

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVI

Број
7-9

2018

САДРЖАЈ

ПОРЕЗИ И АРБИТРАЖЕ

1. **Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ**
Арбитражни поступак у споровима око трансферних цена
у пореском праву ЕУ9
2. **Милева АНЂЕЛКОВИЋ**
Арбитража у међународном пореском праву.....21
3. **Ана МИЛАДИНОВИЋ**
Механизми за решавање домаћих пореских спорова.....31
4. **Миња ЂОКИЋ**
Опорезивање капиталних добитака физичких лица
у Републици Србији46

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА И АРБИТРАЖЕ

1. **Божин ВЛАШКОВИЋ**
Апстрактна и конкретна опасност замене у праву жига.....66
2. **Соња ЛУЧИЋ**
Заштита ознака географског порекла од искоришћавања угледа
и преварне примене77
3. **Његослав ЈОВИЋ**
Арбитрабилност међународних спорова из области права
интелектуалне својине – упоредноправна анализа88
4. **Новак ВУЈИЧИЋ**
Медијација као метод решавања спорова из области интелектуалне
својине: (не)реална очекивања103
5. **Владимир МАРЕНОВИЋ, Мина ЈОВАНОВИЋ**
Заштита облика производа тродимензионалним жигом.....125

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ И АРБИТРАЖЕ

1. **Дијана МАРКОВИЋ – БАЈАЛОВИЋ**
Појам споразума у праву конкуренције136

2. **Борис БЕГОВИЋ, Ивана РАКИЋ**
Концепција ужег и ширег релевантног тржишта: предлог за измену
Уредбе о критеријумима за одређивање релевантног тржишта155
3. **Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ**
Заштита конкуренције код прекограничних спајања друштава
капитала171

ПРИВРЕДА И УПРАВА

1. **Зоран ТОМИЋ**
Аутономија воље странака у управно-процесном праву Србије188
2. **Добросав МИЛОВАНОВИЋ**
Правна сигурност у контексту новог Закона о општем
управном поступку.....207
3. **Љубодраг ПЉАКИЋ**
Функционална надлежност пореских и царинских органа
у оквиру истог сектора224
4. **Бојана ТОДОРОВИЋ, Никола ИЛИЋ**
Правно економска анализа корупције у јавним набавкама – случај
Србије у процесу европских интеграција234

ОСИГУРАЊЕ И АРБИТРАЖЕ

1. **Владимир ЧЛОВИЋ**
Временско ограничење обавезе осигураваача - примена *claim's made*
клаузуле код осигурања од одговорности.....251
2. **Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**
Култура арбитражног решавања спорова из осигурања великих
ризика и реосигурања - Заштита од судске алеаторности266
3. **Ненад ГРУЈИЋ**
Право корисника услуга осигурања на приговор Народној банци
Србије као начин вансудског решавања спорова292
4. **Стефан КОВАЧ**
Арбитража у реосигурању311
5. **Милош РАДОВАНОВИЋ**
Употреба трактора и осигуравајуће покриће.....327
6. **Бојана БИЛАНКОВ**
Финансијски омбудсман – предлог увођења новог механизма
решавања потрошачких спорова из осигурања344

7. **Мирјана ГЛИНТИЋ**
Решавање спорова пред омбудсманом у осигурању - с посебним освртом на омбудсмана у осигурању Савезне Републике Немачке359
8. **Тамара РАДОЈЧИЋ**
Утицај информационе парадигме на уговорно право осигурања373
9. **Андреа ЂУРОВИЋ**
О покривеним штетама код осигурања од одговорности у друмском транспорту робе.....388

РАДНО ПРАВО И АРБИТРАЖЕ

1. **Јован ЋИРИЋ**
Демографија и пензије.....402
2. **Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ, Слободанка КОВАЧЕВИЋ ПЕРИЋ**
Поступак извршења ради враћања запосленог на рад.....415
3. **Љубинка КОВАЧЕВИЋ, Урош НОВАКОВИЋ**
Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности.....431
4. **Велисав МАРКОВИЋ**
Престанак радног односа услед престанка и прекида рада предузетника.....461
5. **Михајло ЦВЕТКОВИЋ**
Основ неуговорне одговорности послодавца за штету коју радник проузрокује трећем лицу473
6. **Ксенија ВЛАШКОВИЋ**
Обавезност арбитраже према немачком закону о проналасцима из радног односа.....490
7. **Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ**
Улога и значај арбитраже у савременом радном праву – теоријски концепт, перспективе и изазови.....502
8. **Ђорђе ВИЋИЋ**
Арбитражно решавање индивидуалних радних спорова516
9. **Марија ДРАГИЋЕВИЋ**
Решавање индивидуалних радних спорова арбитражом – упоредноправни приказ534

TABLE OF CONTENTS

TAX LAW AND ARBITRATION

1. **Gordana ILIĆ-POPOV**
Arbitration Procedure in the Transfer Pricing Disputes in The Tax Law
of the European Union..... 20
2. **Mileva ANĐELKOVIĆ**
Arbitration in International Tax Law..... 30
3. **Ana MILADINOVIĆ**
Mechanisms for Resolving Domestic Tax Disputes 45
4. **Minja ĐOKIĆ**
Taxing the Capital Gains of Physical Persons in Republic of Serbia..... 65

INTELECTUAL PROPERTY LAW AND ARBITRATION

1. **Božin VLAŠKOVIĆ**
Abstract or Concrete Likelihood of Confusion in Trademark Law 76
2. **Sonja LUČIĆ**
Protection of Geographical Indications from Exploitation
of the Reputation and False Use..... 87
3. **Njegoslav JOVIĆ**
Arbitrability of International Disputes in the Field of Intellectual
Property Rights – Comparative Analysis..... 102
4. **Novak VUJIČIĆ**
Mediation as a Method for Resolution of Intellectual Property Disputes:
(Un)Realistic Expectations..... 124
5. **Vladimir MARENOVIĆ, Mina JOVANOVIĆ**
Protection of Product Shape as a Three-Dimensional Trademark..... 135

COMPETITION LAW AND ARBITRATION

1. **Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ**
The Notion of Agreement in Competition Law..... 154

2. **Boris BEGOVIĆ, Ivana RAKIĆ**
The Concept of Narrow and Wide Relevant Market:
A Recommendation for a Modification of the Decree on Criteria
for Specification of the Relevant Market..... 170
3. **Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ**
Protection of Competition at Cross-Border Merger of Corporations..... 187

ECONOMY AND ADMINISTRATION

1. **Zoran R. TOMIĆ**
Will Autonomy in Administrative Procedural Law of Serbia..... 206
2. **Dobrosav MILOVANOVIĆ**
Legal Security in the Context of the New Law on General
Administrative Procedure..... 223
3. **Ljubodrag PLJAKIĆ**
Functional Competence of Tax and Customs Authorities
in the Same Sector 233
4. **Bojana TODOROVIĆ, Nikola ILIĆ**
The Legal-Economic Analysis of Corruption in Public Procurement:
The Case of Serbia in the Process of European Integration 250

INSURANCE LAW AND ARBITRATION

1. **Vladimir ČOLOVIĆ**
Time Limitation of the Insurer's Obligation - Application of the Claim's
Made Clause in the Liability Insurance 265
2. **Nataša PETROVIĆ TOMIĆ**
Culture of Arbitration in Insurance of Large Risks and Reinsurance
- Protection Against Uncertain Character of Judicial Proceeding 291
3. **Nenad GRUJIĆ**
The Right of Consumer of Insurance Services to Make Complaint with
National Bank of Serbia as a Method of Alternative Dispute Resolution..... 310
4. **Stefan KOVAČ**
Reinsurance Arbitration..... 326
5. **Miloš RADOVANOVIĆ**
Use of Tractor and Insurance Coverage..... 343
6. **Bojana BILANKOV**
Financial Ombudsman - Proposal for Introducing a New Mechanism
for Resolving Insurance Consumer Disputes..... 358

7.	Mirjana GLINTIĆ Resolving Disputes in Front Through Insurance Ombudsman - with a special emphasis on Insurance Ombudsman in Federal Republic of Germany	372
8.	Tamara RADOJČIĆ Influence of Information Paradigm on Contract Insurance Law.....	387
9.	Andrea ĐUROVIĆ Damages in Road Carrier's Liability Insurance.....	401

LABOUR LAW AND ARBITRATION

1.	Jovan ĆIRIĆ Demography and Pensions.....	414
2.	Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, Slobodanka KOVAČEVIĆ-PERIĆ The Enforcement Procedure for the Sake of Returning an Employee to Work	430
3.	Ljubinka KOVAČEVIĆ, Uroš NOVAKOVIĆ Amicable Resolution of Disputes Concerning Family Responsibility Discrimination.....	460
4.	Velisav MARKOVIĆ Termination of Employment Relationship Due to Liquidation or Interruption of Entrepreneurs.....	472
5.	Mihajlo CVETKOVIĆ The Employer's Liability for Damage Caused by an Employee to a Third Party (Strict or Fault-Based)	489
6.	Ksenija VLAŠKOVIĆ Arbitration Obligation According to the German Law on Employees' Inventions.....	501
7.	Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ The Role and Significance of Arbitration in Contemporary Labour Law – Theoretical Concept, Perspectives and Challenges	515
8.	Đorđe VIČIĆ Arbitration as a Way of Resolving Individual Labour Disputes.....	533
9.	Marija DRAGIĆEVIĆ Resolution of Individual Labour Disputes by Means of Arbitration – A Comparative Overview.....	549

ПОРЕЗИ И АРБИТРАЖЕ

Проф. др *Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ**

АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК У СПОРОВИМА ОКО ТРАНСФЕРНИХ ЦЕНА У ПОРЕСКОМ ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

У овом раду ауторка анализира арбитражни поступак за решавање спорова у вези са трансферним ценама, који је предвиђен Арбитражном конвенцијом. Главни циљ таквог несудског поступка је елиминисање економског двоструког опорезивања које настаје као последица неуспешног добити повезаних предузећа – резидената различитих земаља-чланица ЕУ. Ова Конвенција није инструмент секундарног права Европске уније, већ мултилатерална конвенција међународног јавног права и зато нема правно обавезујући карактер. Посебна пажња је посвећена саветодавној комисији, која се формира са задатком да да мишљење како да се отклони двоструко опорезивање.

Кључне речи: *арбитража; Арбитражна конвенција; економско двоструко опорезивање; саветодавна комисија; трансферне цене*

Економско двоструко опорезивање и трансферне цене

Чланице мултинационалне групе предузећа, с обзиром на економску повезаност, понекад уговарају трансферне цене за поједине испоруке добара или пружање услуга у својим међусобним трансакцијама. Оне одступају од цена „ван дохвата руке“¹ и обвезници пореза на добит имају

* Универзитет у Београду – Правни факултет

1 То су цене које се на тржишту успостављају за исте или сличне трансакције између неповезаних лица.

обавезу да у пореском билансу прикажу трансакције и по једним и по другим ценама, како би се спречила пореска евазија до које може да дође (зло)употребом трансферних цена. Наиме, уговарање трансферне цене има за последицу смањење опорезиве добити повезаног предузећа, што доводи до мањег износа пореза. Због тога, порески орган спроводи корекцију у складу са принципом „ван дохвата руке“ (тј. смањује трошкове), чиме увећава опорезиву добит резидентном предузећу. Уколико опорезива добит повезаног предузећа у другој земљи није смањена (за негативну разлику између прихода по основу трансферне цене и прихода по цени „ван дохвата руке“), тј. није извршено кореспондирајуће усклађивање добити оба повезана предузећа, долази до тзв. конфликта алокације² и економског двоструког опорезивања,³ који дисторзивно делују на услове конкуренције и кретање капитала.⁴

Да би се унапредили услови за међуграничне активности на унутрашњем тржишту Европске уније (даље: ЕУ), донета је Арбитражна конвенција (даље: Конвенција).⁵ Главни циљ тог међународног инструмента је да, кроз 22 члана, установи арбитражни (несудски) поступак, како би се отклонило економско двоструко опорезивање, које настаје као последица неусклађивања добити повезаних предузећа – резидената различитих земаља-чланица ЕУ, у вези са трансакцијама по трансферним ценама. Вертикална повезаност се односи на непосредно или посредно учешће у управљању, контроли или капиталу од стране предузећа-резидента једне земље-чланице над предузећем-резидентом друге земље-чланице, док хоризонтална повезаност подразумева да иста лица учествују у управљању, контроли или капиталу два предузећа у различитим земљама-чланицама.

Земље-чланице су потписале Конвенцију 23. јула 1990. године, али је она ступила на снагу тек 1.1.1995. године, када ју је ратификовало свих тадашњих 12 земаља-чланица ЕУ.⁶ За разлику од директива, она не пред-

2 John Neighbour, "Transfer Pricing: Keeping it at Arm's Length", *OECD Observer* 230/2002, 29.

3 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 251.

4 Вид.: Jean-Marie Henckaerts, "International Arbitration and Taxation – The EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes", *Journal of International Arbitration* 10/1993, 112.

5 Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, *OJ L* 225, 20.8.1990, *OJ C* 160, 30.6.2005.

6 Примена Конвенције је иницијално била „орочена“ на пет година, а до августа 2004. године се чекало да Португалија ратификује Протокол (усаглашен између земаља-чланица још маја 1999. године), којим се аутоматски продужава њено важење на по пет година, осим уколико

ставља правно обавезујући инструмент ЕУ, већ има карактер мултилатералне конвенције међународног јавног права.⁷ Као таква, она не ствара право Европске уније, иако је саставни део *acquis communautaire*, јер служи циљевима унутрашњег тржишта. Често је у литератури сматрају „хибридном врстом права Европске Заједнице“.⁸

Јула месеца 2002. године на нивоу ЕУ је основан Заједнички форум о трансферним ценама (*EU Joint Transfer Pricing Forum* – даље: Форум), који је, између осталог, требало да размотри увођење мера које би омогућиле бољу и ефикаснију примену Конвенције. У том смислу, донет је Законик о пословању за ефикасну имплементацију Арбитражне конвенције (даље: Законик о пословању).⁹ Он је више политички, а не правни, договор између земаља-чланица како да се спречи ерозија основице пореза на добит и штетна пореска конкуренција. Сем тога, да би се спречиле ситуације у којима земље-чланице различито тумаче или примењују билатералне пореске уговоре и Конвенцију, стварајући тако озбиљне пореске препреке у обављању пословања унутар ЕУ, октобра 2017. године Савет ЕУ је донео Директиву о механизмима за решавање пореских спорова у Европској унији¹⁰ (даље: Директива), са применом од 1. јула 2019. године.

Арбитражна конвенција је, чини се, први документ у којем је употребљен термин „пореска арбитража“, која спаја наизглед неспојиве институте. Порез подразумева сувереност државе, па се поставља питање како несудски орган може решавати спорове. Можда је, између осталих, то био један од разлога што је први случај који је по њој решен био тек средином 2003. године.¹¹ Неки аутори сматрају да Конвенција посредно подстиче земље-чланице да ефикасније користе поступак заједничког договарања (енг.

нека од земаља-чланица не захтева друкчије. У периоду од 1.1.2000. до 31.10.2004. постојао је, дакле, „вакуум“ у њеној примени.

7 Вид.: Kevin A. Bell, “EU Joint Transfer Pricing Forum to Report on Arbitration Convention, Mutual Agreement Procedures”, *Tax Notes International* 31/2003, 207.

8 Luc Hinnekens, “European Arbitration Convention: Thoughts on Its Principles, Procedures and First Experience”, *EC Tax Review* 3/2010, 115.

9 Code of Conduct for the effective implementation of the Arbitration Convention (2006/C176/02), 28.7.2006, revidirana verzija 2009/C322/01, 30.12.2009.

10 Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union, *OJ L* 265/1, 14.10.2017.

11 L. Hinnekens, 109.

mutual agreement procedure – даље: МАП) за решавање пореских спорова.¹² Међутим, надлежни органи земаља-чланица, не ретко, не успевају да постигну договор како да се елиминише двоструко опорезивање, па налажење решења мора да се препусти непристрасном телу.¹³

Две фазе за елиминисање економског двоструког опорезивања у случају уговарања трансферних цена

Према Конвенцији, елиминисање економског двоструког опорезивања се одвија у две фазе.¹⁴ Током прве фазе порески орган земље-чланице који ће спровести усклађивање добити применом принципа „ван дохвата руке“ има обавезу да о томе обавести предузеће која је уговорило трансферну цену за одређену трансакцију. То предузеће затим обавештава повезано предузеће, а оно обавештава надлежни орган у земљи свог резидентства. Уколико су надлежни органи обе земље-чланице и повезана предузећа сагласни са предложеним усклађивањем добити, споразум којим се елиминише економско двоструко опорезивање се непосредно постиже. Ако, пак, повезано предузеће сматра да усклађивање није извршено у сагласности са правилом „ван дохвата руке“, оно може да иницира МАП.

Ако се МАП успешно не оконча у року од две године, прелази се на другу фазу, која подразумева арбитражни поступак.¹⁵ За сваки појединачни случај образује се *ad hoc* Саветодавна комисија (даље: Комисија),¹⁶ чије је формирање заједничка обавеза надлежних органа обе земље-чланице. Иницијативу за њено оснивање треба да дâ земља којој је поднет обвезников захтев (тј. земља која је извршила усклађивање добити).¹⁷ Конвенција не предвиђа рок у којем Комисија треба да се образује, што сматрамо њеним недостатком, јер то може значајно да успори арбитражни поступак. У Законику о пословању је, међутим, предвиђено да надлежни органи земаља-чланица треба да образују Комисију најкасније 6

12 Jasmin Kollmann *et al.*, "Arbitration in International Tax Matters", *Tax Notes International* 13/2015, 1191.

13 Gustaf Lindencrona, Nils Mattsson, "Arbitration in Taxation: An Introduction", *Intertax* 3/2014, 161-162.

14 J. Kollmann *et al.*, 1189-1195.

15 Вид.: Michael Lennard, "Transfer Pricing Arbitration as an Option for Developing Countries", *Intertax* 3/2014, 183-184.

16 Могао би се користити и назив арбитражна комисија.

17 Вид.: Harm Mark Pit, "Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention (1)", *EC Tax Review* 1/2015, 18.

месеци након истека периода од две године, у којем земље-чланице нису постигле договор у МАП-у. Да ли је потребно 6 месеци да се изабере састав Комисије? Искуство Француске и Италије у *Electrolux* случају¹⁸ је показало да је било потребно, чак, годину и по дана. Претпостављамо да је главни разлог била непотпуна и неажурирана листа независних стручњака - чланова Комисије. Мишљења смо да би тај поступак требало убрзати, те предвидети рок од три месеца. У чл. 6(1) Директиве предвиђен је рок од 120 дана од пријема захтева за њено формирање. Ако земље-чланице не формирају Комисију у предвиђеном року, сматрамо да тада треба да је образује Европска комисија, како се не би, из процесног разлога, реметила ефикасност арбитражног поступка.

Конвенција предвиђа две главне обавезе: (1) Земље-чланице морају да елиминишу економско двоструко опорезивање, кроз МАП, или арбитражни поступак;¹⁹ (2) Земље-чланице морају да реше порески спор у року од три године. Пошто је у питању конвенција међународног јавног права (а не директива), Европски суд правде нема надлежност да разматра њену примену, па остаје отворено питање спровођења тих обавеза, односно санкционисања у случају њиховог неизвршавања.²⁰

Саветодавна комисија

Састав Комисије

Саветодавну комисију чини, према Конвенцији, председавајући, по два представника надлежног органа из земље-чланице чији је резидент повезано предузеће и паран број компетентних и независних лица.²¹ Председавајући се бира са листе независних лица и мора да поседује квалификације које би му омогућиле избор за судију Врховног суда у његовој матичној

18 Вид.: "First case decided under EC Arbitration Convention", *Tax News Service* 23/2003, 315.

19 Према одредби чл. 8 Конвенције, надлежни орган није у обавези да покрене МАП нити да образује Саветодавну комисију, уколико је једно од повезаних предузећа подвргнуто „озбиљним казнама“, тј. санкцијама предвиђеним у домаћем праву за пореске прекршаје. Вид. више: Piergiorgio Valente, "Arbitration Convention 90/436/EEC: Inapplicability Case of Serious Penalties", *Intertax* 3/2012, 221-224.

20 Н. М. Pit, 20. Упор. такође: Michael Lang, "ECJ and Mutual Agreement Procedures", *Intertax* 3/2014, 169-172.

21 Dirk Schelpe, "The Arbitration Convention: Its Origin, Its Opportunities and Its Weaknesses", *EC Tax Review* 2/1995, 68-77.

земљи или судије Европског суда правде.²² Због тога би било корисно да свака земља-чланица на листи независних лица које номинује наведе и које од тих лица испуњава захтеве који се траже за председавајућег. Али, могуће је да земље-чланице предвиђају различите услове за именовање на највише судијске функције у њиховој земљи, па је зато можда боље да се захтевају услови за избор судије Европског суда правде.

Мишљења смо да представници надлежног органа земаља-чланица не би требало да буду пуноправни чланови Комисије,²³ с обзиром на то да се не може очекивати да ће у току арбитражног поступка одступити од иницијалних ставова које је њихова држава у МАП-у заузела поводом конкретног случаја, па отуда немају ни независан став. Ово тим пре што земља-чланица има право да за свог представника постави било које лице, укључујући и лица из пореског органа која су учествовала у претходној фази решавања истог случаја, тј. у МАП-у.²⁴ Отуда је реално очекивати да ће унутар Комисије они бити супротстављене стране, неспремне на компромис. С друге стране, чињеница је да представници надлежног органа могу да допринесу ефикаснијем раду Комисије, пошто су најбоље упознати са свим околностима случаја, па могу осталим члановима да пруже релевантне информације и појашњења.²⁵ Уз то, земље-чланице из политичких и других разлога не би пристале на ограничење улоге њихових представника у Комисији. Имајући то у виду, сматрамо да би макар требало да се смањи њихов број, са два на по једног представника. Уосталом, већи број арбитра поскупљује арбитражни поступак, а може га и отежати, јер се тада теже постиже сагласност. Недавно усвојена Директива је предвидела по једног представника, осим ако се надлежни органи обе земље-чланице не договоре да у Комисији имају по два своја представника.

Улога независних лица у Комисији је врло важна, не само због њихове стручности, већ и ради избегавања застоја у њеном раду, у случају несагласности представника надлежних органа земаља-чланица. Они се бирају са претходно утврђене листе, при чему свака земља-чланица има обавезу да номинује пет²⁶ независних стручњака.²⁷ Лице мора да буде: (а)

22 Н. М. Pit, 27.

23 У смислу права гласа.

24 Н. М. Pit, 20-21.

25 Sven-Olof Lodin, "The Arbitration Convention in Practice", *Intertax* 3/2014, 174.

26 Директива у чл. 9(1) предвиђа номинацију најмање три лица.

држављанин земље-чланице ЕУ, (б) резидент земље-чланице која примењује Конвенцију (не нужно оних чији су резиденти повезана предузећа), (в) независно и компетентно.

Недостатак Конвенције је у томе што не садржи правила о томе како поступак именовања независних лица треба да се одвија, што значи да земље-чланице могу да изаберу поступак који се њима чини најприхватљивијим. Таква флексибилност одговара земљама-чланицама, али зато чини поступак нетранспарентним и ствара ризик од одлагања формирања Комисије у случајевима када земље-чланице у конкретном случају не могу да се договоре која лица ће као независне стручњаке (са укупне листе свих номинованих) именовати за чланове Комисије. Пошто су критеријуми држављанства и резидентства неспорни за утврђивање, проблем настаје у погледу трећег услова, јер земље-чланице могу на различити начин тумачити појам компетентности, па и независности. Како би се избегло продужавање арбитражног поступка због пролонгирања у образовању Комисије, потребно је, према нашем мишљењу, успоставити минималне стандарде за одређивање компетентности лица. Форум је, у том смислу, предложио следеће: знање из области трансферних цена, међународно пореско искуство, познавање најмање једног страног језика. Номиновано лице треба да потпише изјаву о независности у конкретном случају²⁸ и изјаву о поверљивости података.²⁹

Ни Конвенција, ни Законик о пословању, па ни Директива не предвиђају временски период на који се номинују независна лица, што у пракси може довести до прилично „застарелих листа“.³⁰ Земља-чланица треба да обавести Комисију уколико жели да изврши одређене измене у листи (на пример, да се са листе скине лице које је престало да буде независно или које пређе одређену старосну доб и др.). Сматрамо да би њихово именовање требало да буде ограничено на период од 4 или 5 година, са могућношћу највише два узастопна периода именовања. Имајући у

27 До 2015. године Кипар, Летонија и Литванија нису поднели своје листе, док је Словенија поднела листу са четири имена. Вид.: Н. М. Pit, 23, 25.

28 То не може да буде лице које је тренутно или у претходне три године запослено или ангажовано у пореској администрацији земаља-чланица, нити лица која имају учешће или су(била) запослена у неком од повезаних предузећа, или су били њихови порески и други саветници.

29 То важи и за остале чланове Комисије. Вид.: чл. 9(6) Конвенције.

30 На пример, Данска је номинувала независна лица још 1993. године, Италија и Луксембург 1994, Белгија 1995, Француска 1996. године. Вид.: Н. М. Pit, 23.

виду дужину трајања арбитражног поступка, тај рок је, по нама, довољан за континуиран рад једне Комисије.

Трошкови арбитражног поступка се једнако деле између две земље-чланице.³¹ У Законику о пословању³² је прецизирано да они обухватају накнаду члановима Комисије, која износи ЕУР 1,000 по члану/по дану састанка Комисије³³ административне трошкове које има Комисија (организовање састанака, административна подршка која је неопходна за функционисање Комисије, трошкови превођења документације, трошкови закупа просторија за одржавање састанака Комисије и др.) и трошкови путовања и смештаја независних лица и председавајућег.

