустане од уговора. У српском праву је тако било прописано 2010. године:<sup>39</sup> домаћи законодавац се био определио за правило Хајнингер, иако је у тада актуелном Предлогу директиве стајало да ако трговац пропусти да обавести потрошача о праву на одустанак, то право траје три месеца пошто трговац испуни све своје уговорне обавезе.<sup>40</sup> Српски законодавац је 2014. године одустао од правила Хајнингер. Уместо старе одредбе по којој рок за одустанак не тече док потрошач не буде обавештен о своме праву, тада је преузео правило из Директиве по којем рок за одустанак тече без обзира на то што потрошач није обаве-

---

38 Georg Heininger and Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, Case C-481/99 [2001] ECR I-09945. Од усвајања Директиве, то правило важи само за финансијске услуге и потрошачки кредит, под условом да потрошач уопште има право на одустанак по правилима одговарајућих секторских директива.

39 Видети члан 35 став 10 ЗЗП-2010.

40 Видети члан 13 Предлога директиве.

штен о праву на одустанак, само што се у том случају продужава за два-наест месеци.<sup>41</sup>

### *б) Илустративне недоумице*

Већ је речено да предмет оштре критике није био само Предлог директиве из 2008, него је то наставила да буде сама Директива у своме коначном и битно редукованом облику. Међутим, анализа теоријских и практичних замерки на рачун Директиве знатно премашује обим овога текста. Наводим само неколико питања о којима се и даље расправља. Прво, одредбама саме Директиве из њеног режима изузима се велики број уговора који би могли да се квалификују као потрошачки, што противречи концепту хоризонталне хармонизације и додатно ограничава домаћај овог европског инструмента.<sup>42</sup>

Затим, Директива прописује начелни примат секторских директива; у случају сукоба, примењује се пропис којим се у национално право транспонује одређена секторска директива, а не пропис којим се транспонује хоризонтална Директива о правима потрошача.<sup>43</sup> Другим речима, Директива се примењује само ако европски законодавац није прописао нешто друго за конкретан сектор. Резултат је смањење затеченог нивоа заштите потрошача у појединим секторима. Примера ради, корисник потрошачког кредита изгубио је допунску заштиту коју је уживао када уговор закључује на даљину или ван пословних просторија даваоца кредита, јер су те директиве укинуте; њихов предмет је сада уређен Директивом, а она изричито признаје да предност има секторска Директива о потрошачком кредиту.

Однос Директиве према другим потрошачким директивама прилично је сложен. Уместо да допринесе стварању усклађеног режима за-

41 Видети члан 29 став 6 ЗЗП-2014.

42 Уместо да за све потрошачке уговоре на једнак начин уреди одређена питања, сама Директива изричито предвиђа да се њена правила не примењују на уговоре о социјалним услугама, укључујући социјално становање и бригу о деци, затим, уговоре о здравственој заштити, опклади и играма на срећу, финансијске услуге, промет непокретности, уговоре о грађењу, пакет аранжмане, тајмшеринг, потом, уговоре које саставља носилац јавних овлашћења (рецимо, нотар), уговоре о испоруци хране, пића и друге робе за текућу потрошњу у домаћинству (ако је трговац редовно и често испоручује у дом или на радно место потрошача), онда, превоз путника, уговоре закључене путем продајних аутомата односно аутоматизираних трговачких објеката, поједине уговоре с телекомуникационим оператерима и тако даље. Видети прецизно у члану 3 (3) Директиве.

43 Видети чл. 3 (2) Директиве.

штите потрошача, Директива се прикључила мрежи прописа с којима се налази у комплексном, неразјашњеном и нетранспарентном односу. Ево примера:<sup>44</sup> Стара Директива о уговорима закљученим на даљину примењивала се и на уговоре у области туризма. Међутим, она је укинута, а њен предмет (закључење уговора на даљину) сада је уређен Директивом. Секторске директиве имају предност над Директивом као хоризонталним прописом. Тако је прописано правилима саме Директиве. При закључењу уговора на даљину, трговац у области туризма има предуговорну дужност обавештавања сауговорника по правилима Директиве о електронској трговини.<sup>45</sup> Поред тога, када се квалификује као тур оператер, обавезује га и Директива о пакет аранжманима. Када пак пружа појединачну услугу а не читав пакет, има дужност обавештавања у складу с правилима Директиве о правима потрошача. Највећи број трговаца у области туризма нуди и пакет аранжмане и појединачне услуге. Ситуација се даље компликује тиме што Директива о електронској трговини уређује дужност предуговорног обавештавања свих сауговорника, док по правилима Директиве трговац има дужност предуговорног обавештавања потрошача, не и других трговаца.

### III Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право

Нормативни основ за уређивање области заштите потрошача налази се у члану 90 Устава Републике Србије, у којем је прописано да Република Србија штити потрошаче и да су посебно забрањене радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту.<sup>46</sup> Основ за усклађивање српског потрошачког права с правом ЕУ налази се члану 78 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању, у којем се Србија обавезала на сарадњу с европским заједницама и државама чланицама, у циљу усаглашавања домаћих стандарда заштите потрошача с европским стандардима.<sup>47</sup> Та сарадња обухвата, између осталог, обавезу домаћег законодавца да националне прописе у области заштите потрошача усклади с одговарајућим

44 Пример према: К. Tonner (2014), 399.

45 Видети: Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, *OJ L* 178, 17 July 2000, 1–16.

46 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 83/06.

47 Члан 78 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08.

прописима ЕУ. Први озбиљан покушај да се српско потрошачко право усагласи са стандардима ЕУ у области заштите потрошача учињен је у Закону о заштити потрошача из 2010.<sup>48</sup> Првобитна домаћа правила која су писана уз ослонац на потрошачке директиве измењена су у одређеној мери 2014. године, када је усвојен Закон о заштити потрошача који је данас на снази.

Српски законодавац се 2010. био ослонио на чињеницу што Србија није чланица ЕУ те стога још увек има могућност да потрошачима гарантује јачу заштиту од оне која је предвиђена потрошачким директивама и када те директиве налажу пуну хармонизацију.<sup>49</sup> Промене које су спроведене четири године касније огледале су се, између осталог, у чишћењу законског текста од неких одредаба које су обезбеђивале јачу заштиту за потрошаче него што то налажу максималне потрошачке директиве. Поред тога, током рада на ЗЗП–2010 у обзир је узет и контроверзни Предлог директиве из 2008.<sup>50</sup> Законодавац је поступао на основу уверења да Србија неће у скорој будућности приступити ЕУ и да је зато слободна да имплементира амбициозна решења из Предлога директиве, без обзира на то што ће нека од тих решења извесно да отпаду у политичком процесу који прати сваку директиву на путу од првог предлога до коначног усвајања.

Анализа усклађености српског уговорног потрошачког права с правним тековинама ЕУ после усвајања ЗЗП–2014 далеко премашује обим овога текста и завређује да буде предмет посебне студије. Овде је циљ да се укаже на одређене специфичности процеса хармонизације у случају када држава која претендује на чланство у ЕУ доноси унутрашња правила о одређеном питању, док о истом том питању још траје расправа на нивоу ЕУ.

Најупечатљивији пример одредаба Предлога директиве које су преузете у ЗЗП–2010 и задржане у ЗЗП–2014 без обзира на то што се од њих одустало у политичком процесу који је пратио усвајање Директиве, јесу црна и сива листа непоштених одредаба у потрошачким уговорима.<sup>51</sup>

---

48 Више о првом покушају усклађивања с правном тековином ЕУ у области потрошачког права видети у: Marija Karanikic, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Explanatory Memorandum to the Draft Proposal of a Model Consumer Law“, *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan* (eds. Marija Karanikic, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich), Berlin, 2012, 163 и даље.

49 M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 166.

50 M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 166, 170, 183, 205.

51 Више о томе видети у: Марија Караникић Мирић, „Шта је ново у српском уговорном (потрошачком) праву?“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције – Књига 5* (ур.

Реч је о каталозима које је Европска комисија планирала да пропише у циљу унапређења и пуне хармонизације националних правила о неправичним одредбама. Директива у своје коначном облику не садржи ни једну листу, него маргинално мења односно допуњава Директиву о неправичним одредбама у потрошачким уговорима, остављајући је при томе у режиму минималне хармонизације. Пошто се не тражи пуна усклађеност националних прописа о неправичним уговорним одредбама, чињеница што српско право прописује каталоге којих нема ни у једној директиви не значи, сама по себи, да је стандард заштите потрошача у Србији нижи од минималног степена заштите који императивно прописују правила Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима. Другим речима, то што домаћи закон прописује црну и сиву листу уговорних одредаба које се у потрошачком контексту сматрају неправичним и стога апсолутно ништавим, не значи да није усаглашен с правом ЕУ, јер оно прописује минималну хармонизацију националних правила о непоштеним уговорним одредбама.

Дакле, српско уговорно потрошачко право је од 2010. начелно усклађено с минималним захтевима Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима. Прописана је апсолутна ништавост потрошачких одредаба које се по посебном законском мерилу квалификују као неправичне. Изричито је предвиђено и да ништавост једне уговорне одредбе не доводи до ништавости целог уговора, ако уговор може да опстане без те одредбе.<sup>52</sup> Поред генералне клаузуле о томе шта се сматра неправичним у овом контексту, у српско право су преузете и поменуте две листе конкретних неправичних одредаба.<sup>53</sup> Листе су засноване на пословној пракси европских држава. На црној се налазе уговорне одредбе за које се необориво претпоставља да су неправичне, без обзира на околности појединачног случаја. На сивој су уговорне одредбе чија се неправичност обориво претпоставља па је допуштено да се доказује да инцидентно нису неправичне односно да нису неправичне у датим околностима.

---

Стеван Лилић), Београд, 2010, 127–146; Марија Караникић Мирић, „Неправичне одредбе у потрошачким уговорима”, *Правни капацитет Србије за европске интеграције – Књига 4* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2009, 128–146.

52 Правило које прописује апсолутну (а не релативну) ништавост неправичних одредаба у потрошачким уговорима у складу је с праксом Суда правде ЕУ: *Cofidis v. Fredout*, Case C-473/00 [2002] ECR I-10875; *Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. Jose M. Sanchez Alcon Prades et al.*, Joined cases C-240/98 to C-244/98 [2000] ECR I-04941; *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, Case C-168/05 [2006] ECR I-10421.

53 Видети: чланове 47–48 ЗЗП–2010 и чланове 44–45 ЗЗП–2014.

Ова нормативна техника, као и садржина оба каталога, преузети су из Предлога директиве.<sup>54</sup> Домаћи судови су и пре тога сматрали да су неке од уговорних одредаба са црне односно сиве листе ништаве као противне јавном поретку или императивним правилима општег уговорног права. На пример, по општем правилу уговорног права одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу не може унапред да се искључи уговором.<sup>55</sup> Исто може да се каже за уговорну одредбу којом се одређује да један уговорник има искључиво право тумачења уговора, или право да утврди да ли је испоручена роба односно пружена услуга у складу с оним што је уговорено. На листама се налази и обавезивање потрошача који је повредио уговорну обавезу да трговцу плати накнаду у износу који значајно премашује износ претрпљене штете, иако је од оваквих одредаба уговорник заштићен општим правилима.<sup>56</sup> Исто важи за уговарање права трговца да раскине уговор закључен на неодређено време без остављања примереног отказног рока.<sup>57</sup> У сваком случају, треба нагласити да ни потпуна усклађеност праксе домаћих судова с потрошачким директивама не би била довољна за закључак да је домаће право усклађено с потрошачким правом ЕУ, пошто једино закон, с обзиром на његову јавност и обавезујући карактер, пружа довољан степен правне сигурности приликом транспоновања правила било које директиве.<sup>58</sup>

Домаћи законодавац је 2014. године ипак одустао од неких прогресивних решења која је 2010. прихватио у уверењу да Србија неће постати чланица ЕУ у најближој будућности те да је слободан да потрошачима гарантује јачу заштиту од оне коју наређују максималне директиве. На пример, 2010. године прописао је да се неправичним сматрају и оне уговорне одредбе које су противне начелу транспарентности, то јест одредбе којима трговац крши своју законску обавезу да одредбе потрошачког уговора формулише на јасан и разумљив начин.<sup>59</sup> За такво решење се у литератури у то време залагао Миклиц (*Micklitz*), по којем начело тран-

54 Видети други и трећи анекс Предлога директиве.

55 Видети члан 265 став 1 Закона о облигационим односима (ЗОО), *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).

56 Видети чланове 274 и 399 ЗОО.

57 Видети члан 126 став 2 ЗОО.

58 Видети: *Commission v. Kingdom of the Netherlands*, Case C-144/99 [2001] ECR I-03541; *Commission v. Hellenic Republic*, Case C-365/93 [1995] ECR I-499; *Commission v. Kingdom of Belgium*, Case C-415/01 [2003] ECR I-2081.

59 Члан 46 став 2 тачка 4 ЗЗП-2010.



спарентности поставља формални критеријум правичности уговорних одредаба у потрошачком контексту, па се све нејасне и неразумљиве одредбе потрошачког уговора квалификују као неправичне у формалном смислу.<sup>60</sup> Последично, такве одредбе су апсолутно ништаве. Ипак, описано проширење генералне клаузуле обрисано је 2014, када је опште мерило неправичности у потпуности уподобљено минималним захтевима Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима.

Правила из Предлога директиве о дужности предуговорног обавештавања потрошача без обзира на начин закључења уговора, преузета су у српско потрошачко право пре него што их је усвојио европски законодавац. Наиме, дужност обавештавања била је уређена одредбама ЗЗП–2010 по угледу на тада актуелан Предлог директиве.<sup>61</sup> Те одредбе су у одређеној мери измењене 2014. године, тако да боље одговарају коначном тексту Директиве.<sup>62</sup> У сваком случају, може се казати да су правила прогресивна, пошто по први пут уређују трговачку дужност предуговорног обавештавања без обзира на технику закључења уговора. Домашај таквих правила у праву ЕУ раније је био ограничен на уговоре који се закључују на нетрадиционалне начине, то јест на даљину или ван пословних просторија. Сама чињеница што дужност предуговорног обавештавања више није ограничена на тако закључене уговоре – заслужује похвалу. Ипак, пропуштена је прилика да се пропише генерална клаузула о праву потрошача на обавештеност односно о дужности трговца да потрошача благовремено обавести о свему што је неопходно за доношење информисане одлуке о ступању у одређену трансакцију. Уместо опште дужности предуговорног обавештавања, прописана је дугачка листа информација које је трговац дужан да саопшти потрошачу пре закључења уговора. У литератури се истиче да велики број таксативно набројаних података одвраћа људе од читања и да треба очекивати да потрошач који је обасут превеликим бројем информација пропусти да се упозна с оним што му је заиста важно – као што је, рецимо, чињеница да има право да одустане од уговора.<sup>63</sup>

60 Hans-W. Micklitz, „Unfair Terms in Consumer Contracts“, *European Consumer Law* (eds. N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner), 142 и даље. Миклиц је исто тврдио у првом издању те књиге (2009) на странама 135 и даље, у време када је учествовао у раду на ЗЗП–2010 као експерт ЕУ.

61 М. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 178–179.

62 Видети члан 16 ЗЗП–2010 и члан 13 ЗЗП–2014.

63 K. Tonner (2014), 402.

#### IV Закључак

Рад на Директиви о правима потрошача трајао је релативно дуго, а политички процеси који су паралелно текли довели су до тога да Европска комисија као предлагач напусти своје почетне позиције и правно-политичке циљеве. Инсистирање предлагача на пуној хоризонталној хармонизацији имало је за последицу драстично ограничење предмета Директиве у односу на оно што је испрва намеравано. Директива је у одређеном виду утицала на српско потрошачко право још пре него што је усвојена. Наиме, Европска комисија је 2008. објавила контроверзни Предлог директиве који је од самог почетка био изложен оштрим критикама. Директива која је коначно усвојена једва да личи на тај почетни документ. Међутим, српски законодавац је рано изашао у сусрет Предлогу директиве који је у самој ЕУ у то време био предмет полемика и оспоравања. Поједини елементи тог амбициозног европског покушаја уграђени су у српско потрошачко право већ 2010, а неки од њих су преузети у закон који је данас на снази.

**Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD**

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

#### THE IMPACT OF THE CONSUMER RIGHTS DIRECTIVE ON SERBIAN CONSUMER LEGISLATION

##### Summary

*The main focus of this paper lies with the Directive on Consumer Rights (2011), as an attempted EU instrument of maximum horizontal harmonization of the consumer contract laws of the Member States. The author examines and clarifies the main controversies regarding the drafting of the Directive, the reasons for which the Commission has abandoned the initial ambitious plans for full and comprehensive harmonization, the arguments for and against the concept of maximum harmonization in general, and the curious manner in which the Directive has influenced Serbian consumer legislation even before it was enacted.*

**Key words:** *Directive on Consumer Rights, horizontal harmonization, maximum (full) harmonization, Serbian Law on Consumer Protection (2010 and 2014).*

Др Катарина ЈОВИЧИЋ

научни сарадник Института за упоредно право у Београду

## КРИТЕРИЈУМИ КВАЛИФИКАЦИЈЕ НЕПОШТЕНЕ ПОСЛОВНЕ ПРАКСЕ

### Резиме

*Предмет овог рада је непоштена пословна пракса и критеријуми на основу којих се процењује да ли трговац спроводи такву праксу према потрошачима. На почетку се анализирају правила која одређују када се сматра да постоји непоштена пословна пракса, упућивањем на прецизно дефинисана поступања за која се предвиђа неоторива законска претпоставка да представљају непоштену пословну праксу, као и на критеријуме за утврђење да ли трговац спроводи обмањујућу или насртљиву пословну праксу, што су два вида непоштене пословне праксе коју Закон посебно уређује. Након тога се детаљно излаже поступак који треба да се примени да би се одредило да ли одређено понашање трговца представља непоштену пословну праксу. У оквиру тог дела јасно се указује на више критеријума које треба применити у том поступку, као и на њихов редослед примене.*

**Кључне речи:** *заштита потрошача, трговац, непоштена пословна пракса, критеријуми квалификације.*

### І Увод

Непоштена пословна пракса трговаца регулисана је правилима нормираним у оквиру Главе III Закона о заштити потрошача (даље: ЗЗП),<sup>1</sup> која су усаглашена са Директивом 2005/29/ЕЗ о непоштеној пословној пракси трговаца према потрошачима (даље: Директива 2005/29).<sup>2</sup>

---

1 Закон о заштити порошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

2 Директива 2005/29/ЕЗ Европског парламента и Савета о непоштеној пословној пракси пословног субјекта у односу према потрошачу на унутрашњем тржишту и о измени Директиве Савета 84/450/ЕЕЗ, Директиве 97/7/ЕЗ, 98/27/ЕЗ и 2002/65/ЕЗ Европског

Ова правила имају за циљ да се хармонизује потрошачко право Европске уније у односу на ово питање, што је непоходан услов да би потрошачи у свим државама чланицама уживали једнак, висок ниво заштите. Тако се доприноси и унапређењу трговине на заједничком тржишту те већина аутора сматра да Директива 2005/29 поставља захтев максималне хармонизације, тј. да државе чланице не могу ићи испод, али ни изнад нивоа заштите потрошача која су тим актом промовисана и заштићена.<sup>3</sup>

Директива 2005/29, као и наш ЗЗП, полазе од начелне забране за трговце да спроводе непоштenu пословну праксу према потрошачима. Да би одређено поступање трговца било квалификовано као непоштена пословна пракса и адекватно санкционисано потребно је да постоји узрочно-последична веза између понашања трговца, с једне стране, и одлука потрошача, с друге.<sup>4</sup> На трговцу је да, у случају сумње, докаже да није повредио ову законску забрану.<sup>5</sup>

Радње непоштене пословне праксе трговац може да спроводи према потрошачима пре, за време или после закључења уговора.<sup>6</sup> Он може тако поступати и према другим трговцима, али то питање није у домену регулисања Закона о заштити потрошача, већ закона Законом о трговини.<sup>7</sup>

## II Кад се сматра да је пословна пракса трговца непоштена

Закон одређује значење појма непоштене пословне праксе и предвиђа два услова, тј. критеријума на основу којих се процењује да ли поступање трговца може тако да се квалификује. Први услов је да трговац поступа супротно захтевима професионалне пажње, а други је да такво

---

парламента и Савета, као и Уредбе ЕЗ, бр. 2006/2004 Европског парламента и Савета („Директива о непоштеној пословној пракси“, *Сл. лист ЕУ*, бр. L 149/22).

3 Wilem H. van Boom, „Experiencing Unfair Commercial Practice: an Introduction“, *Erasmus Law Review*, Vol. 5, No. 4, 2012, 235.

4 Узрочно-последичну везу није потребно утврђивати када су у питању поступања трговаца за која Закон изричито предвиђа неопориву законску претпоставку да представљају непоштenu пословну праксу (ЗЗП, чл. 21. и 23.).

5 ЗЗП, чл. 17.

6 Непоштена пословна пракса након закључења уговора може да се спроводи, на пример, у поступку наплате дуговања, у процесу пружања услуга везаних за продати производ након продаје, отказом постојећег уговора под условима који нису уговорени или нису предвиђени законом, и др.

7 Закон о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010, 10/2013, у чл. 50. квалификује такво поступање као непоштenu тржишну утакмицу.

његово поступање битно нарушава, или прети да битно наруши, економско понашање просечног потрошача<sup>8</sup> у вези са производом.<sup>9</sup> Само када се истовремено стекну оба наведена услова поступање трговца може да се квалификује као непоштена пословна пракса.

*Трговац у уговорном односу са потрошачем спроводи пословну праксу која је супротна дужности поступања са професионалном пажњом:* Обавеза поступања са одговарајућом пажњом представља једно од основних начела облигационих односа.<sup>10</sup> Разликују се два степена пажње: редован, који се процењује према стандарду понашања доброг привредника, односно доброг домаћина, док је поступање као добар стручњак<sup>11</sup> виши степен пажње и захтева се од лица која учествују у облигационим односима као професионалци и за које се очекује да знају правила струке и

- 
- 8 ЗЗП, чл. 18, ст. 1. Има се у виду просечан потрошач, тј. потрошач од кога се очекује да поседује знања и вештине као што би се очекивало од потрошача који је у разумној мери обавештен, пажљив и опрезан, узимајући у обзир социјалне, културне и језичке особености (ЗЗП, чл. 5, ст. 1, тач. 20.). Одређење појма „просечни потрошач везује се за одлуку Европског суда правде у предмету C-210/96 *Gut Springenheide GmbH i Rudolf Tusky protiv Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung* [1998], доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/96>, 27.3.2017.
- 9 Највећи број потрошача на тржишту јесу „просечни потрошачи у смислу у коме је то одређено Законом. Међутим, одређени потрошачи не поседују одговарајућа знања и вештине које се очекују од просечног потрошача, због чега они нису у разумној мери обавештени, пажљиви нити опрезни када доносе економске одлуке. То се, по правилу, односи на одређене групе потрошача који су, због психичке или физичке слабости, услед старосне доби или лакоумислености и др. нарочито осетљиве на одређене пословне праксе или производе. Овде је битно то да су ове групе потрошача јасно препознатљиве и трговци, рачунајући управо на њихове слабости, могу да прилагоде своју пословну праксу тако да она, по предвиђању трговца, битно утиче или би могла да битно утиче да они донесу економску одлуку, које иначе не би донели. На пример, трговац у огласној поруци којом рекламира додаток исхрани неистинито наведе да он има и лековито дејство на одређене болести; трговац даје сугестивне поруке у огласима упућеним лицима која нису довољно способна за критичко мишљење, на пример, наведе да је производ јефтин или производ кошта само толико и толико итд. Више вид. Катарина Јовичић, „Члан 18, (ур. Катарина Јовичић, Весна Дабетић-Трогрлић), *Коментар Закона о заштити потрошача*, Београд, 2016, 59-60.
- 10 Ово начело предвиђено је чланом 18. Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља (даље: ЗОО).
- 11 Кад се од трговца тражи да се понаша као добар стручњак под тим се обично подразумева захтев да он буде у довољној мери вешт и пажљив како не би својим понашањем битно умањио способности потрошача да разборито одлучују и доносе економске одлуке, тј. одлуке о куповини одређеног производа или услуге.

обичаје, те да поступају у складу са њима. У уговорном односу са потрошачем трговац је, сходно чл. 5, ст. 1, тач. 15. ЗЗП, дужан да примењује повишени степен пажње. Критеријум на основу кога се процењује да ли је он тај захтев испунио постављен је објективно, јер се не полази од личних својстава одређеног трговца, нити од пажње коју он посвећује својим пословима, већ од пажње коју би разумно компетентан трговац применио приликом учествовања у истом правном односу.<sup>12</sup>

Осим дужности да поступа са професионалном пажњом, трговац је у пословном односу са потрошачем у обавези и да поштује добре обичаје, а они подразумевају, између осталог, и примену правила пословне етике.<sup>13</sup> Поред тога, он је дужан и да се влада у складу са начелом савесности и поштења.<sup>14</sup>

*Пословна пракса трговца супротно захтеву професионалне пажње и добрим обичајима битно омета, или прети да битно омете економско одлучивање просечног потрошача у вези са куповином одређеног производа:* Економско понашање просечног потрошача битно је нарушено<sup>15</sup> онда када је у значајној мери ометена његова способност да се информира о свим релевантним чињеницама конкретнoг правног посла, због чега он доноси економску одлуку у вези са тим правним послом коју иначе не би донео. Закон јасно одређује и шта се сматра под „економском одлуком потрошача, те с тим у вези преузима решење чл. 2, ст. 1(к) Директиве 2005/29/ЕЗ, по коме је то свака одлука потрошача у вези са начином и условима куповине, начином плаћања, могућностима задржавања или враћања производа, коришћење неког другог уговореног права у

---

12 Тако, на пример, златар који уз продају минђуша нуди и услугу бушења ушију дужан је да ту услугу пружи тако да њен квалитет одговара ономе што се разумно очекује од златара, а не од лекара специјалисте опште хирургије, на пример. Субјективне околности у овом контексту нису значајне тако да ће се златар са 15 године искуства и онај који тек почиње да ради процењивати према истим стандардима.

13 Добри пословни обичаји подразумевају примену пословне етике. Владимир Капор, „Члан 21” Коментар Закона о облигационим односима, (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), 2. издање, Београд, 1983, 93-94.

14 Више вид. Весна Дабетић-Трогрлић, „Члан 42”, (ур. Катарина Јовичић, Весна Дабетић-Трогрлић), Коментар Закона о заштити потрошача, Београд, 2016, 132, фн. 296.

15 Термин „битни утицај на способности потрошача” ЗЗП преузима из Директиве 2005/29/ЕЗ (чл. 2, ст. 1(е)). Терет доказивања да је одређено поступање трговца пресудно утицало на то да потрошач купи одређени производ или услугу је на потрошачу, али он није дужан да доказује да је то био и једини чинилац који је утицао на његову одлуку, већ је довољно да докаже само да је, у склопу свих околности случаја, био од пресудног утицаја.

вези са производом, те право односно обавезу да се нешто учини или да се уздржи од чињења.