Мишљење Комисије

Комисија мора да достави своје мишљење у року од 6 месеци. Намеће се питање од када тај рок треба да се рачуна. У *Electrolux* случају, Француска и Италија су се договориле да то буде дан када је Комисија образована, а то је дан када је Комисија одржала први састанак.³⁴ Сматрамо да је то исправно решење, јер рачунање рока од, на пример, момента када је Комисија добила релевантне информације у вези са пореским спором не може да се сматра адекватним, пошто се не ретко дешава да у току свог рада Комисија захтева додатне информације, документа и др. На то се непосредно надовезује питање да ли је период од 6 месеци за доношење мишљења кратак, поготово у врло сложеним и компликованим споровима. Директива допушта да се у тим случајевима рок продужи за три месеца.³⁵ Рок за достављање мишљења индиректно укључује и период у којем мора да се формира Комисија, за које време треба да буде припремљена потребна документација за решавање пореског спора, како би чланови могли ефективно да отпочну са радом одмах по њеном формалном конституисању.³⁶

Мишљење треба да одрази став Комисије о томе која је цена „ван дохвата руке“ коректна за трансакцију која се у датом арбитражном поступку испитује. Комисија не доноси обавезујућу одлуку, већ даје

31 Вид. члан 11(3) Конвенције; чл. 12(1) Директиве.

32 Вид.: параграф 7.3(f).

33 Председавајући прима 10% већу накнаду.

34 Вид.: Harm Mark Pit, "Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention (2)", *EC Tax Review* 2/2015, 84-85.

35 Вид.: чл. 14(1) Директиве.

36 Иста документација је, уосталом, коришћена и за потребе МАП-а.

(независно) мишљење како да се у конкретном случају елиминише двоструко опорезивање. Она не може да донесе ново решење о утврђивању пореза, него само испитује, на основу околности случаја, да ли је усклађивање добити између повезаних предузећа исправно извршено.³⁷ Чланови Комисије могу тражити додатне информације и од земаља-чланица и од повезаних предузећа, уколико сматрају да су достављене информације недовољне да сагледају све аспекте спорног случаја.³⁸ Повезана предузећа не могу да одбију да пруже информацију, што им не би ни било у интересу, јер све док се не реши спор у вези са трансферним ценама они су изложени неповољним ефектима двоструког опорезивања. Земља-чланица нема обавезу да достави информације које јој нису доступне у домаћем праву, односно које се односе на пословну, индустријску и професионалну тајну, или чије би откривање било у супротности са јавним поретком. Пошто су чланови Комисије у обавези да поштују поверљивост свих података и докумената до којих дођу током арбитражног поступка, ускраћивање података који се третирају тајним чини нам се излишним.

Комисија доноси мишљење простом већином гласова, па у пракси оно може бити донето и само од стране независних чланова и председавајућег.

Конвенција не предвиђа санкцију за случај да Комисија не донесе мишљење у року од 6 месеци. Формирање нове Комисије би претпоставило изнова целу процедуру, што не би било у интересу пореског обвезника. Из тог разлога, најпожељније је да земље-чланице благовремено обезбеде све потребне информације и документа да би Комисија могла да донесе своје мишљење о спорном случају у предвиђеном шестомесечном року.

Надлежни органи земаља-чланица, чији су резиденти повезана предузећа, могу да се, у року од 6 месеци од пријема мишљења Комисије, договоре и о друкчијем начину елиминисања двоструког опорезивања од онога који је предложила Комисија. Такво решење нам се не чини прихватљивим, имајући у виду да земље-чланице нису претходно успеле да постигну договор у МАП-у. Међутим, Прото (*Protto*) сматра да се током арбитражног поступка могу разјаснити неке нејасноће, па да се зато надлежни органи земаља-чланица могу накнадно међусобно договорити око примене прави-

37 L. Hinnekens, 111.

38 Вид.: чл. 10(1) Конвенције.

ла „ван дохвата руке“.³⁹ Међутим, у чему се онда огледа стварна улога Комисије, ако земље-чланице и у арбитражном поступку имају „последњу реч“ у доношењу финалне одлуке? Да ли би се арбитражни поступак тада могао сматрати само „допуном“ МАП-а, а не другом фазом у поступку отклањања економског двоструког опорезивања? Једино у случају када надлежни органи земаља-чланица не успеју да постигну узајамни договор, у обавези су да примене мишљење Комисије.

Пропуст Конвенције је што не предвиђа рок у којем финална одлука о елиминисању двоструког опорезивања треба да се имплементира, што може штетити интересима пореског обвезника. У Директиви је, међутим, предвиђен рок од 60 дана.⁴⁰

Земље-чланице нису у обавези да, у целини, јавно објаве финалне одлуке о пореском спору решеном у арбитражном поступку. Према нашем мишљењу, њих би требало јавно објављивати, па подржавамо одредбу члана 18(3) Директиве, којом је предвиђено да се морају јавно објављивати макар апстракти финалних одлука, који садрже кратак опис случаја који је довео до спора, правни основ, грану привреде у којој обвезници обављају делатност, кратак опис финалне одлуке и примењене методе арбитраже. Објављивање је од користи како за пореске органе у другим земљама-чланицама, тако и за друга мултинационална предузећа. Сем тога, на тај начин би се постигла већа транспарентност и постепено формирала база за много уједначеније решавање проблема економског двоструког опорезивања у вези са трансферним ценама на међународном нивоу, што би омогућило ефикаснији арбитражни поступак.⁴¹ Такође, имена арбитра и експерата треба да буду јавна, јер то може да повећа поверење у арбитражно решавање пореских спорова.

Закључак

Од како је Конвенција поново ступила на снагу 2004. године, повећао се број пореских спорова који се износи пред арбитражу. Крајем 2015. године било је 684 случајева који су у поступку решавања по Арбитражној конвенцији, од којих је у 73 случаја истекао двогодишњи период за решава-

39 Вид.: Carlos Protto, "Mutual Agreement Procedures in Tax Treaties: Problems and Needs in Developing Countries and Countries in Transition", *Intertax* 3/2014, 176-178.

40 Вид.: члан 15(4) Директиве.

41 L. Hinnekens, 133.

ње по МАП-у, а да још увек нису предати Саветодавној комисији, док су два случаја предата Комисијама и чека се њихово мишљење.⁴²

Пошто се очекује да ће се све већи број пореских случајева решавати у арбитражном поступку, морају да се отклоне сметње које успоравају или отежавају његово ефикасно спровођење. У том смислу, Законик о пословању је учинио значајна унапређења Конвенције, пре свега када је реч о саставу саветодавне комисије и поступку именованга чланова. Међутим, и даље су остала нека недовољно разјашњена питања која нису прецизно формулисана (нпр. утврђивање компетентности независних лица). Такође, сматрамо да је недостатак Конвенције што се не примењује на случајеве двоструког опорезивања које настаје при уговарању трансферних цена између повезаних предузећа, који су резиденти исте земље-чланице, односно када је једно од њих резидент земље која није чланица ЕУ. Сем тога, она не предвиђа правило за случајеве двојног резидентства.

Остаје нам дилема каква ће бити даља судбина Арбитражне конвенције када средином 2019. године почне да се примењује Директива о механизмима за решавање пореских спорова у Европској унији, која је (потпуније) уредила сва процесна питања арбитражног поступка, која су предмет Конвенције.

42 European Commission, EU Joint Transfer Pricing Forum, "Statistics on Pending Mutual Agreement Procedures (MAPs) under the Arbitration Convention at the end of 2015", Brussels, October 2016, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/

Prof. Dr. Gordana ILIĆ-POPOV
University of Belgrade – Faculty of Law

**ARBITRATION PROCEDURE IN THE TRANSFER PRICING
DISPUTES IN THE TAX LAW OF THE EUROPEAN UNION**

Summary

In this paper the author analyses the arbitration procedure for solving transfer pricing disputes under the EU Arbitration Convention. The main purpose of this non-judicial procedure is to avoid the economic double taxation arising from adjustment of profits of associated enterprises – residents of different member states of the European Union. This Convention is not an instrument of a secondary EU law, but a multilateral convention under the international public law, therefore has no legally binding character. Special attention is dedicated to the advisory commission, which is established to give an opinion about how to eliminate double taxation.

Keywords: *arbitration; Arbitration convention; advisory commission; economic double taxation; transfer prices.*

Др Милева АНЂЕЛКОВИЋ*

АРБИТРАЖА У МЕЂУНАРОДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ¹

Резиме

У раду се даје кратак преглед новина у домену решавања међународних пореских спорова. Спорне ситуације везане за примену међународних пореских споразума традиционално подлежу поступку заједничког договарања и арбитражи, као његовом саставном делу. Ови међународни механизми нису се показали довољно ефикаснима у избегавању међународног двоструког опорезивања. У циљу отклањања овог феномена, државе чланице ОЕЦД-а интензивирају активности на увођењу обавезне арбитраже у решавању спорова у међународном опорезивању. Предмет пажње у раду јесу измене предвиђене у Акцијама 14 и 15 BEPS Акционог плана као и правила садржана у најновијој Директиви ЕУ о механизмима решавања пореских спорова, која допуњује Арбитражну конвенцију.

Кључне речи: двоструко опорезивање, међународни порески спорови, поступак заједничког договарања, обавезна арбитража.

І Увод

Интензивније повезивање националних економија, посредством прекограничних трансакција, либерализације трговинско-финансијских токова и развојем информационо-комуникационих технологија, последњих неколико деценија резултирало је повећаном међународном пореском сарадњом закључивањем билатералних пореских споразума. Разлог томе је што пословање привредних субјеката у измењеном глобализованом окружењу носи ризик излагања двоструком правном али неретко и

* Професор на Правном факултету Универзитета у Нишу

1 Чланак је резултат рада на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, под бројем 179046Д.

двоструком економском опорезивању. Земље чланице ОЕЦД-а као и велики број других држава преузеле су у билатералним пореским споразумима механизме за решавање пореских спорова насталих због неправилне примене или тумачења Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину. Поступак заједничког договарања, са доста дужом применом од арбитражног поступка, као његове допуне, показао се у пракси недовољно ефикасним механизмом највећим делом због немогућности да се надлежни органи страна уговорница принуде на стварно решавање пореских случајева поднетих од стране пореских обвезника једне или друге државе. Арбитражни поступак, као могућност, постоји већ једну деценију у праву међународних пореских уговора али се ретко користи у пракси.

Јављање финансијско-економске кризе 2008-2009. године и прихватање ВЕРS пројекта од стране великог броја држава у скорије време скренуло је пажњу међународне пореске јавности као и пословног света, на потребу реформисања процеса решавања међународних пореских спорова. Опирање већине држава ка ограничењу националних фискалних суверенитета још увек је снажно изражено што се огледа и у неслаганости око увођења обавезне арбитраже, као механизма решавања пореских спорова у обухваћеним пореским споразумима на основу Мултилатералне конвенције ВЕРS-а. Са друге стране, земље чланице ЕУ сагласиле су се крајем 2017. године да у национална законодавства уграде до 1. 7. 2019. године Директиву о механизмима решавања пореских спорова, са ширим опсегом примене, у односу на важећу Арбитражну конвенцију из 1995. године.

II Решавање пореских спорова на основу Модел Конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину

Ако обвезник сматра да ће због неправилне примене одредаба Конвенције бити подвргнут двоструком опорезивању, као алтернативу домаћем пореском спору, може поднети захтев надлежном органу резидентне државе у предвиђеном року. Уколико је захтев оправдан, овај орган има обавезу да реши спорну ситуацију одобравањем одговарајућег усклађивања или олакшице. Када то није у могућности да учини због активности друге уговорне стране, мора покренути поступак заједничког договарања како би се пронашло прихватљиво решење проблема. Током консултација надлежних пореских органа могу се појавити нека спорна питања што онемогућава благовремено решавање изнетог случаја. Због тога је предви-

ђено покретање поступка арбитраже од стране пореског обвезника у року од две године од представљања случаја. У примени ових механизма испољени су одређени недостаци и незадовољство како пореских обвезника тако и надлежних пореских органа. Порески спорови трају дуго, не постоји обавеза надлежних пореских органа да стварно реше спорни случај, нагомилавање спорова, слаба позиција пореских обвезника у поступку, правна несигурност пореских обвезника у погледу трајања и исхода спорова, однос домаћег и међународног пореског права.

За разлику од других форми арбитраже (нпр. комерцијалне) надлежност панела арбитра се не проширује на решавање целокупног случаја, него само на питања где договор између надлежних органа није постигнут. Као и код поступка заједничког договарања, приступ арбитражи могао би бити одбијен због уставних или других одредаба домаћег права или одлука заснованих на домаћем праву.² Коментар чл. 25 Модел-конвенције у пар. 76. предвиђа неприменљивост поступка арбитраже уколико су питања која би била предмет арбитраже већ решена кроз домаћи судски поступак у било којој од две државе. Поступак арбитраже је замишљен да побољша ефикасност поступка заједничког договарања и „дисциплинује“ надлежне органе да пруже обвезнику сигурност и отклоне двоструко опорезивање. Препуштање решавања појединих питања независним арбитрама може да значи да они не могу у потпуности проценити значај питања за порески систем држава уговорница. То би требало да буде подстицај да надлежни органи сами реше случајеве који су предмет поступка заједничког договарања.³ Карактеристика арбитражних поступака је да они не замењују поступак заједничког договарања већ су његова допуна, да је до сада мали број пореских спорова решен путем арбитраже јер се државе устежу да спорне случајеве препусте одлукама трећих лица као и да целокупна процедура подлеже поверљивости јер се одлуке не објављују.⁴

2 Оваква одредба више није садржана у новој ОЕЦД Модел-конвенцији о порезима на доходак и на имовину из 2017. године у Коментару на чл. 25, ст. 5. пар. 65. чиме се признаје значај укључивања арбитражног механизма у билатералне споразуме који осигурава решавање спорова између надлежних органа како би поступак заједничког договарања могао да оствари своју улогу.

3 Brian J. Arnold, *The Scope of Arbitration under Tax Treaties*, *International Arbitration in Tax Matters*, ed. Michael Lang, Jeffrey Owens, December 2015, IBFD, 115.

4 Sol Picciotto, *International Tax Disputes: Between Supranational Administration and Adjudication*, ICTD Working Paper 55, August 2016, 16-17.

III Акције 14 и 15 Акционог плана BEPS пројекта

Сврха усвајања Акције 14 BEPS пројекта јесте проналажење решења за отклањање препрека које спречавају државе да реше спорове простекле из пореских споразума на основу поступка заједничког договарања, укључујући одсуство арбитражне одредбе у већини споразума и чињеницу да приступ поступку заједничког договарања и арбитражи може бити одбијен у одређеним случајевима. Очекивало се да ће се предложити обавезна арбитража за решавање међународних пореских спорова али је сагласност постигнута у погледу минималних стандарда и најбољих пракси, уз остављање опционе могућности за уградњу арбитражне одредбе у обухваћеним пореским споразумима. Земље чланице ОЕЦД-а и Групе 20 које учествују у пројекту BEPS сагласиле су се да промене приступ решавању спорова кроз примену минималног стандарда у контексту дискусија о пореским уговорима. Овај минимални стандард садржи специфичне мере које ће државе предузети како би обезбедиле решавање спорова из пореских уговора благовремено, ефективно и ефикасно. Примена минималног стандарда треба да обезбеди постизање три циља: 1) осигурати да уговорне обавезе које се тичу поступка заједничког договарања буду у потпуности примењене у доброј вери и да се спорни случајеви решавају благовремено; 2) осигурати примену административних процеса који промовишу превенцију и благовремено решавање спорова из пореских уговора, и 3) осигурати да порески обвезник може приступити поступку заједничког договарања када испуњава захтеве из ст. 1, чл. 25. ОЕЦД Модел-конвенције.⁵ Овај трећи циљ је подржан Најбољом Праксом 6. Она предвиђа да би државе требало да предузму одговарајуће мере за одлагање процедуре наплате пореза током периода трајања поступка заједничког договарања, најмање под истим условима који се примењују на лице које користи домаћи административни или судски правни лек. Ова измена је унета у Коментар чл. 25. у складу са новом допуном ОЕЦД Модел-конвенције из 2017. године.

Као значајна новина уведена на основу Акције 14 наводи се сагласност држава да осигурају ефективну примену овог стандарда установљивањем чврстог надзорног механизма који ће редовно извештавати Групу 20 преко ОЕЦД Комитета за фискалне послове. Иако је реч о *soft law* регулативи очекује се да ће овај контролни механизам створити знатан притисак у погледу поштовања договореног минималног стандарда. Контролни процес, посредством ОЕЦД Форума пореских администрација о

5 Final Report on BEPS Action 14, Executive Summary, 9.

побољшању практичне примене поступка заједничког договарања, требало би да идентификује не само његове добре стране него, што је још важније, и недостатке одређујући препоруке за њихово отклањање од стране надгледаних јурисдикција.⁶ Важна околност је да специфичне мере садржане у минималном стандарду предвиђају одређене промене у Модел Конвенцији ОЕЦД и Коментару Конвенције што је и учињено крајем 2017. године.⁷ Битно је и да минимални стандард изричито захтева да би питања трансферних цена која воде економском двоструком опорезивању (као што су прилагођавања трансферних цена од стране уговорних партнера) требало квалификовати за приступ поступку заједничког договарања. ОЕЦД није био у могућности да постигне консензус о обавезној арбитражи у финалном извештају о Акцији 14. Међутим, уз сагласност за применом минималног стандарда од стране свих земаља учесница у BEPS пројекту, 20 држава се обавезало да обезбеди обавезну арбитражу у њиховим билатералним пореским споразумима „као механизам гарантовања да ће спорови из пореских уговора бити решени у одређеном временском оквиру“.⁸ Инструмент који то омогућава јесте Мултилатерална конвенција предвиђена Акцијом 15 BEPS Акционог плана, која је и потписана 7. јуна 2017. године у Паризу (и Србија је била једна од учесница церемоније потписивања).⁹ Како би се олакшао процес приступања што већег броја држава (оних које су чврсто резервисане у погледу обавезне арбитраже) мултилатерални инструмент допушта државама да учине *free-form reservation* која дозвољава ограничење опсега пожељних случајева и тако олакшава постепено увођење арбитраже.¹⁰ Међутим, треба нагласити да се земље у развоју и земље које се убрзано развијају чврсто противе обавезној међународној пореској арбитражи полазећи од принципа националног суверенитета али и због лоших искустава неких од њих (нпр. Индија) са арбитражом у инвестиционим споровима. Мултилатерална конвенција за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре садржи опциону могућност за државе потписнице, имајући у виду арбитражне одредбе, барем на три различита начина. Пре свега, Конвенција

6 Michelle Markham, New Developments in Dispute Resolution in International Tax, *Revenue Law Journal*, Vol. 25, Issue 1, Article 4, 8. Доступно на: <http://epublications.bond.edu.au/rlj/vol25/iss1/4>.

7 Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, Децембер 18, 2017. OECD Publishing.

8 Final Report on BEPS Action 14, Executive Summary, 10.

9 BEPS мултилатерална конвенција ступиће на снагу 1.7.2018. године.

10 Tax Certainty, IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers, March 2017, 57.

аутоматски не инкорпорира арбитражне одредбе у пореске уговоре већ оставља могућност избора државама да то учине. Друго, арбитражне одредбе у Мултилатералном инструменту исказане су само за примену на одређене обухваћене пореске споразуме које државе могу одабрати. Треће, Мултилатерални инструмент предвиђа флексибилност у погледу облика усвојене арбитраже. У литератури се наводи да усвајање мултилатералне арбитраже може бити корисно у контексту мултилатералног инструмента у два случаја.¹¹ Први би могао бити решавање ситуација у којима је укључено неколико јурисдикција (нпр. код трансферних цена) а други би био договарање уговорних страна око најпогоднијег тумачења одредби мултилатералног споразума што би могло имати утицаја на решавање будућих случајева у њиховим јурисдикцијама.

Минимални стандард, уграђен у чл. 16 и 17 BEPS Мултилатералне конвенције, треба да обезбеди да се обавезе из обухваћеног пореског споразума у погледу поступка заједничког договарања, укључујући случајеве из домена трансферних цена, *у потпуности и у доброј вери примењују*, чиме се обезбеђује сигурност и предвидивост, али и унапређује поступак решавања спорова. Тај минимални стандард због тога налаже да се у обухваћене пореске споразуме уграде одредбе које одговарају чл. 25, ст. 1-3 Модел-конвенције ОЕЦД (у верзији из 2014. године), уз одговарајућа прилагођавања.¹² Конвенција у том смислу предвиђа да се мора допустити да лице које сматра да мере једне или обе уговорне јурисдикције доводе или ће довести до тога да не буде опорезовано у складу с одредбама обухваћеног пореског споразума може, независно од правних средстава која му стоје на располагању у домаћем праву уговорних јурисдикција, изложити свој случај надлежном органу *било које од две уговорне јурисдикције* (а не само органу државе уговорнице чији је резидент - како предвиђа одговарајућа норма из Модел-конвенције ОЕЦД). Уколико обухваћени порески споразум допушта да се захтев за поступком заједничког договарања достави само оној јурисдикцији чији је лице резидент, та јурисдикција може истаћи резерву да ће применити поступак билатералног обавештавања или консултовања са другом уговорном јурисдикцијом у случајевима када надлежни орган којем је захтев упућен не сматра да је обвезников приговор оправдан. Минимални стандард из

11 Jeffrey Owens, *Dispute Resolution: The Next Frontier*, Issue Paper, International Tax and Investment Center, October 2015, p. 8.

12 Making Dispute Resolution Mechanism More Effective. Action Plan 14: 2015 Final Report (2015). Paris: OECD, 13.

чл. 16, ст. 2 Конвенције налаже да се заједнички договор којим је решен споран случај између две уговорне јурисдикције *примењује без обзира на временска ограничења* у њиховим унутрашњим правима.

Поглавље шесто BEPS мултилатералне конвенције је намењено за примену само између страна које изричито изаберу да прихвате обавезну арбитражу.¹³ Чл. 18 им допушта ову могућност с обзиром на обухваћене пореске споразуме обавештавајући о томе депозитара Конвенције (ОЕЦД). Порески обвезник може у року од две године, од представљања случаја, захтевати покретање арбитражног поступка. Надлежни органи могу се договорити другачије о наведеном временском периоду у зависности од природе и сложености индивидуалног случаја (чл. 19, ст. 1). На основу одлуке арбитражног панела, која је коначна, надлежни органи су обавезни да окончају поступак заједничког договарања (чл. 19, ст. 4). Међутим, чл. 24. садржи опциону одредбу која омогућава надлежним органима да одступе од арбитражне одлуке и да другачије реше случај за три месеца од када им је одлука достављена. Ставом 4, чл. 19. предвиђено је и да ће арбитражна одлука бити обавезујућа за обе уговорне јурисдикције осим у три случаја: ако лице директно погођено случајем не прихвати заједнички договор који примењује арбитражну одлуку; ако се арбитражна одлука сматра неважећом на основу коначне одлуке суда једне од уговорних јурисдикција, и ако лице директно погођено случајем води спор пред судом или управним трибуналом о питањима која су била решена у поступку заједничког договарања заснованог на арбитражној одлуци. У циљу неометаног одвијања арбитражног процеса, ст. 10. предвиђа ближу сарадњу надлежних органа кроз заједнички договор о процедуралним и оперативним детаљима арбитражног процеса. Чл. 21. предвиђа обавезу достављања информација арбитрама на основу строго поверљивих захтева који важе за саме надлежне органе страна уговорница. Чл. 22. омогућава окончање поступка заједничког договарања, као и арбитражног поступка, ако током арбитражне процедуре надлежни органи постигну заједнички договор да реше случај или порески обвезник повуче захтев за арбитражу или захтев за поступак заједничког договарања. Чл. 23, ст. 1. предвиђа као уобичајено правило за решавање приступ „коначне понуде“ (другачије познат као приступ „последње најбоље

13 Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Доступно на: <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

понуде“) али допушта надлежним органима уговорних јурисдикција да се заједнички договоре о другачијим правилима, која се могу применити на све или на појединачне случајеве. Према приступу „коначне понуде“ од сваког надлежног органа би се захтевало да пружи панелу арбитрара предлог решења постављених питања и панел арбитрара би изабрао једно од предложених решења. Одлука ће бити достављена надлежним органима у писаној форми и не може бити коришћена као преседан с обзиром на било који случај. Чл. 23. ст. 2. предвиђа да уговорна страна може истаћи резерву на овај став у погледу обухваћених пореских споразума и усвојити приступ „независног мишљења“. Према овом приступу, надлежни органи морају обезбедити панелу арбитрара сваку информацију која је нужна за доношење одлуке.

IV Директива ЕУ о механизмима решавања пореских спорова из 2017. године

Арбитражном конвенцијом из 1995. године установљен је поступак решавања спорова у вези са појавом двоструког опорезивања у случају повезаних предузећа из различитих држава чланица ЕУ, које настаје као последица усклађивања добити друштва у једној или више држава чланица. Током своје примене Конвенција је испољила одређене недостатке тако да је усаглашавање са стандардима BEPS пројекта иницирало доношење Директиве о механизмима решавања пореских спорова у ЕУ октобра 2017. године.¹⁴ Ова директива допуњује Арбитражну конвенцију ЕУ (која се односи само на спорове у вези трансферних цена и приписивање добити сталној пословној јединици) са ширим опсегом примене на сва спорна питања везана за тумачење и примену уговора ради отклањања двоструког опорезивања дохотка и имовине између држава чланица ЕУ. Нови регулаторни оквир побољшава постојећи у неколико важних тачака. Главни недостатак Арбитражне конвенције јесте неефикасност, јер не може гарантовати решавање покренутог спора. Нови систем пружа јасне смернице у погледу примене предвиђених правила гарантујући обвезнику решавање његовог проблема. Уколико се поступак заједничког договарања не оконча у предвиђеном року, порески обвезник је овлашћен да затражи покретање арбитражног поступка и оснивање Саветодавне комисије. Уместо ове комисије, може се установити Комисија за алтернативно решавање спора. Један од недостатака Арбитражне кон-

14 Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union

венције тиче се ограничене улоге пореског обвезника у процедури¹⁵ што се настоји отклонити допуштањем обвезнику да се обрати националним судовима који би интервенисали у ситуацијама када се надлежни порески органи уздржавају од предузимања одговарајућих акција (нпр. када саветодавни комитет није конституисан на време или се могу жалити на одлуку националних пореских власти којом је одбијен захтев за покретање поступка решавања спора). Обвезнику се признаје право да обезбеди панелу арбитра инфорације, доказе или документа који могу бити релевантни за одлуку. Осим тога, обвеници се могу и појавити (или бити заступљени) пред панелом арбитра. Директива прописује процедуру са јасно прецизираним временским оквирима за предузимање предвиђених активности, између осталог, за обавештавање о прихватању обвезничког захтева; тражење и достављање додатних информација; одлуку надлежних органа о прихватању/одбијању приговора; захтев за покретање арбитражног поступка; установљење арбитражног тела; обавештавање о коначној одлуци. Директива предвиђа арбитражни метод „коначне понуде“ као један од начина арбитражног одлучивања. Очекује се да ће то бити бржи и трошковно ефикаснији механизам решавања спорова него други типично коришћени начини. Одлука Саветодавне комисије обавезује надлежне органе осим уколико се они договоре о другачијем решењу спора у року од шест месеци од обавештавања о донетој одлуци. Уколико они не постигну договор, мишљење Саветодавне комисије постаје обавезујуће. Порески обвезник мора прихватити одлуку како би га обавезивала при том задржавајући право жалбе националним судовима. Новина у Директиви тиче се обавезе објављивања извода из одлуке која садржи опис коришћеног арбитражног метода, у одсуству сагласности за пуно објављивање специфичне одлуке.