### III Видови непоштене пословне праксе

Поступања трговца која се квалификују као непоштена пословна пракса могу бити бројна и разноврсна. Ипак, Закон посебно уређује два типична вида непоштене пословне праксе: обмањујућу и агресивну (на-сртљиву) пословну праксу. Код обмањујуће праксе карактеристично је да се она посматра више у контексту информација са којима потрошач треба да располаже да би могао да донесе информисану одлуку о куповини одређеног производа, док се насртљиво пословање превасходно односи на начин на који трговац добија сагласност потрошача за куповину његових производа.<sup>16</sup>

#### 1. Обмањујућа пословна пракса

Трговац спроводи обмањајућу пословну праксу ако потрошача доводи у заблуду, или прети да га доведе у заблуду, што он чини у намери да потрошач, под утицајем те заблуде, купи производ који иначе не би купио.<sup>17</sup> Разни су поступци трговца којим он обмањује потрошаче и ЗЗП, примера ради, у том контексту наводи: кад он даје потрошачу нетачна обавештења, или када му даје тачна обавештења али својим целокупним понашањем на тржишту ствара општи утисак који потрошача доводи у заблуду или прети да га доведе у заблуду, а све то са циљем да потрошач, под утицајем те заблуде, купи производ који иначе не би купио.<sup>18</sup> Овде

---

16 Andrea Gagliardi, *Best practice for traders*, материјал за семинар: *Traders and Consumers*, доступно на: <http://www.zapotrosace.rs/en/project-outputs.php>, 16.3.2017.

17 Заблуда је нетачна представа о правним чињеницама релевантним за пуноважност уговора. Та, нетачна представа се најчешће односи на неки елемент уговора или на његову природу или на лице с којим се уговара. Више вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 287; Весна Дабетић-Трогрлић (2016), 142.

18 ЗЗП, чл. 19. На пример, потрошач је купио скуп, двогодишњи пакет услуга интернет провајдера, који се рекламира као најбржи на тржишту, јер обезбеђује 100 мб/с, али потрошач не прима уговорену услугу (нити је прима било који други корисник) јер трговац, уствари, обезбеђује упола спорију услугу од уговорене; трговац продаје робу по цени коју је означио као „препоручена цена произвођача”, што није тачно већ је продаје по својој малопродајној цени која је виша од препоручене, али на поменути начин код потрошача ствара уверење да купује производ по цени коју би платио у било којој другој продавници; потрошач нуди златару на продају наруквицу од 24 каратног злата а златар, након

није од значаја чињеница да ли трговац поступа супротно захтевима професионалне пажње, па то и није (додатни) услов за квалификовање његовог понашања обмањујућом пословном праксом. Међутим, није ни свака заблуда релевантна, већ само заблуда о оним околностима које потрошачи, по правилу, узимају у обзир када доносе економске одлуке о понудама трговаца. Изричито се у том контексту наводи: заблуда о постојању или природи производа; заблуда о основним обележјима производа; о обавезама које трговац преузима закључењем уговора, мотивима одређене пословне праксе и њене природе, о спонзорима или лицима која препоручују трговца или производ; заблуда о цени или начину на који се она обрачунава и погодности у вези са ценом; заблуда о потреби за сервисирањем, деловима, заменом или поправком производа; о положају, особинама или правима трговца или његовог заступника у односу на производ који се продаје; о правима потрошача као и ризицима којима може да буде изложен.<sup>19</sup>

Пословна пракса трговца је обмањујућа и када наводи просечног потрошача, или прети да га наведе, да донесе економску одлуку тако што оглашава производ на збуњујућ начин, на пример, користи спољне ознаке сличне спољним ознакама производа другог произвођача, што збуњује потрошача, јер он на основу тих ознака верује да купује производ сличног нивоа квалитета и функционалности као што је производ чија се спољна ознака имитира.<sup>20</sup> Поред тога, трговац спроводи обмањујућу пословну праксу и ако поступа супротно кодексу добре пословне праксе<sup>21</sup> коме је приступио, а који је за њега обавезан и поверљив. У овом, другом случају је потребно да је трговац, у обраћању потрошачу, истакао да се придржава правила постављених тим кодексом да би се сматрало да врши непоштenu пословну праксу.<sup>22</sup>

---

испитивања, понуди знатно нижу цену уз образложење, које није истинито, да је наруквица израђена од 12 каратног, а не 24 каратног злата, итд.

19 ЗЗП, чл. 19, ст. 1, тач. 1) до 7).

20 ЗЗП, чл. 19, ст. 2. У вези са овим питањем значајна је пресуда Апелационог суда у Београду ГЖ бр. 636/11 од 19. октобра 2011. године у којој је суд навео да се приликом утврђивања да ли између знакова који се односе на означавање исте врсте производа постоји сличност мора поћи од њиховог укупног изгледа – стилизације и комбинације боја и слова знака, као и боја позадине робе – амбалаже, те да ли коришћење таког знака код просечног порошача те врсте робе може довести истог у заблуду, без озбира да ли је заблуда стварно и настала. Вид. Билтен Апелационог суда у Београду, бр. 4/2011, Интермекс онлајн правна база.

21 Кодекс добре пословне праксе представља правила понашања трговаца у вези са једном или више посебних пословних пракси или привредних делатности (ЗЗП, чл. 5, ст. 1, тач. 33).

22 ЗЗП, чл. 19, ст. 2.



Осим својим поступањем, тј. чињењем, трговац може да споводи обамањујућу пословну праксу и нечињењем. Тако, ако он потрошачу ускраћује или од њега прикрива битне инфорамције о производу, а под условом да је потрошач управо због тога наведен да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, онда се сматра да трговац спроводи обамањујућу пословну праксу.<sup>23</sup>

И на крају, у члану 21. дата је листа облика пословне праксе који се увек сматрају обамањујућим. У питању су 23 јасно одређена поступања трговца и Закон је у овом делу у целости усклађен са Анексом I Директиве 2005/29/ЕЗ. Када трговац поступи на било који начин предвиђен чланом 21. ЗЗП, тада важи необорива законска претпоставка да он спроводи обамањујућу пословну праксу и није потребно, поред тога, посебно утврђивати да ли то и на који начин утиче на потрошаче да доносе разборите економске одлуке.<sup>24</sup>

## 2. Насртљива пословна пракса

Насртљива, тј. агресивна пословна пракса је други вид непоштене пословне праксе трговца према потрошачима, коју Закон посебно уређује. Правила о томе су, такође, у потпуности усклађена са Директивом 2005/29/ЕЗ (чл. 6). Тако, трговац примењује насртљиву пословну праксу ако нарушава, или прети да наруши, слободу просечног потрошача на избор, или на понашање у односу на одређени производ. Изричито су наведене три радње трговца које се, под предвиђеним условима, сматрају насртљивом пословном праксом: узнемиравање, принуда (укључујући и физичку силу), и недозвољени утицај.<sup>25</sup> Ипак, за квалификацију непоштене пословне праксе није довољно само да трговац поступа на описани начин; неопходно је да он то чини са намером да наведе потрошача, или је

23 ЗЗП, чл. 20. Ради лакше примене Закона, у ст. 2, тач. 1) до 5) овог члана дата је листа информација које се сматрају битним и које је трговац, сходно првој реченици ст. 2. дужан да саопшти у позиву на понуду, или у обавештењу о цени или особинама производа. То су информације о: основним обележјима робе; пуној адреси и идентитету трговца; цени производа и евентуалним додатним трошковима; условима плаћања и испоруке; праву на одустанак од уговора. Више вид. Катарина Јовичић (2016), 64-66.

24 Више вид. В. Дагетић-Трогрлић (2016), 149.

25 Недозвољени утицај Закон одређује као злоупотребу позиције моћи трговца у односу на потрошача, што се чини како би се ограничила способност просечног потрошача да се у довољној мери обавести пре него што донесе економску одлуку. Ова квалификација није условљена околношћу да ли трговац, истом приликом, употребљава или прети да ће да употреби и физичку силу.

евидентно да постоји претња да ће он тим поступцима навести потрошача да поводом одређеног производа донесе економску одлуку коју иначе не би донео, да таквог поступања није било.<sup>26</sup>

Приликом одлучивања о томе да ли трговац примењује неки од три наведена облика агресивне послове праксе према потрошачу Закон изричито налаже да се узму у обзир одређене околности. То су: време, место, природа и трајање агресивне пословне праксе, као и упорност коју трговац при томе испољава; да ли трговац користи претње, увредљиве изразе или се понаша арогантно; да ли трговац искоришћава неповољне околности у којима се потрошач налази, а које умањују његову способност да разумно просуђује; да ли је трговац потрошачу наметнуо неко тешко ограничење или обавезу као услов за реализацију одређеног права које потрошач има из закљученог уговора; да ли трговац прети да ће против потрошача покренути поступке који се по закону не могу предузети.<sup>27</sup>

Као и код регулисања обмањујуће пословне праксе, Закон из Анекса I Директиве 2005/29/EЗ преузима листу радњи које се увек сматрају насртљивом пословном праксом (ЗЗП, чл. 23.). Предвиђено је укупно осам таквих поступања, за која важи неоторива законска претпоставка да представљају непоштену (насртљиву) пословну праксу. С обзиром да је у питању неоторива законска претпоставка, доказивање супротног није допуштено, нити је потребно ценити да ли у конкретном случају понашање трговца утиче на способности потрошача да доноси разборите економске одлуке.

### **III Поступак по коме се утврђује да ли трговац обавља непоштену пословну праксу**

На основу напред наведених правила се закључује да се утврђивање да ли одређено понашање трговца представља непоштену пословну праксу или не врши у три фазе:

---

26 И овде се има у виду просечни потрошач као стандард који се одређује према параметрима постављеним у Закону и објашњеним у оквиру коментара чл. 18. Међутим, ако је насртљива пракса коју спроводи трговац усмерена према одређеним групама потрошача, онда се њен утицај процењује из перспективе просечног члана те групе. В. Н. Collins, *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer and Competition Law Implications*, The Hague/London: Kluwer Law International, 2004, 79, наведено према Милена Јовановић Затилла, *Право потрошача*, Ниш, 2013, 71.

27 Више вид. Драган Златовић, „Непоштене пословне праксе у хрватском, босанско-херцеговачком и словенском праву”, *Гласник права*, бр. 2/2014, 19-20.

I Прво се проверава да ли одређено понашање трговца према потрошачима може да се подведе под било који од тридесет и једног облика непоштене пословне праксе (23 облика пословне праксе која члан 21. Закона изричито одређује као обмањујућу пословну праксу и осам облика пословне праксе која члан 23. Закона изричито одређује као насртљиву пословну праксу). Ако је одговор на ово питање потврдан, онда је то довољан доказ да трговац спроводи непоштену пословну праксу и довољан основ да због тога буде кажњен у складу са Законом.

II Ако се установи да пословна пракса трговца није обухваћена наведеним облицима непоштене пословне праксе, онда се иде на други корак у коме се испитује да ли је његово пословање допуштено на основу тзв. три мала општа правила. У питању су, наиме, правила по којима се одређује да ли трговац спроводи обмањујуће пословање, или обмањује потрошаче пропуштањем, или примењује насртљиву пословну праксу. Сходно томе, надлежни орган у овој фази испитује:

II 1) Да ли трговац предузима активности наведена у члану 19, ст. 1. и 2. ЗЗП, и да ли те активности наводе, или прете да наведу просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. Ако је одговор на оба питања потврдан, онда трговац примењује обмањујућу пословну праксу према потрошачима (члан 19. Закона).

II 2) Када је одговор на једно или на оба претходна питања негативан, онда се даље испитује да ли трговац пропушта радње наведене у члану 20, став 1. и 2. Закона, и да ли тиме наводи или прети да наведе потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. Ако је одговор на оба питања потврдан, онда трговац обмањује потрошаче пропуштањем (члан 20. Закона)

II 3) Ако је одговор на једно или на оба претходна питања<sup>28</sup> негативан, онда се испитује да ли трговац примењује поступке наведене у члану 22. Закона, односно, да ли он нарушава слободу просечног потрошача на избор или на понашање у односу на одређени производ тако што га узнемирава, спроводи разне облике принуде укључујући и физичку силу, или врши недозвољени утицај на потрошача. Потврдан одговор на ово питање још увек није довољан да би се поступање трговца квалификовало као насртљива пословна пракса. За то је неопходно истовремено утврдити да он чини те радње да би навео потрошача, или да би створио

---

28 Мисли се на корак означен у тексту као II 2).

услове у којима ће вероватно навести потрошача, да донесе економску одлуку коју иначе не би донео (члан 22. Закона).

III Трећи и последњи корак, који се примењује ако се испостави да нису испуњени услови предвиђени ни за један од облика непоштеног пословања предвиђених у претходна два корака (корак I, корак II 1), II 2) и II 3)), захтева од надлежног органа да поступање трговца размотри у светлу општег правила о одређењу појма непоштене пословне праксе постављеног у члану 18. Закона. Ово зато што законодавац кроз дефинисање непоштене пословне праксе заправо поставља два услова преко којих се она квалификује. Тако, прво се испитује да ли је одређено пословање противно захтевима професионалне пажње, па ако јесте онда се испитује и да ли оно битно нарушава, или прети да битно наруши економско понашање потрошача према коме је такво понашање усмерено.

Процена утицаја пословне праксе трговца (у другом и трећем кораку) на потрошача врши се с обзиром на просечног, а не конкретног потрошача, што је стандард који је Законом јасно одређен (потрошач који је разумно добро обавештен и разумно обазрив, с обзиром на друштвене, културне и језичке особености). У посебним случајевима када трговац прилагоди и усмери пословну праксу према некој групи потрошача, који су због својих карактеристика (психичке или физичке слабости, узраста или лакоумности) у већој мери угрожени од непоштеног пословања трговца него што је то просечни потрошач, утицај поступања трговца ће се одмерити према стандарду „просечни потрошач“ за ту групу потрошача, а не према општем стандарду „просечни потрошач“. На овај начин Закон обезбеђује кажњавање за спровођење непоштене пословне праксе према поменути, јасно препознатљивим групама потрошача, што би могло да остане без санкције ако би се утицај пословне праксе процењивао искључиво према општем стандарду „просечни потрошач“.

#### IV Закључак

Када треба утврдити да ли трговац спроводи непоштену пословну праксу према потрошачу у конкретном случају, тада се мора поћи од Законом предвиђених критеријума квалификације. Најједноставнији случај је ако трговац примењује било који од 31 изричито наведених поступања за које важи необорива законска претпоставка да представљају непоштену пословну праксу, јер тада нема дилеме да је он прекршио законску забрану вршења такве праксе и да треба да буде због тога одговарајуће санкционисан.

Ипак, облици непоштене пословне праксе у реалности значајно превазилазе наведена, Законом прописана поступања и, када је то случај, тада се оцена постојања повреде закона врши применом других критеријума који то питање уређују. Ове критеријуме треба применити одговарајућим редоследом, јер је то кључно за правилну квалификацију непоштене пословне праксе. Тако, ако трговчево поступање не потпада ни под један од 31 законом предвиђених облика непоштене пословне праксе, онда се утврђује да ли он обмањује потрошаче, или према њима наступа насртљиво у смислу у коме то одређује ЗЗП (чл. 19, 20. и 22. ЗЗП). Ако он то чини онда је, поред тога, нужно утврдити и да ли такво његово поступање битно утиче, односно може битно да утиче на потрошаче приликом доношења економских одлука. Само испуњење оба ова услова води закључку да трговац врши непоштену пословну праксу.

Неиспуњење напред наведених услова, међутим, не значи само по себи да трговац не спроводи непоштену пословну праксу. Ово зато што правила чл. 18. ЗЗП, која одређују појам непоштене пословне праксе, такође садрже критеријуме на основу којих се може и треба процењивати да ли трговац врши непоштену пословну праксу у конкретном случају. Наиме, ставом 1, чл. 18. изричито је предвиђено да је пословна пракса непоштена ако је противна захтевима професионалне пажње и ако битно нарушава или прети да битно наруши економско понашање просечног потрошача у вези са производом. Другим речима, свако поступање трговца које испуњава наведена два критеријума представља непоштену пословну праксу и трговац због тога треба да сноси одговарајуће санкције.

Облици непоштене пословне праксе трговца веома су разноврсни и бројни и да би се ова негативна појава сузбила неопходно је константно предузимати ефикасне мере. С тим у вези, од кључног је значаја увидети неопходност превентивног деловања надлежних органа у идентификовању, праћењу и санкционисању непоштене пословне праксе трговца према потрошачима. Ако би се потрошачима пружала заштита од непоштене пословне праксе трговца искључиво, или претежно на њихове појединачне захтеве, онда Закон о заштити потрошача не би имао неку значајнију практичну примену у односу на ово питање, с обзиром да највећи број потрошача није ни свестан да је изложен непоштеној пословној пракси од стране трговца, те да купује производ који му не одговара или му уопште не треба зато што није препознао да то чини искључиво или претежно под утицајем трговчевог недозвољеног маркетиншког наступа.

**Katarina A. JOVIČIĆ, PhD**

**Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **CRITERIA FOR QUALIFYING UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE**

### **Summary**

*The subject of this paper is unfair commercial practice and the criteria that are used to determine whether the trader conducts such practice towards consumers. At the beginning of the paper, the rules which determine the existence of unfair commercial practice are analyzed, by referencing precisely defined actions which the law considers as unfair commercial practice, as well as the criteria for determining whether the trader conducts misleading or aggressive commercial practice, which are two types of unfair commercial practice that the Consumer Protection Act specifically regulates. After that, the procedure required to determine if a particular action of a trader is considered as unfair commercial practice is presented in detail. Within that part the multiple criteria to be used in that procedure, as well as their order of application, are clearly pointed out.*

**Key words:** *consumer protection, trader, unfair commercial practice, qualification criteria.*

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

## МЕХАНИЗМИ ВАНСУДСКЕ ЗАШТИТЕ КОРИСНИКА ТУРИСТИЧКИХ УСЛУГА\*

### Резиме

*С обзиром да су на нивоу ЕУ, с једне стране, створене нормативне претпоставке за развој вансудских механизма решавања потрошачких спорова, а да, с друге стране, у пракси долази до повећања броја различитих туристичких услуга (основних и споредних), а последично и до повећања броја притужби од стране корисника тих услуга, у раду је извршен упоредноправни преглед механизма вансудског решавања туристичких спорова у земљама чланицама ЕУ, као и анализа правила и постојећих механизма за решавање туристичких спорова у домаћем праву. На крају је указано на нове иницијативе за решавање туристичких спорова.*

**Кључне речи:** вансудско решавање спорова, корисници туристичких услуга, механизми, заштита, тела за вансудско решавање туристичких спорова, арбитража, медијација

### І Увод

Недостаци судског начина заштите потрошача (најчешће се ради о споровима мале вредности због чега потрошачи губе мотив за покретањем дугих и скупих судских поступака) узроковали су развијање читавог низа модела вансудске заштите потрошача,<sup>1</sup> за чије се означавање кори-

---

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

1 О томе: Алеш Галич, „Вансудско решавање потрошачких спорова“, *Правни живот*, бр. 13/09, 685–699; Невена Петрушић, „Вансудско решавање потрошачких спорова у праву Србије“, *Правни живот*, бр. 11/11, 767; Нина Тепеш, „Извансудско рјешавање потрошачких спорова у Хрватској“, Зборник радова: „Република Хрватска на путу према еуропском правном

сти синтагма алтернативно решавање спорова (*Alternative Dispute Resolution*). У циљу подстицања различитих механизма алтернативног решавања потрошачких спорова,<sup>2</sup> у различитим секторским директивама се прописује да поред судске заштите, треба обезбедити и ефикасне механизме вансудске заштите потрошача.<sup>3</sup> Тако је у чл. 14. Директиве ЕУ 2008/122 одређено да државе треба да предузму потребне мере у циљу успостављања и развоја вансудског поступка за притужбе и заштиту којим би се решавали потрошачки спорови.<sup>4</sup> Такође, ради ефикасне заштите корисника туристичких услуга, у директивама ЕУ 2015/2302<sup>5</sup> и 2008/122 је истакнута потреба обавештавања потрошача о таквим вансудским поступцима, односно механизмима и телима за ВРС, као и о платформи за онлајн решавање потрошачких спорова.<sup>6</sup>

У функцији сагледавања вансудске заштите код нас и у земљама чланицама ЕУ, у раду ће бити анализирана правила која се односе на механизме и тела за ВРС, пред којима корисници туристичких услуга могу да остваре своја права, уз осврт на иницијативе за развој нових механизма за решавање туристичких спорова.

---

*подручју – рјешавање трговачких и потрошачких спорова*“, (ур. Весна Томљеновић, Едита Чулиновић Херц, Влатка Буторац Малнар), Ријека, 2009, 173; Андреа Фејеш, „Вансудско решавање спорова потрошача у Србији“, Зборник: *Нова законска решења у области заштите потрошача*, (ур. Зоран Николић, Момчило Ђорђевић), Крагујевац, 2009, 53.

2 Ради промовисања алтернативног, вансудског решавања потрошачких спорова, ЕУ је усвојила бројне правне изворе: Препоруку 98/257 о принципима које примењују органи одговорни за вансудско решавање потрошачких спорова (*Сл. лист ЕУ*, бр. 115 од 17.4.1998, 31); Препоруку Ц 2001/310 о принципима које примењују вансудски органи који су овлашћени за споразумно решавање потрошачких спорова (*Сл. лист ЕУ*, бр. 109 од 19.4.2001, 56); Одлуку 2000/Ц 155/01 о стварању мреже националних тела за вансудско решавање потрошачких спорова (*Сл. лист ЕУ*, бр. С 155 од 6.6.2000, 1); Директиву 2008/52 о медијацији у грађанској и трговачкој материји (*Сл. лист ЕУ*, бр. 136 од 24.5.2008, 3); Директиву 2009/22 о мерама заштите интереса потрошача која предвиђа вођење вансудског поступка као поступка који претходи судском поступку (*Сл. лист ЕУ*, бр. 110 од 1.5.2009, 30); Директиву 2013/11 о вансудском решавању потрошачких спорова (*Сл. лист ЕУ*, бр. 165 од 18.6.2013, 63) и Уредбу 524/2013 о регулисању линијских (електронских) потрошачких спорова (*Сл. лист ЕУ*, бр. 165 од 18.6.2013, 165/1).

3 У даљем тексту: ВРС.

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

5 Директива ЕУ 2015/2302 о путовањима у пакет аранжманима и повезаним путним аранжманима, *Сл. лист ЕУ*, бр. Л 326 од 11.12.2015., 1–33.

6 Видети: чл. 7. ст. 2. Директиве ЕУ 2015/2302 и чл. 14. ст. 2. Директиве ЕУ 2008/122.



## II Европски потрошачки центри и вансудско решавање туристичких спорова у земљама чланицама ЕУ

У земљама чланицама ЕУ, битну улогу у остваривању вансудске заштите корисника туристичких услуга имају потрошачки центри. Мрежа европских потрошачких центара<sup>7</sup> (*ECC-Net*) је успостављена 2005. године спајањем две постојеће мреже за заштиту права потрошача: информативне мреже за потрошаче (*Euroguichet Network*) и мреже за вансудско решавање потрошачких спорова (*EEJ-Net*).<sup>8</sup> Мрежа ЕПЦ се бави проблемом прекограничних потрошачких спорова, укључујући тајм-шеринг,<sup>9</sup> пакет аранжмане, али и куповину роба и услуга преко интернета, авио транспорт,<sup>10</sup> *rent-a-car* услуге.<sup>11</sup>

Улога ЕПЦ огледа се у пружању информација потрошачима о релевантним националним и европским прописима, едукацији потрошача,<sup>12</sup> али и помоћи у вези са вансудским решавањем потрошачких спорова.

---

7 У даљем тексту: ЕПЦ.

8 Видети: *ECC-Net, Alternative Dispute Resolution in the Air Passenger Rights Sector*, 2015, доступно на адреси: <http://cecluxembourg.lu/wp-content/uploads/2015/04/ADR-APR-2015-FINAL.pdf>, 10.4.2017, 18.

9 Кад је у питању тајм-шеринг, до спорова често долази у вези са препродајом, одустанком од уговора, повећањем трошкова чланарине, годишњих такси за одржавање. Ти спорови су најчешће последица непоштене пословне праксе (обмањујућег пословања и агресивних продајних техника), али и неправичних уговорних одредаба.

10 Вулканска ерупција на Исланду 2010. године, била је главни повод да се најпре изврши поређење начина на које авио превозници решавају по приговорима путника у земљама ЕУ, Исланду и Норвешкој, а потом и покрене иницијатива за успостављањем ефикасног механизма вансудског решавања спорова који је од вишеструке користи за све заинтересоване актере: потрошаче, који би тиме имали могућност да спор реше на брз и ефикасан начин и избегну покретање дуготрајног и компликованог судског поступка; авио превознике, који би показали да на најбољи начин брину о интересима путника; органе задужене за контролу над спровођењем закона, који би осигурали стриктну примену закона у функцији заштите интереса путника и пословних интереса савесних авио-превозника. Видети: *ECC-Net, Alternative Dispute Resolution in the Air Passenger Rights Sector*, 2015, 2.

11 Према подацима из годишњег извештаја ЕПЦ који је објављен 2015. године, 18,2 % од укупних притужби потрошача у вези са путовањем у 2014. години односило се на превоз, 14,2% на смештај, а 5,8% на тајм-шеринг, клубове за одмор и пакет аранжмане. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/non-judicial\\_redress/ecc-net/docs/ecc\\_net\\_\\_anniversary\\_report\\_2015\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/docs/ecc_net__anniversary_report_2015_en.pdf), 10.4.2017, 22.

12 У Мађарској је у 2012. години покренута едукативна кампања са циљем да се потрошачи упознају са питањима везаним за тајм-шеринг, док је у Шпанији током исте године одржана студија на тему притужби потрошача у вези са тајм-шерингом, у којој је учествовало 11 ЕПЦ. Закључци са овог скупа су веома важни за будуће пројекте едукације и заштите

ва кроз: саветовање потрошача како да у непосредном контакту са трговцем дођу до решења проблема; помагањем у избору адекватног тела за ВРС уколико проблем није могуће решити на такав начин; надгледањем тока вансудског поступка, а понекад и узимањем активног учешћа у поступку.<sup>13</sup> Поред тога ЕПЦ сарађују са телима за вансудско решавање спорова у циљу промоције и развоја ВРС-а у земљама чланицама.

У оквиру ЕУ, међу земљама чланицама се разликују тела за ВРС опште надлежности која су, између осталог, овлашћена за решавање туристичких спорова (Белгија, Кипар, Данска, Финска, Немачка, Грчка, Мађарска, Италија, Летонија, Литванија, Малта, Пољска, Португал, Словенија, Шпанија и Румунија)<sup>14</sup> и тела посебне надлежности, међу којима се разликују она која су овлашћена за решавање свих туристичких спорова који проистичу из путовања (Белгија, Данска, Француска и Луксембург)<sup>15</sup> и она која су специјализована за решавање појединих врста спорова везаних за путовање, као што су спорови који за предмет имају уговоре о превозу (Аустрија, Немачка),<sup>16</sup> спорови који се тичу авио-превоза

---

потрошача. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/report\\_ecc-net\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/report_ecc-net_2012_en.pdf), 10.4.2017, 24, 32.

- 13 Примера ради, у Шведској је представник ЕПЦ овлашћен да учествује у вансудском поступку као експерт, док у Естонији представник ЕПЦ може да учествује у расправи у оним предметима који су упућени одређеном вансудском телу на решавање. У Мађарској ЕПЦ и потрошач имају заједничког заступника на вансудској расправи. Видети: исто.
- 14 Надлежност појединих тела за ВРС је ограничена на одређене територијалне области (Немачка, Шпанија, Португал), а у неким случајевима заснивање надлежности тела је условљено вредношћу спора (Кипар, Данска, Португал, Шведска). Видети: ECC-Net, *Alternative Dispute Resolution in the Air Passenger Rights Sector*, 2015, 8.
- 15 За успостављање надлежности ових тела, потребно је да буду испуњени одређени претходни услови. Примера ради, у Белгији и Луксембургу тело за ВРС је овлашћено да посредује једино у споровима који се тичу пакет аранжмана, укључујући и услуге превоза које су део пакета. Дански Одбор за решавање путничких приговора може одлучивати о приговорима који се тичу пакет аранжмана и услуга превоза, под условом да се ради о одлазним дестинацијама и да су те услуге продате од стране компаније која има седиште у Данској. Ово тело не може посредовати у случајевима који се искључиво односе на куповину услуга ваздушног превоза, већ је за то опште надлежан Одбор за потрошачке приговоре. У Француској тела за ВРС могу посредовати једино у случају када је авио-превозник члан професионалног удружења које је успоставило тај вансудски механизам. Видети: исто, 9.
- 16 У Аустрији се путници могу обратити Агенцији за заштиту путника и корисника услуга ваздушног саобраћаја (*Agentur für Passagier- und Fahrgastrechte*), а у Немачкој Телу за посредовање и медијацију у јавном превозу (*Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr*). У надлежност оба тела спада решавање спорова који се тичу железничког, поморског и ваздушног саобраћаја. Како би се избегло преклапање надлежности између

(Норвешка, Бугарска, Немачка, Италија),<sup>17</sup> и спорови поводом тајм-шеринга (Шпанија, Португал, Грчка).<sup>18</sup>

Тела за ВРС су дужна да вансудски поступак воде у складу са начелима независности, непристрасности, транспарентности, ефикасности, правичности, слободе (добровољности), законитости. Учешће пружалаца туристичких услуга у ВРС је у начелу засновано на принципу добровољности,<sup>19</sup> али се у појединим земљама одступа од тог принципа и прописује обавеза пружалаца туристичких услуга да учествују у поступку ВРС уз запрећену казну до 22.000,00 евра због кршења те обавезе (Аустрија).<sup>20</sup>

релевантних тела за ВРС у Немачкој, државно Тело за посредовање и медијацију у ваздушном саобраћају (*Schlichtungsstelle Luftverkehr*), решава само оне спорове у ваздушном саобраћају у које су укључени авио-превозници који нису чланови приватног Тела за посредовање и медијацију у јавном превозу. Ако се, пак, предмет спора конкретно односи на онлајн поступак резервације, аутоматски ће бити прослеђен на решавање посебном органу, тзв. Онлајн медијатору (*OnlineSchlichter*). Видети: исто.

- 17 Ове земље имају засебно тело за вансудско решавање спорова који се тичу ваздушног превоза (у Италији је надлежност тог тела ограничена само на спорове против авио-превозника *Alitalia* које је уједно и оснивач тела). У Аустрији, Шведској и Француској су, пак, установљени вансудски механизми при националним телима задуженим за контролу над спровођењем закона (у Финској је такође успостављен овакав систем уз разлику што решавање спорова који се тичу авио-превоза спада у домен опште а не посебне надлежности и што су овлашћења надзорних органа над спровођењем закона подељена између три органа – Омбудсмана за заштиту права конкуренције и потрошача, Одбора за решавање потрошачких спорова и Агенције за безбедност саобраћаја). Видети: исто, 8-9.
- 18 Студија о ВРС и притужбама потрошача по основу прекограничних уговора, показала је да свега три земље (Шпанија, Португал и Грчка) од укупно 17 земаља које су тада биле чланице мреже за вансудско решавање потрошачких спорова (*EEJ-Net*) имају вансудска тела специјализована да решавају спорове у вези са тајм-шерингом. То и не треба да чуди, с обзиром да се у овим земљама јужне Европе највећи број притужби односи на тајм-шеринг. Видети: *A Study on Alternative Dispute Resolution and Cross-border Complaints in Europe*, Nordic Council of Ministers, 66. Доступно на адреси: [http://books.google.de/books?id=dMEK4BmhqJwC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=timeshare+ADR&source=bl&ots=NYWfU9KGOW&sig=X54qK6D92ZG4\\_S9Zagos9qJ24hU&hl=de&sa=X&ei=deTsUq\\_TKIWEtAaN5IBw&ved=0CHkQ6AEwBg#v=onepage&q=timeshare%20ADR&f=false](http://books.google.de/books?id=dMEK4BmhqJwC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=timeshare+ADR&source=bl&ots=NYWfU9KGOW&sig=X54qK6D92ZG4_S9Zagos9qJ24hU&hl=de&sa=X&ei=deTsUq_TKIWEtAaN5IBw&ved=0CHkQ6AEwBg#v=onepage&q=timeshare%20ADR&f=false), 10.4.2017.
- 19 Поступак се базира на принципу добровољности, што значи да уговарачи имају слободу да се определе за судско решавање спора, као и да трговац нема обавезу да прихвати овакав начин решавања спора. Ни потрошач, ни трговац, не смеју бити присиљени на вансудски облик решавања спора који би искључио могућност тражења судске заштите. Међутим, у тач. 49. Преамбуле Директиве ЕУ 2013/11 се наводи да треба предузети мере у циљу прихватања оваквог поступка, а што би се могло постићи, на пример, ако би се националним прописима предвидело да је учешће трговца у поступку обавезно.
- 20 Пара. 139а Закона о ваздушном превозу Аустрије, бр. 253/1957, доступно на: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011306>, 10.4.2017.

Велики број вансудских потрошачких спорова се решава на даљину,<sup>21</sup> извођењем доказа писаним путем, посебно кад је реч о прекограничним споровима (слањем поднесака поштом, електронским путем), док се у неким земљама (Естонија, Мађарска) докази изводе усменим путем, саслушањем странака, за шта је потребно њихово лично присуство или присуство њихових заступника.<sup>22</sup> У погледу трошкова поступка, у већини поступака вансудског решавања спорова, потрошачи су ослобођени плаћања такси,<sup>23</sup> у неким се плаћање такси захтева од потрошача,<sup>24</sup> у другим од трговца,<sup>25</sup> а у ретким случајевима од обе стране у спору.<sup>26</sup> Оснивање вансудских тела и утврђивање процедуралног оквира за ВРС, може бити учињено од стране јавних органа, трговаца или у сарадњи између јавног сектора, трговаца и потрошачких организација. Финансирање поменутих тела може бити из различитих извора, приватних, јавних или мешови-

---

21 Видети: <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=EN>, 10.4.2017.

22 ECC-Net, Alternative Dispute Resolution in the Air Passenger Rights Sector, 2015, 15.

23 Примера ради, у Чешкој, Естонији, Финској, Француској, Немачкој, Грчкој, Мађарској, Италији, Летонији, Литванији, Луксембургу, Норвешкој, Португалу, Шпанији и Шведској, потрошачи не носе никакве трошкове поступка, изузев сопствених трошкова (копирања, слања поднесака, трошкова комуникације на даљину). Видети: исто.

24 Потрошачи су дужни да плате таксу за покретање поступка (*submission fee*) у Белгији (минимална такса за мирење €50, а за арбитражу €100), Данској (€21 за мирење односно €37 за арбитражу), која ће им бити рефундирана уколико добију спор или уколико поступак буде остављен. У Мађарској није предвиђена ова такса, већ ће потрошачи бити дужни да плате тзв. оправдане трошкове поступка (*justifiable costs*), у случају губитка спора. У Италији су потрошачи обавезни да плате таксу, чија висина зависи од вредности спора (минимални износ €20). Обавеза плаћања таксе постоји само у случају да трговац прихвати да узме учешће у поступку. У појединим земљама, као што је Кипар, потрошачи су поред плаћања таксе за покретање поступка (у износу од пет до седамнаест евра), дужни да плате и трошкове арбитража у случају да изгубе спор (у износу од 85 до 170 евра у зависности од вредности спора). Видети: исто.

25 Тај принцип је усвојен у Норвешкој (трговац сноси трошкове поступка медијације), Словенији (трговац је дужан да покрије административне трошкове и накнаду за евентуално ангажовање експерта у поступку, при чему се трошкови који се односе на доказе дела на обе стране), Италији (авио-превозник Alitalia која је установила Одбор за мирење, покрива све трошкове поступка). Видети: исто.

26 У Ирској, примера ради, уколико је поступак вансудског решавања спорова инициран од стране приватноправног тела (нпр. потрошачке организације), обе стране су обавезне да плате таксу за учешће у поступку. За покретање поступка медијације пред Лисабонским центром за решавање потрошачких спорова потрошачи су дужни да плате десет евра, а уколико се не постигне обострано прихватљив споразум, странке ће моћи да покрену арбитражни поступак, под условом да плате одговарајуће таксе у зависности од висине спора. Видети: исто.

тих. Напослетку, у зависности од коришћених метода ВРС-а, зависи и правна природа одлуке донете у таквом поступку. С тим у вези, донета одлука може имати карактер: необавезујуће препоруке;<sup>27</sup> обавезујуће одлуке само за трговца<sup>28</sup> или пак обе стране;<sup>29</sup> обострано прихватљиве одлуке до које се дошло споразумом странака.<sup>30</sup> Уколико трговац не поступи по одлуци донетој у вансудском поступку, било да је она обавезујућа или необавезујућа, у неким земљама је такву одлуку могуће користити као доказ у судском поступку.<sup>31</sup>

Као један од позитивних примера вансудског решавања спорова може се навести Тело за посредовање и медијацију у јавном превозу (*Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr, söp, Berlin*),<sup>32</sup> које је основано крајем 2009. године у Немачкој.<sup>33</sup> Пружање услуга посредовања и медијације се врши у споровима који проистекну између возилаца који су уједно чланови ТПМЈП и корисника њихових услуга којима је повремено неко право из уговора. У почетку су путем ТПМЈП решавани спорови између железничких компанија и путника, да би за кратко време надлежност овог тела била прихваћена од стране свих пружалаца услуга

---

27 Одлука у вансудском поступку има карактер необавезујуће препоруке у Естонији, Финској и Шведској, где стране могу покренути судски поступак уколико су незадовољне исходом. Међутим, правна снага одлуке је обезбеђена предвиђањем моралне санкције за трговца уколико не поступи по одлуци вансудског тела. У том случају, трговац ће аутоматски бити стављен на тзв. црну листу, чиме се у највећој мери обезбеђује поштовање донетих одлука у вансудском поступку од стране трговца. Видети: исто, 19-20.

28 У Белгији је, примера ради, арбитражна одлука обавезујућа и коначна за трговца. Видети: исто, 19.

29 Одлука је обавезујућа за обе стране у спору у Словенији, Кипру и Португалу и може се спровести на начин предвиђен и за судске одлуке, док у Шпанији арбитражна одлука има исту правну снагу као и судска пресуда. Видети: исто.

30 У Италији, као и Исланду, предлог за решење вансудског спора је формализован споразумним протоколом странака, који представља уговор између странака. У случају да се трговац не придржава споразума, потписани протокол се може користити као доказ на суду. Видети: исто.

31 Таква одлука ће бити уврштена у доказни материјал, али судија њоме неће бити обавезан. Могућност коришћења вансудске одлуке у судском поступку постоји у Данској, Естонији, Финској, Немачкој, Легонији, Луксембургу, Норвешкој, Португалу и Шведској. С друге стране, таква могућност не постоји у Чешкој, Француској, Немачкој (код линијских спорова), Мађарској, Исланду, Италији, Литванији и Пољској. Видети: исто, 20.

32 У даљем тексту: ТПМЈП.

33 О томе: Naomi Creutzfeldt, Christof Berlin, „ADR in Aviation: European and National Perspectives“, *Civil Justice Quarterly*, 35(2), 149. Доступно на адреси: <http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/16971/>, 10.4.2017.

јавног превоза и корисника тих услуга.<sup>34</sup> Средства за рад овог тела се обезбеђују од стране пружалаца услуга превоза, који су његови чланови, док је за путнике поступак медијације бесплатан.

Поступак медијације се покреће пред ТПМЈП подношењем рекламације, уколико претходно потрошач није успео да спор реши у непосредном контакту са превозиоцем, на следећи начин:

- ТПМЈП ће пристиглу рекламацију проследити превозиоцу и пружити могућност да се о томе изјасни (у овој фази превозилац може да прихвати наводе из рекламације и испуни захтеве потрошача);

- ако превозник одбије рекламацију, ТПМЈП ће у другом кораку правно проучити предмет на основу чињеница које су пружиле странке и важећих закона, без позивања и саслушања странака;

- медијатор износи правно мишљење у облику закључка са препоруком, којим се даје могућност странама да спор реше на споразуман начин;

- странке су слободне да прихвате или одбију препоруке медијатора (прихватањем или одбијањем препоруке поступак мирења се окончава);

- ако се супротстављене стране, потрошач и превозилац, сложе са тим, препорука медијатора постаје уговор који је обавезујући за обе стране, а спор се сматра решеним;

- одлука медијатора није правно обавезујућа ако је стране одбаце (у том случају обе стране имају право да покрену поступак пред судом).<sup>35</sup>

Услуге посредовања и медијације се у немачком праву врше у складу са принципом добровољности, кад су у питању све врсте превоза, изузев спорова у ваздушном саобраћају, где је Законом предвиђено да корисници услуга авио-превоза имају право да захтевају да се спор реши путем медијације, при чему авио-превозници не могу одбити такав зах-

---

34 Надлежност овог тела је у међувремену проширена и на решавање спорова који се поред железничког, односе на аутобуски, бродски, авионски превоз, што представља посебну погодност за путнике који мењају више врста јавног превоза да дођу до дестинације (нпр. аутобусом односно возом долазе до аеродрома где настављају своје путовање), јер се евентуалне притужбе могу послати на исту адресу уместо да се за сваки облик транспорта подносе појединачни захтеви.

35 Uta Stenzel, „Consumer Conciliation in the Travel Sector – the Conciliation Body for Public Transport (SOEP) – the German Experience“, *IFTTA Law Review*, бр. 1/2016, 7.

тев.<sup>36</sup> Додатна погодност за кориснике услуга авиопревоза је што ће и у случају да авиопревозници нису чланови ТПМЈП, моћи да покрену поступак медијације пред регулаторним телом за посредовање у решавању спорова у ваздушном саобраћају при Савезној канцеларији Министарства правде (*Schlichtungsstelle Luftverkehr*).<sup>37</sup>

### III Правни оквир и механизми вансудске заштите корисника туристичких услуга у нашем праву

Вансудска заштита права потрошача у домаћем праву је обезбеђена применом одредби Закона о заштити потрошача,<sup>38</sup> сходном применом одредаба Закона о арбитражи<sup>39</sup> и Закона о посредовању у решавању спорова,<sup>40</sup> као и применом других прописа којима се уређује вансудско решавање спорова.<sup>41</sup> Могућност вансудског решавања спорова као начина ефикасне заштите потрошача, била је предвиђена у свим досадашњим прописима који су с тим у вези донети, укључујући и важећи ЗЗП. Међутим, треба рећи да у претходним законским текстовима ово питање није регулисано на један целовит начин, већ сумарно, најчешће у једном или неколико чланова, што није било у складу са савременим регулисањем овог питања у компаративном праву.

У првом ЗЗП из 2002. године, било је веома скромно прописано да се могу образовати тела за решавање спорова потрошача у складу са законом, за повреде права потрошача, односно учињене штете мале вредности (чл. 51).<sup>42</sup> ЗЗП-ом из 2005. године је предвиђено да се, у складу са законом, у оквиру локалне самоуправе или коморе могу образовати арбитражна тела за решавање спорова потрошача чија би надлежност била везана за повреде права потрошача односно проузроковану штету (чл. 61).<sup>43</sup> Факултативност ове одредбе довела је до тога да она у пракси није

---

36 Gesetz zur Schlichtung im Luftverkehr (Закон о посредовању у решавању спорова у ваздушном саобраћају), BGBl. I 2013, бр. 29, 20/6/ 2013, 1545.

37 Видети: [https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Luftverkehr/Schlichtungsstelle\\_node.html](https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Luftverkehr/Schlichtungsstelle_node.html), 10.4.2017.

38 Сл. гласник РС, бр. 62/14 и 6/16 – др. Закон (даљем тексту ЗЗП).

39 Сл. гласник РС, бр. 46/2006.

40 Сл. гласник РС, бр. 55/2014.

41 Чл. 136. ЗЗП.

42 Сл. лист СРЈ, бр. 37/2002.

43 Сл. гласник РС, бр. 79/2005.

примењена односно да ова тела никада нису образована.<sup>44</sup> Одредбама ЗЗП из 2010. године је учињен искорак у правцу детаљнијег регулисања ове материје, тиме што је било прописано да се потрошачки спор може решити вансудским путем,<sup>45</sup> у поступку који је поверљив и хитан,<sup>46</sup> и који је уређен законом као вансудски поступак решавања спорова.<sup>47</sup>

Иако је претходним Законом учињен позитиван помак у погледу вансудског решавања потрошачких спорова, тај помак није био довољан да би заштита потрошача била на нивоу високо постављених стандарда у комунитарном праву. Усвајањем важећег ЗЗП, извршено је усаглашавање материје вансудског решавања спорова са правилима комунитарног права. То је постигнуто: а) јасним дефинисањем поља примене одредби које се односе на ВРС; б) сачињавањем листе тела за ВРС.

а) За разлику од претходног Закона у коме није било предвиђено поље примене, у важећем ЗЗП је јасно одређено шта не спада под домања одредби које се односе на ВРС. Наиме, одредбе ЗЗП се неће примењивати: 1) за решавање спорова по процедурама које је установио сам трговац; 2) код непосредних преговора између потрошача и трговца; 3) приликом настојања судија да спор у току судског поступка реше мирешњем страна; 4) у поступцима које је трговац покренуо против потрошача; 5) у споровима чија вредност прелази 500.000 динара.<sup>48</sup> Овако одређено поље примене је у складу са чл. 2. Директиве ЕУ 2013/11, а циљ је да се потрошач у што већој мери заштити, спречавањем трговца да иницира ВРС или да користећи своју економску позицију намеће потрошачу процедуре за ВРС које је сам установио. Такође, из поља примене се искључује метод непосредних преговора између потрошача и трговца, како би се обезбедила равноправност странака и спречила могућност да трговац, користећи своју позицију и нестручност саговорника, наметне решење које није у интересу потрошача. Међутим, искључењем непосредних преговора, као облика ВРС, из поља примене ЗЗП и Директиве ЕУ 2013/11 не значи да је уједно искључена могућност преговора уопште. Смисао овог и осталих ограничења је да се обезбеди равноправност страна у спору, а

---

44 Катарина Иванчевић, „Решавање потрошачког спора пред арбитражом“, *Зборник радова: Strengthening Consumer Protection in Serbia/Јачање заштите потрошача у Србији*, (ур. Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић), Београд, 2013, 254.

45 Чл. 132. ст. 4. ЗЗП из 2010. године.

46 Чл. 132. ст. 5. ЗЗП из 2010. године.

47 Чл. 5. ст. 1. тач. 34. ЗЗП из 2010. године.

48 Чл. 141. ст. 3. тач. 1-5. ЗЗП.



равноправност је обезбеђена у случају посредних преговора, када потрошача заступају субјекти овлашћени за заштиту права потрошача (удружења, савези).

б) Одредбом чл. 142. ст. 1. ЗЗП је предвиђено да Министарство сачињава листу тела за ВРС. Да би се неко тело нашло на поменутој листи, морају бити задовољени претходни услови, који се тичу правила и критеријума за рад тела за ВРС које утврђује ресорни министар. Поред тога, министар ближе уређује садржину обрасца захтева за упис на листу тела за ВРС, као и образац за покретање поступка ВРС, како би се обезбедило да процес решавања спорова потрошача буде независан, непристрасан, транспарентан, делотворан, брз и правичан (чл. 141. ст. 2). Министарство сачињава листу тела за ВРС који испуњавају потребне услове и јавно је објављује (чл. 142. ст. 1).<sup>49</sup> Листа тела за вансудско решавање потрошачких спорова садржи: 1) назив, седиште, адресу и интернет адресу свих тела за вансудско решавање потрошачких спорова; 2) податке о њиховом унутрашњем уређењу и начину финансирања, укључујући и податке о физичким лицима која су задужена за решавање спорова, њиховом професионалном искуству, накнади и од стране кога су ангажовани; 3) пословник о раду; 4) просечну дужину трајања спора; 5) језик, односно језике на којима се може поднети приговор и спроводити поступак; 6) врсте потрошачких спорова које су обухваћене процедуром; 7) разлоге због којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачког спора.

Тела за ВРС дужна су да једном годишње (најкасније до 31. јануара текуће године за претходну годину), јавно објаве и доставе Министарству извештај који садржи податке о примљеним захтевима за покретање спора, покренутим и окончаним споровима, уоченим значајним проблемима и слично, а у складу са условима, правилима и критеријумима које је прописао надлежни министар.<sup>50</sup> С тим у вези, уколико тела за ВРС престану да испуњавају прописане услове, или јавно не објаве и не доставе поменути извештај биће санкционисана брисањем са листе тела за ВРС (чл. 142. ст. 5. ЗЗП).

На поступак вођења и окончања вансудског решавања потрошачког спора, сходно се примењују одредбе закона којима се уређују посредовање, арбитража као и други прописи којима се уређује вансудско ре-

49 Под телима за ВРС се подразумевају лица која имају својство посредника, у складу са законом којим се уређује посредовање у решавању спорова (медијација), односно сталне арбитражне институције у складу са законом којим се уређује арбитража (чл. 142. ст. 2. ЗЗП).

50 Чл. 142. ст. 4. ЗЗП.

шавање спорова. Правила о арбитражи у нашем праву су садржана у Закону о арбитражи, док су правила о посредовању прописана Законом о посредовању у решавању спорова.<sup>51</sup> Поменути методи (арбитража и медијација) имају своје предности и недостатке, међу њима постоје бројне додирне тачке, али и значајне разлике.

*Арбитража као модел вансудског решавања спорова.* Несумњиво је да арбитражно решавање потрошачких спорова има читав низ предности у поређењу са решавањем спорова пред државним судом.<sup>52</sup> Тако, арбитражни поступак карактерише једноставност процесних норми, ефикасност, економичност, поверљивост, специјализација, угодан амбијент, помирљив тон расправљања итд. С друге стране, у пракси су уочени и одређени недостаци арбитражног решавања потрошачких спорова (тешкоће приликом конституисања арбитражног већа, односно приликом избора арбитра, могућност недовољног познавања материје правног уређења заштите потрошача од стране арбитра). Најзначајнији недостатак арбитражног поступка је коначност правне заштите. Наиме, у случају незадовољства одлуком арбитражног суда потрошачу се не оставља право да покрене поступак пред државним судом. Одлука арбитражног суда је у нашем праву по свом дејству изједначена са правоснажном одлуком државног суда и представља процесну сметњу за решавање истог спора пред државним судом по правилима парничног поступка.<sup>53</sup>

У нашем праву готово да не постоји могућност арбитражног решавања потрошачких спорова и практично једини пример коришћења арбитраже за решавање потрошачких спорова везан је за арбитражу коју

---

51 У даљем тексту: ЗПРС.

52 Према ставовима израженим у правној теорији, у нашем праву погрешно се арбитража сврстава у вансудски облик заштите потрошача. Судску заштиту права потрошача могу да пружају судови опште надлежности, као државни судови, и арбитражни судови, као недржавни судови. Када се конституише арбитражно тело вољом страна у спору, оно врши судску функцију. О томе: Гордана Станковић, „Методи за судску заштиту права потрошача“, *Зборник: Од caveat emptor до caveat venditor*, (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, Арбитража се сврстава у вансудске облике заштите потрошача само зато што спор не решава државни суд. Иначе, због начина на који се спроводи поступак и доноси одлука, којом се на коначан начин уређује спорно питање, могло би се пре говорити о судском облику заштите. О томе: Сања Марјановић, „Европске перспективе међународне медијације у грађанским и трговинским споровима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. LV/2010, 178.

53 Г. Станковић, 409.

је установила Национална асоцијација туристичких агенција YUTA.<sup>54</sup> У општим условима путовања<sup>55</sup> је садржана арбитражна клаузула којом се уговара надлежност Арбитражног суда YUTA у решавању спорова између чланица YUTA-е, чланица и корисника њихових услуга (путника) и између чланица и непосредних пружалаца услуга (хотелијера, превозника). Арбитражи суд је формиран и уређен у складу са начелима Закона о арбитражи, Статута YUTA-е и Правилника о арбитражи. Надлежност Арбитраже путник прихвата у моменту потписивања уговора односно пријаве о путовању, а организатор путовања у моменту пријема у чланство Националне асоцијације туристичких агенција (YUTA). У њеној надлежности је утврђивање основаности појединачних, а не групних захтева путника, за накнаду материјалне штете и снижења цене на име неизвршене односно делимично извршене услуге из програма путовања.<sup>56</sup>

У случају да програм путовања није у потпуности извршен, путници могу покренути арбитражни поступак подношењем тужбе Арбитражном суду YUTA под условом да су претходно: закључили уговор са туристичком агенцијом која је чланица YUTA и која је прихватила надлежност Арбитражног суда YUTA-е у случају неизвршења уговореног Програма путовања; уложили рекламацију на лицу места, односно уложили приговор у писаном облику организатору путовања у року од 8 дана од дана уговореног повратка са путовања, или 30 дана од дана дате рекламације, ако узрок рекламације на лицу места није отклоњен.<sup>57</sup> Трошкови арбитражног поступка износе 5.000,00 динара и уплаћују се пре отпочињања поступка, а поступак се завршава по правилу за око 30 дана од дана обезбеђења свих доказа и осталих предуслова за одлучивање.

---

54 Иако при Привредној комори Србије функционише Стални изабрани суд (арбитража), пред њим се не могу решавати потрошачки спорови, јер је надлежан за решавање спорова између привредних субјеката и других правних лица када је уговорена његова надлежност. К. Иванчевић, 256-257.

55 Видети: <http://www.yuta.rs/sr/yuta/uslovi.asp>, 10.4.2017.

56 Захтеви за накнаду нематеријалне штете (за изгубљену добит, душевну бол, изгубљено време), не могу бити предмет арбитражног поступка, већ судског поступка и вештачења пред надлежним судом, али се може пред Арбитражом постићи помирење уз сагласност страна у спору. Видети: <http://www.yuta.rs/sr/yuta/arbitraza.asp>, 10.4.2017.