Имајући у виду да Арбитражна конвенција има статус мултилатералног међународног уговора очекује се да ће Директива о механизмима решавања спорова у ЕУ имати јачу правну снагу уз допуштање улоге Европског суда правде у спорним случајевима. У зависности од држава које су укључене у порески спор, случај може бити подобан за арбитражу и на основу BEPS Мултилатералне конвенције и на основу Директиве ЕУ. Међутим, Директива ће имати предност и окончаће се сваки покренути арбитражни поступак на основу Мултилатералне конвенције ако је спор привукао пажњу надлежних органа у складу са одредбама Директиве.

15 Tereza Rogić Lugarić, Alma Yasin, „O alternativnom rješavanju sporova u poreznom pravu“, *Porezni vjesnik*, 3/2016, 31.

V Закључак

Интернационализација пословања, између осталог, има за последицу појаву међународног двоструког опорезивања. Његово отклањање, путем закључивања пореских споразума, може водити различитим споровима између пореских обвезника и надлежних пореских власти. У међународном пореском праву примењују се поступак заједничког договорања и арбитража као његова допуна и саставни део. Постоје знаци да се традиционални методи решавања спорова по основу пореских споразума налазе данас у транзицији. Инсистирање на обавезној арбитражи као и увођење других алтернативних метода решавања међународних пореских спорова изискују пажљиво испитивање и регулативу али и спремност држава да се стварно придржавају међународно прихваћених обавеза у овом домену, имајући у виду широку примену BEPS регулативе и њен утицај на пословање мултинационалних компанија.

Mileva ANĐELKOVIĆ, PhD

Professor at University of Niš, Faculty of Law

ARBITRATION IN INTERNATIONAL TAX LAW

Summary

The author gives the brief review of the novelties in the domain of international tax dispute resolution. Disputable situations which arise from international tax dispute are traditionally subject to mutual agreement procedure and arbitration as its component part. These international mechanisms have not proven themselves as effective in avoiding international double taxation. With the aim of removing this phenomenon member states of the OECD are intensifying their activities in introducing mandatory binding arbitration for the purpose of resolving international tax disputes. The article focuses on changes in BEPS Action 14 and 15 and provisions in the latest Directive on tax dispute resolution mechanisms in the European Union which supplements the EU Arbitration Convention.

Keywords: *double taxation, international tax disputes, mutual agreement procedure, mandatory binding arbitration.*

Ана МИЛАДИНОВИЋ*

МЕХАНИЗМИ ЗА РЕШАВАЊЕ ДОМАЋИХ ПОРЕСКИХ СПОРОВА

Резиме

На самом почетку, за потребе овог рада, ауторка дефинише појам домаћих пореских спорова. Затим указује на механизме који су у нашем правном систему доступни пореским обвезницима за решавање домаћих пореских спорова. У нашем праву не постоји могућност решавања домаћих пореских спорова путем арбитраже, као ни алтернативним начинима решавања спорова. Ауторка указује на постојање разлике у правном положају пореских обвезника у вези са механизмима за решавање пореских спорова, која се огледа у томе што су одређени механизми за решавање пореских спорова доступни само одређеној категорији обвезника. Посебан део рада посвећен је систему пореских арбитражних судова који сунадлежни за решавање домаћих пореских спорова у Португалији, који представљају алтернативу постојећем судском начину решавања пореских спорова, а који је уведен 2011. године са циљем унапређења ефикасности решавања спорова у вези са опорезивањем. Имајући у виду постојање потребе за убрзањем и унапређењем ефикасности решавања домаћих пореских спорова и позитивна искуства Португалије у вези са системом пореских арбитражних судова, сматрамо да би наш законодавац требало да размотри могућност увођења сличног решења у наш правни систем.

Кључне речи: *порескоправни однос, домаћи порески спор, механизми за решавање домаћих пореских спорова, порески арбитражни суд.*

I Појам домаћег пореског спора

Дефинисањем појма сукоба (конфликта¹, спора) бавиле су се бројне научне дисциплине укључујући и правну науку.

* Студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

Поједини аутори истичу као најутицајнију у домаћој процесној литератури Познићеву дефиницију спора као појма материјалног права према којој је спор неслагање два субјекта о субјективном праву које једно лице истиче према другом.²

Полазећи од наведене дефиниције, за потребе овог рада, домаћи порески спор ћемо дефинисати као неслагање пореског органа и пореског обвезника о субјективном праву које порески орган истиче према пореском обвезнику уконкретном порескоправном односу који је у искључивој пореској надлежности Републике Србије и у коме не постоји елемент иностраности.

Појам порескоправног односа, у домаћој теорији пореског права, дефинисан је у ширем смислу и у оквиру тог појма могу се разликовати: порески имовински однос (који представља порескоправни однос у ужем смислу) и порески управни однос.³

Порескоправни однос у ширем смислу представља јавноправни однос између две одређене стране, на основу кога је једна страна (порески поверилац) овлашћена да од друге стране (пореског дужника) тражи одређено давање, чињење, нечињење или трпљење, а друга страна је дужна да то испуни, па са становишта повериоца порескоправни однос представља порески захтев (у ужем смислу), а са становишта дужника, он значи пореску обавезу. Порескоправни однос представља скуп права и обавеза које имају стране у њему, које се заснивају на закону, па из тог разлога представља однос јавног, а не приватног права.⁴

Порески имовински однос (порескоправни однос у ужем смислу) представља најзначајнију компоненту порескоправног односа у ширем смислу и садржи све имовинскоправне односе (захтеве и кореспондирајуће обавезе који су усмерени на обавезу давања) између пореских поверилаца и пореских дужника који су утврђени у пореским законима, док се порески управни однос дефинише као правно уређен друштвени однос, у који један субјекат – Пореска управа – ступа са физичким и правним лицима – пореским дужницима, који настаје управним радом тј. правно регулисаном активношћу вршења државне власти у

1 Појам конфликт (сукоб, спор) води порекло од латинске речи *conflictare* која значи ударати што о што, борити се, вид. Братољуб Клаић, *Ријечник страних ријечи*, Загреб, 1984.

2 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, 3. издање, Београд, 2010, 196.

3 Дејан Поповић, *Пореско право*, 13. измењено издање, Београд, 2016, 99.

4 Д. Поповић, 98-99.

процесу примене пореских прописа на појединачне ситуације, активношћу која се исказује кроз издавање управних аката и предузимање управних радњи.⁵

Однос између пореске администрације и пореских обвезника традиционално се схвата као однос који се заснива на остварењу пореске моћи или власти над опорезивањем, која је утемељена у закону, при чему је држава у надређеном положају који се не може упоредити са положајем повериоца у неком приватноправном односу. Странке у порескоправном односу нису равноправни учесници,⁶ јер порески орган представља државу и има право да захтева испуњење пореских обавеза, које су обвезници дужни да испуне на начин и у време како је прописано законом.⁷ Сматрамо да је овакво схватање порескоправног односа утицало на опредељење нашег законодавца приликом уређивања механизма за контролу законитости рада пореских органа.

II Механизми за контролу законитости рада пореских органа и решавање спорова из порескоправних односа који су у пореској надлежности Републике Србије

Механизми који су у нашем позитивном праву прописани у циљу омогућавања контроле законитости рада пореских органа и заштите права пореских обвезника истовремено представљају механизме за решавање спорова из порескоправних односа који су у пореској надлежности Републике Србије, како оних у којима не постоји елемент иностраности, тако и оних у којима тај елемент постоји. С обзиром на тему рада, на овом месту само напомињемо да се за решавање пореских спорова из порескоправних односа са елементом иностраности (тзв. међународних пореских спорова) могу користити и механизми уређени међународним-споразумима, али се њиховом детаљнијом анализом у овом раду нећемо бавити.

У нашем позитивном праву могућа је управно-судска контрола законитости рада пореских органа. Порески обвезник који сматра да је

5 Д. Поповић, 109. и 160.

6 Наташа Зунић Ковачевић, „Управносудска контрола у порезним стварима“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, год.53, 1/2016, 287-288; Д. Поповић, 110.

7 Снежана Стојановић, „Другачији однос између пореске управе и пореских обвезника: хоризонтални мониторинг у Холандији“, *Мегатренд ревија*, Vol.13, No 2, 2016, 204; Овакво схватање произилази из немачке јавноправне доктрине 19. века, вид. Н. Зунић Ковачевић, 287-288.

порески орган (управним актом или радњом, односно непоступањем) у конкретном порескоправном односуповредио неко његово право или на закону заснован интерес, због чега постоји спор између њега и пореског органа, може користити законом прописана правна средства са циљем провере законитости рада пореског органа и решавања спорног односа који постоји између њих.

Порески поступак за утврђивање, наплату и контролу јавних прихода у Републици Србији уређен је као двостепени управни поступак. Вођење првостепеног пореског поступка и доношење првостепених пореских аката у надлежности је Пореске управе, односно органа јединица локалне самоуправе. Одлучивање о жалби против пореског управног акта којим је одлучено о појединачним правима и обавезама из порескоправног односа, као и о жалби у случају када по захтеву пореског обвезника за доношење пореског управног акта решење није донето у прописаном року у надлежности је посебне организационе јединице Министарства финансија Републике Србије – Сектора за другостепени порески и царински поступак.

Судска контрола законитости рада пореских органа може бити: 1) посредна (општа), коју врше редовни судови (нпр. у парничном и кривичном поступку) и Уставни суд (нпр. поводом уставне жалбе) и 2) непосредна (посебна), коју врши суд посебне надлежности – Управни суд у управном спору.⁸

Међутим, законом није прописана могућност слободног избора од стране пореских обвезника између покретања другостепеног пореског поступка као механизма управне контроле и управног спора као механизма судске контроле законитости рада пореских органа. Могућност покретања управног спора условљена је доношењем коначног пореског акта у другостепеном пореском поступку или да о поднетој жалби није донета одлука од стране другостепеног пореског органа у законском року.

Законом о Уставном суду („Сл. гласник РС“, бр. 109/07, ..103/15 и 40/15 – др.закон) прописано је да се уставна жалба може изјавити против појединачног аката или радње државног органа или организације којој је

8 Дејан Миленковић, Александар Марићевић, „Заштита права грађана пред Управним судом“, Водич за грађане, Београд, 2013, 12-14, доступно на: <http://www.up.sud.rs/uploads/brochures/documents/1376925088~~Zastita%20prava%20gradjana%20pred%20Upravnim%20sudom.pdf>, 18.04.2018.

поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.⁹ Из ове законске одредбе произилази да се уставна жалба као механизам контроле законитости рада пореских органа може изјавити тек након што су искоришћена друга правна средства која су предвиђена за заштиту права пореских обвезника.

Као наднационално процесноправно средство за заштиту људских права зајемчених Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода¹⁰ и пратећим протоколима, сваком пореском обвезнику – физичком лицу, без обзира на његово држављанство или правном лицу, које тврди да је жртва повреде права установљених овом Конвенцијом или протоколима (нпр. права на суђење у разумном року које може бити повређено због дужине трајања управног и судског поступка и др.), која је учињена од стране Републике Србије стоји на располагању могућност подношења представке Европском суду за људска права у Стразбуру на основу које може бити покренут индивидуални спор, под условом, да су исцрпљени сви унутрашњи правни лекови у том предмету, у складу са општепризнатим начелима међународног права и да је представка поднета у року од четири месеца од дана када је поводом тог предмета донета правоснажна одлука.¹¹

Указујемо да у позитивном праву Републике Србије није прописана могућност решавања домаћих пореских спорова путем арбитраже и алтернативним начинима решавања спорова.¹²

Наиме, одредбом члана 3. став 4. Закона о посредовању у решавању спорова („Сл. гласник РС“, бр. 55/14) изричито је прописано да се одредбе тог закона не примењују на решавање спорних односа у вези са утврђивањем и наплатом јавних прихода.

9 члан 82. Закона о Уставном суду, *Сл. гласник РС*, бр. 109/07, ...103/15 и 40/15 – др.закон.

10 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом бр. 11, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, ...10/15 – др. пропис, чл.34. и 35.

11 Весна Ђорић Ерић, Однос Европског суда правде и Европског суда за људска права, докторска дисертација, Београд, 2013, 205-207.

12 Поједини аутори у домаћој правној теорији у алтернативне начине решавања спорова тј.у основне алтернативе судском поступку убрајају: медијацију, преговоре и мирење (концилијација), видети: Моника Милошевић, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Београд, 2014, 17.

Арбитражно решавање спорова без страног елемента (унутрашња арбитража) и спорова са страним елементом (међународна арбитража) у нашем позитивном праву уређено је Законом о арбитражи („Сл. гласник РС“, бр. 46/06). Према одредбама члана 2. ст. 2. и 3. Закона о арбитражи, примену одредаба овог закона странке не могу искључити и морају их поштовати када је место арбитраже у Републици Србији, док странке могу другачије предвидети када је у питању међународна арбитража. У погледу примене међународних уговора, чланом 8. Закона о арбитражи изричито је прописано да примена тог закона не утиче на примену ратификованог међународног уговора. Подобност спора за арбитражу (арбитрабилност) уређена је чланом 5. Закона о арбитражи. Одредбама члана 5. ст. 2. и 3. тог закона, прописано је да свако физичко и правно лице може да уговори арбитражу, укључујући и државу, њене органе, установе и предузећа у којима она има својинско учешће, уколико има способност да буде странка у поступку, у складу са одредбама закона који уређује парнични поступак. Одредбом члана 5. став 1. Закона о арбитражи, прописано је да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.

Према нашем мишљењу, ако се има у виду да се арбитража уговара између странака које могу слободно да располажу својим захтевима, на једној страни и положај пореских органа, као учесника у односу јавног права, који имају субјективно право, али и законску обавезу да утврђују и наплаћују порез,¹³ на другој страни, из чега произилази да порески органи не могу слободно да располажу правом на наплату пореза,¹⁴ може се

13 Према одредбама члана 4. ст. 1. и 2. Закона о пореском поступку и пореској администрацији - ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02,...15/16 и 108/16, Пореска управа је дужна да остварује сва права и обавезе из порескоправног односа у складу са законом, а у случајевима када је овлашћена да делује на основу дискреционих овлашћења, дужна је да делује у складу са сврхом тих овлашћења и у оквиру закона. Из одредаба члана 2а ст. 1. и 2. ЗППА произилази да ове обавезе имају и надлежни органи јединица локалне самоуправе у поступку утврђивања, наплате и контроле изворних јавних прихода. На основу ових законских одредаба, можемо закључити да порески органи у Републици Србији, поред законом прописаног субјективног права на наплату јавних прихода, истовремено имају и „дужност да остварују сва права и обавезе из порескоправног односа у складу са законом“ тј. имају и обавезу да утврђују и наплаћују јавне приходе. Исто важи и у пореском праву Републике Хрватске, вид. Н. Зунић Ковачевић, 288.

14 У правној теорији се истиче да се правно значење начела законитости пореза тј. правила да се опорезивање може вршити само на основу закона огледа у уважавању неколико захтева,

закључити да према нашем позитивном правупорески органи не могу да уговарају арбитражни начин решавања пореских спорова из пореско-правних односа у којима не постоји елемент иностраности.

Може се поставити питање односа института отписа пореза и споредних пореских давања и одлагања плаћања дугованог пореза, који су уређени у нашем позитивном пореском праву и начела законитости у пореском праву тј. недопуштености споразума између пореске администрације и пореског обвезника у погледу висине пореске обавезе.

С обзиром да се институт отписа пореза и споредних пореских давања примењује у случајевима који су тачно одређени у закону и спроводи у форми одлуке Владе о делимичном или потпуном отпису пореза и споредних пореских давања, осим доприноса за обавезно социјално осигурање и решења Пореске управе о отпису дуга по основу пореза и споредних пореских давања (када су претходно, у сваком конкретном случају, испуњени услови који су прописани законом),¹⁵ код овог института не може бити речи о споразуму између пореске администрације и пореског обвезника, нити о слободном располагању пореским захтевом од стране пореских органа.

Дилема у вези са наведеним питањем посебно се може јавити код института одлагања плаћања дугованог пореза из разлога што се тај институт може реализовати изакључивањем споразума између Пореске управе и конкретног пореског обвезника. Указујемо да се у домаћој правној теорији наглашава да тај споразум не подразумева договор између пореске администрације и пореског обвезника о висини пореског дуга и

од којих један представља захтев да нису допуштени споразуми између пореске администрације и пореског обвезника у погледу висине пореске обавезе, вид. Д. Поповић, 42-43. и 46.

- 15 Према одредбама ЗППА, члан 115. ст. 1. до 3, Влада може, на предлог министра (а у случају отписа који се односи на изворне јавне приходе уз претходну сагласност јединице локалне самоуправе), донети одлуку о делимичном или потпуном отпису пореза и споредних пореских давања, осим доприноса за обавезно социјално осигурање, пореског обвезника који се продаје у поступку приватизације, односно који је у поступку реструктурирања и пореског обвезника код којег је промењена власничка структура, по основу преузетих уговорних обавеза од стране Републике. Одредбом члана 115. ст. 4. ЗППА прописано је да Пореска управа решењем отписује дуг по основу пореза и споредних пореских давања када се стекну услови из члана 22. ст. 2. и 4. овог закона (ако оставилац нема наследника или се ниједан од наследника не прихвати наследства и ако имовина пословно неспособног физичког лица или одсутног физичког лица коме се не зна пребивалиште није довољна да се намири дуг по основу пореза и споредних пореских давања, када се отписује ненамирени део дуга), као и у другим случајевима прописаним законом.

не представља нарушавање начела законитости, већ се одлагање плаћања дугованог пореза допушта само оном пореском обвезнику који испуни услове, прецизиране одговарајућом Уредбом Владе Републике Србије.¹⁶ Овај институт не представља пореску олакшицу, јер порески обвезник није ослобођен од плаћања пореза, нити му се умањује обрачунати порез, већ представља погодност за пореског обвезника, јер се он налази у погоднијем преском положају пошто своју пореску обавезу може да измирује у дужем временском периоду.¹⁷ Према томе, Пореска управа закључујући овакав споразум са пореским обвезником који испуњава услове прописане Уредбом о ближим условима за одлагање плаћања пореског дуга („Сл. гласник РС“, бр. 53/03,.. и 71/05) не врши слободно располагање пореским захтевом који има према пореском обвезнику.

Поред до сада наведеног у вези са питањем арбитрабилности, указујемо да из одредаба ратификованог Споразума између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања¹⁸ који је део нашег позитивног права, којим су регулисани механизми за решавање инвестиционих спорова (који могу бити и спорови у вези са опорезивањем), између Републике Србије и канадских улагача који изврше улагање на територији Републике Србије, произилази да, уколико су испуњени претходни услови предвиђени овим споразумом за подношење тужбе арбитражи од стране улагача, Република Србија мора пристати на захтев за арбитражу који упути улагач. Уколико се не испуне претходни услови за подношење тужбе арбитражи, пристанак на арбитражу који су стране уговорнице дале потписивањем овог споразума се поништава.

Сматрамо да овакво решење указује на постојање неравноправног положаја између канадских и домаћих улагача, који се огледа у чињењу доступним страним инвеститорима по основу овог споразума још неких механизма за контролу законитости рада домаћих пореских органа и решавање спорова у вези са опорезивањем, које домаћи инвеститорине могу да користе.

16 Гордана Илић - Попов, „Одлагање плаћања пореског дуга у српском пореском систему“, *Право и привреда*, 7-9/2017, 642.

17 Г. Илић - Попов, 644-645.

18 Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања, *Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори*, бр. 8/15; Указујемо да Републике Србија тренутно примењује око 20 оваквих међудржавних споразума, али с обзиром да у већини ових споразума није изричито уговорено да се повреда споразума у вези улагања од уговорне стране на чијој територији је извршено улагање може односити и на питања опорезивања, на њих у раду нисмо посебно указали

Из наведеног произилази да домаћи инвеститор у случају настанка спора са домаћим пореским органом из порескоправног односа у коме не постоји елемент иностраности нема могућност да са тим пореским органом уговори арбитражни начин решавања тог спора, већ искључиво може да користи механизме управно – судске заштите у оквиру домаћег правног система и наднационално процесноправно средство за заштиту људских права зајемчених Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и пратећим протоколима у поступку пред Европским судом за људска права.

Поједини домаћи аутори с правом указују да би заштиту и подстицање улагања између две државе, као циљ међудржавних споразума о заштити улагања које примењује Република Србија, требало схватити као пружање додатне сигурности улагачима, али не као стицање нових права која иначе нису загарантована домаћим законима.¹⁹

III Систем пореских арбитражних судова у Португалији

Седамдесетих и осамдесетих година 20. века у низу европских и других држава десиле су се промене у дотадашњем приступу опорезивању,²⁰ промењен је однос између пореске администрације и пореских обвезника, од концепта који се заснива на моћи и сили и праву опорезивања које се даје власти ка концепту који се заснива на новом и квалитетнијем односу чији темељи су у коректном приступу, који произилази из добровољности на страни пореских обвезника,²¹ што је, између осталог, довело и до увођења правних института с циљем смиривања затегнутости и решавања спорова у што је могуће ранијој фази.²²

Међу механизмима који су пореским обвезницима доступни за решавање пореских спорова у упоредном праву, на основу својих карактеристика издваја се систем пореских арбитражних судова који је у португалско право уведен 2011. године, посебним законом.²³ Тим посебним законом уређени су надлежност, начин оснивања и рад, дејство одлука пореских арбитражних судова, правни лекови који се могу поднети на

19 Светислав Костић, *Забрана дискриминације у међународном опорезивању дохотка и имовине*, докторска дисертација, Београд, 2014, 118.

20 Тереза Рогоћ Лугарић, Невиа Чичин-Шаин, „Алтернативно решавање спорова у порезном праву: утопија или рјешење?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 64(3), 2014, 347-348.

21 Н. Зунџић Ковачевић, 287-288.

22 Т. Рогоћ Лугарић, Н. Чичин-Шаин, 347-348.

23 Tax Arbitration Law, Decree Law No. 10/2011, 20.01.2011.

одлуке те арбитраже и др.²⁴ У надлежности ове пореске арбитраже је решавање домаћих пореских спорова тј. спорова између португалских пореских власти и обвезника, независно од тога да ли су обвезници физичка или правна лица, резиденти или нерезиденти.²⁵ Дакле, учесници у поступку су држава тј. порески орган и порески обвезник.

Порески арбитражни суд није део система редовних и управних судова у Португалији, већ је у закону којим је основан дефинисан као алтернативни облик судског решавања спорова у области опорезивања и он примењује посебне арбитражне технике за решавање спорова између пореских обвезника и пореских органа. Важна одлика пореских арбитражних судова је да представљају тела јавног права, код којих особина алтернативности произилази из тога што тужиоци (најчешће порески обвезници) имају могућност да изаберу да се у циљу решавања спора обрате управном суду или овој арбитражи. Јако је важно да је ово право пореског обвезника уређено прописима и да је као такво доступно сваком обвезнику у споровима који спадају у надлежност пореског арбитражног суда, тако да не зависи од претходног изражавања воље странака да спор повере арбитражи.²⁶

Уколико порески обвезник упути тужбу пореском арбитражном суду, тужени – порески орган не може да оспори надлежност пореског арбитражног суда, али према португалском закону, подношење захтева за оснивање арбитражног суда искључује право пореског обвезника да истим аргументима побија одлуку пореског органа пред управним судом. Арбитражна одлука о меритуму обавезује и порески орган, па пореска арбитража није само додатно правно средство које стоји на располагању обвезнику, него представља стварну алтернативу традиционалном судском поступку.²⁷

Према подацима који су доступни у иностраној литератури, порески арбитражни судови доносе одлуке примењујући исти правни оквир као и порески судови. У многим случајевима морали су да тумаче и примењују домаће прописе у светлу права ЕУ, као и пореских споразума. У прве три

24 Н. Зунић Ковачевић, 290.

25 Francisco de Sousa da Câmara, „Arbitration as a Means of Resolving Tax Disputes“, *European Taxation*, 2014, 495, доступно на: https://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Outras_Publicacoes/2014/Portugal_-_Arbitration_as_a_Means_of_Resolving_Tax_Disputes_European_Taxation.pdf, 18.04.2018.

26 Н. Зунић Ковачевић, 290-292.

27 Н. Зунић Ковачевић, 293.