57 Најчешћи приговори су се односили на неадекватан смештај и неадекватну промену смештајног објекта, лошу исхрану, недоступност представника агенције, недовољну информисаност путника приликом закључења уговора о путовању, као и неадекватне информације од субагената. Видети: исто.

За решавање спорова пред Арбитражним судом YUTA-e је задужено арбитражно веће које је сачињено од пет сталних арбитра.<sup>58</sup> Поред сталних именовано је и пет повремених арбитра који на захтев странке у спору могу одменити неког од сталних чланова арбитражног већа, у зависности од врсте и учесника спора.

Основна препрека развоју арбитражног решавања потрошачких спорова у домаћем праву огледа се у неконзистентним и међусобно супротстављеним одредбама садржаним у ЗЗП. С једне стране, законодавац је изричито предвидео могућност вансудског решавања потрошачких спорова (чл. 141), док је са друге стране прописао да се уговарањем било ког од тих метода (па и арбитраже) не искључује право на судску заштиту (чл. 143), што имплицира да потрошач на располагању има два права која су међусобно искључива – право на тужбу и право на покретање арбитражног поступка. Тиме се доводи у питање обавезујуће дејство арбитражног споразума, а последично и арбитражне одлуке. Упоредо с тим, законодавац уводи могућност алтернативног решавања спорова (без издвајања арбитраже од осталих алтернативних метода решавања спорова), а да истовремено арбитражну клаузулу, која је формулисана тако да искључује право на судску заштиту, сматра необориво неправичном и ништавом (тзв. црна листа неправичних уговорних одредби). То не само да представља *contradictio in adjecto*, него се тиме одступа и од одредби Директиве ЕУ 93/13, према којима је арбитражна клаузула потрошачког уговора обухваћена сивом листом, што значи да се претпоставља да је неправична, тј. може се пружити и другачији доказ. Овакво одступање не доприноси развоју арбитражног решавања потрошачких спорова код нас нити користи интересима потрошача.<sup>59</sup>

*Посредовање као модел вансудског решавања спорова.* Поступак посредовања<sup>60</sup> има низ сличности, али и предности у односу на арбитра-

58 Састав и број чланова арбитражног већа је у складу са одредбом чл. 16. ст. 2. Закона о арбитражи којим је прописано да број чланова арбитражног већа мора да буде непаран ако је арбитражним споразумом предвиђено више арбитра.

59 О томе: Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали*, бр. 2/2014, 99-101; Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања*, Београд, 2015, 395-399; Маја Станивуковић, „Arbitration – Is it a Viable Option for Resolution of Consumer Disputes in Serbia?“, *Зборник радова: Strengthening Consumer Protection in Serbia/Јачање заштите потрошача у Србији*, (ур. Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић), Београд, Београд, 2013, 240.

60 О томе видети: Миливој Јанковић, „Посредовање (медијација) – алтернативни начин решавања спорних односа“, *Право и привреда*, бр. 1-4/07, 69-78; Јелена Беловић, „Медијација у

жни поступак. Предности медијације се састоје у томе да она доводи до задовољења интереса обе стране, постизањем обострано прихватљивог споразума,<sup>61</sup> до кога се долази узајамним попуштањем.<sup>62</sup> Уколико медијација не доведе до позитивног резултата, стране се могу обратити суду ради решења спора. Потрошачки спорови су посебно подобни за решавање у поступку медијације. У прилог томе говори и чињеница да је медијација примењена као модел ВРС у великом броју земаља, укључујући и Србију, где постоји већи број различитих центара за медијацију,<sup>63</sup> али још увек не и центар за медијацију који је, у оквиру посебне надлежности, специјализован за вансудско решавање туристичких спорова. Доиста, средином 2016. године, основана је Канцеларија медијатора за потрошаче и трговце,<sup>64</sup> која је у оквиру опште надлежности овлашћена да решава потрошачке спорове. Тиме је омогућено да се и туристички спорови решавају путем медијације. Канцеларија је основана као нестраначко, невладино и недобитно удружење грађана основано на неодређено време ради остваривања циљева у области ВРС из области заштите потрошач-

---

правном систему Србије“, *Право и привреда*, бр. 1–4/09, 469–480; Алан Узелац и др., „АКТУЕЛНИ ТРЕНДОВИ МИРНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА У ХРВАТској: ДОСЕЗИ И ОГРАНИЧЕЊА“, *Зборник ПФ у Загребу*, бр. 6/10, 1265–1308; Наташа Петровић Томић, „Медијација у осигурању“, *Зборник ПФ у Ријеци*, бр. 1/10, 467; Саво Манојловић, „Правна природа споразума постигнутог у поступку медијације“, *Правни живот*, бр. 13/09, 765.

- 61 Споразум постигнут у поступку посредовања представља уговор о поравнању и има дејство вансудског поравнања, уколико је састављен у писаној форми и није противан јавном поретку. О томе: Г. Станковић, 409. Због начина на који се долази до споразума, ниједна страна се не може сматрати победником односно губитником, чиме се смањује вероватноћа његовог накнадног оспоравања. Видети: Срђан Шимац, „Мирење – алтернативни начин рјешавања спорова“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2006, 629.
- 62 У поступку посредовања широк је спектар могућности за решење спора, јер су и разноврсни евентуални облици узајамног попуштања, које се, између осталог, може састојати у: потпуном или делимичном признању неког захтева друге стране; одрицању од неког свог захтева; преузимању на себе неке нове обавезе; смањењу каматне стопе; продужењу рокова; пристајању на делимичне отплате; давању права на одустаницу. Узајамно попуштање може бити условно, али није допуштено да само једна страна попусти другој, на пример, да призна право друге стране. Видети: чл. 1090. ст. 1-3. ЗОО.
- 63 Центар за медијацију је развио мрежу одељења широм Србије при судовима и привредним коморама. Оснивачи овог центра су Република Србија, Адвокатска комора Београда, Народна банка Србије и Центар за права детета из Београда. Решење спора мирним путем могуће је да се постигне и пред Судом части при Привредној комори Београда. Поред тога, поступак медијације се спроводи у Центру за заштиту и едукацију корисника финансијских услуга који је основан при Народној банци Србије, Центру за конструктивно решавање сукоба Србије који је основан као удружење грађана. О томе: К. Иванчевић, 255.
- 64 У даљем тексту: КМПТ.

ких права (чл. 1. Статута КМПТ). Циљ КМПТ је решавање потрошачких спорова кроз медијацију и афирмисање медијације као механизма решавања спорова у области заштите потрошача (чл. 2. Статута КМПТ). Ради остваривања тих циљева КМПТ нарочито: 1) спроводи медијацију потрошачких спорова и спорова из других области; 2) промовише медијацију потрошачких спорова као најбоље решење механизма за решавање спорова; 3) организује и спроводи обуке трговаца и потрошача за медијацију; организује и спроводи обуку нових медијатора из области потрошачких спорова; 5) унапређује примену медијације у области заштите потрошачких права кроз предавања, округле столове, семинаре и друге начине јавног представања; 6) ради анализу постојећих међународних пракси и регулатива које се односе на медијацију и потрошачка права и промовише исту на нивоу институција у Републици Србији (чл. 3. Статута КМПТ).<sup>65</sup>

У циљу даљег развоја механизма вансудске заштите потрошача односно корисника туристичких услуга, одредбама ЗПРС-а, којим је недавно замењен Закон о посредовању – медијацији, предвиђена су правила којима се регулише међународно посредовање и посредовање у прекограничним споровима. Поменута правила су од посебног значаја, будући да је у туристичким уговорима често садржан елемент иностраности. У закону се прави разлика између међународног посредовања и посредовања у прекограничним споровима.

Под међународним посредовањем се подразумева посредовање у спорним односима са страним елементом, под условом да: 1) стране у време постизања сагласности о посредовању имају пребивалиште или пословно седиште у различитим државама; 2) држава у којој стране имају пребивалиште или пословно седиште није држава у којој треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа, односно држава са којом је предмет спора најуже повезан (чл. 5). На те спорне односе ће се примењивати одредбе овог Закона уколико се посредовање врши у Републици Србији, осим ако се стране нису другачије споразумеле.

---

65 Средства за рад КМПТ обезбеђују се из мешовитих извора и то: 1) средстава из самофинансирања у складу са законом, односно прихода остварених из чланарине; 2) властитих прихода; 3) средстава добијених прилозима домаћих и страних правних и физичких лица; 4) средстава из буџета Републике Србије, градских и општинских буџета и буџета других јединица локалне самоуправе добијених по основу пројеката и апликација; 5) средстава домаћих и међународних организација и фондација додељених на основу пројеката и апликација; 6) по основу котизација за семинаре или различитих едукација дефинисаних циљевима и мисијом КМПТ. Видети: чл. 18. Статута КМПТ.

Одредбом чл. 6. ст. 2. ЗПРС, прекогранични спор је дефинисан као спор у ком једна од страна има пребивалиште или уобичајено боравиште у држави чланици ЕУ, док га друга страна нема на дан када: су се стране споразумеле о посредовању након што је дошло до спора; је суд одредио посредовање; је по националном закону настала обавеза посредовања; је суд којем је поднесена тужба упутио странке на посредовање.<sup>66</sup>

С тим у вези, Законом су предвиђена и правила о посредовању у прекограничним споровима која се тичу: а) пребивалиште или седиште у прекограничном спору;<sup>67</sup> б) извршења споразума постигнутим посредовањем у прекограничном спору.<sup>68</sup>

а) Приликом одлучивања да ли страна има пребивалиште на територији Републике Србије пред чијим судом се води поступак, суд ће применити право Републике Србије. Ако страна нема пребивалиште у Републици Србији пред чијим се судом води поступак, за одлучивање да ли страна има пребивалиште у другој држави чланици суд ће примењивати право те државе чланице.

Привредно друштво или друго правно лице има седиште у месту у ком има регистровано седиште, седиште органа управљања или главно место пословања. За одлучивање да ли привредно друштво има седиште у држави чланици пред чијим судом се води поступак суд ће применити право меродавно за решавање сукоба закона.

б) Ако држава чланица, у складу са својим прописима, гарантује могућност страна или једној од њих, уз изричито пристанак друге стране, да писани споразум постигнут посредовањем у прекограничном спору постане извршан, суд у Републици Србији ће признати и извршити такав споразум.<sup>69</sup> Међутим, ако је садржај споразума у држави чланици унесен у неку другу извршну исправу, тако што га је суд или други надлежни орган потврдио пресудом, одлуком или другом извршном исправом у складу са правом државе у којој је поднет захтев, на признање извршења те

---

66 Независно од овог правила, прекограничним спором се сматра и онај спор где су, по окончању посредовања у решавању спора, између истих страна покренути судски поступак или арбитража у држави чланици различитој од оних где су стране имале стално или уобичајено пребивалиште на дан из става 2. овог члана.

67 Чл. 7. ЗПРС.

68 Чл. 8. ЗПРС.

69 О предлогу за признање извршења ових споразума у предметима из стварне надлежности привредних судова надлежан је Привредни суд у Београду, а у осталим предметима Виши суд у Београду (чл. 8. ст. 3. ЗПРС).

извршне исправе примењују се правила меродавна за признање тих исправа.

#### IV Нове иницијативе за решавање туристичких спорова

У циљу јачања процесноправног положаја туриста, укључујући и вансудску заштиту, на међународном плану су недавно покренуте две иницијативе, једна од стране Хашке конференције за међународно приватно право, а друга од стране професионалних туристичких удружења.

Прва иницијатива је део једног ширег пројекта, тзв. Туристичког пројекта (*Tourism Project*).<sup>70</sup> Циљ пројекта је да се посредством прикупљених података (о релевантним прописима који су на снази у појединим законодавствима, степену сарадње међу државама по питању процесноправне заштите туриста, практичним тешкоћама са којима се сусрећу туристи у вези са заштитом својих права, компатибилности овог пројекта са неким другим пројектима, а пре свега активностима које предузима Светска туристичка организација Уједињених нација) изведе закључак о оправданости и изводљивости даљег рада у овој области који би требало да резултира доношењем Конвенције о сарадњи и приступу правди страних туриста. Као један од првих корака у том правцу, почетком ове године је објављен Прелиминарни извештај чији састави део су подаци прикупљени посредством два сета упитника, од којих је један прослеђен државама чланицама Хашке Конвенције за међународно приватно право, а други невладиним организацијама које се баве заштитом туриста.

Као посебно оправдан разлог за доношење Конвенције, наводи се да је током протеклих шест до седам деценија, туризам постао један од најзначајнијих привредних сектора у свету.<sup>71</sup> Како се буде повећавао број корисника туристичких услуга, повећаваће се и број оних који су из неког разлога незадовољни пруженим услугама, што указује на неопход-

70 Ова иницијатива је покренута 2013. године на предлог Бразила, са образложењем да неколико фактора налажу рад у овој области: 1) развој масовног туризма и веће учешће земаља у развоју у туристичким активностима; 2) промене у профили туриста; 3) све већа комплексност туристичких уговора; 4) развој нових технологија. С тим у вези, потребно је обезбедити већи степен заштите туриста увођењем механизма за брзо и ефикасно решавање туристичких спорова и успостављањем боље сарадње међу националним телима за заштиту потрошача. Видети: Emmanuel Guinchard, Project concerning a possible future convention on co-operation and access to justice for international tourists (Tourism Project), 2, доступно на адреси: <https://assets.hcch.net/docs/c8d550f0-e39b-4c6d-b32e-f0488625f2b5.pdf>, 10.4.2017.

71 Очекује се да ће туристички сектор наставити да расте и да ће међународни туристички доласци достићи бројку од 1,8 милијарди до 2030. године. Исто, анекс, ix.



ност предузимања одлучних корака у циљу успостављања ефикасног процесноправног механизма заштите туриста. Затим, развојем нових технологија, пре свега интернета, број корисника који закључују пакет аранжмане на традиционалан начин, смањује се у корист оних који прибављају појединачне туристичке услуге, а који тиме остају без правне заштите загарантоване одговарајућим прописима, укључујући и право на адекватну процесноправну заштиту. Поред тога, туристи који закључе уговор са организатором путовања који није члан удружења туристичких агенција, неће имати право да спор реше путем арбитраже, медијације или неким другим начином вансудског решавања спорова, на основу правила независне процедуре које је утврдило конкретно удружење. Напослетку, најбоља потврда оправданости ове иницијативе је успостављање специјалног механизма заштите туриста у све већем броју земаља, јер се узима у обзир чињеница да туристи спадају у посебно рањиву категорију потрошача. Према врсти успостављених механизма заштите туриста, државе се могу поделити на оне које имају специјализоване субјекте који поступају по приговорима туриста (туристички центри,<sup>72</sup> медијатори,<sup>73</sup> административни органи<sup>74</sup>) у складу са претходно утврђеним процедуралним правилима и оне у којима је успостављена посебна телефонска

---

72 У појединим земљама у којима је број туриста у значајном порасту, отворени су туристички центри, у циљу стварања оптималног туристичког окружења, задржавања постојећих и привлачења нових туриста. То је случај у Јужној Кореји, где је под окриљем њихове туристичке организације отворен Туристички центар у коме се поступа по свим приговорима туриста осим у случајевима када је покренут редовни судски поступак, када су наводи из приговора предмет истраге надлежних органа и када се ради о компанијама које имају седиште изван земље. Исто, анекс, xii.

73 По питању медијације разликују се земље где те услуге пружају појединци (у главном граду Аргентине, Буенос Ајресу, туристички медијатор поступа по приговорима туриста, уз помоћ правних стручњака, преводилаца, као и лица која се баве туристичком делатношћу), и оне где постоје специјализована тела за посредовање и медијацију (у Аустрији је на државом нивоу основана Канцеларија за туризам при Савезном Министарству науке, истраживања и економије која се, између осталог, бави пружањем услуга медијације туристима у функцији вансудског решавања спорова између путника и пружалаца туристичких услуга). Видето: исто.

74 У Колумбији је, примера ради, установљена административна процедура у оквиру које се може поднети приговор у року од 45 дана од настанка повреде надлежном управном органу (*Grupo de Protección al Turista*), који мора бити достављен искључиво путем поште. Основна улога овог органа се не састоји у обештећивању туриста, већ у изрицању административних санкција пружаоцу туристичких услуга у случају потврђивања навода из приговора. Исто, анекс, xiii.

линија или *e-mail* адреса за приговоре туриста, али без јасно утврђених правила процедуре.<sup>75</sup>

У склопу друге иницијативе, предузети су кораци да се на глобалном плану успостави механизам за вансудско решавање туристичких спорова. У циљу реализације те иницијативе, значајан допринос је дат од стране Међународног форума за туристичко право (*International Forum of Travel and Tourism Advocates – IFTTA*), под чијим окриљем је основан Светски центар за решавање спорова (*World Travel Dispute Center – WTDC*). Улога овог центра се, између осталог, састоји у обуци адвоката и туристичких делатника о вансудским начинима решавања туристичких спорова, како би се на светском нивоу изградила мрежа медијатора и арбитра који би били специјализовани за решавање ове врсте спорова.<sup>76</sup> Међутим, у пракси се није много одмакло од почетне идеје, због формалних и практичних препрека, које су с једне стране узроковане разликама у културама и правним традицијама појединих земаља, а са друге стране недовољном заинтересованошћу најзначајнијих туристичко-угоститељских субјеката да прихвате надлежност глобалног механизма за решавање туристичких спорова.

## V Закључак

На основу прегледа постојећих механизма за вансудско решавање туристичких спорова, може се извести неколико закључака.

Прво, у домаћем праву још увек нису у потребној мери развијени механизми и тела за ВРС пред којима би корисници туристичких услуга могли да заштите своја права. Осим механизма за арбитражно решавање спорова који је установила Национална асоцијација туристичких агенција YUTA, и могућности решавања потрошачких спорова путем медијације пред Канцеларијом медијатора за потрошаче и трговце, потребно је установити и друга тела за ВРС, која би у оквиру посебне надлежности спроводила поступак вансудског решавања туристичких спорова.

Друго, како би био омогућен несметан развој арбитражног решавања потрошачких спорова у домаћем праву, потребно је отклонити кон-

---

75 У неким земљама су успостављене трајне (Перу), а у неким привремене телефонске линије (у Швајцарској је оваква линија функционисала током трајања одређених спортских догађаја 2008. године), док у Либану туристи могу поднети приговор Департману туристичке контроле путем мејла или телефона. Видети: исто.

76 Више о томе доступно на адреси: <http://iftta.org/world-travel-dispute-center>, 10.4.2017.

традикторне одредбе које су садржане у ЗЗП, на шта оправдано указује правна теорија. С једне стране, законодавац је изричито предвидео могућност вансудског решавања потрошачких спорова (чл. 141), док је са друге стране прописао да се: уговарањем било ког од тих метода (па и арбитраже) не искључује право на судску заштиту (чл. 143), што имплицира да потрошач на располагању има два права која су међусобно искључива – право на тужбу и право на покретање арбитражног поступка; арбитражна клаузула, која је формулисана тако да искључује право на судску заштиту, сматра неоториво неправичном и ништавом (тзв. црна листа неправичних уговорних одредби). То не само да представља *contradictio in adjecto*, него се тиме одступа и од одредби Директиве ЕУ 93/13, према којима је арбитражна клаузула потрошачког уговора обухваћена сивом листом, што значи да се претпоставља да је неправична. Овакво одступање не доприноси развоју арбитражног решавања потрошачких спорова код нас, нити користи интересима потрошача, због чега би *de lege ferenda* требало ускладити одредбе ЗЗП са одредбама Директиве ЕУ 93/13 и отклонити постојеће недостатке.

Треће, и поред тога што је у одређеном броју земаља чланица ЕУ успостављен ефикасан механизам за вансудско решавање туристичких спорова, потрошачи и даље нису у потпуности упознати са механизмима вансудске заштите, коме и где треба поднети захтев за покретање поступка. Из тог разлога је потребно учинити додатни напор ради обезбеђења већег степена кохерентности и транспарентности вансудског поступка, што подразумева и јасно разграничење надлежности тела за ВРС, која су овлашћена да у оквиру опште или посебне надлежности решавају спорове који проистекну по основу различитих врста туристичких односа.

Четврто, нове иницијативе за решавање туристичких спорова су се показале преурањеним због разлика у културама и правним традицијама појединих земаља и недовољне заинтересованости најзначајнијих туристичко-угоститељских субјеката. Стога је у овом тренутку значајније да се: 1) створе нормативне и кадровске претпоставке за брзо и ефикасно решавање туристичких спорова вансудским путем; 2) успоставе високи правни и етички стандарди; 3) укаже учесницима у туристичком промету на значај и предности вансудских механизма за решавање спорова у односу на редовне судске поступке.

**Andrej Mićović, PhD**

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

## **ADR MECHANISMS FOR THE PROTECTION OF TOURISM SERVICE USERS**

### **Summary**

*Given that, on the one hand, legislative rules that enable development of adr mechanisms for resolving consumer disputes have been created at the EU level, and, on the other hand, the number of different tourist services is constantly increasing in practice, which consequently leads to higher number of complaints of tourism service users, author provides comparative review of adr mechanisms for resolving tourism disputes in EU member States, as well as the analysis of the current legal framework and existing mechanisms for resolving disputes in domestic legal system. Finally, author points out the initiatives for the development of a global mechanism for resolving tourism related disputes.*

**Key words:** *ADR, tourism service users, mechanisms, protection, adr bodies, arbitration, mediation.*

---

# ПОРЕСКО ПРАВО

---

Др Зоран ИСАИЛОВИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Приштинаи

## ПОГЛЕД НА САВРЕМЕНЕ ПОРЕСКЕ СИСТЕМЕ

### Резиме

*Пореске системе савремених држава, и поред одређених промена насталим у процесу њиховог развоја и даље карактерише настојање и потреба одмереног присуства непосредних и посредних пореза. При томе, приметљиво је, посебно у земљама у транзицији значајније ослањање држава на посредне порезе (ПДВ и акцизе). То није случајно. Поменута кретања се заснивају на томе да посредни порези подстицајно делују на повећање штедње што за ефекат има повећање инвестиција. Такође, јаче финансијско учешће посредних пореза у укупним приходима државе позитивно утиче на конципирање конкурентнијег пореског система и смањење избегавања пореза, што за резултат има прикупљање издашнијих прихода итд.*

*Изложене светске токове прати и порески систем Србије. Наиме, и код нас, као и код других држава мало је учешће пореза од зараде и добити док је снажније учешће прихода од посредних пореза и доприноса за социјално осигурање. Неопходне промене у српском пореском систему потребне су у сегменту опорезивања дохотка грађана. Мешовити систем неопходно је заменити једноставним дуалним моделом опорезивања.*

**Кључне речи:** порески систем, регулатива, порески модели, непосредни порези, посредни порези.

## I Уводна разматрања

Као и ранијим временима, тако и данас се од пореских система захтева прикупљање издашних јавних прихода. Поред тога, чињеница је, да је изградња модерног пореског система један од најважнијих услова који детерминише конкурентност привреде и формирање пословног амбијента. Због тога се, приликом конципирања пореских прописа по правилу, води рачуна о пројектовању таквих пореских структура које придају највећи значај пореским облицима релевантним за снажнији уплив на издашност, ефикасност и правичност опорезивања и одржавање друштвеног благостања. Међутим, доследно остварење свих поменутих циљева у бројним случајевима су супростављени једни другима. То је највећи разлог који онемогућава у стварности изградњу идеалног пореског система.

У контексту изложене пореске стварности, приметно је да свака држава по правилу покушава да изгради свој порески систем водећи рачуна о својим специфичним привредним, традиционалним, политичким и другим условима. С тим у вези, истраживања показују да као најважнији јавних приходи у позитивним пореским системима доминирају три групе: посредни (индиректни) порези (у које спадају порез на додату вредност у даљем тексту – ПДВ и акцизе (трошарине); непосредни - директни порези (у које убрајамо порез на доходак, порез на добит и порез на имовину). Најзад, трећу групу представљају доприноси за социјално осигурање. Ови последњи у строгом научном смислу не спадају у порезе, јер су за разлику од њих наменски приходи и да за њихово плаћање обвезници добијају индивидуалну противнакнаду. Ипак, можемо рећи да се доприноси по својим битним карактеристикама и ефектима у многоме приближавају порезима те их је неопходно заједнички изучавати.

До XX века, државе су свој приход остваривале ослањајући се на посредне (индиректне) порезе, царинске тарифе и царине, као и на порезе на извесна луксузна добра. Широко заснованим порезима, посебно порезу на приход, прибегле су тек онда када су на себе преузеле већу улогу која је изискивала више средстава.<sup>1</sup> До 60-тих година прошлог века као предводник модерних пореских система фигурирао је порез на доходак. Међутим, са каснијим развојем привреде и друштва појављују се бројна оспоравања главног непосредног пореза - пореза на доходак, и даје примат порезима на потрошњу као приходима с најнижим негативним учинцима на привредни раст. Полазећи од изложених разлога реформа-

---

1 Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, прво издање, Београд, 2004, 478.

ма пореских система у бројним савременим државама посредни порези добијају равномернији третман у односу на непосредне порезе.

Поред поменутих јавних прихода у оквиру фискалних система, појављују се и други бројни намети тзв. непорески јавни прихода, који значајно утичу на пословање привредних субјеката. Као најважнији наведени приходи појављују се: накнаде, таксе, дозволе, лиценце и др. Код ових прихода у Републици Србији, „присутна је пракса да одређена ресорна министарства и органи у њиховом саставу, јавне агенције, јавна предузећа и друга јавна тела, утврђују основне елементе и износе непореских и парафискалних намета мимо законом утврђених обавезних процедура. У том смислу, индикативно је заобилажење правила којима се уређује обрачунавање цене за пружене јавне услуге (Закон о буџетском систему и пратећи Правилник о методологији и начину утврђивања трошкова пружања јавних услуга).<sup>2</sup>

Озбиљно узимајући у обзир поменута ограничења везана за потребом прикупљања издашних јавних прихода, приликом конципирања пореског система, модерне државе воде рачуна о висини пореског оптерећења и пореској структури који би повољно утицали на штедњу, инвестиције и продуктивну делатност у целини. У контексту изложеног, у буџетима и пореским структурама развијених и неразвијених земаља, по правилу, су неједнака укупна фискална захватања и учешћа појединих прихода. С тим у вези, приметна је осцилаторна полтика у давању значаја појединим врстама дажбина. Тако, у једном временском периоду, до почетка светске економске кризе (2007. године) у више савремених држава примећена је присутност превладавања оптерећења потрошње ради подстицања привредног раста, инвестиција и запослености. Конкретно, видно се манифестује промена пореских структура у развијеним државама преферирањем посредних пореза и давањем доминантне улоге ПДВ-у.<sup>3</sup> У изложеном контексту, дошло је до редуцирања оптерећења рада, које је посебно дошло до изражаја код нових чланица ЕУ.

Истичући суштинске разноликости пореских система савремених држава, не умањује се значај њиховог видног приближавања али у реалним оквирима. Тако, у државама ЕУ „правила хармонизације нису значила изједначавање стопа и пореских поступака него пре свега усклађи-

2 Вид. Непорески и парафискални намети у Србији, 2014, УСАИД, Србија, НАЛЕД, Београд, 8.

3 Вид. Bert Brys, Making Fundamental Tax Reform Happen, OECD Taxation Working Papers, No. 3, OECD, 2011, 6.

вање и што је више могуће смањивање разлика у пореским системима земаља чланица како би се подстицало што ефикасније функционирање јединственог унутрашњег тржишта“.<sup>4</sup> Међутим, након 2007. године уласком у економску кризу указала се потреба за повећање пореског оптерећења и при том расту оптерећења рада које је захватило највећи број земаља Европске уније. Разлог томе је појава економске рецесије и пораст буџетског дефицита. У вези с наведеним, интересантно је да су поменути процеси били најнеприметнији у државама где је криза била најмања. Такав случај, примера ради је са Немачком, где је економска криза оцењена толерантном од 2007. до 2012. године. У овој држави 2007. повећана је стопа ПДВ са 16% на 19% и истовремено су смањени доприноси на зараде и порези на пословне активности.

Интересантна је појава везана за пореским оптерећењем рада у Србији. Наиме, ова држава је једна од ретких земаља у Европи која није повећавала опорезивање рада након почетка економске кризе. Уместо тога, 2007. године дошло је до смањења пореза и доприноса на зараде.

Перспектива кретања пореских система савремених држава у многоме је детерминисана релевантним кретањима у међународним и унутрашњим друштвеним оквирима (посебно од одвијања процеса у светској привреди). С тим у вези, могућност коришћења пореске конкуренције у савременим условима објективно утиче на пореску власт да озбиљно води рачуна на висину пореских стопа пореза на доходак. Такође, актуелни захтеви за праведношћу и бојазан од пораста кријумчарења позитивно утичу на пореску власт да неодмерено не повећава стопе пореза на потрошњу ( ПДВ и акциза).

Постоји сагласност у савременој теорији и пракси о потреби комбинације непосредних и посредних пореза у циљу остваривања оптималног економског раста, макроекономске стабилности, расподеле дохотка итд. Дакле, и поред важних недоумица везаних за процентуално ослањање на непосредне и/или посредне порезе, у савременим условима не доводи се у питање њихов заједнички опстанак у пореским системима. При томе, учешће индиректних пореза у укупним јавним приходима у државама у транзицији је осетније веће, него у развијеним земљама. Разлог овоме су објективни услови који постоје у наведеним земљама, (неразви-

---

4 Вид. Данијела Кулиш, „Опорезивање потрошње: порез на додату вредност и трошарине“, *Newsletter*, бр. 33/2007, 5.



јеност пореске администрације, широко избегавање непосредних пореза, потреба стимулисања штедње, прикупљање издашних прихода итд.).

Поред других разлога, на обликовање пореског система савремене државе, релевантан значај имају заступљеност и ефикасна борба против корупције. У борби против наведене појаве, пореска власт приликом конципирања пореског система води рачуна коју ће технику опорезивања применити ради постизања оптималних резултата. С тим у вези, у теорији се истиче да су на корупцију посебно осетљиви и подобни порези који се утврђују решењем пореског органа, док је за државне финансије многа прихватљивија техника самоопорезивања. Такође, чини се да је и плаћање пореза по одбитку ефикасније у спречавању избегавања плаћања пореза. Најзад, корупцији у опорезивању погодују и често нејасни и непрецизни прописи који стварају простор за њихово арбитарно тумачење и примену. Из изложеног произилази да пореска структура настаје као продукт интервенције државе, а управо је државна интервенција основни фактор корупције.<sup>5</sup>

Прикупљање пореза је осетљив посао и поверен је у савременим државама специјализованим управним државним органима. Конкретно, у Србији Законом о пореском поступку и пореској администрацији (ЗПППА)<sup>6</sup> обједињена је целокупна активност у поступку утврђивања, наплате и контроле пореза и других јавних прихода под окриљем Пореске управе у саставу Министарства финансија. Поред других разлога, посебан значај доброг функционисања ове службе је потреба привредног опоравка и умањење фискалног дефицита. С тим у вези, оцена је научне и стручне јавности у Србији и Међународног монетарног фонда да је остваривање квантитативних циљева фискалне консолидације 2015-2017 (умањење фискалног дефицита и заустављање раста јавног дуга) било успешно. Везано за нашу тему, интересантно је да готово 50% умањења фискалног дефицита остварено услед непланираног раста јавних прихода. По мишљењу Фискалног савета убедљиво највећи допринос у снажном расту јавних прихода имала је ефикаснија наплата (700-800 млн евра), захваљујући добро таргетираним *ad hoc* мерама за сузбијање сиве економије које је Пореска управа спроводила на терену. Међутим, Фи-

5 Вид. Гордана Илић Попов, Дејан Поповић, „Пореска структура и корупција“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014, 20.

6 *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 (исправка), 23/03 (исправка), 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 (други закон), 62/06 (други закон), 63/06 (исправка), 61/07, 20/09, 72/09 (други закон), 53/10, 101/11, 2/12 (исправка), 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 112/15, 108/16.

скални савет упозорава да је поменуто побољшање наплате пореза постигнуто с постојећим (неадекватним) капацитетима пореске администрације: старосна структура запослених је неповољна, нема довољно пореских инспектора, аналитички капацитети су слаби, организациона структура и информациони системи су превазиђени и друго. Стога, по Фискалном савету постоји изражен ризик да се достигнути ниво наплате пореских прихода неће одржати без модернизације Пореске управе.<sup>7</sup>

У Србији не постоји сагласност о томе да ли је порески систем препрека за раст привреде. По једној групи практичара и теоретичара, пореско оптерећење и структура су неповољни (посебно је претерано пореско оптерећење рада), док је друга група мишљења да порески систем не представља препреку за одвијање привредног живота. С тим у вези, по речима проф. Економског факултета у Београду М. Арсића, сам порески систем, тј. висина пореског оптерећења и структура пореза нису препрека за раст привреде Србије. Они су по њему на нивоу упоредивих држава. Тако, примера ради, пореска структура је релативно повољна са становишта ефикасности, јер доминирају порези који не делују дестимулативно на штедњу, инвестиције и продуктивну делатност уопште.<sup>8</sup> Међутим, недостатак пореског система Србије по проф. Арсићу је тај што су високи трошкови плаћања пореза (дакле поврх самих пореза) и непредвидљивост што повећава трошкове пословања и уноси ризик. Промене пореских прописа су често ненајављене, а што је најгоре такве су да пословни подухвати који су под важењем једних прописа били профитабилни након измене прописа постали неисплативи.<sup>9</sup>

## II Непосредни порези

Код непосредних (директних) пореза порески обвезници сnose пореску терет, док код посредних (индиректних) пореза порески обвезници обрачунавају и плаћају порез, али не сnose порез, јер се као економски (стварни) обвезници појављују неки други порески субјекти (потрошачи). И поред одређених промена, у пореским структурама савреме-

7 Вид. Павле Петровић, Данко Брчеревић, Слободан Минић, *Фискална консолидација и привредни раст 2015 – 2017: план, остварења и покретачи*, Београд, 2017, 5, 6 и 24.

8 У 2016. години учешће јавних прихода у БДП Републике Србије је износило 43.8%. Од тог износа 37,7% се прибавило од пореза. Пореска структура за поменуто годину је следећа: порез на доходак грађана 3.7%, доприноси 12.5%, порез на добит 1.9%, ПДВ 10.8%, акцизе 6.3%, царине 0.9% и остали порески приходи 1.6%. П. Петровић, Д. Брчеревић, С. Минић, 21.

9 *Нови Магазин*, Београд, 22. 12. 2016. године.

них држава, потреба значајне заступљености непосредних пореза се не доводи у питање. Штавише, неки од најважнијих директних пореза као што су порез на доходак грађана и порез на имовину се појављују као незаобилазни најважнији облици у функцији остваривања праведности плаћања пореза, а порез на добит као најважнији порески облик којим се води привредно подстицајна политика.

а) За остваривање фискалних и ванфискалних циљева државе, свакако најважнији непосредни порез је порез на доходак грађана. Овај порез се јавио у време растуће индустријализације, када све више људи остварује доходак чиме се отвара могућност увођења дохотка као новог предмета опорезивања. С обзиром на своју слојевитост и технику убирања, поменути порезни облик улази у круг најсложенијих пореза. Стога је битан предуслов његовог успешног убирања развијена привреда с високом запосленošћу, квалитетно уређеном рачуноводственом и пореском службом и израженом спремношћу пореских обвезника да сарађују с пореском влашћу.<sup>10</sup> Према томе, чак и у савременим условима високе развијене информационе технологије, није ни мало лако правно регулисати и у пракси применити порез на доходак грађана. Ипак, као што је речено у оквиру важећих пореских система модерних држава не потцењује се његова улога и значај. Изложено мишљење поткрепљујем и чињеницом, да се у теорији и пракси посвећује посебна пажња истраживањима алтернативних модела поменутог пореза и њихове могуће примене у пракси појединих држава зависно од њихових услова.

Као најважнији модели (системи) опорезивања дохотка грађана данас се појављују: синтетички порез, дуални порез и пропорционални порез на доходак. Синтетички порез је био доминантан порески облик, који се највише примењивао у другој половини XX века. Код овог пореза пореска основица је широко дефинисана, збирно обухватајући и једнако третирајући дохотке из различитих извора и обухватајући бројне олакшице. На тако утврђену економску снагу обвезника примењују се прогресивне стопе у циљу остваривања праведног опорезивања.

Дуални порез на доходак се појављује у скандинавским земљама (Данској, Шведској, Норвешкој и Финској) крајем осамдесетих и почетком деведесетих година XX века у циљу ублажавања недостатака синтетичког пореза и подстицања економске ефикасности. Конкретније гово-

---

10 Никола Мијатовић, „Разматрање теоријских приступа основним институтима уређења опорезивања дохотка“, *Рев. соц. полит.*, бр. 3-4/2007, 308.

рећи, код овог пореза имамо раздвајање дохотка физичког лица на доходак од рада и дохотка од капитала. Дуални порез поједностављује примену синтетичког пореза, тако што доходак од рада умањује за лични одбитак и значајно редуцирање нестандартних одбитака. Међутим, и код овог пореза се примењују прогресивне стопе. Поред тога, за разлику од синтетичког пореза, код дуалног пореза, доходак од капитала се оптерећује ниским пропорционалним стопама. Овим путем се остварује конкурентнији систем опорезивања неопходан у савременим условима високе мобилности капитала.

Поред изложених пореских модела, у савременим државама се примењује још један модел опорезивања дохотка физичких лица, назван пропорционалним моделом (тзв. *flat* порез на доходак). Код овог пореза приходи од рада се оптерећују јединственом пропорционалном стопом. Ради остваривања праведности опорезивања код овог модела се утврђује неопорезиви износ дела зараде и минимална ослобођења по другим основама и тиме остварује тзв. индиректно прогресивно опорезивање. Што се тиче прихода од капитала, у чистом теоријском облику код овог пореза се не опорезују. Ипак, у пракси по правилу се они опорезују, али битно нижим стопама него код оптерећења рада. Интересантно је да се овај порез уводио у земљама у транзицији (Русији, Румунији, Македонији, Црној Гори, Албанији, Бугарској и др.). Мотив увођења пропорционалног модела је поједностављивање система, отклањања избегавања пореза и подстицај ефикасности. Другим речима, пропорционални порез је најповољнији са аспекта утицаја на привредни раст (јер је најмање прогресиван). Међутим, испитивање дејства овог пореза је показало да овај порез доводи до повећања неједнакости у расподели дохотка, тј. прерасподелу у корист најбогатијих слојева друштва. С тим у вези, уочено је да индиректна прогресија у опорезивању најчешће није довољна да компензује губитак директне прогресије, до којег долази услед елиминације растућих маргиналних пореских стопа.<sup>11</sup>

У пракси сложеност одвијања друштвеног живота је показала да ниједан од поменутих модела не даје само позитивне ефекте. Наиме, применом неких од поменутих модела, по правилу, се манифестују у мањој или већој мери и позитивни и негативни утицаји на привредни и друштвени живот. Какав ће ефекат бити преовлађујући по мом мишљењу у многоме зависи од економских, политичких, историјских, традиционал-

11 Вид. Саша Аранђеловић, *Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији*, докторска дисертација, Београд, 2012.

них и других услова државе у којој се конкретни модел у пракси примењује. Имајући изложено у виду, у пракси је присутна видна разноликост у акцептирању неког од поменутих модела и дефинисања њихових основних елемената (пореског предмета, пореске основице, пореске стопе, ослобођења и олакшица). При томе, инересантна је појава да готово по правилу ниједна земља није прихватила неки потпуно чист модел опорезивања. Уместо тога, присутна је пракса примене одређених потенцијалних основних модела, који су модификовани, уношењем у систем решења потребних за остварење разноликих циљева.

Генерално гледано, у процесу одвијања пореске реформе у Републици Србији дошло је до изградње пореског система, који је углавном компарабилан са савременим државама. Поменута кретања у нашој пракси неминовно су настала добрим делом опредељењем да се посредни порези (ПДВ и акцизе) регулишу на нивоу ЕУ, у циљу потребе изградње нужног заједничког тржишта. Реализација наведеног циља у пракси је у одређеној мери остварена инкорпорирањем међународних правних норми (доношењем директива и других прописа) у пореске системе чланица ЕУ. С тим у вези, природно је да Србија као и друге земље које имају намеру да постану чланице ЕУ ускладе посредне порезе према правилима те организације.

Међутим, за разлику од посредних пореза далеко су у савременим државама мање хармонизовани непосредни порези. Штавише, ови порези су готово остављени да их чланице ЕУ самостално правно уређују. По свом значају за привредни и друштвени живот, разноликости регулисања најосетљивије се манифестују код пореза на доходак грађана. Ипак, при томе, неопходно је бити реалан. Наиме, чињеница је да модерне државе у својим пореским системима по правилу инкорпорирају, нека од решења која је акцептирала савремена теорија. То нажалост није случај код нашег система опорезивања дохотка грађана.<sup>12</sup> Наиме, у Србији је у примени анахрони мешовити порески систем, чије темеље представљају цедуларни порези, с допунском применом корективног годишњег пореза на доходак који плаћају богатији слојеви грађана. Поменути годишњи порез плаћају физичка лица - резиденти (за доходак остварен на територији Републике и у другој држави) и нерезиденти (за доходак остварен на

---

12 Позитивни систем опорезивања дохотка грађана у Србији је регулисан Законом о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 (одлука УС), 93/12, 114/12 - УС, 47/13, 48/13 - исправка, 108/13, 57/14, 68/14 (други закон), 112/15.

територији Републике), који су у календарској години остварили доходак већи од троструког износа просечне годишње зараде по запосленом, исплаћене у Републици у години за коју се утврђује порез, према подацима републичког органа надлежног за послове статистике.

Поменути важећи порез на доходак грађана Србије у страниој литератури се често сврстава у пропорционалне моделе (тзв. *flat* порез), зато што се код цедуларних пореза примењују пропорционалне стопе. Међутим, наш систем се не може сврстати у поменути модел, јер се доходак из различитих извора опорезује по различитим стопама. Ипак, упоређујући га са свим наведеним моделима, можемо закључити да је он најприближнији пропорционалном моделу (тзв. *flat* порезу на доходак).

После првих покушаја почетком деведесетих година прошлог века са увођењем синтетичког пореза на доходак, изгледа да се у нашој пракси одустало од трагања за суштинском променом позитивног система опорезивања дохотка. Наиме, уместо да се настави истраживање о могућој примени неког од поменутих модерних модела опорезивања дохотка код нас, по мом мишљењу неоправдано је превладала орјентација усмерена на испитивање могућности растерећења оптерећења рада као најважнијег фактора који егзистира код непосредног опорезивања. Овим путем се оставља садашњи систем недирнутим на неодређено време. С тим у вези, данашња средства информисања остављајући систем опорезивања дохотка грађана по страни и одражавајући ситуацију у нашој привреди, преносе захтеве привредних субјеката о потреби снажнијег растерећења рада. Међутим, то није нова појава. Већ дужи временски период<sup>13</sup> држава покушава да олакша пословање привредницима, али изгледа без већих резултата. О чему се овде ради?

У нашем систему опорезивања дохотка, главни и најиздашнији приход је порез на зараде. Овај приход учествује са око 85% укупних прихода прибављених од пореза на доходак грађана. Други приходи, као што су порез на приходе од самосталне делатности, порез на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, приходи по основу уговора о делу итд., имају периферан значај. Због изложених разлога пореска власт се приликом правне регулативе концентрисала као што је речено, на порез на зараде. Циљ поменутог подухвата јесте поштовање начела плаћања пореза према економској снази, растерећење привреде, стимулација запошљавања и инвестиција, сузби-

---

13 Први пут захтев за реално смањење оптерећење рада презентирао је 2009. године.

јање сиве економије и др. Постизање оптималних резултата покушавано је смањењем пореских стопа, увођењем или укидањем прогресије, применом неопорезивих износа од основице за опорезивање итд. Поред поменутих општих прописа које је примењивао законодавац, доношени су и прописи о увођењу и примени посебних селективних мера у циљу стимулесања запошљавања. Конкретно, послодавци су се за одређено време ослобађали пореза и доприноса на зараде за новозапослена лица. У неким случајевима поменуте олакшице су даване по основу два закона (Законом о порезу на доходак грађана и Законом о порезу на добит предузећа). Нажалост, резултати нису били какви су очекивани иако су постојала упорна и континуирана настојања пореских власти да се они постигну. Више је разлога утицало на неостваривања жељених резултата. По мом мишљењу, као најважнији разлог је тај, што цедуларни порези коју чине окосницу система, не омогућавају потребну индивидуализацију пореске обавезе која омогућује остваривање екстрафискалних циљева, пре свега поштовање начела плаћања пореза према економској снази.

Дажбинско оптерећење рада које се врши путем пореза и доприноса за социјално осигурање,<sup>14</sup> када се узме у обзир просечна плата у Србији, је ниже него у другим земљама Европе. Међутим, неповољно је то што је заступљеност прогресивног опорезивања рада код нас много мања у односу на друге државе. Другим речима, у Србији најниже зараде су порески оптерећене изнад просека западноевропских земаља, али не и источноевропских суседа. У свим развијеним земљама главни инструмент прогресивног опорезивања рада је порез на зараде, јер је кроз њега најлакше увести различите стопе опорезивања за различите нивое примања. Међутим, код нас финансијски су најиздашнији доприноси. Али, због своје природе наменских прихода за социјално осигурање, у систем соци-

---

14 Материја обрачуна и уплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање од незапослености регулисана је Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 7/08, 5/09, 7/09, 3/10, 4/11, 52/11, 101/011, 7/12, 8/13, 47/13, 108/13, 6/14, 57/14, 68/14 (др. закон), 112/15. Основица доприносе за запослене и за послодавце представља бруто износ зараде. Конкретно то је зарада, односно плата и накнада зараде, односно плате у складу са законом који уређује радне односе, општим актом и уговором о раду, односно решењем надлежног органа. Међутим, основица доприноса за запослене и за послодавце по Закону не умањује се за износ од 11000 динара утврђен Законом о порезу на доходак грађана (чл. 15а, ст. 2).

јалних доприноса прогресија је неприхватљива и неминовна је примена пропорционалног опорезивања.<sup>15</sup>

Дакле, проблем растерећења рада код нас је тај што порези на зараде нису високи, веће оптерећење рада код нас је због износа доприноса за социјално осигурање, код којих најважнију улогу имају доприноси за пензијско и инвалидско осигурање које објективно није могуће смањити у условима високог дефицита Републичког пензијског и инвалидског фонда. Прецизније говорећи, путем доприноса са социјално осигурање (пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и за запошљавање) прикупљају се приходи из зарада и других прихода осигураника и на исплаћене зараде на терет послодавца. Значајним смањењем доприноса ради растерећења привреде урушио би се систем пензијско инвалидског осигурања и због тога је неприхватљиво.

Због изложених разлога, у теорији се појављују мишљења о потреби укидања постојећег система здравственог осигурања и осигурања од незапослености, као и одговарајућих доприноса. Један део овако отвореног простора би се могао искористити и за повећање доприноса за ПИО, чиме би се поправила одрживост финансирања Фонда ПИО. Међутим, највећи (можда и цео) простор за опорезивање који би се на овај начин отворио би могао да се искористи за опорезивање кроз порез на зараде.<sup>16</sup>

За разлику од изложених решења, по мом мишљењу, осетан бољитак у сфери оптерећење рада у Србији, могуће је очекивати увођењем у систем суштински новог пореског модела (система) оптерећења дохотка које познаје теорија и пракса. Тај модел не би могао бити чисти модел синтетичког пореза. Његова примена у нашим условима по свему судећи резултирала би високим трошковима администрације и опасношћу недопуштене евазије пореза. С друге стране, пропорционални порез (*flat* порез), не би омогућио задовољавајућу потребу плаћања пореза према економској снази. Због тога, „с обзиром да представља комбинацију синтетичког и *flat* пореза, дуални модел опорезивања у Србији би одбацио тек нешто мање дистрибутивне ефекте од синтетичког пореза, док би ефекти на понуду капитала били бољи од алтернативних решења, а трошкови администрирања и утаје пореза тек благо већи него у случају примене *flat* пореза. Осим тога, ефекти на тржишту рада би били умерено позитивни“.<sup>17</sup> Дакле, у на-

15 *Систем опорезивања рада и могући начини његове реформе*, Национална алијанса за локални развој (Налед), 2017, 30.

16 *Ibid*, 31, 32.

17 С. Аранђеловић, 339.



шим условима примена најједноставнијег дуалног пореза би могла дати боље резултате од важећег мешовитог система опорезивања.

б) У савременој литератури идентификована су два основна циља опорезивања предузећа – убирање пореских прихода и подстицање привредног раста.<sup>18</sup> Пошто је жељено остваривање оба циља у пракси тешко оствариво савремене државе су приликом конципирања прописа већи значај придавале економском моменту. То се манифестовало код развијених западноевропских земаља тако што су се приликом примене овог пореског облика давале значајне олакшице и растерећења која су као резултат имале скромни финансијски ефекат, односно рандман. Међутим, с друге стране инкорпорирање у порески систем бројних подстицајних мера утицало се на: стимулацију привредног раста; повећање конкурентне способности привреде; смањење незапослености, ублажавање регионалних и секторских диспаратитета у привреди; побољшање еколошке ситуације итд. Такође, и земље у развоју су помоћу ниских стопа и бројних ослобођења и олакшица покушавале да привуку стране инвестиције.

Поред позитивних ефеката које је остваривао порез на добит, у пракси је уочено да претерана примена ослобођења и олакшица утиче на компликованост пореског система и неоправданог избегавања плаћања пореза. Поменуте тенденције су се у великој мери до скоро манифестовале код српског пореза на добит правних лица. С тим у вези, у нашем систему опорезивања добити правних лица егзистирала су следећа ослобођења и олакшице: ослобођење за недобитне организације, ослобођења за концесиона улагања, олакшице за новооснована предузећа у неразвијеним подручјима, порески кредити за улагања у основна средства (три различита режима обрачуна), пореска ослобођења за тзв. велика улагања и пореска ослобођења за тзв. мала улагања и др.

Снажни негативни ефекти које је остављао порез на добит утицали су на модерну теорију и праксу да заузме став да у општем случају бројне пореске олакшице представљају неефикасно и неправично решење и да је због тога потребно конципирати систем који ће у већој мери нагињати ка неутралном опорезивању. Полазећи од изложених тенденција у савременој теорији, важећим Законом о порезу на добит правних лица у Србији, у значајној мери су редуцирана ослобођења и олакшице.<sup>19</sup>

18 Група аутора, *Пореска политика у Србији – поглед унапред*, Београд, 2010, 77.

19 Вид. Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02 - др.закон, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15 – аутентично тумачење, 112/15), чл. 41, 44, 46, 50а, 50в, 50г, 50е, 50ж, 50з, 50и.

Те законске промене ће позитивно утицати на смањење избегавања плаћања пореза и повећања финансијских прихода, а неће се осетније реперкутовати на остваривање утврђених економских циљева.

в) Иако протеклом времена порез на имовину као непосредни порез по свом финансијском значају опада, опстао је у важећим пореским системима у већем броју држава. Најважнији разлози његовог опстанка је потреба државе за средствима, остварење начела праведности и економска ефикасност. У теорији се посебно истиче праведна природа овог пореског облика. Конкретно, оправдање да је порез на имовину праведан, произилази из два разлога. Најпре, то је један од ретких пореских облика који одражава примену начела користи и, друго, поседовање имовине је показатељ имућности обвезника да плаћа порез. Поред тога, у пореској теорији, овај порески облик се сматра економски најефикаснијим порезом који најмање успорава привредни раст. Најзад, оптерећење имовине је погодно и због тога што се овде не сусрећемо с проблемом сељења пореске основице и због тога је погодан за финансирање јединица локалне самоуправе.

Међутим, поред добрих страна порез на имовину је неатрактиван код пореских обвезника и пореске власти. Другим речима, као и код других пореских облика и код овог постоје значајни недостаци. Као једногodiшњи и једнократни порез директно напада економску снагу пореских дужника, те је код њих непопуларан иако не даје издашне приходе. Такође, као локалан приход порез на имовину није по вољи ни за пореску власт локалне самоуправе, јер им се отерећењем имовине суграђана смањује популарност и шансе за поновни избор.

Са правног аспекта гледано, најтежи проблем код пореза на имовину је законско утврђивање пореске основице. То потврђује и наше искуство. Наиме, по правилу, као и у другим државама и у српској легислативи основица пореза на имовину за непокретности је тржишна вредност. Међутим, у пракси због дефектних прописа, она је у бројним случајевима нереално утврђивана и давала резултате далеко од праве тржишне вредности.