године након почетка рада пореских арбитражних судова обвезници су се определили за тај начин решавања спорова просечно у 917 пореска спора и број предмета се повећавао из године у годину у току тог периода. Порески арбитражни судови су одлучивали у бројним случајевима у вези са чисто домаћим пореским стварима, али и у неким случајевима са елементом иностраности. Спорови су се односили на следећа пореска питања: утађену капитализацију, трансферне цене, пореске групе, нека питања у вези са ПДВ-ом, акцизе, питања резидентства, порезе на непокретну имовину итд.²⁸

Састав пореских арбитражних судова може чинити арбитар појединац или панел од три арбитра. Обвезници имају могућност да иницирају арбитражу бирајући одређено лице за арбитра. У том случају друго арбитра бира пореска власт, док трећег арбитра споразумно бирају обе стране. Као алтернатива, ако стране не постигну споразум, трећег арбитра бира Етички комитет Центра за управну арбитражу. Уколико вредност предмета спора прелази 60.000 евра или обвезник изабере да постави арбитра, арбитражни суд се формира као панел од три арбитра. У осталим случајевима спор решава арбитар појединац, који се бира за потребе сваког конкретног случаја од стране Етичког комитета Центра за управну арбитражу са листе одобрених арбитра Центра за управну арбитражу.²⁹

Сматрамо да је важно указати на услове које лице заинтересовано да буде изабрано за арбитра мора испуњавати. Захтева се да та лица, поред тога што треба да имају доказан „технички капацитет“ и да су у питању моралне личности, треба да буду: 1) примарно правници, са најмање 10 година доказаног искуства у пореском праву, које је значајно, као јавни службеници, судије, адвокати, консултанти, правни консултанти, научни радници или истраживачи или да имају релевантни научни рад из области пореског права или 2) лица са дипломом економисте или менаџера (они могу да буду бирани за арбитра, али не и за председавајућег), у стварима које захтевају специјализовано знање у области изван права или 3) пензионисане судије које обезбеде изјаву да се одричу свог статуса пензионера или да захтевају привремену обуставу таквог статуса. Листа арбитра се припрема у сагласности са експертизом о арбитрама како би били изабрани на алеаторној основи уз помоћ од компјутерског програма. Председавајући мора бити: 1) бивши судија из пореских судова

28 F. de Sousa da Câmara, 491. и 496.

29 F. de Sousa da Câmara, 499. и 500.

(или неко ко има мастер диплому из области опорезивања) за спорове код којих је вредност предмета спора до 500.000 евра и 2) бивши судија из пореских судова или особа која има докторат из области опорезивања, у предметима чија је вредност спора 1.000.000 евра или више. Случајеви у којима вредност спора прелази 10.000.000 евра не могу бити поднети на одлучивање пореским арбитражним судовима.³⁰

Постоји неколико могућих сметњи за избор арбитра. Заинтересовано лице не може бити изабрано за арбитра ако је, у претходне две године, било: 1) службеник, запослени или агент пореске администрације, члан органа управљања привредних друштава, запослени, адвокат или ревизор или консултат обвезника који је страна у поступку или субјект у односу контроле са релевантним обвезником, како је дефинисано Законом о компанијама или особа или субјект који има интерес да захтев успе или 2) запослени, сарадник, члан, или партнер било ког субјекта који је обезбеђивао ревизију, консултантске услуге или правне услуге или правне савете обвезнику. Поред тога, експлицитно се захтева да изабрани арбитра мора да одбије да учествује у било којим околностима које разумно могу захтевати сумњу у вези са његовом непристрасношћу и независношћу.³¹

Као главни разлог за увођење система пореских арбитражних судова у правни систем Португалије, у страној литератури се истиче постојање потребе за убрзањем одлучивања и смањењем оптерећења судова. Главни циљ је био да се постигне да се одлука доноси у року од шест месеци од формирања пореског арбитражног суда и тај циљ је постигнут. Међу другим разлозима који су допринели ефикасности овог института, поједини аутори наводе високу стручност арбитра, не само у односу на процедурална, него и у односу на суштинска питања, као и да је арбитражна одлука обавезујућа и да по правилу не постоји право на правни лек против те одлуке. У вези са немогућношћу коришћења правних лекова постоје два изузетка: 1) жалба која се подноси Врховном арбитражном суду када је одлука пореског арбитражног суда супротна с ранијом одлуком донетом од стране Врховног управног суда или Централног управног суда, под условом да су у питању исте основне тачке закона и 2) жалба Уставном суду када одлука пореског арбитражног суда одбија примену одредбе по основу да је неуставна или примењује не-

30 F. de Sousa da Câmara, 499. и 500.

31 F. de Sousa da Câmara, 500.

ставну одредбу чијепитање неуставностије било покренуто у току поступка.³²

Поред могућности изјављивања жалбе у наведеним случајевима, постоји још једна могућност за преиспитивање законитости одлуке пореског арбтражног суда, која може да доведе до укидања одлуке. Стране у спору могу да оспоре одлуку пред Центром за управну арбитражуистичући да недостаје навођење фактичког и правног основаза одлуку, да постоји противречност у основу за одлуку и др. и да захтевају да он преиспита законитост те одлуке.³³

IV Закључна разматрања

Механизми управно – судске заштите који су уређени у нашем позитивном праву нису довољно ефикасни. Важећа законска решења најчешће доводе до вишегодишњег трајања управног поступка и управног спора из области опорезивања до доношења коначне одлуке, као и до великих трошкова. Напомињемо да је из угла пореских обвезника, веома значајна законска одредба према којој жалба не одлаже извршење пореског управног акта.³⁴ То фактички значи да ће након достављања пореског решења којим је утврђена пореска обавеза, порески органи наплатити износ пореза који је утврђен у том решењу, а да онда пореском обвезнику предстоји ангажовање да применом расположивих механизма за контролу законитости рада пореских органа заштити своја права и након неколико година евентуално оствари повраћај укупног или дела плаћеног пореза.

Поред тога, уочава се разлика у правном положају пореских обвезника у вези са механизмима за решавање пореских спорова који су им доступни, која се огледа у томе што су одређени механизми за решавање пореских спорова доступни само одређеној категорији обвезника.

Сматрамо да све ово довољно говори о правном положају пореских обвезника, да постоји потреба да се унапредиефикасност постојећих механизма за решавање пореских спорова из порескоправних односа који су у надлежности домаћих пореских органа, али и да је потребно да законодавац размотри могућностза увођење у наше право још неких механизма за решавање пореских спорова, пре свега пореске арбитраже.

32 F. de Sousa da Câmara, 502. и 503.

33 F. de Sousa da Câmara, 504. и 504.

34 ЗППА, члан 147. став 1.

Реализација овакве идеје захтевала би опредељење нашег законодавца за арбитрабилност домаћих пореских спорова. С обзиром на то да би једна од странака у поступку арбитражног решавања спорова требало да буде држава тј. порески органи, сматрамо да институт арбитражног начина решавања спорова који се примењује у решавању спорова из пословних односа у привреди не би био одговарајући избор.

Чини нам се да би већој ефикасности у решавању пореских спорова, а самим тим и унапређењу заштите права пореских обвезника који су стране у домаћим пореским споровима могло да допринесе увођење института пореског арбитражног суда (по узору на систем пореских арбитражних судова у Португалији), у чијој би надлежности било решавање домаћих пореских спорова, који би био основан од стране државе (посебним законом или изменама важећег Закона о арбитражи), при чему би увођење поступка пред пореским арбитражним судом представљало алтернативу постојећој судској заштити у управном спору и заснивање надлежности те арбитраже искључивало би увођење управног спора у истом предмету, а право на избор између та два механизма било би препуштено обвезницима (порески органи би морали да прихвате надлежност тог пореског арбитражног суда ако се за њега определи порески обвезник), уз одређивање рока у коме би морале да се доносе одлуке које би требало да буду уређене као правно обавезујуће за странке и уз прописивање могућност коришћења ванредног правног лека у одређеним случајевима. Такође, сматрамо да би требало ограничити надлежности те арбитраже самога пореске спорове до одређене висине предмета спора.

Поверење странака у арбитражни начин решавања спорова зависи од ефикасности арбитраже, а ефикасност арбитраже у великој мери зависи од стручности и угледа њених арбитра.

Због чињенице да у пореским споровима постоји сукоб између пореског органа и пореског обвезника поводом субјективног права пореског органа и да наплата пореза представља јавни интерес, сматрамо да приликом разматрања могућности увођења института пореског арбитражног суда у наш правни систем велики значај морају имати одговори на питања - ко би били арбитражи таквог пореског арбитражног суда? Које услове би морало да испуњава неко лице да би било изабрано за арбитра? Којој институцији би требало поверити избор арбитра из редова заинтересованих лица и састављање Листе арбитра? Да ли би Република Србија имала довољан број квалификованих, непристрасних и независних стручњака из области пореског права који би били заинтересовани да

обављају функцију арбитра како би се омогућило заснивање надлежности такве арбитраже по захтевима свих заинтересованих пореских обвезника и како би се обезбедила ефикасност предложене врсте арбитраже?

Ana MILADINOVIĆ

PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

MECHANISMS FOR RESOLVING DOMESTIC TAX DISPUTES

Summary

At the beginning, for the purposes of this paper, the author defines the term domestic tax disputes. Then the author points to the mechanisms that are available in our legal system to taxpayers to solve domestic tax disputes. In our law there is no possibility of resolving domestic tax disputes by arbitration, nor by alternative forms of dispute resolution. The author points to the existence of differences in the legal position of taxpayers in connection with mechanisms for resolving tax disputes, which is reflected in the fact that certain mechanisms for resolving tax disputes are only available to certain categories of taxpayers. A special section is devoted to the tax arbitration court system which are competent for resolving domestic tax disputes in Portugal and which are alternative to the court process for resolving tax disputes, which was introduced in 2011 with the aim to improve the effectiveness of resolving tax disputes. Bearing in mind that there is a need to speed up and improve the effectiveness of resolving domestic tax disputes and the positive experiences of Portugal with the tax arbitration court system, we believe that our legislator should consider the possibility of introducing similar solution in our legal system.

Keywords: *tax law relationship, domestic tax dispute, mechanisms for resolving domestic tax disputes, tax arbitration court.*

ОПОРЕЗИВАЊЕ КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Резиме

Предмет овог рада је анализа пореза на капитални добитак који остварују физичка лица. Испитивањем домаћих законских решења, управне праксе и стране судске праксе примећујемо неколико системских проблема.

Указујемо да је правилима о утврђивању пореске основице доведено у питање начело законитости опорезивања, из чега проистичу штетне последице. Примећујемо да не постоје адекватни правни механизми наплате пореза од нерезидентних обвезника и предложено могућа решења тог проблема. Наглашавамо важност утврђивања времена настанка пореске обавезе и заступамо став да капиталне добитке треба опорезовати онда када су они реализовани. Скрећемо пажњу на то да је у закону погрешно употребљен институт захтева за повраћај пореза у ситуацији када се капитални добитак искористи за решавање стамбеног питања од 91. дана али до истека рока од 12 месеци од дана његовог остваривања, због чега се може десити да буџет буде оштећен. Анализа међународне судске праксе и искустава појединих држава је показала да је неопходно омогућити коришћење капиталних добитака за решавање стамбеног питања ван Републике. Истражујемо и могућности пореске евазије.

Кључне речи: *капитални добитак, порез на капитални добитак, пореска рефакција, пореска евазија.*

I Уводне напомене

Главна разлика између базичних концепата дохотка је у томе на који начин посматрају капитални добитак. Теорија извора (енг. *source*

* Мастер права, докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

theory) одређује доходак као збир чистих прихода који у одређеним временским интервалима притичу неком лицу из извора који гарантују њихов редован прилив. Нагласак је на „извору прихода“, који мора бити трајан.¹ Доходак схваћен на овај начин не укључује капиталне добитке, нити добитке на лутрији. Упоредноправно посматрано, теорија извора је усвојена у прописима о порезу на доходак у немачком, француском, италијанском и британском праву.² Према концепту чистог приноса (енг. *accreration theory*) доходак се дефинише као новчана вредност чистог повећања економске снаге лица у датом периоду. Према том концепту доходак представља збир потрошње и акумулације, односно принос који је лице остварило у пореској години и према њему су капитални добици део дохотка. Од великих правних система, овакав концепт је усвојен у САД-у.³

Пореско законодавство Србије намеће порез на доходак грађана на приходе из свих извора, изузев оних који су посебно изузети.⁴ То значи да је усвојен концепт чистог приноса и да капитални добици представљају део дохотка физичких лица. У домаћем законодавству важи режим опорезивања капиталних добитака, који су остварени од стране физичких лица која нису обвезници пореза на доходак грађана за приходе од самосталне делатности, односно који нису остварени у вези с обављањем делатности.⁵ То, међутим, не значи да капитални добици које остварују предузетници нису уопште предмет опорезивања. Уколико би се преносило право, чији је пренос уједно и редовна пословна делатност пореског обвезника (физичког лица које је регистровано као предузетник), онда такав пренос права није предмет опорезивања порезом на капитални добитак, већ порезом на приход од самосталне делатности.⁶ Специфичност преноса права којим се остварује капитални добитак је у томе што је реч о *ad hoc* преносу. Само у том случају ће и предузетник бити обвезник пореза на капитални добитак.

1 Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 260.

2 *Ibid.*

3 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 334.

4 Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, ...7/2017, чл. 2.

5 Д. Поповић (2016), 334.

6 *Ibid.*

II Опорезивање капиталних добитака у српском пореском праву

1. Одређивање капиталног добитка

Опорезивању капиталних добитака се, уобичајено, приступа само у случају када су они реализовани. Потребно је да дође до *располагања* имовином од стране пореског обвезника. Међутим, у појединим пореским системима (нпр. Нови Зеланд, САД, Шведска, Француска), *поједини* капитални добици се опорезују и онда када имовина није променила свог власника.⁷

Специфична ситуација је код бестеретног располагања (наслеђе и поклон) у смислу тренутка када се опорезивање врши. У том случају, доктрина препознаје три различита приступа. Први је стварање фикције као да је у *моменту смрти* дошло до промета уз накнаду. Други је принцип изузимања од опорезивања таквог капиталног добитка (енг. *basis step up*). Ако наследник или поклонопримац *даље располаже* правима полази се од претпоставке да је права стекао по тржишној цени на дан смрти *de cuius*, односно на дан стицања поклона. Трећи је принцип одлагања *до момента продаје* (енг. *carryover basis*). У том случају се као набавна цена узима она по којој је *de cuius*, односно поклонодавац, стекао право или имовину.⁸ Код принципа изузимања од опорезивања капиталних добитака у моменту смрти, истиче се замерка нарушавања начела хоризонталне правичности и стварања тзв. *lock in effect*. Порез се избегава ако се средство држи у власништву све до смрти и тиме се умањује мобилност капитала.⁹ Аргумент у прилог изузимању је тај што се код трансфера *mortis causa* већ плаћа порез на наслеђе, па би нови намет био „претеран“. Оптималан приступ опорезивања порезом на капитални добитак при бестеретном располагању је применом принципа одлагања. Тако се не пропушта опорезивање капиталног добитка који је акумулисан за живота *de cuius*, а истовремено се наследници ослобађају од обавезе да у моменту преузимања наследства морају одмах да плате и порез на наслеђе и порез на капитални добитак.¹⁰

7 V.Thuronyi, 265-266.

8 Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Open Society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute, Београд, 1997, 600-601.

9 *Ibid.*, 601.

10 *Ibid.*

У српском пореском систему, порез на капитални добитак физичких лица је један од цедуларних пореза који је регулисан у ЗПДГ-у. Из законске дефиниције капиталног добитка се може закључити да је српски законодавац усвојио систем опорезивања капиталних добитака приликом *располагања* имовином од стране пореског обвезника. Што се тиче приступа опорезивања код бестеретног располагања, до доношења Закона о изменама и допунама ЗПДГ-а од 21.12.2004., у српском пореском праву је био заступљен принцип одлагања пореске обавезе до момента када обвезник прода имовину стечену поклоном.¹¹ Почетком примене Закона о изменама и допунама ЗПДГ-а, 1.1.2005., уместо принципа одлагања пореске обавезе, у српско пореско право је уведен принцип изузимања. Тиме су пореским обвезницима-физичким лицима „отворена врата“ да у потпуности избегну порез на капиталне добитке.¹² Према сада важећем ЗПДГ-упоново се примењује принцип одлагања пореске обавезе.

Пореска стопа је пропорционална и износи 15%, а капитални добитак је изузет од опорезивања годишњим порезом на доходак грађана.¹³

2. Дефинисање пореског објекта

У српском пореском праву је примењен приступ, обрнут ономе који, на пример, важи у америчком пореском праву, па се само она средства која су изричито наведена у закону сматрају „капиталним средствима“, а њихово располагање „капиталним располагањем“.¹⁴ Према ЗПДГ-у капитални добитак, односно губитак представља разлику између продајне цене права, удела и хартија од вредности и њихове набавне цене, остварену преносом: 1) стварних права на непокретностима; 2) ауторских и сродних права и права индустријске својине; 3) удела у капиталу правних лица, акција и осталих хартија од вредности, укључујући и инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова (даље у текст: „капитална средства“).¹⁵

11 ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, чл. 75.

12 Вид. Светислав В.Костић, „Опорезивање капиталних добитака физичких лица остварених продајом имовине стечене поклоном“, *Правни живот*, бр.10/2006, 912.

13 ЗПДГ, чл. 77 и чл. 87.

14 Д. Поповић, Гордана Илић-Попов, „Опорезивање капиталних добитака привредних друштава од преноса акција уз накнаду“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2017, 6.

15 У циљу језгровитијег излагања, у наставку рада ћемо располагање овако одређених капиталних средстава означавати као „капитално располагање“.

Анализом пореског објекта се, најпре, може уочити да имовина, чијим се располагањем остварује капитални добитак, нису добра намењена личној потрошњи. У том погледу, као аргументе за неопорезивање капиталних добитака остварених располагањем нпр. аутомобилима, доктрина узима ограничене административне капацитете у земљама у развоју и онемогућавање обвезницима да личне губитке искористе за умањење добитака остварених приликом „капиталног“ располагања.¹⁶ Због губитка вредности тих добара услед употребе, дошло би до располагања уз губитак, који се онда може пребијати са добицима. Могла би се замислити апсурдна ситуација у којој се, непосредно пре продаје непокретности за коју обвезник зна да ће генерисати капитални добитак, масовно продају сви кућни уређаји и друга слична добра, како би се кроз пребијање губитака са добицима умањила пореска основица.

Из листе капиталних средстава је изостављена и опрема. То је зато што је обвезник физичко лице које не обавља самосталну делатност, па и не може да располаже опремом. Поред тога, практични административни разлози налажу да се стварна права на покретним телесним стварима не укључују у опорезиви круг.¹⁷

Са друге стране, могло би се заступати становиште да поједине покретне ствари имају велику материјалну вредност и да се њиховим располагањем може остварити капитални добитак. Пример за то би биле уметнине. Њихово опорезивање би подразумевало стварање регистра уметничких дела и њихових власника, а промет дозволити уз форму *ad solemnitatem*. Солементатном формом у виду јавнобележнички потврђене исправе, уз обавезу јавног бележника да такав уговор достави и Пореској управи, би се олакшала пореска контрола. Међутим, таква регистрација би подразумевала и задирање у сферу приватности обвезника, док се, са друге стране, јавља проблем утврђивања вредности тих добара.

3. Одређивање пореског обвезника

Закон о порезу на доходак грађана дефинише пореског обвезника само у једном ставу, и то чини на следећи начин: „Обвезник пореза на капитални добитак је свако физичко лице, укључујући и предузетника, које је извршило пренос права, удела и хартија од вредности из ст. 1. овог

16 Вид. Lee Burns, Richard Krever, “Taxation of income from business and investment”, *Tax Law Design and Drafting volume 2 Chapter 16* (ed. V. Thuronyi), International Monetary Fund, 1998, 64.

17 Д. Поповић (1997), 603.

члана.¹⁸ Лексичким тумачењем те норме се закључује да је обвезник и нерезидентно физичко лице. Општи је принцип да држава своје резиденте излаже неограниченој пореској обавези, а нерезиденте ограниченој пореској обавези.¹⁹ То значи да је нерезидентни обвезник дужан да порез плати на доходак који има извор на територији Србије. Питање је само механизма наплате пореза од нерезидента.

Тренутно решење српског пореског законодавства отежава наплату пореза на капитални добитак од нерезидента, јер ЗПДГ нема одредбу о супсидијерном јемству исплатиоца прихода, нити одредбу о порезу по одбитку. Порез на капитални добитак се, без изузетка, утврђује и плаћа по решењу Пореске управе.²⁰ То значи да је неопходно подношење пореске пријаве. Због тога је потпуно замислив сценарио да нерезидентно физичко лице на територији Републике, оствари капитални добитак, а одмах затим напусти Србију.

Супротна ситуација је другачија. Уколико резидент оствари капитални добитак продајом нпр. акција нерезидентне компаније, у одсуству другачије одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања, он је дужан да порез плати.²¹ Њему би евентуално био одобрен порески кредит у висини пореза на доходак плаћеног у држави нерезидентне компаније, али не више од износа који би се добио применом српских прописа на доходак остварен у тој држави.²²

Такво законско решење ставља резиденте у неповољнији положај у односу на нерезиденте, јер је наплата против резидената извесна и могућа. *De lege ferenda* би најефикасније решење било предвидети правило о порезу по одбитку. Исто тако, као могућност се појављује и прописивање супсидијерног јемства исплатиоца прихода (стицаоца капиталног средства).

4. Време настанка пореске обавезе

Порез на капитални добитак је непериодичан порез, па пореска обавеза настаје даном продаје, односно другог преноса уз накнаду капи-

18 ЗПДГ, чл. 72 ст. 3.

19 Вид. Arnold Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1997, 38-42.

20 ЗПДГ, чл. 100 тач. 2.

21 Љубиша Николић, „Опорезивање камата, дивиденди и капиталних добитака у вези са домаћим хартијама од вредности“, *Правни живот*, бр. 11/2008, 779.

22 ЗПДГ, чл. 12.

талних средстава.²³ Овде се поставља питање контекста у ком се посматра „продаја“, односно друго капитално располагање, тј. да ли на акте располагања треба гледати кроз призму грађанског или пореског права у смислу настанка пореске обавезе.

Обвезник који у току године изврши пренос права по основу којег може настати капитални добитак или капитални губитак, дужан је да поднесе пореску пријаву најкасније у року од 30 дана од: 1) дана када је остварио или започео остваривање прихода по основу преноса стварних права на непокретностима, ауторских и сродних права и права индустријске својине, као и удела у капиталу правних лица; 2) истека сваког календарског полугодишта у којем је извршен пренос хартија од вредности.²⁴ Тиме ЗПДГ изнова потврђује принцип опорезивања капиталних добитака приликом њихове реализације. Међутим, сматрамо да ЗПДГ не даје одговор на питање да ли је капитални добитак реализован када је приход остварен, или када је започето остваривање прихода.

Порескоправна доктрина је заузела становиште да је немогуће утврдити капитални добитак у моменту када вредност имовине „потенцијално“ порасте; нужно је сачекати моменат реализације. Тек реализацијом обвезник добија готовину из које може да подмири пореску обавезу.²⁵ Уколико као претпоставку за реализацију капиталног добитка узмемо *стицање готовине*, онда је капитални добитак настао у тренутку остваривања прихода, а не у тренутку започињања остваривања прихода. У супротном, ако порески обвезник поднесе пореску пријаву јер је располагао правом које може да генерише капитални добитак, а само је започео остваривање прихода, и Пореска управа му решењем утврди порески дуг на основу података из пореске пријаве, а обвезник цену не наплати, онда је ликвидност обвезника угрожена. Пример би био продаја непокретности када је обвезник наплатио само део цене. Имајући у виду начин на који ЗПДГ регулише питање подношења пореске пријаве, обвезник из описаног примера би морао да поднесе пореску пријаву у року од 30 дана од дана када је започео остваривање прихода по основу преноса стварног права на непокретности. У пореској пријави би се навела набавна цена непокретности, увећана за износ прописаног корективног елемента и њена уговорена продајна цена. Позитивна разлика између те две

23 Вид. Д. Поповић (2016), 336.

24 ЗПДГ, чл. 95, ст. 1.

25 Д. Поповић, Гордана Илић-Попов (2017), 9.

цене је капитални добитак, на који се плаћа порез на капитални добитак по стопи од 15%.

Капитални добитак подразумева акумулацију и увећање вредности капиталних средстава од момента њиховог стицања до момента располагања. Та временска компонента пореза на капитални добитак има утицаја и на правила о временском важењу закона. Пореска обавеза се утврђује на основу прописа који су били на снази у време њеног настанка, осим ако је, у складу с Уставом и законом, за поједине одредбе закона предвиђено да имају повратно дејство.²⁶ То значи да је за правилну примену материјалног права неопходно утврдити тренутак настанка пореске обавезе. Због тога се додатно наглашава потреба јасног уређивања питања подношења пореске пријаве по *реализацији* капиталног добитка.

Смаграмо да норма о подношењу пореске пријаве најкасније у року од 30 дана од дана када је обвезник *започео* остваривање прихода по основу преноса капиталних средстава, није потпуно доследна принципу опорезивања реализованих капиталних добитака. Капитално располагање би требало посматрати у порескоправном контексту, па би *de lege ferenda* моменат подношења пореске пријаве требало одредити у односу на тренутак остваривања добитка.

5. Поступак утврђивања пореске основице

Пореска основица зависи од тога на који начин се утврђују набавна и продајна цена капиталних средстава. Наше генерално опажање је да ЗПДГ врши повреду принципа законитости у овом домену. Најпре указујемо да се правно значење принципа законитости пореза огледа у уважавању следећих шест захтева: 1) само закон може бити извор пореског права; 2) нису допуштени споразуми између пореске администрације и пореског обвезника у погледу висине пореске обавезе; 3) тумачење; 4) аналогија; 5) недопуштеност ретроактивности; 6) одређеност пореза.²⁷ Приликом испитивања да ли правила о утврђивању пореске основице испуњавају принцип законитости, полазимо од наведених захтева.

ЗПДГ прописује да се у сврху одређивања капиталног добитка, у смислу тог закона, продајном ценом сматра уговорена цена, односно тржишна цена коју утврђује надлежни порески орган ако оцени да је уто-

26 Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, ... 108/2016, чл. 5 ст. 1.

27 Д. Поповић (2016), 42-65.