### III Посредни порези

Код посредних пореза економска снага обвезника се захвата индиректно тако што држава врши корекцију онога што је већ учинила директним опорезивањем дохотка и имовине. Као најважнији посредни порези појављују се порез на промет и акцизе. Један од најачих филозоф-

ских аргумената за увођење ових пореза изнео је пре више од 80 година амерички теоретичар Ирвинг Фишер (*Irving Fisher*), тврдећи да је много целисходније опорезовати појединце на основу онога што узимају од друштва (њихове потрошње), него на основу онога што доприносе друштву (мерено њиховим приходом).<sup>20</sup>

а) У оквиру посредних пореза у савременим условима се као најпопуларнији и најраспрострањенији свакако појављује ПДВ као посебна варијанта свефазног пореза на промет који оптерећује промет свих роба и услуга, који врше предузетници у оквиру своје делатности, осим оних који су законом ослобођени од оптерећења. У савременој теорији и пракси влада мишљење да од свих облика опорезивања потрошње (посредних пореза) оптерећење кроз ПДВ, оставља најмање простора за избегавање пореза, најмање утиче на економски раст и супериорно је с аспекта економске ефикасности.<sup>21</sup>

Међутим, критичари политике повећања стопа ПДВ указују да ти процеси утичу на раст цена добара и услуга, што код потрошача смањује реални доходак, што се негативно одражава на издашност овог прихода. Поред тога, због тога што ПДВ плаћају подједнако најсиромашнији и најбогатији обвезници, говори о његовом неправедном, односно регресивном дејству. Ипак, поборници доминантне примене ПДВ увелико оспоравају интезитет негативних ефеката овог пореза. Они истичу да у савременим условима поменути негативни ефекти се могу осетно ублажити и по неким ауторима чак у потпуности елиминирати. Тако процеси отклањања регресивног дејства ПДВ, истиче се, у пракси се остварује на више начина. Прво, увођења ослобођења од ПДВ и/или егзистирање диференцираних пореских стопа у закону о ПДВ, где ће се повлашћене стопе примењивати за производе и услуге најзначајније за животни стандард грађана. Друго, код закона о порезу на доходак грађана увођењем значајне прогресивности опорезивања у значајној мери се компензира регресивни ефекат ПДВ. Треће, приликом конципирања фискалног система, потребно је имати у виду не само приходну страну буџета него и расходну. Тим путем могуће је добар део финансијских средстава прибављених од ПДВ усмерити давањем финансијске помоћи сиромашним грађанима и тако амортизовати његово регресивно дејство.

---

20 J. E. Stiglitz, 589

21 Вид. R. Bird, P. Gendron, *VAT Revisited – A New Look at the Value Added Tax in Developing and Transitional Countries*, USAID, 200.

Поред изложеног, у новијој теорији и пракси, чак се и оспорава тврдња о регресивности пореза на потрошњу. Наиме, полазећи од резоновања да је потрошња домаћинства релевантнија мера животног стандарда од годишњег дохотка домаћинства, може се закључити да су порези на потрошњу пропорционални или благо прогресивни.<sup>22</sup>

Посредни порези (порез на промет и акцизе) најбитније утичу на лојалну конкуренцију међу партнерима. С тим у вези да не би неједнаки прописи о посредним порезима доводили до дисторзија и онемогућавали слободно кретање добара и услуга неопходно је било у оквиру ЕУ ускладити пореске системе чланица. Овим путем у ЕУ се остварује јединствено тржиште. Конкретније, без постојања међународних правила на нивоу ЕУ тржиште би се фрагментизовало дуж националних граница. У контексту изложеног, Директива 2006/112/ЕЗ се данас сматра најважнијим комунитарним прописом у области европског система ПДВ. Може се рећи, да наведена Директива представља консолидовану верзију свих европских прописа о ПДВ.

Без увођења ПДВ по угледу на чланице ЕУ не може се ни формалноправно постати чланица ЕУ. Због тога и других разлога, важећи Закон о порезу на додату вредност Републике Србије<sup>23</sup> у свим кључним сегментима хармонизован је са поменутом Директивом. Имајући изложено у виду, структура Закона тако је дата да има широко постављен предмет опорезивања и пореску основицу. Такође, наш законодавац је настојао да оствари алокативну неутралност. Поред тога, то је порез потрошног типа што значи да се порез плаћен приликом набавке опреме и објеката за вршење делатности признаје као трошак и може се користити као претходни порез у првом пореском периоду. У складу са европском праксом уведена је индиректна (фактурна) метода обрачуна ПДВ која дефинише да се додата вредност не утврђује, већ одмах обрачунава износ пореза. Другим речима, увођењем ПДВ као општег пореза у систем се активирао, за све производе и услуге (оптерећене њиме), његов механизам спречавања евазије пореза. Тај механизам, обавезује обвезника да обрачуна порез на пуни износ испоруке, с тим да одбије онај износ који је платио при набавци. То је могуће под условом да документује фактуру, односно царинску декларацију или други одговарајући документ који показују колико је по-

22 Вид. Милојко Арсић, Никола Алтипармаков, „Дистрибутивни и макроекономски ефекти предложене пореске реформе“, *Квартални монитор*, бр. 25-26/2011, 94.

23 *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04 - исправка, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14 - др. закон 142/14, 83/15 и 108/16.

реза пре тога плаћено. Без поменутих докумената, порез ће се платити на цело обрачунати износ.

б) Акцизе (трошарине, појединачни порези на промет) егзистирају у готово свим савременим пореским системима. Превасходно се уводе из фискалних разлога, мада се приликом оправдања њиховог увођења истичу и социјални, здравствени, еколошки и др. разлози. Број производа који се оптерећују акцизама је различит од земље до земље и креће се од само неколико до преко двадесет производа. Најчешће се акцизама захватају производи широке потрошње, односно они чија је реализација на тржишту једноставна и са издашним финансијским ефектима.

И поред тога, што у државама ЕУ фигурирају бројни производи оптерећени акцизама, правна регулација на нивоу ЕУ сведена је на само опорезивање алкохолних производа и пива, дуванских производа и минералних уља, а од 2004. године и опорезивање енергената (природног плина и електричне енергије). Прописи који уређују опорезивање акцизама углавном су усвојени током 1992. године, везано за почетак успоставе јединственог унутрашњег тржишта чији су темељни циљеви били омогућавање и подупирање слободног кретања људи, добара, услуга и капитала.<sup>24</sup> С тим у вези, усвојеним директивама о држању, отпремању и контроли акцизних производа у трговинској размени између држава чланица, дефинисани су заједнички ставови о акцизама у погледу предмета опорезивања, територије примене, обавезе плаћања акциза, лица обавезних за плаћање акциза, структуре и минималне стопе акциза, врста ослобађања, као и повраћаја акциза у међусобној трговини између држава чланица.

Законом о акцизама<sup>25</sup> у Републици Србији, акцизе се уводе на одређене монополске производе и имају наглашени фискални карактер. Српски законодавац је у односу на праксу других земаља применио релативно рестриктивни приступ броја производа који се оптерећују акцизама. То су: деривати нафте, биогорива и биотечности, дуванске прерађевине, укључујући и дуванске прерађевине које се при употреби греју али не сагоревају, алкохолна пића, кафа, течности за пуњење електронских цигарета, електрична енергија за крајњу потрошњу. Обавеза по основу акциза настаје када су акцизни производи произведени у Републици или

24 Данијела Кулиш, *Плаћамо ли европске трошарине?*, Загреб, 2005, 6.

25 *Службени гласнику РС*, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 93/12, 119/12, 47/13, 47/013, 68/14 - др. закон, 142/14, 55/15, 103/15, 108/16.

увезени у Републику. Обвезник је по правилу произвођач или увозник опорезованих производа који се стављају у промет или увозе.

#### IV Закључак

Наплата пореза као неминовна појава неопходна за егзистирање државе у савременим условима изазива бројне несагласности и незадовољства пореских обвезника одређених пореским прописима. Због тога су модерне државе, ослањајући се на теоријска сазнања формулисале и прихватиле опште принципе приликом изградње пореских система. Као најважнији принципи које државе покушавају да инкорпорирају у своје пореске системе су следећи: издашност, флексибилност, економска ефикасност, једноставност, прегледност и правичност пореза. У циљу оптималног остваривања наведених карактеристика, постоји сагласност у теорији и пракси савремених држава, о потреби заступљености у пореском систему комбинације непосредних (директних) и посредних – индиректних пореза. Међутим, иако се не доводи у питање њихов заједнички опстанак у пореским системима, недоумице су везане о процентуалним ослањањима на једну и/или другу наведену групу пореза.

Са развојем привреде и друштва од друге половине XX века, појављују се бројна оспоравања примата главног непосредног пореза - пореза на доходак у укупним приходима држава и даје значајнија улога посредним (индиректним) порезима. У контексту изложеног, учешће индиректних пореза (ПДВ и акциза) у укупним јавним приходима у државама у транзицији је осетније веће него у развијеним земљама. Разлог овоме су објективни услови који постоје у наведеним земљама, (неразвијеност пореске администрације, широко избегавање непосредних пореза, потреба стимулисања штедње, прикупљање издашних прихода итд.

**Zoran ISAILOVIĆ, PhD**

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

#### A VIEW OF THE MODERN TAX SYSTEMS

##### Summary

*The tax systems of modern states, despite certain changes occurring in the process of their development, are still characterized by commitment and need for a measured presence of direct and indirect taxes. At the same time, a*

*significant reliance of states on indirect taxes (VAT and excise duties) is noticeable, especially in transition countries. It is not accidental. The aforementioned tendencies are based on the fact that indirect taxes act as incentives for increased savings, resulting in an increase of investments. Moreover, a stronger financial participation of indirect taxes in the total government revenues has a positive effect on designing a more competitive tax system and reduction of tax evasion, resulting in collection of a more generous income, etc.*

*The tax system of Serbia also follows the mentioned global trends. Namely, in our country, as well as in others, income and profit taxes have small participation, whereas the share of revenues from indirect taxes and social security contributions is much stronger. Necessary changes in the Serbian tax system are needed in the segment of personal income tax. The mixed system should be replaced by a simple model of dual taxation.*

**Key words:** *tax system, regulations, tax models, indirect taxes, direct taxes..*

Др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ОДЛАГАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕСКОГ ДУГА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ СИСТЕМУ\*

### Резиме

У овом раду ауторка се бави критичком анализом погодности која се може пружити пореским обвезницима, посредством одложеног плаћања дугованог пореза. Након што надлежни орган, ако су испуњени законски услови, усвоји захтев пореског обвезника, одлука се најчешће реализује доношењем решења од стране Пореске управе, мада је, такође, могуће да она закључи споразум са пореским обвезником. Тај споразум не представља нарушавање начела законитости, јер не подразумева договор између пореске администрације и пореског обвезника о висини пореског дуга, већ се одлагање плаћања дугованог пореза допушта само оном пореском обвезнику који испуни услове, прецизиране одговарајућом Уредбом Владе Републике Србије. Ауторка указује на одређене недоречености законодавца, као и на „поткопавање” финансијске дисциплине предвиђањем изузетака од општег режима одлагања плаћања дугованог пореза.

**Кључне речи:** битна економска штета, доспелост пореског дуга, прекомерно пореско оптерећење, одлагање плаћања пореза, средства обезбеђења наплате пореза.

### І Доспелост пореског дуга

Главна обавеза пореских обвезника је да поштују рок када је њихов порески дуг доспео за наплату, односно да благовремено плате порез. Начин на који се утврђује порез опредељује време доспелости. У том смислу, порези који се утврђују решењем пореског органа (порез на пренос апсолутних права, порез на наслеђе и поклон, годишњи порез на доходак грађана, порез на приходе од самосталне делатности и др.) доспе-



вају истеком париционог рока који, по правилу, износи 15 дана од дана достављања решења.<sup>1</sup>

Од посебног значаја је када се решење сматра достављеним пореском обвезнику, јер од тога зависи када ће парициони рок почети да тече, а тиме и истећи, те да ли је обвезник запао у дужничку доцњу која, након неплаћања доспелог пореза ни након истека рока из пореске опомене,<sup>2</sup> доводи до покретања поступка принудне наплате, са свим последицама које тај поступак за собом повлачи.<sup>3</sup> Када се пореско решење шаље као препоручена пошиљка, сматра се да је достављање извршено даном његовог уручења пореском обвезнику или другом законом одређеном лицу (законском заступнику или пореском пуномоћнику). Уколико, пак, уручење није било могуће (на пример, у време покушаја уручења никога није било на адреси пријављеног седишта, пребивалишта, односно боравишта обвезника), или у случајевима када се достављање врши слањем обичне пошиљке, оно се сматра достављеним 15-ог дана од дана предаје пореског акта пошти.<sup>4</sup> То, практично, значи да ће се сматрати да је порески (управни) акт достављен пореском обвезнику, иако га он можда уопште није ни примио. Таква одредба је уведена у закон, са намером да се спречи ометање пореског поступка због избегавања обвезника да прими решење о утврђеном порезу, али се намеће питање да ли је оправдана са становишта савесних пореских обвезника. Рачунањем рока од дана *предаје* пореског акта пошти, обвезник може трпети последице доцње због ненамерног пропуштања благовременог извршавања пореске обавезе, јер је у међувремену, тих 15 дана, био, на пример, на годишњем одмору, у болници на лечењу или је поштар убацио решење у погрешно поштанско сандуче.

Уколико је порески обвезник правно лице или предузетник, решење се сматра достављеним и онда када се уручи запосленом лицу код тог правног лица, односно предузетника, а ако је обвезник физичко лице, пу-

---

\* Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта 179001, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

1 Изузетак постоји код паушално утврђеног прихода предузетника који не воде пословне књиге, када порез (месечне аконтације), иако се утврђује решењем пореског органа, доспева у року од 15 дана по истеку сваког месеца. Вид. Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, ..., 112/15, чл. 110, тач. 1.

2 Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, чл. 71, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, ..., 108/16.

3 ЗПППА, чл. 75 и чл. 78, ст. 1, тач. 3.

4 ЗПППА, чл. 36.

нолетном члану обвезниковог домаћинства. У случају да се догоди да та лица одбију да приме пореско решење, достављање ће се ипак сматрати уредним, уколико достављач о томе састави службену белешку. И на рачун тог законског решења могле би се, према нашем мишљењу, ставити одређене примедбе. На пример, обвезникова мајка, стара 80 година, која са њим живи у истом домаћинству или син који има 19 година могу да забораве да га обавесте да су за њега примили или одбили да приме пореско решење, а у оба случаја, пропуштањем партиционог рока, обвезник, без своје кривице и намере, пада у доцњу.

У случају самоопорезивања,<sup>5</sup> порески дуг доспева у роковима који су прописани законом. На пример, месечне аконтације пореза на добит правних лица доспевају 15. дана по истеку сваког месеца,<sup>6</sup> порез на додату вредност 15 дана по истеку пореског периода,<sup>7</sup> акцизе најкасније последњег дана у месецу, за износ обрачунат од 1. до 15. дана у месецу, односно најкасније 15. дана у месецу, за износ обрачунат од 16. до краја претходног месеца,<sup>8</sup> док је у случају пореза на имовину, када порески обвезник не води пословне књиге предвиђено специфично решење, јер, иако се порез утврђује решењем надлежног органа јединице локалне самоуправе (пошто је њен изворни приход),<sup>9</sup> он се не плаћа истеком партиционог рока, већ 45 дана од почетка сваког тромесечја.<sup>10</sup>

Код пореза по одбитку<sup>11</sup> (порез на зараде, порез на приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине, порез на приходе од непокретности, порез на приходе од капитала, порез на добитке од игара на срећу и др.) порески дуг доспева при исплати прихода.

## II Услови за одлагање плаћања пореза

У српском пореском систему предвиђена је посебна погодност, која се огледа у могућности да се пореском обвезнику, уколико испуњава прописане услове, дозволи одложено плаћање дугованог пореза. Употребили смо термин *погодност*, а не пореска олакшица, јер порески обве-

5 Порез утврђује сâм порески обвезник.

6 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, ..., 112/15, чл. 67, ст. 2.

7 Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, ..., 108/16, чл. 50, ст. 1. и чл. 51, ст. 1.

8 Закон о акцизама, *Службени гласник РС*, бр. 22/01, ..., 108/16, чл. 23, ст. 1.

9 Закон о финансирању локалне самоуправе, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, ..., 104/16, чл. 6.

10 Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26/01, ..., 68/14, чл. 39, ст. 1.

11 Порез утврђује порески платац у име и за рачун пореског обвезника.

зник није ослобођен од плаћања пореза, нити му се умањује обрачунати порез. Али, он се налази у погоднијем пореском положају пошто своју пореску обавезу може да измирује у дужем временском периоду: средства која би, одједном и у целости, утрошио за плаћање дугованог пореза може у међувремену да „оплођује”, односно инвестира у предузетничке подухвате.

Порески обвезник се обраћа надлежној организационој јединици Пореске управе (према главном месту пословања, односно пребивалишту) захтевом у писаној форми, наводећи да би му плаћање дугованог пореза представљало непримерено велико оптерећење, или му нанело битну економску штету. Да би се спречило дискреционо право приликом процене оправданости захтева у сваком појединачном случају, које би могло да доведе до разних видова коруптивног понашања пореских службеника,<sup>12</sup> Влада Републике Србије ближе уређује услове за одлагање плаћања дугованог пореза. У противном, када се не би прецизно одредило шта се подразумева под „непримерено великим оптерећењем” или „битном економском штетом”, у пракси би могло да се догоди да, на пример, купац стана или пословног простора, велике површине и на локацији где је просечна тржишна цена квадратног метра непокретности врло висока, или обвезник годишњег пореза на доходак грађана поднесу захтев за одложеним плаћањем пореза, истичући да једнократно плаћање пуног износа дугованог пореза на пренос апсолутних права, односно годишњег пореза на доходак за њих представља „непримерено велики терет”, а објекат тих пореза указује на манифестацију њихове велике економске снаге.

У том смислу, да би се одлагање одобрило, порески дуг треба да износи најмање за:<sup>13</sup>

– физичко лице: 10% од опорезивих прихода у години која претходи години у којој је поднет захтев за одлагање;

– предузетника и мало правно лице: 5% од укупног годишњег прихода исказаног у последњем финансијском извештају, односно годишњег паушалног прихода;

12 Упор. Гордана Илић-Попов, Дејан Поповић, „Пореска структура и корупција“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014, 16-20.

13 Уредба о ближим условима за одлагање плаћања пореског дуга, *Службени гласник РС*, бр. 53/03, 61/04 и 71/05, чл. 2.

– средња и велика правна лица: 5% од обртних средстава исказаних у последњем финансијском извештају.

Обвезник мора да, уз захтев, поднесе релевантне доказе којима потврђује испуњеност прописаног услова.<sup>14</sup>

У ЗПППА се у чл. 73, 74, 74а и 74б користи термин „дуговани порез”, па се намеће питање да ли се могућност одложеног плаћања односи само на порезе или, пак, на све врсте јавних прихода. Системским тумачењем одредбе чл. 2, ст. 1. ЗПППА долазимо до закључка да се оно односи на све јавне приходе које наплаћује Пореска управа, као и на споредна пореска давања (камате по основу доспелог, а неплаћеног пореза и трoшкови поступка принудне наплате).

У ситуацији када се друго лице уговором обавезе да ће, као солидарни јемац, платити порез, а с обзиром на то да порески орган нема обавезу да се прво обрати обвезнику сматрамо да не постоје разлози за ускраћивање права на одлагање плаћања дуговоаног пореза ономе ко порез стварно плаћа (односно, солидарном јемцу), иако није порески обвезник, уколико испуњава услове које је прописала Влада.<sup>15</sup> Слично би важило и за пореске дужнике којима је секундарна пореска обавеза утврђена решењем Пореске управе,<sup>16</sup> којима би такође, под прописаним условима, требало да буде пружена могућност одложеног плаћања дуговоаног пореза.<sup>17</sup>

### III Одлучивање о обвезниковим захтеву

О одлагању плаћања дуговоаног пореза не одлучује Пореска управа, већ министар финансија (углавном само када је захтев поднело велико правно лице, чији је порески дуг изузетно велики), или лице које он овласти, односно градоначелник, председник општине, или лице које они овласте, у случају изворних јавних прихода јединица локалне самоуправе. Законодавац је прописао да „одлука мора да садржи образложене разлоге због којих се одлагање *одобрава*”.<sup>18</sup> Језичким тумачењем закључујемо да надлежно лице нема обавезу да образложи своју одлуку уколико одбије обвезников захтев, а према нашем мишљењу код „негативне” од-

14 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-74/2016-04, од 19.7.2016. године.

15 Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-436/2016-04, од 20.4.2016. године.

16 ЗПППА, чл. 31, ст. 2.

17 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-473/2016-04, од 4.5.2016. године.

18 ЗПППА, чл. 73, ст. 5.

луке тим пре ваља навести разлоге. Сматрамо да би у том смислу требало преформулисати одредбу чл. 73, ст. 5. ЗПППА.

Закон допушта одложено плаћање дуговоног пореза обвезнику који није испунио законске услове, уколико као средство обезбеђења наплате понуди неопозиву банкарску гаранцију или меницу авалирану од стране пословне банке, на износ који не може да буде мањи од висине пореског дуга чије плаћање жели да се одложи.<sup>19</sup> Мишљења смо да такав изузетак може да доведе до арбитрарних одлучивања.

Законом није предвиђено колико пута порески обвезник може да поднесе захтев за одлагање плаћања у току једне пореске године. Међутим, када порески обвезник у истом пореском периоду поднесе више захтева за различите дуговане порезе (нпр. за порез на добит правних лица, и за порез на пренос апсолутних права), став надлежног Министарства је да прописани услови морају да се испуне за сваки од тих захтева појединачно, пошто се ради о одвојеним поступцима за које се подноси посебан захтев за одлагање плаћања дуговоног пореза.<sup>20</sup> Такође, законом није одређен рок за доношење одлуке по захтеву пореског обвезника, али требало би, због природе захтева, да се одлучује по хитном поступку.

Застарелост права Пореске управе на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања не тече за време када је плаћање дуговоног пореза одложено.<sup>21</sup> Тада, дакле, долази до застоја застарелости које, уколико је време за застарелост почело да тече, спречава његово даље протицање.<sup>22</sup> Време трајања застоја застарелости не рачуна се у апсолутни рок застарелости.<sup>23</sup>

#### IV Модалитет одлагања плаћања дуговоног пореза

Пореска управа „операционализује” одлуку којом се обвезнику одобрава одложено плаћање дуговоног пореза. На располагању јој стоје две законске могућности: да донесе решење, или да са пореским обвезником потпише споразум. О томе који од та два начина ће се применити

19 ЗПППА, чл. 73, ст. 7.

20 Пресуда Врховног суда Србије У. 7981/07, од 15.1.2009. године; Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-234/2014-04, од 24.9.2015. године.

21 ЗПППА, чл. 114з, ст. 1, тач. 3.

22 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-1153/2015-04, од 9.2.2016. године.

23 Дејан Поповић, *Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији*, Београд, 2003, 176-178.

одлучује директор Пореске управе, при чему је закључивање споразума ређе у пракси.<sup>24</sup>

Плаћање дуваног пореза може да буде одложено на рате, најдуже до 60 месеци. У закону није прецизирано да ли се рок рачуна од достављања одлуке или од доспелости пореског дуга. *Ratio legis* те погодности пре указује на дан достављања одлуке. Одређивање броја рата за одложено плаћање дуваног пореза врши се на основу висине износа дуваног пореза чије одлагање се тражи и економске способности пореског обвезника у погледу могућности редовног измиривања текућих обавеза и месечне рате одложеног дуваног пореза, при чему се могу узети у обзир и друге релевантне чињенице.<sup>25</sup> Порески дуг се сматра измиреним у целости уплатом последње рате пореског дуга који је одложен.

Порески обвезници који су пре 4. марта 2016. године<sup>26</sup> поднели захтев или стекли право на одлагање плаћања дуваног пореза могу да поднесу (нови) захтев, ради стицања права на плаћање дуваног пореза на рате, према од тада важећем законском решењу.<sup>27</sup> Тиме се не нарушава начело забране ретроактивности, јер је одредба чији је учинак *de facto* ретроактиван повољнија за обвезника,<sup>28</sup> општи интерес садржан је у томе да се пореском обвезнику одобри да, уместо на највише 24 рате, дуговани порез одложено плаћа на 60 рата.

Посебно решење предвиђено је за ситуације када надлежни орган може, на захтев пореског обвезника за давање сагласности на предложени план реорганизације,<sup>29</sup> односно на захтев обвезника који је закључио уговор о финансијском реструктурирању,<sup>30</sup> да дâ сагласност за одлагање, односно да одобри одлагање плаћања дуваног пореза, у једнаким ратама до 60 месеци, уз могућност коришћења одложеног плаћања за првих 12 месеци.<sup>31</sup> Овај „гратис” период од 12 месеци је омогућен, вероватно, из

24 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-304/2014-04, од 29.10.2014. године.

25 Правилник о поступању Пореске управе и пореског обвезника у поступку одлагања плаћања дуваног пореза на рате, Службени гласник РС, бр. 28/16, чл. 4, ст. 3 и 4.

26 До ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији – Закон о изменама ЗПППА, Службени гласник РС, бр. 15/16.

27 Закон о изменама ЗПППА, чл. 11, ст. 2.

28 Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, „Ретроактивност закона у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015, 9.

29 Закон о стечају, Службени гласник РС, бр. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14.

30 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, Службени гласник РС, бр. 89/15.

31 ЗПППА, чл. 74а и 74б. Вид. Упутство за поступање по захтевима пореских обвезника за одлагање плаћања дуваног пореза, Службени лист града Крагујевца, бр. 36/16.

разлога да држава додатно „изађе у сусрет” тим обвезницима, очекујући да ће такве погодности бити већа „гарантија” да ће обвезници измирити своја пореска дуговања.

Уколико се порески обвезник не придржава рокова из решења о одлагању плаћања дуваног пореза, односно из споразума који је потписао са Пореском управом,<sup>32</sup> она *ex officio* укида решење, односно поништава споразум.<sup>33</sup> Неплаћени дуговани порез, укључујући и неплаћену камату на тај дуг, наплаћује се из средстава обезбеђења или у поступку принудне наплате.<sup>34</sup> Порески орган процењује који је та два начина у конкретном случају ефикаснији. Ако се дуговани порез наплаћује из средстава обезбеђења, Пореска управа не доноси решење о принудној наплати, већ само обавештава пореског обвезника да ће приступити принудној наплати из датих средстава обезбеђења, што је изузетак од генералног правила да поступку принудне наплате претходи слање опомене, односно да се она не спроводи по „аутоматизму”.<sup>35</sup> Могло би се поставити питање да ли се због одлагања плаћања пореза прекида поступак принудне наплате.<sup>36</sup> То би утицало на релативни рок застарелости права на наплату пореза, који би се продужио за период од дана доношења закључка о прекиду поступка принудне наплате до дана доношења решења од стране Пореске управе којим се поништава споразум, односно укида решење о одлагању плаћања дуваног пореза.

Порески обвезник који није поштовао одобрене одложене рокове „нема право да поново поднесе захтев за одлагање плаћања *тог* дуваног пореза”. Из такве законске формулације чл. 74, ст. 10 ЗПППА закључујемо да он може да поднесе захтев за одлагање плаћања неког другог пореза који дугује што, према нашем мишљењу, није добро решење, јер се обвезник није савесно понашао када му је држава одобрила пореску погодност.

### **V Средства обезбеђења у поступку одлучивања о одлагању плаћања пореза**

У поступку одлучивања о одлагању плаћања дуваног пореза од пореског обвезника се захтева давање средстава обезбеђења наплате, која

32 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00327/2016-04, од 15.4.2016. године.

33 Пресуда Врховног суда Србије, У. 9728/07, од 2.7.2008. године.

34 ЗПППА, чл. 74, ст. 7.

35 ЗПППА, чл. 74, ст. 8.

36 Упор. ЗПППА, чл. 114д и чл. 114з.