ворена цена нижа од тржишне.²⁸ Спорно је то што се као апозиција код одређивања капиталног добитка појављује синтагма „у смислу овог закона“. Да ли то значи да се физичком лицу коме је као продајна цена права „у смислу неког другог пореског закона“ прихваћена уговорена цена, она неће сматрати адекватном у смислу ЗПДГ-а? Та дилема је позната и у управној пракси. У једном случају је решењем Пореске управе утврђен порез на пренос апсолутних права, тако што је за основицу овог пореза прихваћена цена означена у уговору. Након тога, решењем истог пореског органа обвезнику је утврђена обавеза плаћања пореза на капитални добитак тако што је одређено да се за продајну цену права, за потребе пореза на капитални добитак, узима тржишна цена продатог удела коју је порески орган сам утврдио, јер је нашао да је уговорена цена нижа од тржишне. На тај начин је увећана разлика између набавне и продајне цене, а самим тим и пореска основица. Овај поступак је окончан пред Уставним судом, који је решења Пореске управе оценио као произвољне и арбитрерне, а спорне одлуке поништио, са образложењем да је обвезнику повређено право на правично суђење.²⁹

Тумачење, које је Пореска управа заузела у горенаведеном примеру, води изигравању смисла и функције норме која се примењује. Тиме је повређен принцип законитости у погледу захтева тумачења закона. Такође, принцип законитости је повређен и у погледу захтева аналогije, јер је Пореска управа ЗПДГ применила *contra ratio legis*. Циљ норме је да онемогући обвезнику да искаже нереално ниску продајну цену у уговору и тако избегне плаћање пореза, а не да овласти Пореску управу да закон тумачи без икаквих логичких и правних ограничења.

Други проблем представља утврђивање набавне цене права. ЗПДГ прописује да се за сврху одређивања капиталног добитка, у смислу овог закона, набавном ценом сматра цена по којој је обвезник стекао право, удео или хартију од вредности.³⁰ Остављајући овде по страни синтагму „у смислу овог закона“, указујемо на један суптилнији недостатак. Члан 74 став 8 ЗПДГ-а прописује да се набавна цена увећава годишњим индексом потрошачких цена од дана стицања до дана преноса, *према подацима републичког органа надлежног за послове статистике*. То значи да ЗПДГ

28 ЗПДГ, чл. 73, ст. 1.

29 Одлука Уставног суда Уж-3456/2013 од 6.10.2016, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016. Предмет поништавања су биле пресуде Управног суда, који је потврдио одлуке другостепеног пореског органа о одбијању жалбе пореског обвезника.

30 ЗПДГ, чл. 74, ст. 1.

уводи један корективни елемент за утврђивање набавне цене, али да у исто време не прописује вредности тог корективног елемента, нити оставља могућност да оне буду прописане подзаконским актом. ЗПДГ само упућује да се подаци о годишњем индексу потрошачких цена „преузимају“ од републичког органа надлежног за послове статистике. Тиме је ЗПДГ индиректно, заправо, препустио утврђивање набавне цене права, а самим тим и пореза, републичком органу који је надлежан за послове статистике.

Устав Србије у чл. 91 ст. 1 прописује да се средства из којих се финансирају надлежности Републике Србије, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе обезбеђују из пореза и других прихода *утврђених законом*. Произлази да се порез може уредити само законом. На тај начин се остварује правна сигурност грађана, њихових права и слобода, гаранција против самовоље власти, а на основу пореских закона, порески орган доноси управне акте у пореској материји.³¹ То не значи да је целокупно пореско право материја која је резервисана за законско уређивање,³² већ да у пореском закону мора бити прописано овлашћење и границе тог овлашћења за доношење подзаконског акта. Дискрециона овлашћења Пореске управе би, у супротном, била без граница. Члан 74 ЗПДГ такво овлашћење не предвиђа. Имајући то у виду, повређен је принцип законитости кроз неуважавање захтева да је закон извор пореског права. Такође, законитост чл. 74 ст. 8 ЗПДГ-а се може довести у питање и са аспекта одређености пореза. Порески закон треба да буде *lex certa*, да буде јасан и прецизан до те мере да сваки обвезник зна колика је његова пореска обавеза и да може самостално да је израчуна. Закон је нејасан ако не пружа поуздан и проверљив начин за утврђивање пореске основице.

Правило о увећању набавне цене годишњим индексом потрошачких цена није проблематично само са аспекта принципа законитости пореза. Замерка на рачун тог корективног елемента би се могла истаћи и са гледишта његове оправданости. Замислимо пример у којем је обвезник 2007. године купио акције по цени од 55.000,00 динара по акцији, а продао их почетком 2017. године по цени од 72.000,00 динара по акцији. Наизглед, обвезник је остварио (номинални) добитак у висини од 17.000,00 динара по акцији. Међутим, ако коефицијент којим се исказује

31 Г. Илић-Попов, „Порескоправни однос“, *Правни и рачуноводствени аспекти пореског саветовања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 31.

32 Вид. Д. Поповић (2016), 43.

раст цена на мало износи 1,974898,³³ онда је обвезникостварио (ефективни) губитак.

Продајна цена (72.000,00 динара)
– ревалоризована набавна цена (55.000,00 * 1,974898)

= -36.619,39 динара

Не само што у нашем примеру обвезник неће платити порез, већ ће остварити капитални губитак који може пребити са капиталним добитцима које оствари у наредним годинама. Због тога сматрамо да се *ratio legis* правила о увећању набавне цене може довести у питање.

6. Неке специфичности пореза на капитални добитак при одређивању пореских олакшица

а) Пореско ослобођење – ограничења и могућности злоупотребе

Право на пореско ослобођење је резервисано за обвезника који средства остварена продајом непокретности у року од 90 дана од дана продаје уложи у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице.³⁴ Ближи критеријуми за коришћење тог права уређени су актом министра за финансије.³⁵ Право на пореско ослобођење се остварује улагањем средстава од продаје непокретности у одговарајућу стамбену површину, према следећим критеријумима: 1) за самца - до 45m²; 2) за сваког наредног члана породичног домаћинства - још по 20 m².³⁶ Оно се утврђује решењем надлежног пореског органа на основу документације о решавању стамбеног питања, приложене уз пореску пријаву.³⁷

Прво ограничење права на пореско ослобођење је остваривање тог права сходно површини непокретности којом се стамбено питање решава. Лексичким тумачењем Правилника долази се до закључка да обвезник, који је самац, може да оствари то право само до вредности

33 Коефицијент је преузет из решења Пореске управе филијале „А“ Чукарица бр. 011-438-01-2/2017-Ј1А02 од 1.6.2017., којим се одлучује о томе да ли је обвезник остварио капитални добитак продајом акција.

34 ЗПДГ, чл. 79 ст. 1.

35 Правилник о критеријумима за остваривање права на ослобођење од плаћања пореза на капитални добитак – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 38/2001.

36 Правилник, чл. 3.

37 ЗПДГ, чл. 109 ст. 6.

45m² непокретности коју прибавља за решавање стамбеног питања. Уколико вредност оствареног капиталног добитка превазилази вредност тог ограничења, право на пореско ослобођење ће се признати обвезнику само до предвиђене границе, док ће за преостали износ „неискоришћеног“ капиталног добитка обвезник морати да плати порез. У интересу обвезника је да стамбено питање не реши само за себе, већ и за чланове породичног домаћинства, ако их има, и тако максимизује пореску олакшицу.

Друго ограничење права на пореско ослобођење односи се на следеће питање: да ли је могуће да се капитални добитак остварен продајом непокретности у Србији искористи за решавање стамбеног питања ван Србије? Иако ЗПДГ такав вид пореског планирања не забрањује, Министарство финансија заступа став да коришћење права на пореско ослобођење није допуштено, уколико се капитални добитак користи за куповину непокретности ван територије Србије.³⁸ Могуће да је један од разлога за овакав став Министарства финансија да се зарађени новац потроши у Србији. Са друге стране, међународна судска пракса има супротно гледиште. Португалија је у свом пореском законодавству имала одредбу којом се коришћење права на пореско ослобођење забрањује уколико се капитални добитак користи за улагање у куповину непокретности ван територије Португалије, а Европски суд правде је такву одредбу португалског закона оценио као неприхватљиву, јер се њом чини повреда комунитарног права.³⁹ *Ratio* те судске одлуке би могао да буде то што је слобода промета капитала јединствена у поређењу са другим слободама ЕУ. То је једина слобода којом су обухваћене и трансакције са земљама нечланицама, према којима се оне третирају на исти начин као и између држава чланица.⁴⁰ Имајући у виду ту, заиста, специфичну карактеристику коју промет капитала има у правном систему Европске Уније,⁴¹ може се закључити да је Европски суд правде превагу дао слободи промета капитала наспрам легитимних фискалних интереса Португалије. С обзиром на то да српски законодавац коришћење оствареног капиталног добитка на територији Србије за решавање стамбеног питања ван Србије експли-

38 Мишљење Министарства финансија РС, бр.430-07-81/2012-04 од 10.4.2012.

39 Case C-345/05, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic, 26.10.2006.

40 Vasileios (Vassilis) Dafnomilis, "A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances-Part 1", *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, November 2015, 501-502.

41 Слобода кретања капитала је једна од четири слободе Европске уније и представља фундаментално начело на којем тржиште и правни систем Европске уније почивају.

цитно не забрањује, а да Министарство финансија такав облик пореског планирања не третира као право из чл. 79 ст. 1 ЗПДГ, у перспективи би требало имати у виду гледиште Европског суда правде. Заштита интереса српског фиска је сасвим разумљива, али напомињемо да би појединачне одлуке Пореске управе (нпр. пореска решења о утврђивању пореза на капитални добитак, иако је уложен за решавање стамбеног питања обвезника и чланова његовог породичног домаћинства ван територије Србије, која је обвезник оспорио) могле бити изложене и ризику оспоравања пред надлежним међународним судом.

Право на пореско ослобођење има и обвезник који у року од 12 месеци од дана продаје непокретности средства остварена продајом непокретности уложи у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице. Том обвезнику ће се извршити повраћај плаћеног пореза на капитални добитак.⁴² Указујемо да се у цитираној норми погрешно користи термин „повраћај“. Захтев за повраћај пореза је право које се користи када је порески дужник платио одређени износ као порез или као споредно пореско давање, *а да на то према пореским законима није био обавезан*.⁴³ Међутим, у ситуацији када порески обвезник не реши своје стамбено питање у року од 90 дана, већ то учини у периоду од 91. дана до истека 12 месеци од дана продаје непокретности, није реч нити о преплати нити о погрешно уплаћеном порезу. Према ЗПДГ-у рок за подношење пореске пријаве у том случају је 120 дана од дана продаје непокретности по основу које обвезник може да оствари право на пореско ослобођење.⁴⁴ Када Пореска управа решењем утврди постојање капиталног добитка, порески обвезник има обавезу да утврђени порез плати у року од 15 дана од дана достављања решења. Због тога се не може говорити о томе да је плаћен порез у погледу којег не постоји обавеза према пореским законима. У ствари, овде је реч о пореској рефакцији. То је институт пореског права који подразумева да је првобитно потраживање било у реду, али се пореском обвезнику законом даје право да од државе захтева рефундацију уплаћеног износа, јер се из техничких разлога другим путем не би могла једноставно одобрити жељена пореска олакшица.⁴⁵ Пореска рефакција је обично присутна код посредних пореза, а у

42 ЗПДГ, чл. 79 ст. 2.

43 Д. Поповић (2016), 157.

44 ЗПДГ, чл. 95 ст. 2.

45 Д. Поповић (2016), 158.

српском пореском праву једини случај када се рефракција може захтевати код непосредних пореза је управо код пореза на капитални добитак.

Разлика између повраћаја и рефракције није само терминолошка. У случају повраћаја пореза, титулару оваквог права припада *камата* и то: на износ више плаћеног пореза и споредних пореских давања - по истеку рока од 30 дана од дана када је Пореска управа примила захтев за повраћај; ако је основ за повраћај поништено, измењено или укинато решење или други акт о задужењу - почев од наредног дана од дана уплате пореза, односно споредних пореских давања.⁴⁶ Код рефракције се камата не може потраживати. Према томе, конфузија коју ствара ЗПДГ би могла да оштети буџет. *De lege ferenda* би требало отклонити нејасноћу тако што би се изменом прописа термин „повраћај“ заменио речју „рефракција“, а у додатном ставу би, по питању правила о рефракцији, требало упутити на примену ЗПППА.

б) Изузимања и могућности злоупотребе

Капиталним добитком, односно губитком не сматра се разлика настала преносом права, удела или хартија од вредности, када: 1) су стечени наслеђем у првом наследном реду; 2) се пренос врши између брачних другова и крвних сродника у правој линији; 3) се пренос врши између разведених брачних другова, а у непосредној је вези са разводом брака; 4) се врши пренос дужничких хартија од вредности чији је издавалац Република, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или Народна банка Србије; 5) је обвезник извршио пренос права, удела или хартија од вредности које је пре преноса имао у свом власништву непрекидно најмање десет година.⁴⁷ У питању су трансакције које имају све карактеристике капиталног располагања, али које је законодавац одлучио да не опорезује. Пошто је реч о изузимању, а не о ослобођењу, приход остварен тим располагањима *није опорезив*, па нема ни обавезе подношења пореске пријаве.

Прво питање које се може поставити је да ли је такав приход опорезив неким другим порезом на доходак грађана. Друго питање је могућност пореске евазије.

Што се првог питања тиче, указујемо да се осталим приходима, у смислу ЗПДГ-а, између осталог, сматрајуи други приходи физичког лица,

46 *Ibid.*, 146.

47 ЗПДГ, чл. 72а ст. 1.

који нису опорезиви по другом основу у складу са тим законом, а нарочито сви други приходи који нису опорезовани по другом основу или нису изузети од опорезивања или ослобођени плаћања пореза по том закону.⁴⁸ Приход из чл. 72а ст. 1 ЗПДГ-а јесте изузет, па лексичким и системским тумачењем долазимо до закључка да је приход остварен располагањима из чл. 72а ст. 1 ЗПДГ-а у потпуности изузет од опорезивања порезом на доходак грађана.

Пошто је приход изузет, онда обвезници имају подстицај да своју трансакцију организују тако да постигну максималну пореску уштеду. Због тога видимо могућност пореске евазије. Замислимо сценарио у којем продавац непокретности, пре продаје, склопи брак са купцем. Договор са купцем би подразумевао и развод брака одмах након куповине.

Са друге стране, Пореска управа има овлашћења да такву трансакцију испита кроз начело фактицитета. Наиме, пореске чињенице се утврђују према њиховој економској суштини, а ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.⁴⁹ Економска суштина је тежња за пореском уштедом кроз симулацију брака. Продавац и купац не желе заиста брак, већ правну конструкцију брака користе не би ли остварили пореску олакшицу – изузимање. Тај закључак произлази из чињенице да се *брак разводи одмах након куповине* непокретности. Пореска управа би могла да утврди пореску обавезу као да брака није ни било и решењем обавезе продавца да плати порез на капитални добитак, уколико је остварен. Наиме, сасвим је уобичајено да трансакција између супружника или крвних сродника у правој линији буде бестеретна, али је врло индикативно уколико супруг уз накнаду преноси право својине на непокретности својој супрузи.⁵⁰ Бестеретно располагање у описаној ситуацији није задовољавајуће решење из перспективе преносиоца, иако таква трансакција није опорезива порезом на капитални добитак и омогућава пореско ослобођење од пореза на поклон.⁵¹ У случају бестеретног располагања преносилац не би могао од стицаоца, фиктивног супружника, да захтева исплату цене која је за преносиоца суштина правног посла.

48 ЗПДГ, чл. 85 ст. 1 тач. 15.

49 ЗПППА, чл. 9 ст. 1 и 2.

50 Вид. С. В. Костић (2006), 917.

51 Закон о порезима на имовину – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 26/2001, ... 68/2014 - др. закон, чл. 21 ст. 1 тач. 1.

Претходни пример злоупотребе треба јасно разликовати од капиталног располагања које се врши између *разведених брачних другова*, а у непосредној је вези са разводом брака.⁵² Овде је реч о подели брачне тековине (коју чине капитална средства) *након развода* брака и подразумева доношење судске одлуке као гаранцију публицитета. У претходном примеру брак је склопљен са намером да се *за време трајања брака* капитално средство пренесе на фиктивног супружника и тако створе услови за изузимање од опорезивања порезом на капитални добитак.

Проблем откривања злоупотребе је у томе што ЗПДГ прописује *изузимање*, па онда не постоји ни обавеза подношења пореске пријаве за порез на капитални добитак. То отежава канцеларијску контролу и примену начела фактицитета.

в) Порески кредит

Ова пореска олакшица се омогућава обвезнику који у решавање стамбеног питања у смислу члана 79 ЗПДГ-а уложи само део средстава остварених продајом непокретности. Њему се пореска обавеза сразмерно умањује.⁵³ То ће се десити уколико обвезник, након што оствари капитални добитак, куповином нове непокретности не „потроши“ сав добитак. Тада ће му се порезом на капитални добитак опорезовати само неутрошени износ. Пореска управа ће у посебном ставу диспозитива решења утврдити колики је износ укупног добитка, у посебном ставу колики део је потрошен на решавање стамбеног питања, док ће разлику исказати као пореску основицу и на њу применити пореску стопу од 15%.

г) Пребијање капиталних губитака са капиталним добицима

Пребијање капиталних губитака са капиталним добицима се може извршити под условом да је најпре остварен капитални губитак. Уколико се и након пребијања капиталних губитака са капиталним добицима прикаже губитак, допуштено је његово пребијање у наредних пет година, почев од године у којој је остварен првобитни капитални губитак. То (друго) пребијање се врши на рачун будућих капиталних добитака.⁵⁴

Анализом норме која прописује право на пребијање капиталних губитака са капиталним добицима може се извести најмање три закључ-

52 ЗПДГ, чл. 72а ст. 1 тач. 3.

53 ЗПДГ, чл. 80.

54 ЗПДГ, чл. 78.

ка: 1) пребијање није ограничено на капиталне добитке и капиталне губитке остварене располагањем истоветних капиталних средстава, већ се могу пребијати *en général* капитални губици са капиталним добицима (нпр. капитални губитак остварен продајом непокретности са капиталним добитком оствареним од продаје удела у правном лицу);⁵⁵ 2) првобитно остварени капитални губитак се може пребити већ са првим наредним капиталним добитком;⁵⁶ 3) уколико је након првобитног пребијања резултат капитални губитак, онда се он може „преносити“ у наредних пет година, с тим што се рок рачуна почев од године у којој је остварен првобитни капитални губитак.

Уколико је порески обвезник остварио капитални губитак у износу од 36.619,39 динара у јуну 2017. од продаје акција,⁵⁷ а затим остварио капитални добитак у износу од 50.000,00 динара у августу 2017. од продаје ауторског права, он би могао да се користи правом из чл. 78 ЗПДГ-а. Пореска основица пореза на капитални добитак би у тој ситуацији износила 13.380,61 динара (50.000,00 – 36.619,39). Уколико је износ капиталног губитка исти као и у претходном примеру, а обвезник оствари капитални добитак у износу од 20.000,00 динара од продаје права индустријске својине, онда је резултат нови капитални губитак у износу од 16.619,39 динара (20.000,00 – 36.619,39). Тај нови (други) капитални губитак порески обвезник може да пребије са наредним капиталним добитком који обвезник оствари до 31.12.2021., јер тада истиче пета година *почев од године* у којој је остварен првобитни капитални губитак.⁵⁸

Међутим, проблем са пребијањем је у томе што ЗПДГ у свом процесном делу не уређује начин на који би обвезник могао да оствари пребијање капиталног губитка и добитка.⁵⁹ Решење би могло да буде подношење две одвојене пореске пријаве, при чему би се у потоњој нагласило

55 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-1458/2015-04 од 17.5.2016.

56 ЗПДГ право на пребијање у овом случају временски не ограничава. Међутим, Министарство финансија је на становишту да се капитални губитак може пребити са капиталним добитком уколико су и капитали губитак и капитални добитак остварени у истој години. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-51/2015-04 од 17.11.2015.

57 Вид. пример из фн. 33. У илустрацији је обвезник остварио капитални губитак у износу од 36.619,39 по акцији. Ради поједностављења, у овом примеру полазимо од претпоставке да је остварен укупан капитални губитак у том износу.

58 Пошто ЗПДГ прописује да се рок од пет година рачуна *почев од године* у којој је остварен првобитни капитални губитак, то значи да се рачуна од 1.01. године у којој је капитални губитак остварен.

59 Вид. Д. Поповић, Г. Илић-Попов (2008), 55.

да је остварен губитак који је исказан у првобитној пореској пријави. Пореска управа би тада могла да донесе једно пореско решење у којем би се исказао резултат пребијања. Уколико би резултат био позитиван, на њега би се применила пореска стопа од 15%.

III Закључна разматрања

Повреда начела законитости за последицу има штетне последице како по обвезнике, тако и по буџет. Посматрано са становишта пореског обвезника и принципа правне сигурности сматрамо да је став Пореске управе да прихвати уговорену цену као продајну цену за потребе једног пореског облика, а да не прихвати ту исту цену за потребе пореза на капитални добитак, у најмању руку, правно логички проблематичан. То је изигравање смисла закона на штету пореских обвезника. „Уступање утврђивања набавне цене“ републичком органу надлежном за послове статистике је, такође, повреда начела законитости пореза. Порески закон је једини општи правни акт који је меродаван извор права у том погледу и који мора бити *lex certa*. Са становишта буџета је спорно питање оправданости повећања набавне цене годишњим индексом потрошачких цена. Свакако да је то мера у *корист* пореског обвезника, јер, повећавајући умањилац, смањује се разлика између продајне и набавне цене и тако елиминише инфлаторна компонента из дохотка.⁶⁰ Али, шта у ситуацији када инфлације нема, или је ниска?⁶¹ У случајевима трговања хартијама од вредности уобичајено је да цене често осцилују, па је оправданост тог корективног елемента спорна. Намеће се и питање да ли се том мером ограничава слободно формирање цене; на пример, због чега би купац непокретности пристао да плати већу цену од набавне цене увећане корективним елементом?

Сматрамо да ЗПДГ не забрањује експлицитно коришћење капиталног добитка за решавање стамбеног питања ван Србије, а анализа међународне судске праксе је показала да би такво ограничење спугало слободан промет капитала и да је, стога, са становишта правног система Европске уније, неприхватљиво.

У циљу ефективног опорезивања капиталних добитака нерезидентна неопходно је увести или порез по одбитку или супсидијерно јемство

60 Вид. Д. Поповић (2016), 335.

61 Податак доступан на адреси: <http://www.nbs.rs/internet/cirilica/index.html>, 13.07.2017. Према званичним подацима, стопа инфлације у јуну 2017. године износи 3,6%.

исплатиоца прихода (стицаоца капиталног средства). Тренутно законско решење отвара пут потпуном избегавању пореске обавезе нерезидентних обвезника.

Правило о подношењу пореске пријаве најкасније у року од 30 дана од дана када је обвезник *започео* остваривање прихода располагањем капиталним средствима уводи „на мала врата“ опорезивање потенцијалних капиталних добитака, иако је ЗПДГ усвојио принцип опорезивања реализованих капиталних добитака. Моменат подношења пореске пријаве би требало одредити у односу на тренутак *реализације* капиталног добитка.

Доказали смо да инвентивни порески обвезници могу своје трансакције организовати тако да остваре пореску уштеду. Анализа је показала да је примена начела фактицитета отежана у ситуацијама када обвезници стварају правне конструкције које имају за циљ да на фиктиван начин трансакцију капиталног средства прикажу као ону која је по закону *изузета* од опорезивања. Пошто је реч о изузимању, нема обавезе подношења пореске пријаве па је самим тим канцеларијска контрола знатно отежана.

Остављајући простора за даљу расправу о опорезивању капиталних добитака физичких лица, сматрамо да је истраживање представљено у овом раду указало на неопходност оптимизације у опорезивању, али и заштите права пореских обвезника.

Minja ĐOKIĆ, M.A.

**PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade
in the field of Public finances and Financial Law**

TAXING THE CAPITAL GAINS OF PHYSICAL PERSONS IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Subject of this paper is the analysis of capital gains tax, which is imposed on physical persons. We shall examine Serbian legislative solutions, administrative practice and international judicial practice and we will point out several systematic issues in Serbian Tax law.

Rules regarding the tax base determination effect the principle of legality in taxation and, consequently, harmful effects exist. We point out that there are no adequate legal mechanisms to collect tax debt from non-resident tax payers and we propose possible solutions of this problem. We emphasize the importance of determining the moment in which tax obligation occurs and we advocate that capital gains should be taxed when realized. Analysis has shown that the institute of request for a tax refund is missused in the Law and that it can cause damage to the Treasury. While examining international judicial practice we have come to the conclusion that it is necessary to allow the use of capital gains to solve housing issue abroad in the sense of tax relief. Scope of this article is also the analysis of tax evasion opportunities regarding the capital gains tax that is imposed on physical persons.

Keywords: *capital gains, capital gains tax, tax refund, tax evasion.*

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА И АРБИТРАЖЕ

др Божин ВЛАШКОВИЋ*

АПСТРАКТНА ИЛИ КОНКРЕТНА ОПАСНОСТ ЗАМЕНЕ У ПРАВУ ЖИГА**

Резиме

У праву жига посебан значај има питање поделе на апстрактну и конкретну опасност замене, нарочито у вези са односом права жига и права конкуренције. У пракси Европског суда се, за разлику од немачког права, примењује појам конкретне опасности замене. Тиме се тежиште заштите помера са заштите титулара жига на заштиту потрошача. Оваквим приступом у право жига се, у значајном мери, уносе елементи права конкуренције.

Кључне речи: *пажња потрошача, пратеће околности, употреба жига, функција порекла, снага обележавања жига.*

І Увод

Појам опасности замене се у праву жига употребљава у различитим значењима. У секундарном значењу односи се на замену између ознаке која је заштићена жигом и приоритетно млађе ознаке. У примарном се односи на забуну у погледу порекла производа или услуга, при чему је сличност ознака и могућност њихове замене само један од елеме-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

** Овај рад је прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније" за 2018. годину

ната који се том приликом узимају у обзир. У овом значењу, опасност замене је један од кључних појмова права жига, који се може разврставати по различитим критеријумима. На пример, могуће је говорити о опасности замене у ужем или ширем смислу, затим о непосредној или посредној опасности замене.¹

У раду је анализиран појам апстрактне опасности замене који се употребљава у два различита значења. Прво значење је у томе да се постојање замене, према националним и европским прописима, не захтева доказ да је до ње и стварно дошло у промету, већ је довољна могућност да до ње дође. Постојање реалне забуне је само значајна индиција за утврђивање замене која је релевантна у смислу права жига.² Другим речима, у овом случају придев „апстрактан” се може сматрати плеоназмом. То значи да овај вид апстрактне опасности замене нема значаја у праву жига, јер се по дефиницији поистовећује са опасношћу да до замене дође.

У другом значењу појам апстрактне опасности замене има посебну важност у праву жига, која се огледа у томе да се при њеном утврђивању не узимају у обзир пратеће околности које се налазе изван подручја обележавања производа или услуга. Другим речима, довољно је утврдити идентичност или сличност ознака, као и идентичност или сличност производа или услуга који су њима обележени. Конкретна ситуација куповине или продаје остаје без значаја за утврђивање повреде жига. То значи да се најразличитијим појашњењима, као што су, на пример, имитација, реплика, нижа цена производа, трговачки канали, тржишне стратегије, као и другим пратећим околностима не може отклонити заблуда у погледу порекла производа или услуга. Насупрот томе, конкретна опасност замене управо значи да се у обзир узима конкретна ситуација продаје и куповине, па се на основу већ наведених пратећих околности може отклонити забуна у погледу порекла производа или услуга, која би иначе и даље постојала уколико би се применио појам апстрактне опасности замене.³

II Полазни основи за различита тумачења

Различита тумачења о апстрактној и конкретној опасности замене у праву жига имају свој основ нарочито у тач. 10, Преамбуле и у чл. 5, ст.

1 Божин Влашковић, „Нови приступ у одређивању опасности замене у ширем смислу”, *Право и привреда* 4-6/2013., 654.

2 Karl - Heinz Fezer, *Markenrecht*, Auflage 3, München, 2001, 672.

3 Rolf Sack, „Die abstrakte Verwechslungsgefahr im Markenrecht”, *GRUR* 1/2013, 4.

1, Прве директиве бр. 89/104/ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године о хармонизацији правних прописа држава чланица о жигу⁴ (у даљем тексту Прва директива). Наиме, циљ заштите која се одобрава регистрованом жигу је нарочито гарантовање функције упућивања на порекло. Ова заштита је апсолутна у случају идентичности између жига и ознаке и између производа или услуга. Заштита се такође односи и на случајеве сличности ознаке и жига и дотичних производа или услуга. Наиме, увек је неопходно да се појам сличности тумачи у вези са опасношћу замене, која је специфични услов за заштиту. Од многих околности зависи да ли постоји опасност замене. При том се нарочито узимају у обзир степен познатости жига на тржишту, мисаона веза коју коришћена или регистрована ознака изазива према жигу, као и степен сличности између жига и ознаке и између њима обележених производа или услуга.

У чл. 5, ст. 1, Прве директиве прописано је да се титулару жига гарантује искључиво право на основу којег трећим лицима може да забрани да без његове сагласности у привредном промету: а) употребљају ознаку која је идентична жигу за производе и услуге који су идентични онима за које је жиг регистрован; б) употребљавају ознаку, а због идентичности или сличности ознаке са жигом и идентичности или сличности производа обележених жигом и ознаком у јавности постоји опасност замене која укључује опасност да ознака буде мисаоно доведена у везу са жигом.

Утврђивање опасности замене је у судској пракси везано и за многобројне друге околности, које нису изричито наведене. С обзиром на то поставља се питање о којим околностима је реч и како и у којој мери оне утичу на потврђивање или негирање опасности замене. На ово питање даје се различит одговор у судској пракси и правној теорији.

III Апстрактна и конкретна опасност замене у пракси Европског суда и Савезног врховног суда Немачке

У делу литературе сматра се да је Европски суд први пут размотрио питање апстрактне или конкретне опасности замене у пресуди

4 Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40, 1. Исти је садржај и у најновијој Директиви: Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, *Official Journal L 336*, 1–26.

„*Arsenal Football Club plc*”.⁵ Наиме, Суд је у конкретном случају установио повреду жига, тј. повреду функције порекла, с обзиром да се коришћењем Арсеналове ознаке изазива утисак да у пословном промету постоји веза између производа и титулара жига. Овакав закључак се, по становишту Суда, не може оспорити чињеницом да се на продајним местима налазе указивања да није реч о официјелним производима Арсенала. Европски суд не искључује могућност да се у поступку због повреде жига лице, које користи заштићену ознаку, у циљу своје одбране може позвати на таква указивања. Међутим, у овом случају се не може говорити о таквој могућности, с обзиром на околност да ће неки потрошачи ознаку схватити као податак о Арсеналу као произвођачу шалова, нарочито када им се после продаје покаже роба, ван продајног места.⁶

У немачкој литератури се сматра да би формулација Европског суда која се односи на забуну потрошача ван продајног места била сувишна, уколико би суд сматрао да је довољно апстрактно угрожавање функције порекла регистроване ознаке.⁷ Насупрот томе, у немачкој судској пракси наведена пресуда тумачи се супротно и сматра да је тиме потврђена пракса по којој је меродавна апстрактна опасност замене. Тако је, на пример, у пресуди „*Internet-Versteigerung*”⁸ Савезни врховни суд Немачке истакао: „У оспореним понудама нуде се сатови, тј. производи који су идентични са онима који су обухваћени жигом, а обележени су ознаком која је идентична ознаци заштићеној жигом. На основу тога, реч је о повреди жига према § 14, ст. 2, бр. 1 и ст. 3, бр. 2, *Markengesetz*-а (немачког Закона о жигу), а то су управо случајеви у којима опасност замене није релевантна. Када је реч о опасности замене, супротно становишту

5 Током овог поступка утврђено је да је господин *Reed* у једној од својих радњи продавао шалове који су били обележени заштићеном ознаком *Arsenal*, а да за то није био овлашћен. Међутим, на продајном месту се налазио велики плакат на којем је био исписан следећи текст: „Ознака и лого на понуђеној роби употребљени су искључиво у декоративне сврхе и не имплицирају никакву припадност произвођачима или продавцима било ког другог производа, нити привредне односе са њима. Оригинални Арсеналови производи су само они који су означени етикетама са натписом „оригинални Арсеналови производи”. Поред тога, официјелни производи Арсенала који су се налазили на продајним местима били су продавани по вишим ценама“. Пресуда Европског суда од 12.11.2002, C-206/01 *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*, тач. 17, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-206/01, 10.2.2018.

6 Исто, тач. 57.

7 Rolf Sack, *наведени чланак*, 5.

8 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 11.3.2004, I ZR 304/01 *Internet-Versteigerung*, GRUR 7/2004, 860.

Жалбеног суда, она није искључена тиме да се понуђени производи обележавају као „реплика” или „имитација”.⁹ Наиме, према § 14, ст. 2, бр. 2, Закона о жигу није од утицаја конкретна ситуација продаје у којој се постојећа опасност замене може отклонити појашњењима или на други начин, на пример, нижом ценом, него је одлучујућа апстрактна опасност замене која постоји међу ознакама.¹⁰ Исти став изражен је и у пресуди „*Pralinenform*”.¹¹ Савезни врховни суд Немачке сматра да се одлука не може заснивати на испитивању да ли се опасност замене може искључити паковањем и начином његовог обележавања. Заштита која се пружа жигом усмерена је против коришћења идентичних или заменљивих ознака као таквих. То значи да се приликом испитивања опасности замене начелно не могу узети у обзир пратеће околности које не припадају обележавању. Савезни врховни суд Немачке је, ипак, само спорадично прихватио став да је реч о конкретној опасности замене.¹²

Европски суд је први пут у пресуди „O2” јасно изнео свој став о заштити која се стиче жигом. Суд је узео у обзир укупност конкурентског поступања и, полазећи од непостојања заблуде о производном пореклу, закључио да не постоји опасност замене у смислу права жига. Догматски основ за овакав став суда налази се у тумачењу појма опасности замене. Наиме, повреда жига условљена је не само прописаним чињеничним стањем, него и околношћу да се употребом оспорене ознаке може оштетити или се оштећује главна функција жига, тј. гарантовање порекла производа или услуга према потрошачима.¹³ Спорно рекламирање у својој укупности не доводи потрошаче у заблуду и не сутерише да између субјеката који користе ознаке постоје било какве пословне везе. У том смислу се испитивање опасности замене ограничава на контекст у којем се користе ознаке сличне жиговима.

У теорији се истиче да Европски суд приликом утврђивања опасности замене у праву жига узима у обзир контекст у коме се ознака употребљава. Поред тога, истиче се да је у поступку регистрације реч о обимнијем

9 Исто, тач. 54, 862.

10 Исто, тач. 57, 864.

11 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 25.1.2007, I ZR 22/04 *Pralinenform*, тач. 38, *GRUR* 9/2007, 780.

12 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 22.3.2012, I ZR 102/10 *Stimmt's?*, *GRUR* 12/2012, 1265.

13 Franz Hacker: „Der Einfluss von Begleitumständen auf die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr”, *Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag*, *Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz*, 1. Auflage 2016, 589-590.

испитивању у поређењу са оним које се обавља у поступку поводом повреде.¹⁴ Наиме, у поступку регистрације није меродавна само актуелна тржишна ситуација, него се мора такође узети у обзир и њен будући развој.¹⁵

У цитираној пресуди значајан је и став Европског суда да се опасност замене тумачи јединствено у праву жига и праву конкуренције. Могло би се закључити, изоловано посматрано, да се јединствени појам може у оба подручја сматрати као апстрактна опасност замене. Међутим, у праву конкуренције, ни у теорији, ни у пракси, опасност замене никада није тумачена као апстрактна, него само као конкретна. У истом смислу је и у немачкој судској пракси истакнуто да се по правилима конкуренције рекламни оглас може сматрати оним којим се изазива забуна, само онда када просечни купац није другим подацима садржаним у огласу одбијен од тога да донесе пословну одлуку која се заснива на заблуди.¹⁶

У другим пресудама Европски суд је заступао исто становиште: „Основна функција жига састоји се у томе да се потрошачима или крајњем стицаоцу гарантује идентитет порекла обележених производа или услуга на тај начин што му се омогућава да ове производе или услуге разликује од оних који су другог порекла. У случају да се корисницима интернета, на основу кључне речи која је идентична жигу, показује оглас трећег лица, оштећење функције упућивања на порекло зависи од начина на који је обликован оглас. (...) Наиме, функција упућивања на порекло је оштећена када се на основу садржаја огласа не може утврдити (или је то могуће само са тешкоћама) да ли оглашавани производи или услуге потичу од титулара жига или од неког с њим повезаног привредног субјекта или, напротив, од неког трећег лица.”¹⁷

За одлучивање да ли је у праву жига реч о конкретној или апстрактној опасности замене од значаја може бити и пресуда Европског суда „Picasso”.¹⁸ У делу пресуде, који може бити од значаја за нашу анализу, Европски суд је истакао да је за обухватну оцену опасности замене одлучујуће на који начин жиг делује на просечног потрошача производа

14 Rolf Sack, *наведени чланак*, 7.

15 Исто, 8.

16 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 18.12.2014, I ZR 129/13 Schlafzimmer komplett, тач. 19, доступно на: [lexetius.com/2014, 11.2.2018](http://lexetius.com/2014/11.2.2018).

17 Ксенија Влашковић, „Повреда жига у праву Европске уније”, *Правни живот* 11/2017, 579.

18 Пресуда Европског суда од 12.1.2006, C-361/04 P Claude Ruiz-Picasso and Others v European Union Intellectual Property Office, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-361/04P, 12.2.2018.

и услуга. Нарочито се истиче да се мора узети у обзир степен пажње просечног потрошача, који може бити различит у зависности од врсте дотичних производа или услуга.¹⁹ Правно се мора узети у обзир чињеница да просечни потрошач одређени производ, због његових објективних својстава, купује тек после пажљивог испитивања. Наиме, та чињеница може умањити опасност замене између жигова за такве производе у одлучујућем тренутку у којем купац бира или одлучује о избору између производа и жигова. Оваквом закључку не супротставља се околност да меродавна публика може опазити такве производе и њихове жигове и у ситуацијама које нису повезане са куповином и да при томе поступа са мањим степеном пажње. Другим речима, меродаван је и даље нарочито високи степен пажње просечног потрошача у тренутку у којем он припрема и прави избор између различитих производа наведене врсте.

Европски суд наглашава да у пресуди „*Arsenal Football Club plc*” ни на који начин није формулисано опште правило на основу којег би се могло закључити да за оцену опасности замене није на првом месту меродаван нарочито висок степен пажње, који потрошач показује приликом куповине одређене врсте производа.

IV Теоријска схватања о апстрактној и конкретној опасности замене у праву жига

У теорији су подељена мишљења о томе да ли је у праву жига опасност замене апстрактна или конкретна. У делу литературе сматра се да је реч о апстрактној опасности замене и за такав став износи се већи број аргумената. Основ свих изнетих аргумената је у посебном одређивању природе самог права жига. Наиме, жиг се сматра нематеријалним имовинским правом, што значи да постоји објекат заштите који је дефинисан одређеним параметрима.²⁰ Другим речима, у случају регистрованих жигова објекат заштите се дефинише пријавом ознаке, за коју се захтева заштита жигом, као и пријавом производа и услуга за које се захтева заштита жигом. То значи да се приликом испитивања повреде права, на темељу наведених параметара, утврђује конкретно чињенично стање повреде, а не узима се у обзир све оно што њима није обухваћено. Међутим, и када се жиг схвати на изложени начин, тј. као нематеријално имовинско право, прихваћено је да се приликом утврђивања опасности замене морају узети у обзир и неке фактичке околности, које нису обухваћене

19 Исто, тач. 37.

20 Franz Hacker, наведени чланак, 588.

конститутивним параметрима, односно ознакама и производима и услугама. Од фактичких околности узима се у обзир повећана дистинктивна моћ жига на којој се заснива проширени обим његове заштите. Другим речима, узимају се у обзир околности које су везане за само коришћење жига, а нису обухваћене стањем регистра. Тиме се жиг разликује, на пример, од патента при којем се на основу обимног коришћења не може засновати проширени обим заштите. Ова разлика заснива се на самој природи патента, односно жига.²¹

На основу претходне уопштено приказане анализе, у немачкој правној теорији предложени су критеријуми за утврђивање релевантности пратећих околности. Они су подељени у две групе. Прву групу чине критеријуми који су везани за регистрацију, а другу групу чине критеријуми који нису обухваћени регистрацијом.

Критеријуми који су везани за регистрацију су: идентичност или сличност ознака, као и идентичност или сличност производа или услуга. Они кореспондирају са напред наведеним конститутивним параметрима за жиг као нематеријално имовинско добро. Сходно томе, не постоји простор да се у обзир узме било која пратећа околност.²² На пример, када је реч о производима меродавни су само они производи који су наведени у регистру, а у случају њиховог некоришћења само производи за које се жиг користи на законом утврђени начин. Све оно што је изван наведеног, као што су, на пример, цене, конкретни канали продаје, маркетиншке стратегије итд. се не узимају у обзир.²³ Исти случај је и на страни повредиоца, јер су искључиво меродавни производи и услуге за које се користи спорна ознака. У овом случају, такође, немају значаја наведене и сличне пратеће околности за оцену идентичности или сличности производа и услуга.

Моћ обележавања старијег жига се повећава интензивним коришћењем. То значи да је реч о чињеници која је изван регистра или о пратећој околности. Повећана моћ обележавања прихваћена је и у пракси Европског суда.

У немачкој правној теорији критиковано је становиште Европског суда по којем се као самостално обележје чињеничног стања наводи оштећење функција жига независно од појма употребе жига. Тиме је направљена разлика у односу на немачко право у којем, као што је опште познато,

21 Исто, 594.

22 Исто, 596.

23 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 05.12.2012 - I ZR 135/11, GRUR 7/13, 725.

свако коришћење оспореног жига у вези са производима и услугама није сматрано повредом права. Наиме, у немачком праву захтевана је употреба у функцији жига, тј. квалификована употреба.²⁴ Овај приступ Европски суд је, по мишљењу једног дела немачке правне теорије, напустио у пресуди „*Budvar/Anheuser-Busch*”. Наиме, у овој пресуди Европски суд је одбио захтев за поништењем са образложењем да се у промету жигови не могу заменити с обзиром да коегзистирају више година и да постоје разлике између производа (пива) у цени, укусу и опремању амбалаже.²⁵ Тиме је Европски суд увођењем појма оштећења функција жига установио потпуно нови чињенични елемент, који се мора испитивати независно од везе између ознаке и производа која је конститутивна за жиг и његову заштиту. Оваквим раздвајањем отвара се простор за узимање свих околности појединачног случаја, чиме се заштита жигом разводњава и трансформише у посебан случај заштите потрошача од забуне.

У другом делу немачке правне теорије прихваћено је становиште Европског суда изложено у наведеним пресудама. Другим речима, у питању је конкретна опасност замене. При том се наглашава разлика између поступка регистрације и поступка поводом повреде жига. Када је реч о поступку регистрације не узима се у обзир само актуелна тржишна ситуација, него и могући развој у будућности. Одлучујуће је да ли у садашњости или у будућности, употребом пријављене ознаке, може да наступи конкретна опасност замене са приоритетно старијим жигом. Посебне околности промета производа или услуга се не узимају у обзир приликом утврђивања будуће опасности замене, јер се оне протеком времена могу променити, па су одлучујуће искључиво уобичајене околности. У случају повреде жига стављањем у промет производа или услуга обележених жигом који је сличан приоритетно старијем, захтева се конкретна опасност заблуде у погледу порекла. Ова опасност може да буде искључена посебним околностима конкретне продајне ситуације, на пример, додатим појашњењима о стварном пореклу производа или услуга.

Међутим, ситуација је различита када су у питању извозни производи. Наиме, извоз производа је изричито предвиђен као радња коју титулар жига може да забрани, иако се производи стављају у промет у иностранству, па тек тада може да дође до опасности замене. Применом принципа територијалности опасност замене која наступа у иностран-

24 Karl - Heinz Fezer, *наведени коментар*, 1234.

25 Пресуда Европског суда од 22.9.2011, *Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc*, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-482/09, 17.2.2018.

ству не може да буде узета у обзир. Из тог разлога је за ову ситуацију довољно постојање апстрактне опасности замене, по чему се овај случај разликује од других, који су решавани у пракси Европског суда.

V Закључак

У европском праву жига, као и у праву конкуренције, примењује се појам конкретне опасности замене. Насупрот томе, у немачком праву жига примењује се појам апстрактне опасности замене, а у праву конкуренције конкретна опасност замене. Припадници једног дела правне теорије истичу да је Европски суд у пресуди „*Arsenal Football Club plc*” први пут прихватио конкретну опасност замене у праву жига. Мишљења смо да се овај став не може прихватити, јер не одговара ни чињеничном стању, ни стварном закључку Европског суда. Став Европског суда о конкретној опасности замене у праву жига изражен је, пак, у пресуди „O2”.

У делу немачке правне теорије прихваћен је изложени став Европског суда о конкретној опасности замене, са изузетком да је за случај извоза производа меродавна апстрактна опасност замене. Наиме, важеће принципа територијалности искључује могућност да се узме у обзир опасност замене која наступа у иностранству, па се не може говорити ни о околностима под којима настаје.

Група немачких теоретичара заступа супротно становиште, тј. да се у праву жига примењује појам апстрактне опасности замене. Другим речима, меродавни су само критеријуми који су везани за регистрацију жига, а то су идентичност или сличност ознака и њима обележених производа или услуга. Међутим, и по овом схватању мора се узети у обзир природа жига и његово место у систему конкуренције. Жиг је, наиме, укључен у конкурентско реално окружење, што значи да неке пратеће околности морају бити узете у обзир при утврђивању повреде жига. Употреба жига је управо једна од пратећих околности, којом се жиг трансформише из „папирног права” какво се стиче регистрацијом у реално право заштите. Њоме се интензивира снага обележавања жига, што је један од параметара за оцену повреде. Друге пратеће околности, као што су: цена, дистрибутивни канали, тржишне стратегије итд. не могу се узети у обзир.

Мишљења смо да је изложено схватање специфично и прихватљиво тумачење тач. 10, Преамбуле Прве директиве. Њиме се узимају у обзир само околности које су посебно наглашене и издвојене у наведеној тачки. Наиме, снага обележавања жига, сличност ознака и њима обележених производа или услуга нису апсолутне и дате једном заувек. Напротив, оне су промен-

љиве, зависе од бројних околности, налазе се у међусобном и различитом узајамном деловању, при чему одлучујући значај припада променљивој пажњи потрошача. То значи да сви наведени параметри управо зависе од околности конкретног случаја. Насупрот оваквом тумачењу, Европски суд сматра да се формулација „бројне околности конкретног случаја” мора посматрати издвојено и посебно, тј. независно од околности које су појединачно истакнуте и наглашене у тач. 10, Преамбуле Прве директиве.

На основу праксе Европског суда може се претпоставити да се у догматском смислу жиг мање посматра као нематеријално добро за заштиту предузећа у конкуренцији са другим предузећима, већ примарно као инструмент заштите потрошача, као што је то случај у праву лојалне конкуренције. Тиме се опасност замене своди само на посебан случај забуне по праву конкуренције.

Božin VLAŠKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

ABSTRACT OR CONCRETE LIKELIHOOD OF CONFUSION IN TRADEMARK LAW

Summary

In trademark law, the issue of a division into an abstract and concrete likelihood of confusion is of special importance, in particular with regard to the rights of trademark law and competition law. In practice of the European Court, unlike in German law, the notion of a concrete likelihood of confusion is applied. Thus, the focus of protection is shifting from the protection of the trademark owner to consumer protection. By this approach, the elements of competition law are significantly introduced to trademark law.

Keywords: *consumer attention, accompanying circumstances, trademark use, function of origin, elevated distinctiveness.*

Др Соња ЛУЧИЋ*

ЗАШТИТА ОЗНАКА ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА ОД ИСКОРИШЋАВАЊА УГЛЕДА И ПРЕВАРНЕ ПРИМЕНЕ

Резиме

Заштићене ознаке географског порекла за пољопривредне и прехранбене производе, вина и алкохолна пића у Европској унији уживају заштиту на основу следећих Уредби: Уредба 110/2008, Уредба 1151/2012, Уредба 1308/2013 и Уредба 251/14. Све четири Уредбе, између осталог, прописују да заштићена ознака ужива заштиту од искоришћавања угледа заштићеног назива, као и од било какве друге лажне ознаке или ознаке која доводи у заблуду у вези извора, порекла, природе или битних особина производа на унутрашњем или спољашњем паковању, на рекламним материјалима или документима који се односе на дотични производ. Европски суд није до сада имао прилику да се бави питањем искоришћавања угледа и преварне примене заштићене ознаке географског порекла. Предмет рада је анализа најновије праксе Европског суда која за предмет има ово сложено питање.

Кључне речи: *Уредба бр. 1308/2013, искоришћавање угледа ознаке географског порекла, лажна или обмањујућа ознака, храна која као састојак садржи шампањац.*

І Увод

Заштита ознака географског порекла заснива се на комплексном систему европских и националних прописа, као и међудржавних споразума. У Европској унији (ЕУ) за вина важи Уредба 1308/2013, за алкохолна пића Уредба 110/2008, за ароматичне производе од вина Уредба

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

251/14, а за пољопривредне и прехранбене производе Уредба 1151/2012. Све Уредбе имају аграрно-политичке циљеве. Оне омогућавају регистрацију географског имена производа у регистар који се води на нивоу ЕУ. Услов за заштиту је да између имена и географског порекла производа постоји посебна веза, у смислу да поједине особине, на пример глас, производ дугује географском пореклу. Све четири Уредбе скоро идентично прописују претпоставке за заштиту ознака географског порекла.¹ У смислу ових Уредби, ознаке географског порекла су заштићене од:

- сваке директне или индиректне комерцијалне примене заштићеног назива за упоредиве производе који нису у складу са спецификацијом заштићеног назива, или ако таква употреба искоришћава углед ознаке географског порекла,

- злоупотребе, имитације или подсећања,
- било које лажне или обмањујуће ознаке.²

Уредба 1308/2013 у чл. 103, ст. 2(ц) забрањује не само превару о пореклу, него и превару о значајним особинама у које спада и укус.³ Број судских пресуда које за предмет имају искоришћавање угледа заштићене ознаке географског порекла, односно лажну или обмањујућу ознаку није велики.⁴ У Немачкој овом проблематиком је имао прилику да се бави Виши управни суд немачке покрајине Рајне.⁵ Предмет спора је била реч „Superior“, која је уписана у Е-Васchus базу података као португалски и шпански заштићени традиционални појам за вина. Спор је настао након што је власник једне немачке винарије на предњој страни етикете свог вина, између осталог, ставио реч „Superior“. Јануара 2014. године државна

1 Schoene Volker, Kennzeichnung von Lebensmitteln mit Zutaten von g.U. und g.g.A./CIVIC/Aldi (Champagner Sorbet), Anmerkung, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*,) Nr. 3/2018, 331.

2 Видети чл. 103 Уредбе 1308/2013, чл. 16 Уредбе 110/2008, чл. 20 Уредбе 251/14 и чл. 13 Уредбе 1151/2012.

3 Christina Mikorey C., *Der Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel in der Europäischen Gemeinschaft nach der VO 2081/92*, Frankfurt am Main, 2001, 107; Winfried Tilmann, EG Schutz für geographische Herkunftsangaben, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* Nr. 1992/12, 829.

4 Peter Johannes Klein, Der Schutz eingetragener Ursprungsbezeichnungen und geografischer Angaben für Weinbauerzeugnisse gegenüber Unionsmarken, *Markenrecht (Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht)*,) Nr. 5/2016, 244.

5 Пресуда Вишег Управног суда немачке покрајине Рајне у предмету 8 А 10345/15. Текст пресуде је доступан на адреси: [https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OVG% 20Rheinland-Pfalz&Datum=10.09.2015&Aktenzeichen=8%20A%2010345/15](https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OVG%20Rheinland-Pfalz&Datum=10.09.2015&Aktenzeichen=8%20A%2010345/15).