не могу да буду мања од висине пореског дуга чије се плаћање одлаже. Та средства могу бити:<sup>37</sup>

- хипотека на непокретности пореског обвезника;
- залога на покретним стварима пореског обвезника;<sup>38</sup>
- неопозива банкарска гаранција;
- јемство другог лица које је власник имовине;
- трасирана меница, акцептирана од стране два жиранта, из чијих се зарада, на којима се установљава административна забрана, порески дуг може наплатити;
- меница авалирана од стране пословне банке.

Ако се дуговани порез обезбеђује хипотеком, залогом или јемством другог лица, средства обезбеђења не могу да буду мања од 120% висине дуговоаног пореза чија се наплата обезбеђује.<sup>39</sup> Пореска управа одлучује из којих средстава обезбеђења доступних пореском обвезнику ће се најефикасније наплатити дуговани порез, и о томе га обавештава. Од обвезника се не захтева давање средстава обезбеђења наплате, па чак ни испуњавање прописаних услова,<sup>40</sup> уколико порески дуг, на основу свих јавних прихода које наплаћује Пореска управа, на дан подношења захтева за одлагање његовог плаћања, износи: за правно лице и предузетника – до 1.500.000 динара, а за физичко лице – до 200.000 динара.<sup>41</sup>

Према прелазним и завршним одредбама Закона о изменама ЗПППА,<sup>42</sup> чланом 10, став 1. предвиђен је посебан режим одлагања плаћања дуговоаног пореза само за обвезнике који поднесу захтев за одлагање плаћања дуговоаног пореза, који је доспео за плаћање до 4. марта 2016. године (независно од тога када је пореска обавеза настала), који је на тај дан евидентиран у пореском рачуноводству Пореске управе, а *не прелази*

37 ЗПППА, чл. 74, ст. 2.

38 Пореска управа може као средство обезбеђења прихватити залогу на покретним стварима пореског обвезника, чији је оснивач и власник Република Србија (нпр. јавног предузећа), када покретне ствари које користи то привредно друштво представљају његову, а не јавну својину Републике Србије. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-529/2016-04, од 27.6.2016. године, у вези са Мишљењем Министарства финансија РС, бр. 011-00-511/2016/05, од 20.5.2016. године.

39 ЗПППА, чл. 74, ст. 3.

40 *Службени гласник РС*, бр. 93/12.

41 ЗПППА, чл. 74, ст. 6.

42 *Службени гласник РС*, бр. 15/16.



2.000.000 динара<sup>43</sup> и који у себи не садржи камату.<sup>44</sup> Прецизиран је рок у којем је обвезник могао да поднесе захтев за одлагање, тј. од 1. априла 2016. године, па најкасније до 4. јула 2016. године,<sup>45</sup> при чему је до подношења захтева имао обавезу да измири све текуће обавезе<sup>46</sup> доспеле за плаћање до 4. марта 2016. године, о чему је морао да пружи пореском органу доказ, што је био услов за остваривање права на плаћање дугованог пореза на рате, најдуже до 60 месеци. Специфичност је у томе што обвезник није имао обавезу да пружи средства обезбеђења, ако главница дугованог пореза није прелазила износ од, у зависности од тога да ли се ради о правном лицу, предузетнику или физичком лицу, 1.500.000 динара, односно 200.000 динара. Ако је, пак, дуговани порез (без камате) изнад тих износа, опредељује се средство обезбеђења које одговара износу дугованог пореза преко 1.500.000 динара, односно 200.000 динара (а до 2.000.000 динара), у који се урачунава и износ припадајуће камате на тај део дуга.

У оквиру тог режима, који представља изузетак од општих правила, предвиђено је да се пореском обвезнику који редовно измирује рате доспелих обавеза које су одложене, укључујући и текуће обавезе, отписује 100% камате на дуговани порез плаћен у том периоду, по истеку сваких 12 месеци, до измирења дуга у потпуности, а уколико пре истека рока плаћања дугованог пореза на рате исплати дуговани порез у потпуности, отписује му се целокупна камата на тај дуг.<sup>47</sup>

---

43 Односи се на укупан дугован порез на тај дан по свим обвезниковим уплатним рачунима. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-346/2016-04, од 29.7.2016. године.

44 Порески обвезник који на дан ступања на снагу Закона о изменама ЗПППА има евидентирану само обрачунату и неплаћену камату, а његов главни порески дуг износи нула динара, не може да оствари право на одлагање дугованог пореза. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-137/2016-04, од 29.6.2016. године.

45 Закон о изменама ЗПППА, чл. 10, ст. 6.

46 Текуће обавезе по основу јавних прихода које периодично доспевају за плаћање (нпр. порез на добит правних лица, порез на додату вредност, порез на приход од самосталних делатности и др.), почев од 4. марта 2016. године; њима се не сматрају обавезе утврђене у поступку контроле, као ни обавезе које се утврђују решењем пореског органа, а односе се на порески период који је обухваћен периодом за који се тражи отпис камате. Вид. Закон о изменама ЗПППА, чл. 10, ст. 11 и 12. Такође, текућом обавезом се не сматра ни камата која се обрачунава на укупан порески дуг настао после 4. марта 2016. године, јер она представља део рате коју је порески обвезник дужан да редовно измирује у складу са решењем, односно споразумом о одлагању. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00398/2016-04, од 20.4.2016. године.

47 Закон о изменама ЗПППА, чл. 10, ст. 4-8; Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-620/2016-04, од 1.7.2016. године.

Пореска управа укида решење, односно поништава споразум о плаћању дуговоаног пореза на рате уколико порески обвезник најкасније у року од 30 дана од дана достављања тог решења, односно споразума није измирио све текуће обавезе доспеле од дана подношења захтева до дана доношења решења, односно споразума о плаћању дуговоаног пореза, као и када не обрачуна и не плати камату на дуговани порез.<sup>48</sup> Тада се, као и у општем режиму, неплаћени дуговани порез, укључујући и неплаћену камату на тај дуг, наплаћује из средстава обезбеђења, односно у поступку принудне наплате.

Овај режим није системско, већ једнократно, решење уведено са намером да се обвезници са великим пореским дуговима додатно „растегрете”. Мишљења смо да оно компликује постојећа законска решења, а, пре свега, нарушава принцип правне једнакости,<sup>49</sup> па и тржишну конкуренцију.

## VI Камата на одложени дуговани порез

За време трајања одложеног плаћања дуговоаног пореза на рате, све док порески обвезник не исплати тај дуг у целости, обрачунава се камата, по стопи која је једнака годишњој референтној стопи Народне банке Србије. Основицу за њен обрачун чини дуговани порез (који у себи не садржи камату) који је предмет одлагања. За сваки наредни период у коме се рате евидентирају и плаћају, основица је преостали одложени дуговани порез (без камате).<sup>50</sup> Та стопа је привилегована<sup>51</sup> у односу на стопу затезне камате која се обрачунава за неблаговремено плаћене јавне приходе, пошто референтна годишња стопа није увећана за десет процентних поена.

Од 4. марта 2016. године пореском обвезнику коме је плаћање дуговоаног пореза одложено,<sup>52</sup> а који редовно измирује рате доспелих обаве-

48 Правилник о поступању Пореске управе и пореског обвезника у поступку одлагања плаћања дуговоаног пореза на рате, чл. 7.

49 Гордана Илић-Попов, Дејан Поповић, „Једнакост грађана у пореском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 33/2011, 139-159.

50 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-113/2015-04, од 24.9.2015. године.

51 Сходно одредби чл. 76, ст. 2. ЗПППА, примењује се и на пореске обвезнике који су до 4. марта 2016. године стекли право на одлагање плаћања дуговоаног пореза.

52 Укључујући обвезнике којима је, према ранијим законским решењима, било одобрено одложено плаћање на највише 24 рате. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-408/2016-04, од 20.4.2016. године.

за које су одложене, укључујући и текуће обавезе, отписује се 50% камате која се односи на дуг плаћен у том периоду, по истеку сваких 12 месеци, до његовог измирења у целости.<sup>53</sup> У случају да порески обвезник и пре истека рока плаћања дугованог пореза на рате, исплати дуговани порез у потпуности, отписује му се 50% камате на тај дуг.<sup>54</sup>

## VII Закључак

Економске прилике у Србији претпостављају финансијске тешкоће са којима су суочени многи порески обвезници, што се одражава и на њихово неблаговремено плаћање дугованих пореза. С друге стране, надлежни органи често нису показивали спремност да одлучно спрече све раширенију праксу неплаћања пореза или кашњења у његовом плаћању, поготово када је реч о великим пореским обвезницима, чији су порески дугови врло велики.

Законодавчеву намеру да увођењем могућности одложеног измирења пореских обавеза, а нарочито отписом камата, подстакне пореске обвезнике да уредније плаћају порез неки порески обвезници су искористили да избегну принудну наплату дугованог пореза. Осим тога, изузеци од општег режима нарушавају једнакост обвезника пред (пореским) законом, што наилази на отпор код савесних и уредних „пореских платиша“. Због тога је потребно да законодавац *pro futuro* избегава решења која нису системска, јер она порески систем чине нетранспарентним и погубују пракси неплаћања пореза.

**Gordana ILIĆ-POPOVlić, PhD**

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

## POSTPONEMENT OF PAYMENT OF TAX IN SERBIAN TAX SYSTEM

### Summary

*In this paper, the author deals with the benefits that can be provided to the taxpayers, through the postponement of the payment of the tax owed. If the*

---

53 ЗПППА, чл. 76, ст. 3 и 4.

54 Мишљење министарства финансија РС, бр. 413-00-148/2016-04, од 27.6.2016. године; Мишљење министарства финансија РС, бр. 011-00-202/2016-04, од 16.3.2016. године.

*responsible person accepts the taxpayer's request, the decision is usually implemented by a ruling of the Tax Administration, although it is also possible the Tax Administration signs an agreement with the taxpayer. This agreement does not violate the principle of legality, because it doesn't involve the agreement between the tax administration and the taxpayer about the amount of the tax debt. The postponement of the tax is allowed only to those taxpayers who meet the conditions specified by the Decree of the Government of the Republic of Serbia. The author points out certain legal ambiguities, as well as "digging under" of the fiscal discipline by prescribing the exceptions from the general regime of the postponed payment of the tax owed.*

**Key words:** *excessive tax burden, important economic damage, maturity of the tax debt, postponement of payment of the tax, security.*

**Др Милева АНЂЕЛКОВИЋ**  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## **РЕШАВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ ПОРЕСКИХ СПОРОВА\***

### **Резиме**

*Аутор у раду даје општи осврт на нека питања која се тичу решавања међународних пореских спорова. Они се најчешће јављају као последица различитог тумачења Модел-конвенције ОЕЦД и неадекватног вредновања трансферних цена. Пореским обвезницима се пружа могућност да, поред домаћих правних лекова, покрену поступак заједничког договарања и арбитраже, у међународним пореским споровима. Ова два механизма испољила су у пракси одређене недостатке будући да надлежне власти држава уговорница немају обавезу да коначно реше спор, што ствара правну неизвесност за пореске обвезнике. Арбитражни поступак, као део поступка заједничког договарања, ретко се предвиђа у међународним пореским уговорима. Одређена позитивна искуства постоје у вези са применом ЕУ Арбитражне конвенције али само за спорове из домена трансферних цена између повезаних предузећа држава чланица. Практика земаља ОЕЦД показује пораст броја међународних пореских спорова. Њихово неблаговремено решавање може успорити међународне економске токове али и угрозити буџетске интересе држава. Зато економски развијене државе чине појачане напоре, на међународном нивоу, ка успостављању општеприхваћених решења опорезивања мултинационалних компанија усвајањем пројекта BEPS. Акција 14 Акционог плана за његово спровођење предвиђа минимум стандарда ради ефикасније примене поступка заједничког договарања.*

**Кључне речи:** *избегавање међународног двоструког опорезивања, поступак заједничког договарања, арбитража, BEPS Action 14.*

---

\* Чланак је резултат рада на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ који финансира Правни факултет у Нишу у периоду 2013-2018. године.

## I Уводна разматрања

Привредни субјекти, углавном мултинационалне компаније, срећу се у свом пословању са различитим прописима у погледу инвестирања, одвијања пословне активности, примене еколошких стандарда и плаћања пореза. Проблеме који се јављају због разлика у националним пореским системима државе настоје да отклоне закључивањем међународних пореских уговора о избегавању двоструког опорезивања. Мултинационалне компаније су заинтересоване за правилну примену њихових одредби како би се спорне ситуације што брже и ефикасније разрешиле. Механизми који стоје на располагању пореским обвезницима предвиђени су у Модел-Конвенцији ОЕЦД из 2014. године и Арбитражној конвенцији Европске уније из 1990. године. Ови међународни инструменти садрже општа правила о два механизма решавања међународних пореских спорова у виду *поступка заједничког договарања и арбитраже*, што подразумева њихову уградњу у одговарајуће одредбе билатералних пореских уговора. Спорне ситуације се најчешће јављају због погрешне примене Конвенције и неодговарајућег усклађивања вредности код утврђивања трансферних цена између повезаних предузећа. У таквим ситуацијама, у циљу елиминисања двоструког опорезивања, порески обвезници имају могућност да поред коришћења редовних правних лекова, прописаних домаћим законодавством, покрену поступак за решавање пореског спора на основу споразума између надлежних органа држава уговорница. У том смислу, наведени механизми би се могли сматрати алтернативним начинима решавања пореских спорова везаних за примену међународних пореских уговора. Недовољна ефикасност поступка заједничког договарања у решавању проблема са избегавањем међународног двоструког опорезивања, јача уверење у међународној пореској јавности о неопходности увођења обавезне арбитраже у билатералним уговорима, као делотворнијег начина уређивања спорних пореских ситуација. У оквиру ОЕЦД су свесни чињенице да ће спровођење пројекта BEPS и уградња његових мера у национална законодавства имати за последицу разлике у тумачењима и примени предвиђених активности, што може водити новим пореским споровима. Због тога, једна од мера Акционог плана BEPS (Акција 14) има за сврху да поступак заједничког договарања учини ефективнијим, сагласношћу држава да примене минимум стандарда, у циљу благовременог и ефикаснијег решавања спорова проистеклих из пореских уговора. Ширење међународне трговине и инвестирања и појачани напори на плану глобалног усаглашавања опорезивања добити корпорација, требало би да подстакну државе, како економски развијене тако и земље у

развоју, да се озбиљније позабаве отклањањем тешкоћа у решавању међународних пореских спорова.

## II Решавање међународних пореских спорова на основу Модел-конвенције ОЕЦД

Члан 25. Модел-конвенције ОЕЦД<sup>1</sup> установљава правила административне процедуре за избегавање односно елиминисање двоструког опорезивања (правног и економског). У пракси је уочено да конфликти настају због различитих тумачења пореских уговора или чињеничних проблема (нпр. недостатак информација) или правних проблема (нпр. различитост домаћих законодавстава). Подаци ОЕЦД показују да се број случајева поступка заједничког договарања скоро удвостручио од 2006. године и да се већина односи на област трансферних цена.<sup>2</sup> Ст. 1. чл. 25. предвиђа најчешћи тип процедуре који само обвезник може иницирати, ако верује да опорезивање није или неће бити у складу са Конвенцијом. Неспорно је да порески обвезник има на располагању коришћење редовних правних лекова предвиђених националним законодавством. Међутим, уколико дође до погрешне примене Конвенције у обе државе уговорнице, обвезнику се пружа могућност да покрене поступак заједничког договарања са циљем да се спор реши споразумом између надлежних органа. Овакав вид комуникације је допуштен и у контексту питања трансферних цена када је потребно утврдити да ли су коресподентна усклађивања основана као и ради одређивања њиховог износа.<sup>3</sup> Из практичних разлога, већина држава усваја приступ да се поступак заједничког договарања и процедура по домаћим правним лековима могу водити истовремено.

Намера ОЕЦД Модела је да пружи широк приступ овој процедури, због чега се у Коментару Конвенције наводи да не постоји генерално правило које спречава обвезника да захтева поступак заједничког договарања у ситуацијама које се сматрају злоупотребом. Чак и за тешке повреде домаћих пореских закона, околности у којима државе желе да ограниче приступ овој процедури, требало би да буду договорене билатералним уговорима. Неке државе сматрају да одређена питања, у начелу, нису

1 Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину (сажета верзија 15. јули 2014.) ОЕЦД, Српско фискално друштво, 2016.

2 Jeffrey Owens, „Dispute Resolution: The Next Frontier“, International Tax and Investment Center, Issue Paper, Oct. 2015, 1

3 Коментар члана 25. Модел-конвенције ОЕЦД, параграф 10, 410.

подложна решавању кроз поступак заједничког договарања услед уставних или других одредаба домаћег права или одлука заснованих на домаћем праву.

Слабости актуелног механизма поступка заједничког договарања испољиле су се у више видова код пореских обвезника. Трајање поступка може бити неизвесно без гарантованог исхода за пореског обвезника. Процедуром се прописује само дужност преговарања надлежних власти без захтева за постизањем резултата, што стварно не решава спорну ситуацију. У одређеним случајевима, опсег процедуре је такав да надлежна тела неће покренути поступак заједничког договарања пре него што се стварно деси двоструко опорезивање, што ће имати за резултат неефикасну процедуру. Осим тога, обвезник нема право да учествује у процедури што води ограничењу правне заштите. Он се не сматра странком у процедури због чега није упознат у којој се фази налази поступак заједничког договарања и када ће одлука бити донета.<sup>4</sup> Полазећи од испољених недостатака, неки аутори мисле да би пореске власти могле да извуку одређене поуке из случајева којима се решавају спорови за трговинске и инвестиционе конфликти.<sup>5</sup> С обзиром на то да приступ овој процедури зависи од прихватања захтева обвезника као оправданог, сматра се да то представља сметњу за обвезника. У том смислу, предлаже се у следећој ревизији Коментара Конвенције да се разјасне "околности" под којима државе могу одбити приступ поступку заједничког договарања. Ове промене би могле бити укључене у предложени мултилатерални инструмент којим би се олакшала примена новина у уговорима које проистичу из BEPS пројекта.<sup>6</sup>

Када надлежни органи нису успели да постигну споразум у року од две године од представљања случаја јер су остала нерешена нека питања, став 5. члана 25. Модел-конвенције предвиђа њихово решавање покретањем поступка арбитраже. Иако се о арбитражи као механизму решавања пореских спорова размишљало скоро један век, установљена је тек 2008. године допуном Модел-конвенције ОЕЦД. Убрзо након тога, измењен је одељак IV Смерница ОЕЦД за примену правила о трансфер-

---

4 Jasmin Kollemann, Laura Turcan, Chapter 2 – Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges, [http://www.ac.at/.../d/...CH2\\_Kollmann\\_Turcan.pdf](http://www.ac.at/.../d/...CH2_Kollmann_Turcan.pdf), 27.

5 Jeffrey Owens, „What Can the Tax Community Learn from Dispute Resolution Procedures in Non-Tax Agreements?“, *Bulletin for international taxation*, Oct. 2015, 577-588

6 Sol Picciotto, *International Tax Disputes: Between Supranational Administration and Adjudication*, August 2016, ICTD Working Paper 55, 12.



ним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе<sup>7</sup> како би одразио ову промену. Овај механизам треба да пружи сигурност обвезнику да ће се елиминисати двоструко опорезивање, само што то понекад неће бити разрешено на начин који је очекивао или предложио обвезник. На основу арбитражне одредбе Модел-конвенције ОЕЦД и Модел УН, арбитража није допуштена за питања о којима је домаћи суд или управни трибунал обе стране уговорнице већ донео одлуку. Међутим, могуће су и ситуације да домаћи правни лекови више нису доступни, па је потребно тачно одредити услове када се одлука арбитражног панела може или не може извршити у националном законодавству, како би се обезбедила правна сигурност пореским обвезницима.<sup>8</sup> Карактеристика арбитраже је да не замењује поступак заједничког договарања већ има за циљ да га допуни у смислу подстицаја надлежним телима да реше спорне случајеве. Друга карактеристика је да је веома мало случајева решено на овај начин, што се може приписати противљењу држава да препусте овакве спорове на одлучивање трећој страни. Поред тога, арбитражне одлуке се не објављују и цела процедура је предмет строге поверљивости.<sup>9</sup> У вези са тим, ОЕЦД је признао да би објављивање одлука уз сагласност обвезника који је захтевао арбитражу и обе надлежне власти, учинило процес транспарентнијим, што би довело до уједначенијег приступа истим питањима.<sup>10</sup> Важно је истаћи да када буде донета одлука од стране арбитражног панела, надлежне власти су правно обавезане да је примене кроз процедуру заједничког договарања. Из перспективе обвезника, закључење случаја путем арбитраже је веома пожељно захваљујући правној сигурности и брзини у решавању спорова, јер овај механизам намеће дисциплину надлежним властима да реше спорни случај.<sup>11</sup> Међутим, због чињенице да арбитража није независан судски механизам решавања спорова, већ само додатак поступку заједничког договарања, арбитража је подложна истим ограничењима као поступак заједничког договарања. За разлику од трго-

7 Смернице ОЕЦД за примену правила о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе, Српско фискално друштво, 2011.

8 Андреја Сертић, „Тражење нових смјерница при рјешавању спорова – треба ли нам ревидиран поступак договарања?“, *Порезни вјесник*, 4/2016, 44.

9 Picciotti, 16.

10 P. K. Sidhu, „Is the Mutual Agreement Procedure Past Its „Best -Before Date“ and Does the Future of Tax Dispute Resolution Lie in Mediation and Arbitration“, *Bulletin for international taxation*, Nov. 2014, 596.

11 Brian J. Arnold, „The Scope of Arbitration under Tax Treaties“, Michael Lang, Jeffrey Owens (Ed.), *International Arbitration in Tax Matters*, IBFD, Jan, 2016, 115.

вачке или јавно-приватне арбитраже, надлежност панела арбитра није проширена на решавање целог случаја, већ само на питања о којима споразум није постигнут између надлежних власти (чл. 25. параграф 64. Коментара Модел-конвенције ОЕЦД).<sup>12</sup>

Имајући у виду чињеницу да је мали број држава предвидео арбитражну клаузулу у билатералним пореским уговорима, у међународној јавности су се чули предлози да би мултилатерални инструмент предвиђен у BEPS Action 15 могао бити искоришћен за брзо увођење арбитражне одредбе у већ постојећим уговорима.<sup>13</sup>

### III ЕУ Арбитражна конвенција

Конвенција о елиминисању двоструког опорезивања у вези са усклађивањем добити повезаних друштава (Convention 90/436/ЕЕС) усвојена је 1990. године<sup>14</sup> (са важношћу од 1995.) и претрпела је више измена. За разлику од Модел-конвенције ОЕЦД, Европска конвенција се односи само на решавање спорова насталих коришћењем трансферних цена, које нису у складу са начелом непристрасне трансакције (*arm's length principle*).

Члан 6. Арбитражне конвенције уређује поступак заједничког договарања уколико предузеће сматра да у случајевима на која се Конвенција примењује нису поштовани принципи који су њоме предвиђени. Оно може поднети приговор надлежном органу своје резидентне државе у року од три године од момента првог обавештења о постојању околности које доводе или могу довести до двоструког опорезивања. Овај орган ће обавестити надлежни орган друге државе како би покушали да постигну заједнички договор о отклањању двоструког опорезивања. Ако надлежна тела не постигну договор у року од две године, имају обавезу да покрену поступак арбитраже и да формирају саветодавну комисију која гарантује елиминисање економског двоструког опорезивања на основу Конвенције.<sup>15</sup> Комисији је дат рок од шест месеци од представља-

12 У пракси су се искристалисала два приступа за обликовање поступка арбитраже – приступ „независног мишљења“ и приступ „последње најбоље понуде“ (у примени у САД).

13 Kollman, Koch, Majdanski, Turcan, „Arbitration in International Tax Matters“, *Tax Notes International*, Vol. 77, N. 13, 2015, 1195.

14 Convention 90/436/EEC of 23 July 1990 on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, *Official Journal* L 225, 20.08.1990.

15 Ramazan Biçer, „The Effectiveness of Mutual Agreement Procedures as a Means of Settling International Tax Pricing Disputes“, *International Transfer Pricing Journal*, march/april, 2014, 80.

ња случаја да изнесе своје мишљење. Надлежни органи уз сагласност предузећа у року од наредних шест месеци предузимају потребне мере за избегавање двоструког опорезивања. Они могу и другачије одлучити у том временском периоду али ако не постигну сагласност о отклањању двоструког опорезивања, арбитражна одлука саветодавне комисије постаје обавезујућа. Битна је одредба члана 8. Конвенције која овлашћује надлежно тело државе уговорнице да не мора покренути поступак заједничког договарања или формирати саветодавну комисију, ако је судски или административни поступак окончан одлуком, према којој једно од повезаних предузећа радњама којима се усклађује пренос добити у складу са чл. 4. подлеже „озбиљној санкцији“.

Примену Арбитражне конвенције прати Заједнички форум о трансферним ценама (*EU Joint Transfer Pricing Forum*) који је установљен 2004. године. Будући да Арбитражна конвенција искључује из примене пореске обвезнике који подлежу озбиљној санкцији, Заједнички форум о трансферним ценама настоји да нађе решење да обвезници не дођу у неповољнији положај због различитих одређења појма озбиљне казне у оквиру ЕУ и да тачније одреди у каквим ће се околностима казна сматрати озбиљном.<sup>16</sup>

Имајући у виду одређене тешкоће у примени Арбитражне конвенције повезане са функционисањем јединственог тржишта, у ЕУ је актуелна расправа о претварању Конвенције у директиву која би имала јачу правну снагу а такође би омогућила улогу Европског суда правде у спорним случајевима.<sup>17</sup> У том смислу, Европска комисија је 25. октобра 2016. године предложила нову директиву о решавању спорова насталих двоструким опорезивањем.<sup>18</sup> Предложена директива би побољшала ефикасност постојећег процеса решавања спорова (ЕУ Арбитражне конвенције) и проширила њен опсег на друга питања, осим трансферних цена и приписивања добити сталној пословној јединици.

---

16 Тереза Рогих Лугарић, Alma Yasin, „О алтернативном рјешавању спорова у порезном праву“, *Порезни вјесник*, 3/2016, 32.

17 Jeffrey Owens, „Dispute Resolution: The Next Frontier“, *International Tax and Investment Center, Issue paper*, Oct. 2015, 7.

18 European Commission, Proposal for a Council Directive on Dispute Taxation Dispute Resolution Mechanism in the European Union, Strasbourg, 25.10.2015, COM (2016)686 final.