канцеларија која се бави пружањем услуга у области заштите потрошача и здравствене заштите људи и животиња (Landesuntersuchungsamts Rheinland-Pfalz –LUA) је обавестило власника винарије да је појам „Superior“ заштићен за одређена шпанска и португалска вина, услед чега не сме да се користи у Немачкој. Спор је доспео до Вишег управног суда који је потврдио пресуду нижег суда. Овај суд је у својој пресуди пошао од тога да је појам „Superior“ заштићен за вино само на шпанском и португалском језику. Тужилац користи реч „Superior“, без обзира што се она по начину писања поклапа са појмом који је заштићен у шпанском и португалском језику, за немачко вино на немачком језику. Наиме, етикета вина је у целини писана на немачком језику. Суд је заузео став, да спорни појам није преваран. Наиме, не очекује се да ће због појма „Superior“ просечни потрошач бити доведен у заблуду да немачко вино има карактеристике својствене за шпанско и португалско „Superior“ вино.

У предмету „PORT CHARLOTTE“ Европски суд није видео у спорном жигу ни директну, ни индиректну примену заштићене ознаке географског порекла.⁶ Из тог разлога није било потребе испитивати углед заштићене ознаке. Са друге стране, Европски суд је у пресуди „BNIC COGNAC“ само кратко истакао да се искоришћавање угледа мора вршити на нелојалан начин.⁷ Међутим, у најновијој пресуди „Champagner Sorbet“ Суд је имао прилику да тумачи чл. 103, ст. 2(а) Уредбе 1308/2013. У наставку рада најпре ће бити дат приказ спорова око ознаке „Champagne“, а потом и пресуде у предмету „Champagner Sorbet“.⁸

II Спорови око ознаке "Champagne"

"Champagne" је име порекла, са којим је повезана нарочита представа о квалитету пенушаваг вина. Ово вино се производи у француској покрајини Шампањи, по којој је и добило назив. Вино је познато свуда у свету и представља синоним за квалитет. То је главни разлог због којег трећа лица настоје да искористе углед овог вина за сопствене производе.

Пре више од сто година претила је опасност да се ознака "Champagne" развије у генеричку ознаку у Немачкој. Тек после закључења Версајског уговора, виноградар из Шампање су успели да обезбеде заштиту

6 Пресуда Европског суда правде у предмету C-56/16: Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-56/16%20P>.

7 P.J. Klein, 243.

8 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-393/16>.

ове ознаке у Немачкој.⁹ Осим тога, француско удружење *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne* предузима мере против сваког лица које ознаку "Champagne" користи за друге производе, осим за пенушаво вино из Шампање.

Број спорова који су вођени око ознаке "Champagne" у Немачкој је велики. Први спорови су вођени крајем шездесетих година. У оба спора Савезни суд је, позивајући се на француско-немачки споразум о заштити географских ознака, имена порекла и других географских ознака, донео одлуку о забрани коришћења ознаке "Champagner-Weizenbier" за обележавање пшеничног пива,¹⁰ односно ознаке "Champi-Krone" за обележавања безалкохолног пића.¹¹

У одлуци "Ein Champagner unter den Mineralwässern" суд је разматрао коришћење овог рекламног слогана за француску минералну воду "Perrier". Тужена страна у спору је увозила и продавала у Немачкој ову француску минералну воду. На етикети минералне воде, поред ознаке "Perrier" налазио се и додаток "Un Champagne des Eaux Minerales". Тужена страна је рекламирала минералну воду користећи додатке "Ein Champagner unter den Mineralwässern" и "Perrier aus Frankreich. So elegant wie Champagner".¹² Суд се у овом спору позвао на чл. 1 Закона о нелојалној конкуренцији из 1909. године. Наиме, у спорном случају ознака "Champagner" није коришћена као географска ознака, него као синоним за изврстан квалитет. У својој пресуди Суд је заузео став да коришћење односног рекламног исказа није у сваком случају нелојално. Појам "Champagner"¹³ би смео у пословном промету да се користи онако како је то уобичајено у свакодневном говору, на пример за истицање нечег посебног. Међутим, Суд је сматрао да је позивање на појам "Champagner" суштина рекламе за француску минералну воду. Стално и систематско коришћење спорног слогана на свакој етикети француске минералне

9 Чл. 274, ст. 2 Версајског уговора из 1919. године гласи: "Germany undertakes to prohibit and repress by seizure and by other appropriate remedies the importation, exportation, manufacture, distribution, sale or offering for sale in its territory of all goods bearing upon themselves or their usual get-up or wrappings any marks, names, devices, or description whatsoever which are calculated to convey directly or indirectly a false indication of the origin, type, nature, or special characteristics of such goods".

10 Пресуда немачког Савезног суда у предмету I ZR 15/67, *GRUR* 1969, 611.

11 Пресуда немачког Савезног суда у предмету I ZR 15/87, *GRUR* 1969, 615.

12 У преводу: "Шампањац испод минералне воде" и "Перие из Француске. Тако елегантан као шампањац".

13 Немачки израз за шампањац.

воде, по мишљењу Суда, представља нелојално искоришћавање гласа заштићене географске ознаке.

У пресуди "Champagner bekommen, Sekt bezahlen" немачки Савезни суд је имао прилику да одлучује о заштити географске ознаке са посебним гласом у смислу чл. 127, ст. 3 немачког Закона о жиговима.¹⁴ Тужени у овом поступку је продавац компјутера и софтвера. Током 1998. године овај трговац је рекламирао IBM компјутере типа "Artiva" следећим слоганом: "Champagner bekommen, Sekt bezahlen: IBM Artiva jetzt zum Preis X".¹⁵ Суд је сматрао да је коришћење географске ознаке "Champagner", са којом се повезује посебна представа о квалитету, у рекламном слогану "Champagner bekommen, Sekt bezahlen" подесно да на нелојалан начин и без оправданог разлога искористи и оштети глас односне географске ознаке. По мишљењу Суда, тужени користи реч "Champagner" у вези са пенушавим вином да би потрошачу сугестивно саопштио да куповином компјутера IBM Artiva добија ексклузивни и вредни производ по посебно повољној цени. Тужени користи рекламни слоган да укаже на ценовну везу између шампањца и пенушаваог вина, са циљем да игром речи нагласи повољност своје понуде. Осим тога, рекламни слоган се користи са циљем да се рекламирани компјутер IBM Artiva представи као производ "шампањац", који кошта само као "пенушаво вино" производ. Искоришћавање посебног гласа географске ознаке "Champagner" носи са собом опасност разводњавања ове географске ознаке.

У одлуци "Champagner Bratbirne"¹⁶ немачки Савезни суд је имао прилику да одлучује о етикетирању воћног пенушаваог вина, које је названо по воћној сорти "Champagner Bratbirne". Суд је сматрао да је дозвољено коришћење географске ознаке "Champagner" на флаши са циљем да се укаже на воћну сорту, али само децентно, а не упадљиво коришћење. Помоћу податка који привлачи пажњу произвођач се наслања на нарочиту ексклузивност ознаке "Champagne" и искоришћава њен нарочити глас. Правни основ за пресуду био је поново немачко-француски споразум из 1960. године.

14 Текст пресуде немачког Савезног суда у предмету I ZR 290/99 је доступан на адреси: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=23462&pos=0&anz=1>.

15 У преводу: "Шампањац добити, пенушаво вино платити. IBM Artiva сада по цени X".

16 Текст пресуде је доступан на адреси: <http://www.markenmagazin.de/bgh-champagner-bratbirne/>.

III Кратки приказ пресуде у предмету "Champagner Sorbet"

Последњи спор у вези француске ознаке „Champagne“ настао је опет у Немачкој. Наиме, немачко друштво које се бави дистрибуцијом хране (Aldi), крајем 2012. године је ставило у промет смрзнути производ под називом "Champagner Sorbet". Овај производ садржи 12 % шампањца. Француско удружење произвођача шампањца (Comité interprofessionnel du Vin de Champagne), сматрало је, са друге стране, да дистрибуција овог производа под називом "Champagner Sorbet" представља повреду имена порекла "Champagne". Ово удружење је поднело тужбу Земаљском суду у Минхену, захтевајући да суд наложи немачком друштву да престане са употребом наведеног назива у продаји смрзнутих производа у смислу чл. 118(м) Уредбе 1234/2007 и чл. 103 Уредбе 1308/2013. Одлука првостепеног суда којом је прихваћен тужбени захтев измењена је у жалбеном поступку одлуком Високог земаљског суда. Након тога француско удружење је поднело ревизију Савезном суду. Овај суд није био у прилици да реши спор без помоћи Суда правде ЕУ.¹⁷ Због тога је одлучио да прекине поступак и Суду у Луксембургу постави следећа претходна питања:

1. "Да ли се чл. 118(м), ст. 2, тачка(а) подтачка (и) Уредбе 1234/2007 као и чл. 103, ст. 2, тачка (а) подтачка (и) Уредбе 1308/2013 тумаче тако да се они примењују и ако се ознака географског порекла употребљава као део ознаке за храну која не одговара спецификацији производа, а којој је додат састојак који одговара спецификацији производа?"

2. Ако је одговор на прво питање потврдан:

Да ли се чл. 118(м), ст. 2, тачка(а), подтачка (и) Уредбе 1234/2007 као и чл. 103, ст. 2, тачка (а), подтачка (и) Уредбе 1308/2013 тумаче тако да употреба заштићеног имена порекла као дела ознаке за храну која не одговара спецификацији производа, а којој је додат састојак који одговара спецификацији производа, представља искоришћавање угледа ознаке географског порекла, ако ознака хране одговара навикама означавања циљане јавности и састојак је додат у довољној количини да производу да кључну особину?"

3. Да ли се чл. 118(м), ст. 2, тачка(а), подтачка (и) Уредбе 1234/2007 као и чл. 103, ст. 2, тачка (а), подтачка (и) Уредбе 1308/2013 тумаче тако да употреба имена порекла у околностима описаним у дру-

17 Немачки Савезни суд у решавању овог случаја није могао да се позове на немачко-француски споразум из 1960. године, имајући у виду да ознака „Champagne“ у ЕУ ужива заштиту на основу Уредбе 1308/2013.

гом претходном питању представља незакониту злоупотребу, имитацију или подсећање?

4. Да ли се чл. 118(м), ст. 2, тачка(а), подтачка (и) Уредбе 1234/2007 као и чл. 103, ст. 2, тачка (а), подтачка (и) Уредбе 1308/2013 тумаче тако да се они примењују само на лажне или обмањујуће ознаке, а код циљане јавности могу створити погрешну представу о географском пореклу производа".

У својој пресуди Суд је пошао од тога да употреба назива „Champagner Sorbet” за означавање замрзнутог производа који садржи шампањац може пренети на тај производ углед заштићене ознаке „Champagne”, која побуђује представу квалитета и престижа, и тиме искористити њен углед. Суд је на крају протумачио чл. 103, ст. 2(а) Уредбе бр. 1308/2013 тако да је употреба заштићене ознаке географског порекла као дела назива под којим се продаје храна која не одговара спецификацији те ознаке, али садржи састојак који одговара наведеној спецификацији, искоришћавање угледа заштићене ознаке, у смислу тих одредби, ако кључна особина те хране није укус изазван пре свега присуством тог састојка у њеном саставу.

IV Заштита против сваке директне или индиректне комерцијалне примене заштићеног имена

Пре него што се суд упусти у оцену постојања искоришћавања угледа заштићене ознаке географског порекла, потребно је да потврди директну или индиректну комерцијалну примену заштићеног назива. О овом услову заштите Европски суд правде је имао прилику да се изјашњава у предмету „BNIC COGNAC”.¹⁸ Назив „Cognac” ужива заштиту на основу Уредбе 110/2008 за ракију од белог грожђа која води порекло из истоимене француске области.¹⁹ Спор око назива „Cognac” настао је између француског удружења „Bureau national interprofessionnel du Cognac” (у даљем тексту: BNIC), које заступа произвођаче коњака и Удружења финског права, које је 19. децембра 2000. године финском Уреду за патенте и жигове поднело захтев за регистрацију два жига у слици. Први жиг односио се на ракију и поред сликовног дела садржао је израз „COGNAC Le P HIENOA KONJAK-KIA Lignell & Piispanen Product of France 40 % vol 500 ml”. Други жиг пријављен је за ликере на бази вина, а поред сликовног дела садржао је и израз

18 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-4/10>

19 Појам „Cognac”, независно од заштите коју ужива према француском праву, у праву ЕУ ужива заштиту још од 15. јуна 1989. године. Видети додатак II Уредбе 1576/89.

„KAHVI-KONJAKKI Cafe Cognac Likööri – Likör – Likueur 21 % Vol Lignell & Piispanen 500 ml“. Уред за патенте и жигове је одобрио регистрацију оба жига 31. јануара 2003. године. У међувремену, поводом приговора који је уложио BNIC, Уред је потврдио важење првог жига, а одлучио да угаси други жиг. Нешто касније, одбор за жалбе одбија жалбу коју је поднео BNIC, а усваја жалбу титулара спорних жигова, чиме је укинута ранија одлука о гашењу другог жига. То је био повод за поступак који је BNIC покренуо пред Управним судом и затражио укидање одлуке одељења за жалбе или у крајњем случају враћање ствари на поновно испитивање Уреду за патенте и жигове. У међувремену, суд је прекинуо поступак који је пред њим покренут и постављајући четири питања покренуо поступак претходног одлучивања пред Европским судом правде. У својој пресуди Суд је заузео став да спорни жиг који, између осталог, садржи појам „Cognac“, представља директну примену заштићене ознаке географског порекла. Међутим, суд није дао ближе објашњење појмова „директан“ и „индиректан“.

О директној и индиректној примени заштићене ознаке географског порекла имао је прилику да одлучује и Суд прве инстанце у предмету „PORT CHARLOTTE“.²⁰ У својој пресуди Суд је заузео став да у жигу „PORT CHARLOTTE“ не постоји ни директна ни индиректна примена заштићених назива „Port“, „Porto“ или „Oporto“. По мишљењу суда промет ће знак PORT CHARLOTTE разумети да означава луку под именом женске особе која се зове Шарлот (Charlotte), при чему га неће директно повезивати са заштићеним појмовима „porto“ или „port“ или вином из Порто. Промет ће спорни појам, дакле, разумети као да преноси поруку да се спорни жиг односи на место које се налази на обали или уз реку.

У предмету „Champagner Sorbet“ Европски суд је потврдио директну комерцијалну употребу ознаке „Champagne“, имајући у виду да је ова ознака употребљена као део назива хране, која не одговара спецификацији заштићене ознаке, али садржаи састојак који одговара наведеној спецификацији. Анализирани пресуде, ипак, показују да су појмови „директна“ и „индиректна“ примена и даље нејасни, што отежава примену чл. 103, ст. 2 Уредбе 1308/2013.

20 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-659/14>.

V Заштита од сваке злоупотребе, имитације или подсећања

О овом услову заштите Европски суд правде је имао прилику да се изјасни још у пресуди „Gorgonzola/Cambozola“. Суд је у жигу „Cambozola“ препознао подсећање на заштићену ознаку „Gorgonzola“, имајући у виду да су број слогова и крајњи слогови идентични. Мишљење суда је било да се подсећање појачава тиме што се жиг Cambozola користи такође за плави, односно буђави сир.

Суд је поново имао прилику да тумачи овај услов и у пресуди „Verlados/Calvados“.²¹ Calvados је француска ознака географског порекла за ракију од јабуке. Verlados је ознака за ракију од јабуке која се производи и продаје у Финској. У својој пресуди Суд је заузео став да приликом утврђивања постојања подсећања на заштићену ознаку географског порекла, национални суд мора полазити од перцепције просечног потрошача који је уобичајено обавештен, разумно пажљив и опрезан, при чему појам потрошача треба разумети као да се односи на европског потрошача, а не само на потрошача државе чланице у којој је произведен производ који доводи до алузије на заштићену ознаку.

Полазећи од устаљене праксе, пре свега у вези са појмом подсећања, Суд је у пресуди „Champagner Sorbet“ заузео став да употреба заштићене ознаке географског порекла у називу хране (шампањски сорбет) не може бити злоупотреба, имитација или подсећање. Наиме, код укључења у назив хране назива састојка који има заштићена ознака географског порекла ради се о томе да је та ознака директно употребљена ради отворене имитације укуса који се повезује са њом, што није ни злоупотреба, ни имитација, ни подсећање.

VI Закључак

Европски суд правде је у предмету Ц-393/16 одговорио на неколико веома занимљивих питања о употреби заштићене ознаке географског порекла у производима који нису заштићени производом на који се ознака односи, али садрже заштићени производ као састојак.

Наиме, случај се односио на амбалажу где је израз "Champagner Sorbet" приказан као доминантан израз. Суд у Луксембургу је требао да разреши дилему да ли, у релевантним околностима, наведена употреба представља повреду ознаке географског порекла која се састоји од иско-

21 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-75/15>.

ришћавања угледа и злоупотребе, имитације или подсећања. Поред тога, Суд је требао да разреши и дилему да ли постоји повреда заштићене ознаке географског порекла, уколико не постоји ризик од преваре о географском пореклу производа, али постоји у погледу других карактеристика тог производа.

У својој пресуди Суд је истакао да се сладолед може продати под називом "шампањски сорбет", ако је његова суштинска карактеристика укус углавном изазван шампањцем. Са друге стране, у описаној употреби Суд није препознао злоупотребу, имитацију или подсећање на заштићену ознаку географског порекла. С тим у вези, остаје нејасно због чега је Суд занемарио постојање графичких елемената на амбалажи производа који свакако доприносе јачању подсећања на ознаку „Champagne“. Наиме, на етикети сладоледа која је видљива потрошачу у првом плану је чеп од плуте који је жицом причвршћен за боцу, до пола испуњена чаша и пиће за које се претпоставља да је шампањац. У другом плану, налази се, пак, боца француског пенушавог вина. Употребом ових графичких елемената, уз назив „Champagner Sorbet“, произвођач и дистрибутер желе да представу коју потрошачи имају у погледу квалитета и угледа ознаке „Champagne“, прошире и на сладолед. Занемаривање значаја описаних графичких елемената нејасно је и због циља Уредбе 1308/2013, а то је спречавање довођења потрошача у заблуду. Суд је, при том, у својој ранијој пракси појаснио да попис елемената на амбалажи, сам по себи, није довољан како би се искључила могућност да означавање тог производа и методе којима је он произведен не доводе купца у заблуду.²²

²² <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-195/14>.

Doc. Dr *Sonja* LUČIĆ

Assistant Professor at the Faculty of law University of Kragujevac

PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS FROM EXPLOITATION OF THE REPUTATION AND FALSE USE

Abstract

The Court of Justice of the European Union (CJEU), in the Judgement of 20 December 2017, C-393/16, has responded to several very interesting questions about the use of a protected designation of origin (PDO) in products which are not products protected under said PDO but do contain protected product as an ingredient. In particular, the case concerned a packaging where the expression “CHAMPAGNER SORBET” was depicted as a dominant expression. The Court was asked whether, under the relevant circumstances, said use constitutes an infringement of the PDO consisting of (a) taking unfair advantage of the PDO and (b) misuse, imitation or evocation. In addition, the Court was asked whether it might exist and infringement of a PDO where it exist no risk of deception as to the geographical origin of the product but it does exists regarding other characteristics of it. In that regard, the CJEU stated that said use takes advantage of the PDO where the final product does not have, as main characteristic, a flavour essentially produced by the presence of the relevant ingredient. Sensu contrario, it can be interpreted that said use does not take advantage of the PDO if the flavour is mainly produced by the ingredient protected under the PDO. On the other hand, the Court stated that said use does not constitute misuse, imitation or evocation. Finally, the Court stated that an infringement of the PDO is not only produced where the indications used are false and misleading as to the geographical origin of the product, but also where those indications are false and misleading as to the nature or the main characteristics of said product. The case will be returned to the BGH to determine whether Aldi's product fulfils the conditions or if the use of “Champagner Sorbet” constitutes a false or misleading indication.

Keywords: Regulation (EU) No 1308/2013, Exploitation of the reputation of a PDO, False or misleading indication, Foodstuff containing champagne as an ingredient..

Његослав ЈОВИЋ*

АРБИТРАБИЛНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА ИЗ ОБЛАСТИ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ – УПОРЕДНОПРАВНА АНАЛИЗА

Резиме

У раду аутор анализира подобност рјешавања међународних спорова из области права интелектуалне својине путем међународних арбитража. Историјски спорови из права интелектуалне својине су спадали у искључиву надлежност државних судова. Развојем права интелектуалне својине и све већом експлоатацијом истих долази до пораста спорова из ове области. Међународне арбитраже су постепено шириле своју надлежност и пред истима, су се, зависно од законодавства држава, почели рјешавати спорови из области права интелектуалне својине. Данас је несумњиво да су спорови поводом повреде уговора који за предмет имају експлоатацију ових права скоро свагдје арбитрабилни. Међутим, поставља се питање да ли су спорови поводом настанка и престанка ових права арбитрабилни. Пракса је различита и ово питање захтијева детаљнију анализу.

Кључне ријечи: *арбитрабилност, међународна арбитража, ауторско и сродна права, право индустријске својине, пословна тајна, имена интернет домена.*

І Увод

Рјешавање спорова из области права интелектуалне својине путем унутрашњих или међународних арбитража је један од алтернативних несудских начина рјешавања спорова. У овом раду унутрашње арбитраже нису предмет детаљније анализе.

* виши асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

Развојем међународне трговине и све већом експлоатацијом права интелектуалне својине долази до спорова који често обухватају вишеструке јурисдикције, укључују техничка питања, сложене прописе и осјетљиве информације. У таквим околностима, странке често траже флексибилне начине рјешавања спорова које могу прилагодити својим потребама и омогућавају им да контролишу вријеме и трошкове поступка.¹

Мултинационалне компаније имају потребу да заштите своја ауторска и сродна права, патенте, жигове и друга права индустријске својине у разним државама свијета. Због немогућности самосталних искоришћавања њихових права они закључују лиценце са привредним друштвима у другим државама. Механизми заштите који пружају државни судови у мање развијеним државама су непоуздани због корупције у локалном правосуђу. Због тога мултинационалним компанијама одговара уговарање приватних механизма рјешавања спорова каква је арбитража. Међународна арбитража им омогућава да смање ризике негативних посљедица у евентуалним споровима поготово што због једностепености арбитражног поступка не постоји могућност контроле арбитражне одлуке, осим ограничене контроле од стране државних судова у поступку призања страних арбитражних одлука.

Арбитражни начин рјешавања спорова из интелектуалне својине има своје предности и недостатке.² Стране морају оцијенити од случаја до случаја да ли им је међународна арбитража повољније средство за рјешавање евентуалних будућих спорова или насталог спора од рјешавања спора пред судом. Међународна арбитража је погодна ако странке имају припадност различитих држава, желе да задрже тајност спора, ако желе компетентно и неутрално рјешавање спора од стране стручњака из области права интелектуалне својине и ако предмет спора треба да се изврши на територији више држава.

II Појам арбитрабилности

Основни услов који мора бити испуњен да би странке могле покренути арбитражни поступак јесте да је спор погодан да се ријеша

-
- 1 Н. Wollgast, „WIPO alternative dispute resolution – saving time and money in IP disputes“, *WIPO Magazine*, 11/2016, 32. Доступно на: http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2016/wipo_pub_121_2016_si.pdf, 10.01.2018.
 - 2 Вид. Т. Cook, А. I. Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen 2010, 23-48.

арбитражом, односно да је арбитрабилан. Према томе, арбитрабилност представља правно ограничење аутономије воље уговорних страна.³ Услов арбитрабилности испуњава спор који је такве природе да по мјеродавном праву може да се рјешава арбитражом.⁴ Арбитража се може уговорити за рјешавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.⁵ Који спорови су арбитрабилни одређује свака држава својим националним законодавством или путем судске праксе. То је објективна неарбитрабилност или неарбитрабилност *rationae materiae*. Према томе, арбитрабилност може бити различито одређена од државе до државе. Границу арбитрабилности одређује искључива судска надлежност која је одређена законом државе и којим је неко питање повјерено да искључиво ријешити државни суд.

Код међународних арбитража овакво одређивање арбитрабилности може бити проблем код каснијег признавања страних арбитражних одлука. О овоме стране морају да воде рачуна приликом склапања арбитражног споразума и уговарања мјеста арбитраже. Према члану 2, став 1. Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука „свака држава уговорница признаје писмени уговор којим се странке обавезују да поднесу на арбитражу све спорове или неке од спорова који настану или би могли настати између њих по одређеном правном односу, уговорном или неугворном, који се односи на питање које је подобно за рјешавање арбитражом.“ Такође, према члану 5, став 2. Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука „признање и извршење арбитражне одлуке могу се такође одбити ако надлежни орган земље у којој је тражено признање и извршење одлуке установи: а) да, према праву те земље, предмет спора није подобан за рјешавање арбитражом;...“ У случају да стране занемаре арбитрабилност и да арбитражни трибунал донесе арбитражну одлуку, таква арбитражна одлука на захтјев једне од страна може бити поништена од суда државе сједишта арбитраже или јој суд државе у којој треба да буде извршена може ускратити признање. Према томе, код међународних арбитража

3 J. F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London 2007, 284. Исто: М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, ЈП Службени гласник, Београд 2013, 101.

4 М. Станивуковић, 101.

5 Члан 5, став 1. Закона о арбитражи Србије („Службени гласник РС“, бр. 46/06).

стране морају да воде рачуна да је спор арбитрабилан у држави сједишта арбитраже, као и у држави извршења арбитражне одлуке.

Одређене врсте спорова су познати да нису арбитрабилни. Ти спорови су у вези са нпр. правима и обавезама које подстичу или произилазе из кривичних дјела, спорови из породичног права који се односе на развод брака, питања старатељства а њихова надлежност се посебно додјељује одређеним судовима. У упоредном праву се као области у којима се може искључити арбитрабилност спорова наводе стечајно право, право конкуренције и право интелектуалне својине.⁶ Неке државе као што су Швајцарска и САД спорове из интелектуалне својине прихватају као арбитрабилне, док су у Јужној Африци спорови из области патената неарбитрабилни по самом закону. Судска пракса Енглеске, Италије и Француске сматра арбитрабилним неке од спорова из интелектуалне својине.⁷

Аутономија уговорних страна представља један од најважнијих принципа међународне арбитраже, али је она ограничена јавним поретком. Ово ограничење аутономије уговорних страна може ограничити слободу страна да изнесу одређени спор пред арбитражу.⁸ Постоји више аргумената јавног поретка који се супротстављају арбитрабилности спорова из интелектуалне својине. То су аргументи учешћа државе у стварању ових права, политика заштите која оправдава постојање права интелектуалне својине, постојање тијела која имају искључиву надлежност за одлучивање о пуноважности права интелектуалне својине.⁹

Често су у сложеним комерцијалним уговорима укључена и нека од права интелектуалне својине. У овим сложеним уговорима као споредна питања могу да буду укључена бројна питања преноса технологије, ауторска права, жиг, патент и др. У случају спора по питању извршења ових уговора, ако су права интелектуалне својине укључена а нису арбитрабилна, ниједан спор који произилази из таквог уговора не би могао бити упућен на арбитражу. Свака арбитражна клаузула у било којем

6 J. F. Poudret, S. Besson, 295-309; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 201-209; M. Stanivuković, 106-113.