#### IV Акција 14 Акционог плана BEPS

Земље чланице ОЕЦД и Г20 препознале су тешкоће са којима се државе суочавају у решавању пореских спорова из међународних пореских уговора. Веома мали број земаља је уградио у своје пореске уговоре арбитражну клаузулу. Ради елиминисања прилика за прекограничну пореску евазију и утају и ефективније и ефикасније превенције двоструког опорезивања усвојене су мере у оквиру Акције 14 BEPS Акционог плана 2015. године.<sup>19</sup> Ове мере су усмерене на побољшање ефективности и ефикасности процедуре заједничког договарања. Оне обухватају прихваћени минимум стандарда о решавању међународних пореских спорова, добровољно усвајање „најбољих пракси“ и увођење обавезног арбитражног поступка у билатералним пореским уговорима (до сада је 20 држава прихватило ову обавезу).<sup>20</sup> Минимум стандарда садржи специфичне мере којима се настоји да се остваре три општа циља у погледу обезбеђења ефективности решавања међународних пореских спорова. Прво, јурисдикције би требало да осигурају да обавезе из пореских уговора, које се тичу процедуре заједничког договарања, у потпуности буду примењене у доброј вери и да се случајеви благовремено решавају. Друго, јурисдикције би требало да обезбеде примену административних процеса који подсичу превенцију и благовремено решавање спорова из пореских уговора. Треће, јурисдикције би требало да осигурају приступ процедури заједничког договарања пореским обвезницима који испуњавају захтеве из пар. 1. чл. 25. Модел-конвенције ОЕЦД. Испуњавање минимума стандарда садржаног у Акцији 14 BEPS пројекта биће праћено од стране Форума пореских администрација у оквиру ОЕЦД. У том смислу, минимум стандарда је представљен у виду референтног оквира (*terms of reference*) како би се олакшала наведена провера. Референтни оквир је креиран за процену државних законских и административних система и њихове практичне примене како би се утврдило да ли државни механизми решавања спорова функционишу с обзиром на основе минимума стандарда у следећим областима: спречавање спорова; доступност и приступ поступку заједничког договарања; решавање случајева поступка заједничког договарања и

19 OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>.

20 Todd Welty, Mark P. Thomas, Laura L. Gavioli, Cym H. Lowell, „Preparing for a Tsunami of International Tax Disputes“, *Tax notes international*, Vol. 80, N. 12, December 21, 2015, 1050-1051.

примена постигнутог споразума по окончању поступка заједничког договора.<sup>21</sup>

Несумњив је интерес како пореских обвезника који послују на међународном плану, тако и држава уговорница, да се међународни порески спорови решавају брже и уз што ниже трошкове за обе стране. Ипак, неизвесно је како ће се захтеви из BEPS Акције 14 одразити на режим процедуре заједничког договора због неопходности јачања капацитета надлежних органа, што је отежано у условима буџетских ограничења са којима се данас суочавају државе а посебно земље у развоју.<sup>22</sup>

### V Закључна разматрања

Уобичајени механизми за решавање међународних пореских спорова јесу поступак заједничког договора и арбитражни поступак као његов саставни део. Општа правила за њихову примену садржана су у међународним инструментима (Модел-конвенција ОЕЦД, Модел-конвенција УН, ЕУ Арбитражна конвенција) које државе уговорнице могу користити у својим билатералним пореским споразумима. Приликом њиховог закључивања оне могу бити ограничене не само узајамним финансијским интересима него и домаћим пореским законодавством. С друге стране, порески обвезници (углавном мултинационалне компаније) очекују правну сигурност и извесност у свом прекограничном пословању и инвестирању као и брзо и ефикасно решавање потенцијалних пореских спорова. У пракси, стварање непотребних трошкова, уз необавезност процедуре, воде умножавању међународних пореских спорова за елиминисање међународног двоструког опорезивања и решавање проблема усклађивања трансферних цена у пословању међусобно повезаних лица. Не изненађује, у том смислу, предлог ОЕЦД за успостављање обавезујућег арбитражног поступка у оквиру Акционог плана BEPS (Action 14), са циљем ефикаснијег решавања међународних пореских спорова. У међународној пореској јавности јача уверење да би се то могло остварити уградњом обавезне арбитражне клаузуле у један мултилатералан инстру-

21 OECD (2016), BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms-Peer Review Documents, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD, Paris, [www.oecd.org/tax/beps-action-14-on-more-effective-dispute-resolution-mechanism-peer-review-documents.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-action-14-on-more-effective-dispute-resolution-mechanism-peer-review-documents.pdf), 9.

22 Ham J. Oortwijn, „Dispute resolution in Cross-Border Tax Matters“, *European Taxation*, IBFD, April 2016, 164.

мент (Action 15) којим се билатерални порески уговори могу аутоматски мењати.

**Mileva ANĐELKOVIĆ, PhD**  
**Professor at Faculty of law University of Niš**

## INTERNATIONAL TAX DISPUTES RESOLUTION

### Summary

*The author generally refers to some issues concerning international tax disputes resolution. Conflicts may be caused by different interpretations of the OECD Model Convention and inadequate valuation of transfer pricings. In addition to domestic legal remedies, taxpayers are entitled to initiated mutual agreement procedure (MAP) and arbitration in international tax disputes. These two mechanism have showed some deficiencies since competent authorities of contracting states are not obliged to resolve dispute which create uncertainty for taxpayers. Arbitration procedure, as a part of mutual agreement procedure, is rarely envisaged in bilateral tax treaties. There are some positive experiences related to the application of EU Arbitration Convention but only regarding transfer pricing disputes between associated enterprises of EU member states. The statistic of OECD countries reveals a growing numbers of MAPs. The untimely resolution of these disputes may inhibite international tax flows and endanger countries budgetary interests. As a result, developed economies are making intensive efforts in order to establish generally accepted solutions for taxation of multinational corporations by adopting BEPS Project. The measures developed under Action 14 of the BEPS Action Plan is aim to strenghten the efectiveness of the MAP process.*

**Key words:** *elimination of international double taxation, mutual agreement procedure, arbitration, BEPS Action 14.*

Др Хасиба ХРУСТИЋ

Центар за правна и финансијска истраживања, Београд

## ПОРЕСКА УТАЈА И ЗЛОУПОТРЕБЕ У РАЧУНОВОДСТВУ

### Резиме

*У процесу придруживања Европској унији Србија је потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу о усклађивању својих прописа са правним тековинама Европске уније (acquis communautaire), као и на њихову доследну примену.<sup>1</sup> Што се тиче области пореског усклађивања, Србија је дужна, између осталог, да успостави и мере усмерене ка борби против пореске утаје. Обезбеђење стабилности јавних прихода је битна компонента макроекономске стабилности и, управо, зато унапређење пореског система захтева предузимање одлучне пореске реформе у циљу јачања приходне стране, смањења сиве економије и пореске утаје. У том смислу, важно је и сузбијање свих могућих злоупотреба у рачуноводству пореског обвезника које имају за циљ неплаћање или умањење пореских обавеза.*

**Кључне речи:** пореска утаја, рачуноводство, пореска управа, сива економија.

### I Увод

Феноменологија рачуноводства карактеристична је по томе што се кривотворење финансијских извештаја може извршити на легалан и легитиман начин у складу са важећим рачуноводственим правилима и стандардима, односно прописаним одредбама пореских закона. Унутар ове сиве зоне рачуноводствених злоупотреба које не излазе изван оквира закона налазе се сви, са правне и формалне тачке, прихватљиви рачуно-

---

1 Споразум о стабилизацији и придруживању, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008 (енгл. *The Stabilisation and Association Agreement between the EU and Serbia – SAA*). Споразум о стабилизацији и придруживању ступио је на снагу 1. септембра 2013. године.

водствени поступци срачунати на приказивање финансијских података по садржини и у формату са циљем избегавања плаћања пореза.<sup>2</sup>

Кривотворење финансијских извештаја обухвата скуп техника и поступака састављања и објављивања материјално значајно погрешних финансијских извештаја у циљу погрешног и обмањујућег приказивања резултата пословања и имовинско-финансијског положаја пореских обвезника у циљу неплаћања или плаћања мањих износа пореских обавеза.

Законом о пореском поступку и пореској администрацији прописана је обавеза физичког, односно правног лица да води прописано рачуноводство у циљу благовременог и правилног плаћања пореза, као и право Пореске управе да захтева испуњење ове обавезе.<sup>3</sup>

Да би се спречило кривотворење финансијских извештаја порески закони не би смели да садрже одредбе које пружају те могућности, с једне стране, док би, с друге, пореска управа, поготово њени контролни органи требало да буду стручно оспособљени у погледу познавања рачуноводствених техника и поступака и састављања финансијских извештаја. Функционисање законске регулативе се не може успешно реализовати без одговарајуће техничке опремљености и унапређења метода рада пореске управе. Зато ефикасно извршење послова контроле захтева кадровски стручну и информатички опремељену организацију.

## II Исказивање мањег финансијског резултата

Избегавање плаћања пореских обавеза или пореска евазија важан је подстицај за кривотворење финансијских извештаја који делује у правцу исказивања мањег рачуноводственог добитка који је полазна основа за утврђивање опорезиве добити, тј. пореске основице за порез на добит правних лица. Приходи се не евидентирају или евидентирају у мањем износу, и / или се исказују фиктивни или увећани трошкови, а све то да би се платио мањи износ пореза – пре свега порез на добит правних лица, порез на додату вредност, порез на имовину и порез на капиталну добит.<sup>4</sup>

2 Вид. Ernest G. Jenni, Georg Nidermayer, *Zloupotrebe u knjigovodstvu - patologija u knjigovodstvu*, Novi Sad, 2003.

3 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015, чл. 10, ст. 1, тач. 2.

4 Mulford W. Charles, Comiskey E. Eugene, *The Financial numbers game – detecting creative accounting practices*, Canada, 2002, 5-6.



Међу свим техникама кривотворења финансијских извештаја у пракси, по резултатима већине емпиријских истраживања, прво место заузимају рачуноводствене манипулације са приходима. Потцењивање, односно исказивање нижих прихода најчешће се врши продајом производа и вршењем услуга „на црно“ без евидентирања у пословним књигама.

Пре свега, истичу се продаја која обухвата инсталирање добара и услуге истраживања, испитивање и консултантске услуге. Затим, одређени број пословних субјеката прима авансне уплате од купаца за будућу испоруку добара и пружање услуга у периоду дужем од 12 месеци. Општеприхваћени рачуноводствени принципи налажу да се призна само онај део унапред наплаћених прихода који се односи на текући обрачунски период, а да се део који се односи на следећи обрачунски период одложи преко пасивних временских разграничења. У овом случају кључно је да део унапред наплаћених прихода који се односи на следећи обрачунски период не буде признат као приход у билансу успеха, већ се транзитира преко пасивних временских разграничења у биланс стања.

Неевидентирањем прихода – продајом „на црно“ врши се потцењивање прихода (њихово исказивање на ниже). Обавезе према држави по основу пореза такође нису евидентирани, јер нису обрачунате и не плаћају се. Пошто се залихе продају „на црно“ у билансу стања није приказано право стање залиха, а у билансу успеха нису приказани трошкови садржани у продатим залихама.

Одредбом члана 6. Закона о порезу на добит правних лица, основица пореза на добит правних лица је опорезива добит.<sup>5</sup> Опорезива добит утврђује се у пореском билансу усклађивањем добити обвезника исказане у билансу успеха, који је сачињен у складу са међународним рачуноводственим стандардима (у даљем тексту: МРС), односно међународним стандардима финансијског извештавања (у даљем тексту: МСФИ), међународним стандардом финансијског извештавања за мала и средња правна лица (у даљем тексту: МСФИ за МСП) и прописима којима се уређује рачуноводство, на начин утврђен овим законом.

За утврђивање опорезиве добити признају се приходи у износима утврђеним билансом успеха, у складу са МРС, односно МСФИ, МСФИ за

---

5 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14, 142/14, 91/15, 112/15.

МСП, и прописима којима се уређује рачуноводство, осим прихода за које је овим законом прописан други начин утврђивања.<sup>6</sup>

Одредбом члана 26. став 3. Закона о порезу на добит правних лица, прописано је да вредност залиха не може бити већа од њихове продајне вредности на дан подношења пореског биланса. Оваквим непрецизним регулисањем висине вредности залиха у односу на њихову продајну вредност пружена је могућност да вредност залиха буде приближна њиховој продајној вредности на дан подношења пореског биланса. Из тог разлога морао би се прописати ограничавајући фактор приближног свођења залиха на њихову продајну вредност, односно да, на пример, пореско признавање расхода по том основу може да буде највише дупло нижа вредност залиха од њихове продајне вредности на дан подношења пореског биланса. Ово правило би требало уградити и у Закон о порезу на доходак грађана, у делу обавезе вођења пословних књига предузетника, коме се такође као расход у пореском билансу признаје обезвређење залиха.<sup>7</sup>

### **III Пореско признавање расхода на име краткорочних потраживања**

Сагласно општеприхваћеним рачуноводственим принципима, међународним рачуноводственим стандардима и осталим рачуноводственим прописима потраживања од купаца се процењују по нето продајној вредности - износу за који се потраживање од купца може наплатити. Уколико део потраживања постане ненаплатив, односно нето продајна вредност „падне“ испод исказане књиговодствене вредности предузеће треба да изврши вредносно усклађивање потраживања и призна губитак због обезвређења на терет расхода. Потраживање је обезвређено ако је исказано изнад износа за који је процењено да може да се поврати, а на терет расхода признаје се губитак због обезвређења потраживања.

За утврђивање опорезиве добити Законом о порезу на добит правних лица признају се расходи у износима утврђеним у билансу успеха, у складу са МРС, односно МСФИ и МСФИ за МСП, као и прописима који-

---

6 Закон о порезу на добит правних лица, чл. 23.

7 Закон о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012, 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/201, 5/2016, чл. 43а и 50.

ма се уређује рачуноводство, осим расхода за које је овим законом прописан други начин утврђивања.

На терет расхода, између осталих, не признају се исправке вредности појединачних потраживања пореског обвезника од лица коме се истовремено дугује, до износа обавезе према том лицу.

Уколико постоји вероватноћа да порески обвезник неће бити у стању да наплати све доспеле износе (главницу и камату) према уговореним износима настаје губитак због обезвређења или ненаплативих потраживања. У том случају, исказани износ потраживања се умањује до вредности која може да се поврати било директно или индиректно – преко рачуна исправке вредности. Износ губитка се укључује у нето добитак или губитак периода.

Процењивањем краткорочних потраживања, односно утврђивањем исправке вредности или отписа на крају обрачунског периода порески обвезник може активно утицати на висину исказаног финансијског резултата у билансу успеха. Познато је да се критеријуми и параметри за процењивање степена наплативости и утврђивање исправке вредности и отписа потраживања од купаца утврђују рачуноводственим проценама руководства пореског обвезника. Због тога билансирање потраживања од купаца садржи велики степен флексибилности која се може злоупотребити да се износ исправке вредности и отписа потраживања не искаже на реалном нивоу, већ, у зависности од циљне функције пореског обвезника, намерно прецени или потцени.

Када порески обвезник има намеру да прикаже мањи финансијски резултат (мањи добитак или већи губитак), што је обично мотивисано да се плати мањи порез на добит, рачуноводствена манипулација је да се износ исправке вредности која терети расходе утврди на вишем нивоу. Иза тога стоји процена руководства пореског обвезника да је степен наплативости потраживања на ниском нивоу.

На терет расхода признаје се губитак од продаје појединачних потраживања у износу који је исказан у билансу успеха обвезника, у пореском периоду у коме је извршена продаја тих потраживања.<sup>8</sup>

Погрешан приступ је пореским законом признавати на терет расхода отпис вредности појединачних потраживања, јер се тиме у суштини пружа пореска олакшица пореским обвезницима који имају неквалитет-

---

8 Закон о порезу на добит правних лица, чл. 16а.

ну управу, односно менаџмент и произвољан избор пословних партнера. Тиме држава на себе преузима ризике у пословању пореских обвезника. Подразумева се да би одабир купаца и пословних партнера требао да се ослања на испитивању тржишта и провери бонитета, поготово кредитног бонитета у банкама. С тим у вези одредбом члана 16. Закона о порезу на добит правних лица прописано је да се на терет расхода признаје отпис вредности појединачних потраживања која се у складу са прописима о рачуноводству и МРС, односно МСФИ и МСФИ за МСП исказују као приход, осим потраживања - исправке вредности појединачних потраживања од лица коме се истовремено дугује, до износа обавезе према том лицу, под условом:

1) да се несумњиво докаже да су та потраживања претходно била укључена у приходе пореског обвезника;

2) да су та потраживања у књигама пореског обвезника отписана као ненаплатива;

3) да порески обвезник пружи доказе да су потраживања утужена, односно да је покренут извршни поступак ради наплате потраживања, или да су потраживања пријављена у ликвидационом или стечајном поступку над дужником.

На тај начин држава се меша у међусобне пословне односе између пореских обвезника, те се бави тиме ко коме дугује и од кога потражује. Фискалну власт не би требало да интересују међусобни пословни односи између пореских обвезника, већ искључиво тачан обрачун пореске основице и плаћање пореске обавезе.

На терет расхода банке признаје се отпис вредности појединачних потраживања по основу кредита одобреног неповезаном лицу, под условом да је од момента доспелости потраживања прошло најмање две године, уз пружање документације која представља основ за доказивање неспособности дужника да извршава своје новчане обавезе (нпр. документација из кредитног досијеа дужника о измиривању обавезе дужника према банци у току последњих дванаест месеци, преписка и друга документација о контактима банке и дужника у вези са наплатом потраживања и мерама које је банка предузела ради наплате).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Закон о порезу на добит правних лица, чл. 16.

Чак се на терет расхода признаје и отпис вредности преосталог дела појединачног потраживања банке који није наплаћен из средстава остварених продајом непокретности дужника.

Необично је и то да се на терет расхода признаје и отпис вредности појединачних потраживања, под условом да су трошкови утужења појединачног дужника већи од укупног износа потраживања од тог дужника. Под трошковима утужења сматрају се таксе и други јавни приходи који се плаћају за подношење тужбе у складу са законом којим се уређују судске таксе.

На терет расхода признаје се исправка вредности појединачних потраживања ако је од рока за њихову наплату, односно реализацију прошло најмање 60 дана.<sup>10</sup>

Сва отписана, исправљена и друга потраживања која су призната као расход, а која се касније наплате или за која поверилац повуче тужбу, предлог за извршење, односно пријаву потраживања, у моменту наплате или повлачења тужбе, предлога за извршење, односно пријаве потраживања, улазе у приходе пореског обвезника. Дакле, држава се определила за решење да умањује своје пореске приходе у зависности од наплативости потраживања пореског обвезника, за чију наплату нити је крива, нити је учествовала у избору купаца пореског обвезника, односно пословних партнера пореских обвезника, што је *nonsens*.

#### **IV Манипулација са резервисањима и трошковима за реструктурирање**

Све технике кривотворења финансијских извештаја углавном се односе на позиције активе биланса стања. Рачуноводствене манипулације са резервисањима и обавезама спадају у технике кривотворења финансијских извештаја које се односе на позиције пасиве биланса стања.

Рачуноводствене манипулације са резервисањима и обавезама имају за циљ кривотворење финансијских извештаја којима се исказује мањи финансијски резултат и лошији имовинско-финансијски положај услед резервисања и обавезе које се процењују на више. Прецењивањем резервисања и обавеза у пасиви биланса стања остварују се већи расходи и мањи приходи у билансу успеха.

---

10 *Ibidem*.

Посебно су честе манипулације са резервисањима за трошкове реструктурирања, која су замишљена да се образују за намеравано реструктурирање и реорганизацију предузећа када се битно мења природа и предмет пословања, продаје или престанка вршења једног дела пословања. Ова резервисања се у периоду пре реструктурирања формирају у великим износивама. Циљ тога је да ново руководство пореског обвезника скине са будућих периода терет трошкова и издатака реструктурирања, да они падну на расходе једног периода, како би у следећим периодима, расходи били мањи и створен привид успешнијег опоравка и рентабилитетнијег пословања.

Одредбом члана 16. Закона о порезу на добит правних лица на терет расхода признаје се отпис вредности појединачних потраживања, под условом да су та потраживања обухваћена финансијским реструктурирањем, спроведеним на начин прописан законом који уређује споразумно финансијско реструктурирање привредних друштава.

На терет расхода признаје се и отпис вредности појединачних потраживања која су обухваћена усвојеним унапред припремљеним планом реорганизације, који је потврђен правоснажним решењем донетим у складу са законом којим се уређује стечај.

Да не би дошло до злоупотреба признавањем расхода на име отписа вредности појединачних потраживања обухваћених финансијским реструктурирањем и отписом вредности појединачних потраживања обухваћених усвојеним планом реорганизације, ова признавања расхода у пореским законима би требало временски орочити на начин да се у будућем периоду за тај износ умање расходи за тај претходно признати износ који је имао своју намену коју би требало оправдати.

Фактор рачуноводствених манипулација са резервисањима су порески прописи који утврђују врсте резервисања која се признају као расход у пореском билансу и услове за њихово признавање.

Образовање, коришћење и укидање резервисања пружа велике могућности за фризирање финансијског резултата. Резервисања су један од најпогоднијих алата за кривотворење финансијских извештаја и билансну позицију са високим ризиком материјално значајних погрешних исказа због тога што је за њихово билансирање потребно професионално просуђивање и рачуноводствене процене руководства пореског обвезника. Злоупотребом професионалног просуђивања и рачуноводствених

процена које се односе на резервисања порески обвезник може у потребној мери и да кривотвори биланс.

У циљу избегавања пореза, сакривања добити од акционара и задржавања добити образују се фиктивна резервисања за непостојеће обавезе и трошкове, са или без плана резервисања.

Пореским законом би требало прописивати признавање на терет расхода само законски обавезних резервисања, попут признавања расхода у пореском билансу банке за увећања исправке вредности потраживања билансне активе и резервисања за губитке по ванбилансним ставкама у износу обрачунатом на нивоу банке, која су у складу са унутрашњим актима банке исказани у билансу успеха на терет расхода у пореском периоду, у складу са прописима Народне банке Србије.<sup>11</sup>

## **V Рачуноводствене манипулације са обавезама**

Исказивање мањег финансијског резултата врши се преко фиктивних обавеза или се обавезе прецењују. Неки од примера из ове групације су:

- од добављача се прибављају фактуре за фиктивне услуге које нису извршене као што су консултантске услуге, маркетиншке услуге, истраживање тржишта, економска пропаганда, услуге истраживања и развоја, услуге одржавања и осавремењивања софтвера, правне услуге итд. Често такве фактуре испостављају добављачи – повезана правна лица (матична и зависна друштва чланице групе);
- ефекти уговорене ревалоризације, девизне (валутне) клаузуле и других облика заштите од ризика или позитивне курсне разлике настале на девизним средствима, девизним потраживањима и обавезама које нису реализоване (није извршено плаћање) не признају се како у корист прихода, већ се разграничавају преко пасивних временских разграничења (ПВР);
- примљене новчане донације, поклони и слична бесповратна и бестеретна давања књиже се у корист обавеза или ПВР уместо да се признају као остали приходи.

## **VI Злоупотреба рачуноводствених политика**

До кривотворења финансијских извештаја долази због флексибилности савременог рачуноводства којом се повећава могућност кривотворења, што имплицира разна оправдања и изговоре на које се порески

11 Закон о порезу на добит правних лица, чл. 22а.

обвезник позива када изабере опцију да изврши кривотворење са циљем неплаћања или умањења пореске обавезе.<sup>12</sup>

Билансирање многих ставки имовине и обавеза, нарочито оних које су нематеријалне и неопипљиве природе (потраживања од купаца, резервисања за ризике и трошкове, и др.), подразумева рачуноводствене процене од стране руководства пореског обвезника. Ове процене су утемељене на претпоставкама и професионалном просуђивању пореског обвезника и стога имају значајан елемент субјективности и произвољности и у великој мери доводе до дисторзије финансијских извештаја и материјално погрешних исказа у њима.

Заједничке карактеристике манипулативних књижења и корекција које се врше при састављању финансијских извештаја су:

- њима се евидентирају сложени или неуобичајени пословни догађаји;
- односе се на догађаје са повезаним правним лицима;
- утемељена су на субјективним проценама пореског обвезника;
- њима се врше исправке вредности на крају обрачунског периода;
- односе се на пословне промене које нису правовремено евидентирани.

Пореска утаја се често врши и у области плаћања пореза на додату вредност (ПДВ) и плаћања пореза и доприноса на зараде запослених, који се не пријављују или се пријављују се нижим зарадама од стварних како би пореска основица била нижа. Пореска утаја је честа у виду фалсификовања службене исправе у намери да се избегне плаћање пореза приказивањем непостојећег пословног односа као постојећег, сачињавањем фиктивних рачуна о наводној набавци добара у вредности са исказаним ПДВ са правом на порески одбитак, чиме се незаконито избегава обавеза плаћања ПДВ.

Затим, честа је и продаја добара „на црно“ да би се прикрио стварни промет у пословним књигама, незаконито располагање готовином и уплате са пословног рачуна пореског обвезника на рачуне разних физичких лица.

---

12 J. K. Loebbecke, M. M. Eining, J. J. Willingham, „Auditor’s Expenations with Material Irregularities: Frequency, Nature and Detectability“, *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 1989, 1-28; Rezaee, Zabihollah, *Financial statements fraud: prevention and detection*, 2002, 70-72.



## VII Закључак

Кривотворење финансијских извештаја утврђивањем и применом рачуноводствене политике служи пореским обвезницима за неплаћање или умањење пореске обавезе. Помоћу избора и примене инструмената рачуноводствене политике уобличавају се финансијски извештаји да се не плати или плати минималан износ пореза.

До кривотворења финансијских извештаја долази због флексибилности савременог рачуноводства којом се повећава могућност кривотворења, што имплицира разна оправдања и изговоре на које се порески обвезник позива када изабере опцију да изврши кривотворење са циљем неплаћања или умањења пореске обавезе.

Ради онемогућавања рачуноводствених злоупотреба и кривотворења финансијских извештаја пореским законима не би требало признавати на терет расхода отпис вредности појединачних потраживања, јер се тиме у суштини пружа пореска олакшица пореским обвезницима који имају неквалитетан менаџмент и избор пословних партнера. На тај начин држава се меша у међусобне пословне односе између пореских обвезника. Фискалну власт не би требало да интересују међусобни пословни односи између пореских обвезника, ко коме дугује а ко од кога потражује, већ искључиво тачан обрачун пореске основице и плаћање пореске обавезе. Пореским законом би требало прописивати признавање на терет расхода само законски обавезних резервисања.

Наплата пореских прихода остала је неефикасна, а обим сиве економије није се смањио. Један од разлога је и неадекватна пореска регулатива која пружа могућност за разне врсте рачуноводствених злоупотреба.

Функционисање законске регулативе не може се успешно реализовати без техничке опремљености и унапређења метода рада пореске управе, поготово њених контролних органа који би требало да буду стручно оспособљени у погледу познавања рачуноводствених техника и поступака, као и састављања финансијских извештаја.

**Hasiba HRUSTIĆ, PhD**

**Center for Law and Financial Research, Belgrade**

## **THE TAX EVASION AND THE ACCOUNTING MALVERSATION**

### **Summary**

*This paper analyzes the importance improving of the tax laws. The concept of the tax law should not to be recognition the debit side assets of tax payers and their business risk. Fiscal authority should not to be concern in the interrelation between tax payers, already only the correct settlement tax base and tax responsibility payment.*

*Therefore, improvement of public finance and especially improvement of tax system entirely requests resolute tax reform toward strengthening of tax revenue. Tax revenue payment is ineffective and grey economy volume not reduced.*

**Key words:** *tax evasion, accounting, tax administration, gray economy.*



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