7 Вид. D. Popović, „Arbitrability of Intellectual Property Disputes: Revisiting the Public Order Arguments“, *Collection of the Papers, Reshaping the Boundaries of Arbitrability: Are We Heading Forward?*, Permanent Arbitration at the Chamber of Commerce and Industry of Serbia, Belgrade 2017, 167-168.

8 T. Cook, A. I. Garcia, 50.

9 За исцрпну анализу ових аргумената вид. D. Popović, 168-173.

таквом уговору би заправо била неважећа. Овакво рјешење би било сметња за међународну трговину и уговорне стране би из сложених уговора искључивали одредбе о правима интелектуалне својине. Међутим, експлоатација права интелектуалне својине путем уговора и спорови из ових уговора су најчешће арбитрабилни и зависе од законодавства државе сједишта арбитраже или државе на којој се извршавају стране арбитражне одлуке. Одређене државе дозвољавају рјешавање спорова из области права интелектуалне својине путем арбитража,¹⁰ а друге не.¹¹

У САД све до 1983. године спорови који су се тичали повреде права интелектуалне својине нису били арбитрабилни, јер су судови сматрали да су ова права од јавног интереса и да само државни судови могу да рјешавају спорове који се тичу таквих права. Измјеном законодавства у САД-у спорове из области права интелектуалне својине могу рјешавати и арбитраже.¹²

III Арбитрабилност спорова из области ауторског и сродних права

Ауторско и сродна права (право интерпретатора, право произвођача фонограма, право произвођача видеограма, право произвођача емисије, право произвођача базе података) настају самом чињеницом настанка ауторског дјела, односно предметног сродног права. То значи да њихов титулар не мора да покреће било какав управни нити судски поступак да би стекао ова права. У настанку ових права не учествује ниједан државни орган нити је потребна њихова сагласност.

Ауторска и сродна права се зависно од тога да ли се прихвата монистичка теорија састоје од јединственог субјективног ауторског права (садрже личноправна и имовинскоправна овлашћења) или ако се прихвата дуалистичка теорија састоје од личног (моралног) ауторског права

10 Опсежну анализу арбитрабилности спорова из интелектуалне својине по државама вид. W. Grantham, „The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14/1996, No 1/4, 199-219.

11 О арбитрабилности спорова из области права интелектуалне својине у развијеним државама вид. K. R. Adamo, „Overview of International Arbitration in the Intellectual Property Context“, *The Global Business Law Review*, Vol. 2/2011, 16-19. Доступно на: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=gblr>, 17.02.2018.

12 P. J. McConaughay, „ADR of Intellectual Property Disputes“, *SOFTIC Symposium*, 2002, 8. Доступно на: https://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/11th/en/PMcCon.pdf, 10.02.2018.

и имовинског ауторског права. У државама континенталног правног система аутор и интерпретатор могу вршити само конститутивни промет својих имовинскоправних овлашћења али не и транслативни облик промета.¹³

Спорови из области ауторских и сродних права су се упоредно-правно рјешавали пред арбитражама. У Великој Британији спорови о кршењу ауторских права су арбитрабилни. У САД се пред арбитражом могу рјешавати спорови из ауторских уговора и потврђивања ваљаности ауторских права.¹⁴

У Индији у предмету *Eros International Media Limited v Telemax Links India Pvt Ltd*¹⁵ Виши суд у Бомбају је одлучивао по приговору *Telemax* о ненадлежности суда јер је између страна постојала у посебном уговору од 13.06.2012. године уговорена арбитражна клаузула. *Eros* је компанија која је власник неколико филмова и ушао је у уговорни однос са *Telemax* коме је лиценцом омогућио маркетинг и дистрибуцију садржаја својих филмова. *Eros* је поднио тужбу суду због повреде ауторских права од стране *Telemax*-а, а *Telemax* је пред судом истакао приговор ненадлежности суда због уговорене арбитраже. *Eros* је тврдио да спор није арбитрабилан јер се ради о повреди ауторских права, а *Telemax* је истицао да не постоји препрека за арбитражно рјешавање спора јер се ради о повреди уговора и да су сви грађански спорови арбитрабилни, осим оних који су изричито искључени, што овјде није случај. Суд се у својој одлуци од 12.04.2016. године огласио ненадлежним и стране упутио на арбитражу. Такође, Суд је истакао да ни Закон о ауторским правима а ни Закон о жиговима Индије не искључују надлежност арбитражних вијећа. У конкретном случају Суд је сматрао да се ради о повреди уговора. Према суду, иако су права интелектуалне својине посебна права, она су и даље имовинска права.

13 Вид. С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 212-215.

14 К. R. Adamo, 19.

15 Bombay High Court, *Eros International Media Limited v Telemax Links India Pvt Ltd*, (Notice of Motion No 886 of 2013 of Suit No 331 of 2013), on 12 April, 2016, доступно на: <https://indiankanoon.org/doc/148880955/>, 28.03.2018. Вид. исто: R. Donde, „Arbitrability of intellectual property disputes: setting the scene?“ доступно на: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/2016/03/Rahul-Donde-Sharad-Bansal-Arbitrability-of-intellectual-property-disputes-Setting-the-scene.pdf>, 28.03.2018; N. Nadkarni, S. Bhandare, S. Gupte, „Possible to decide copyright infringement claims in arbitration, states High Court of Bombay“, доступно на: <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/3186c954-fd5b-4840-bcfc-078df67a23b7.pdf>, 28.03.2018.

Одлуке међународних арбитражних трибунала као приватних начина рјешавања спорова имају дејство *inter partes* па би предмет спора пред међународном арбитражом из области ауторских и сродних права могли да буду само спорови имовинског ауторског права (имовинско-правна овлашћења). Спорови из области личних (моралних) ауторских права (личноправна овлашћења) морали би да дјелују *erga omnes* па према нашем мишљењу нису арбитрабилни.

IV Арбитрабилност спорова из области права индустријске својине

Права индустријске својине (патентно право, право жига, право заштите географске ознаке поријекла, право заштите индустријског дизајна, право заштите топографије интегрисаног кола и право заштите биљне сорте) настају одлуком надлежног државног органа у строго формалном управном поступку. За разлику од настанка ауторског и сродних права гдје постоји принцип неформалности настанка права, код права индустријске својине надлежни државни орган по пријави титулара права испитује испуњеност услова за признавање права и ако су испуњени услови доноси рјешење о признавању права.

Спорови који садрже права индустријске својине се могу подијелити на оне који се односе на настанак и престанак ових права и на спорове који се односе на експлоатацију ових права. Прва група спорова је у већини држава неарбитрабилна, док је друга углавном арбитрабилна. Пракса је неуједначена јер постоје државе које дозвољавају да се спорови који се односе на настанак и престанак нпр. патента могу рјешавати пред арбитражом. Такав је случај са Швајцарском. Насупрот, у Јужној Африци у члану 18, став 1. Закона о патенту¹⁶ је изричито искључена арбитрабилност било којих спорова из области патената.

Међународне арбитраже приликом одлучивања о правима и обавезама из уговора о лиценци често морају одлучивати о пуноважности нпр. патента као претходном питању. Оваква одлука се доноси само за потребе арбитражног поступка и има дејство *inter partes*. Међутим, у пракси постоје случајеви условног дејства *erga omnes* ових арбитражних одлука. У Швајцарској арбитражи могу да одлучују и о пуноважности

16 South Africa, Patent Act 1978 (Act No. 57 of 1978, as amended up to Act No. 49 of 1996).

патента, а Савезни завод за интелектуалну својину¹⁷ може на основу арбитражне одлуке да изврши упис или промјену уписа права под условом да подносилац захтјева поднесе доказ да је арбитражна одлука призната од швајцарског суда.¹⁸

У Њемачкој су сви спорови у вези имовинских права арбитрабилни, осим спорова за поништење патента и укидање принудни лиценци.¹⁹ Такође, у Бразилу, Канади, Кини спорови у вези валидности патената нису арбитрабилни. У Финској нису арбитрабилни спорови везано за власништво регистрованих патената, жигова и корисних модела. У Италији нису арбитрабилни спорови везани за валидност патената и жига.²⁰

Белгија и Холандија као и САД²¹ дозвољавају рјешавање спорова у вези са власништвом над патентима, валидношћу, кршењу и лиценцирању, али са дејством *inter partes*.²²

У Француској у случају *Liv Hidravlika D.O.O. v. SA Diebolt*²³ тужилац *Diebolt* закључио је са туженим *Liv Hidravlika* уговор о лиценци француског патента. Уговор о лиценци је садржио арбитражну клаузулу којом се евентуални спор треба ријешити у Паризу према правилима Међународне трговинске коморе. Наводећи повреду уговора, тужилац је започео арбитражни поступак. Тужени је истакао приговор да спор није арбитрабилан позивајући се на јавну политику и да је за исти надлежан државни суд, јер се захтјев тужиоца односи на ваљаност лиценцираног патента. Арбитражни тригунал је одбио приговор туженога и тужиоцу досудио 560.736,61 еура, те дозволио тужиоцу да користи патент у питању. Након тога, тужени је покренуо поступак пред Апелационим судом у Паризу. Апелациони суд примјењује право сједишта и узимајући у обзир *inter partes* ефекат арбитраже, одлучио је да се питање важности патента може рјешавати пред арбитражом и одбио је захтјев туженог.

На нивоу ЕУ постоји жиг ЕУ који се региструје на основу Уредбе (ЕУ) 2017/1001 Европског парламента и Савјета од 14. јуна 2017. о жигу

17 Вид. Decision of Dec. 15, 1975, објављено у Swiss Rev. of Industrial Prop. & Copyright, 36-38 (1976).

18 J.-F. Poudret, S. Besson, 303. Вид. М. Станивуковић, 108, фн. 305.

19 Zivilprozeßordnung (ZPO) July 27, 2001, Bundesgesetzblatt, Teil I (BGBl I) 1887, § 1030; Вид. К. R. Adamo, 16.

20 Вид. К. R. Adamo, 17-18.

21 Вид. P. J. McConaughay, 8-9.

22 Вид. К. R. Adamo, 17.

23 *Liv Hidravlika D.O.O. v. SA Diebolt*, 28 Feb. 2008, 1st chamber, JurisData No, 2008-359055.

Европске уније.²⁴ Према члану 63. Уредбе 2017/1001 захтјев за опозив или проглашење жига ништавим подноси се Заводу Европске уније за интелектуалну својину. Спорови у вези с повредом и важности жигова ЕУ повјерени су судовима за жиг ЕУ. Њих одређују на својој територији у одређеном броју у првом и другом степену државе чланице ЕУ.²⁵ Судови за жиг ЕУ имају *искључиву* надлежност у сљедећим поступцима: „а) за поступке поводом тужбе због повреде и – ако су допуштене националним законодавством – тужбе у односу на пријетње повреде жигова ЕУ; б) за поступке поводом тужбе за утврђивање непостојања повреде ако су оне допуштене националним законодавством; ц) за поступке поводом тужбе поднесене због радњи из члана 11, став 2; д) за поступке поводом против-тужбе за опозив или за проглашење жига ЕУ ништавим у складу са чланом 128.“²⁶ Пошто судови за жиг ЕУ имају *искључиву* надлежност за ове врсте спорова то значи да су ове врсте спорова неарбитрабилни и да не могу бити предмет националних или међународних арбитража. Аргумент који иде у прилог овој тврдњи јесте и да се пренос жига ЕУ обавља у писменом облику са потписима страна уговора, осим ако уступање не произилази из судске одлуке јер је пренос у противном ништав.²⁷ Такође, што се тиче поступка извршења у односу на жиг ЕУ, имају *искључиву* надлежност судови и надлежна државна тијела држава чланица ЕУ.²⁸

У САД су спорови о заштити жига арбитрабилни као и у Великој Британији у погледу кршења жига. Насупрот, у Њемачкој се оспоравање жига у погледу регистрације и поништаја регистрације не може утврдити пред арбитражом, односно ови спорови нису арбитрабилни.

Дизајн ЕУ који је регистрован или испуњава услове из Уредбе Савјета (ЕЗ) бр. 6/2002 од 12. децембра 2001. о дизајну Заједнице²⁹ садржи сличне одредбе као и Уредба 2017/1001. У члану 81. Уредбе бр. 6/2002 прописана је надлежност за повреде и важност дизајна ЕУ у *искључиву* надлежност Судова за дизајн Заједнице (Уније). Према томе, ни спорови везани за дизајн ЕУ такође нису арбитрабилни, односно подобни за рјешавање путем арбитраже.

24 Regulation (EU) 2017/1001 of the European parliament and the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (OJ L 154, 16.6.2017, p. 1).

25 Члан 123. Уредбе 2017/1001.

26 Члан 124. Уредбе 2017/1001.

27 Вид. члан 20, став 3. Уредбе 2017/1001.

28 Вид. члан 23, став 2. Уредбе 2017/1001.

29 Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (OJ L 3, 5.1.2002, p. 1).

V Арбитрабилност спорова из области пословних тајни

Пословна тајна (*know-how*) је корисна пословна информација која није доступна заинтересованим лицима и предмет је фактичког односа између лица које зна одређену информацију и осталих лица које је не знају.³⁰

Пословна тајна је фактички однос и настаје неформално. У њеном настанку не учествује ниједан државни орган.

Нама није позната конвенција нити закон на свијету која обавезује уговорне стране да свој спор који укључује разматрање пословних тајни морају повјерити на рјешавање одређеном надлежном државном суду. Рјешавање спорова из области пословних тајни спада у потпуну аутономију уговорних страна. Према нама сви спорови који се тичу повреде уговора који за предмет имају пословне тајне су арбитрабилни и могу бити рјешавани пред међународним арбитражама.

VI Арбитрабилност спорова из области имена интернет домена

Спорови из области имена интернет домена најчешће су везани за повреду права жига које настаје кад једно лице региструје назив интернет домена првог или другог нивоа који је исти или сличан туђем жигу. Овако настали спорови се могу ријешити пред надлежним судом у поступку утврђивања повреде жига или у поступку алтернативног рјешавања спорова (АДР).³¹ Поступак оваког алтернативног рјешавања спорова није класична арбитража, јер стране у спору не обавезује уговор који садржи арбитражну клаузулу.³²

WIPO Центар за арбитражу и медијацију је водећа институција која спроводи спорове имена интернет домена или „*cybersquatting*“ под Јединственим правилима за рјешавање спорова о називима интернет домена (UNRP) и WIPO допунска правила.³³ Према UNRP правилима

30 С. Марковић, Д. Поповић, 305.

31 О начину рјешавања сукоба између имена интернет домена и права интелектуалне својине вид. Д. Поповић, *Имена интернет домена и право интелектуалне својине*, Институт за уредно право, Београд 2005, 49-76; Д. Поповић, М. Јовановић, *Право интернета, одабране теме*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 75-92.

32 Вид. Д. Поповић, 2005, 64.

33 С. Boog, J. Menz, „Arbitrating IP Disputes: the 2014 WIPO Arbitration Rules“, *Journal of Arbitration Studies*, Vol. 24, No. 3/2014, 108. Доступно на: <http://www.wipo.int/amc/en/center/bibliography/>, 10.02.2018.

које је 1999. године усвојила Интернет корпорација за додјељивање имена и бројева (ICANN) могу се рјешавати само случајеви класичног сајбер-сквотинга, тј. *male fide* регистрација назива домена који су истовјетни или слични предмету туђег жига. UNRP правилима су прописана три услова који морају бити испуњени како би „арбитражно“ вијеће усвојило тужбени захтјев и наложило пренос, тј. пререгистрацију или укидање регистрације назива интернет домена:

1) регистровани назив домена мора бити истовјетан предмету тужиоачевог жига или му бити сличан у мјери у којој може изазвати забуну и довести у заблуду кориснике интернета;

2) мора се утврдити да тужени нема никакво право или легитиман интерес да користи назив интернет домена који је регистровао;

3) мора се утврдити да је тужени назив интернет домена регистровао и користио *male fide*.³⁴

Рјешавање спорова из области имена интернет домена није у искључивој надлежности државних судова те су ове врсте спорова подобне (арбитрабилне) за алтернативно рјешавање спорова (АДР) а самим тим и за арбитражу.

VII Рјешавање спорова из области права интелектуалне својине пред сталним арбитражним институцијама

Арбитражни спорови се могу рјешавати пред *ad hoc* арбитражама које су формиране за конкретни случај у којима стране најчешће уговарају примјену UNCITRAL-ових арбитражних правила³⁵ и пред институционалним (сталним) арбитражним институцијама. Најзначајније институционалне арбитраже које се, између осталог, баве рјешавањем спорова из области права интелектуалне својине па самим тим прихватају да су ови спорови арбитрабилни су Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе из Париза (ICC), Међународни центар за рјешавање спорова Америчке арбитражне асоцијације (ICRD) и WIPO Центар за арбитражу и медијацију (WIPO Arbitration and Mediation Center).

34 Д. Поповић, „Десет година примјене UDRP правила: обриси уједначене праксе“, *Страни правни живот*, бр. 3/2011, 174; Вид. члан 4 (а) UDRP правила.

35 Вид. детаљно D. D. Caron, L. M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules A Commentary*, Second Edition, Oxford University Press, (Oxford: 2013).

Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе (ICC) из Париза је основан 1923. године. Одређени број предмета пред овом арбитражном институцијом тичао се спорова из области права интелектуалне својине. У оквиру ове арбитражне институције немају посебна правила за рјешавање спорова из области права интелектуалне својине већ се примјењују Арбитражна правила Међународне трговинске коморе која су у употреби од 01. марта 2017. године. ICC је разматрао питање важења патента у свом предмету бр. 6097³⁶ из 1989. године. У привременој одлуци, трибунал је пресудио да такав спор може бити арбитрабилан. Трибунал је у овом предмету истакао да не постоји законска препрека која одузима надлежност трибуналу да одлучује о претходном питању о материјалној важности патента које је обавезујуће *inter partes*.³⁷

Америчка арбитражна асоцијација је основана 1926. са сједиштем у Њујорку са сврхом да дјелује као форум за алтернативно рјешавање спорова. У оквиру ње је 1996. године основан Међународни центар за рјешавање спорова (ICRD).³⁸ ICRD има специфична правила за рјешавање спорова из интелектуалне својине. То се односи нарочито на патенте гдје постоји Резолуција о допунским правилима о патентним споровима из 2006. године³⁹ а примјењује и друга правила која се односе на интелектуалну својину.⁴⁰

WIPO Центар за арбитражу и медијацију је основан при Свјетској организацији за интелектуалну својину (WIPO) 1994. године са сједиштем у Женеви у Швајцарској а од 2010. године има канцеларију у *Maxwell Chambers* у Сингапуру. Основан је као независан и непрофитан међународни орган са сврхом да понуди приватним странкама алтернативно рјешавање међународних трговинских спорова. WIPO Центар је специјализован за спорове из области технологије и права интелектуалне својине, али пред њега се могу изнијети и спорови из других области.

36 ICC Case No. 6097 of 1989, Interim Award in Case No. 6097 (1989), ICC CT. ARu. BuLL., Oct. 1993, at 76.

37 W. Grantham, 189; Вид. исто Т. Cook, A. I. Garcia, 74.

38 M. J. Block, „The Benefits of Alternate Dispute Resolution for International Commercial and Intellectual Property Disputes”, 16. Доступно на: http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/2016_rutgers.pdf, 10.02.2018.

39 Resolution of Patent Disputes, Supplementary Rules, доступно на: <https://www.adr.org/sites/default/files/Resolution%20of%20Patent%20Disputes%20Supplementary%20Rules.pdf>, 27.03.2018.

40 Вид. National Patent Board, Non-Binding Arbitration Rules и AAA Domain Name Disputes Supplementary Rules, доступно на: <https://www.adr.org/Rules>, 27.03.2018.

WIPO Центар помаже странкама при избору арбитра, медијатора и стручњака из базе података Центра у којој се налази више од 1500 неутралних стручњака⁴¹ који посједују специјализована знања и искуство у рјешавању спорова из области права интелектуалне својине.

Ова међународна арбитражна институција има и своја посебна WIPO арбитражна правила која су ревидирана 2014. године и која странама у спору омогућавају да буду упознати са комплетним током поступка пред арбитром појединцем или арбитражним вијећем, већ при склапању арбитражне клаузуле, ако уговарају надлежност ове арбитраже. Ова правила омогућавају арбитражном трибуналу широку дискрецију у пројектовању мјера за заштиту повјерљивих информација.⁴² Члан 54. WIPO арбитражна правила дозвољава странама да захтијевају да одређене информације буду класификоване као повјерљиве и да арбитража предузме мјере за заштиту таквих информација ограничавајући приступ само одређеним појединцима.⁴³

WIPO Центар најчешће рјешава спорове из следећих области која укључују права интелектуалне својине: патенте (око 30 % свих предмета), *know-how* и софтверске лиценце, споразуме о франшизи и дистрибуцији, споразуме о постојању жига, уговоре о дистрибуцији, *joint venture* споразуме, уговоре о истраживању и развоју, споразуме о трансферу технологије, уговоре о технолошко осјетљивим пословима, *mergers and acquisitions* који укључују права интелектуалне својине, споразуме о спортском маркетингу, уговори о издавању, музици и филму.⁴⁴

Већина случајева пред WIPO Центром су међународни спорови, чак преко 70 %. Од спорова који се тичу патената преко 90 % су међународни. Вриједност спорова се крећу од 15.000,00 USD до 1 милијарде USD.⁴⁵

VIII Закључак

Законодавство већине држава постепено либерализује рјешавање спорова из области права интелектуалне својине путем унутрашњих и међународних арбитража. Питање арбитрабилности ових спорова је само пар држава експлицитно ријешила својим законодавством, док је код већине

41 Податак преузет са званичног сајта WIPO: WIPO Arbitration and Mediation Center, доступно на: <http://www.wipo.int/amc/en/center/background.html>, 29.11.2017.

42 С. Boog, J. Menz, 112.

43 Вид. Р. Landolt, А. Garcia, *Commentary on WIPO Arbitration Rules*, WIPO, Geneva 2017, 67-70.

44 Н. Wollgast, 33.

45 Н. Wollgast, 33.

држава питање арбитрабилности ствар судске праксе. Тако према члану 2, став 3. Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука „Суд државе уговорнице пред којим је покренута парница по неком питању о коме су странке закључиле споразум... упутиће странке на арбитражу на захтјев једне од њих, осим ако утврди да је тај уговор ништав, да је без дејства или неподобан за примјену.“

Неспорно је да већина држава сматра да су спорови поводом повреде уговора о експлоатацији права интелектуалне својине арбитрабилни (осим Јужне Африке по питању патената). У погледу арбитрабилности спорова из области права интелектуалне својине по питању настанка и престанка ових права већина држава сматра да ови спорови нису арбитрабилни (осим Швајцарске).

Сталне арбитражне институције као што су Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе из Париза, Међународни центар за рјешавање спорова Америчке арбитражне асоцијације и WIPO Центар за арбитражу и медијацију прихватају да рјешавају спорове чији су предмет права интелектуалне својине, те их сматрају арбитрабилним у погледу повреде уговора о експлоатацији ових права. WIPO Центар за арбитражу и медијацију једино приликом примјене UNRP правила поводом рјешавања сукоба имена интернет домена и права жига доноси одлуке које имају дејство *erga omnes*. Међутим, овај поступак није класичан арбитражни поступак.

Njegoslav JOVIĆ

Senior Assistant, University of Banja Luka, Faculty of Law

**ARBITRABILITY OF INTERNATIONAL DISPUTES
IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
– COMPARATIVE ANALYSIS**

Abstract

The author analyzes the suitability of resolving international disputes in the field of intellectual property rights through international arbitrations. Historical disputes of intellectual property rights fell within the exclusive jurisdiction of state courts. The development of intellectual property rights and the growing exploitation of these have led to an increase in disputes in this field. International arbitrations have gradually expanded their jurisdiction over and above them, depending on the legislation states began to deal with disputes in the field of intellectual property rights. Today, it is undoubtedly that the disputes concerning the breach of contracts that for the purpose of exploiting these rights are almost arbitrary. However, the question arises whether disputes arising from the birth of and the cessation of these rights are arbitrary. The practice is different and this issue requires a more detailed analysis.

Keywords: *arbitrability, international arbitration, copyright, industrial property law, know-how, internet domain names..*

Новак ВУЈИЧИЋ*

МЕДИЈАЦИЈА КАО МЕТОД РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ ОБЛАСТИ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: (НЕ)РЕАЛНА ОЧЕКИВАЊА**

Резиме

Медијација се често означава као нарочито погодна за решавање спорова из области интелектуалне својине. Идеја овог рада јесте да, из угла српског права, испита нека питања у вези са применом медијације за решавање спорова из области интелектуалне својине, са циљем да се покуша утврдити под којим околностима ће бити реално очекивати да медијација замени судски и друге поступке за решавање спорова у тој области. Анализа указује да је за примену медијације потребно пре свега да одређени спор буде медијабилан, а затим да за стране у том спору буде целисходно да га решавају путем медијације. Код спорова из области интелектуалне својине не тако ретко наведени критеријуми неће бити испуњени. Независно од тога, потенцијал медијације као метода за решавање спорова из области интелектуалне својине је чини се и даље велики. Стога, порука је да треба радити на развоју и подстицању шире примене медијације за решавање спорова из области интелектуалне својине у Републици Србији.

Кључне речи: медијација, посредовање, интелектуална својина, медијабилност, решавање спорова.

Увод

Успостављање ефикасног и одрживог система решавања спорова¹ путем медијације тренутно представља један од стратешких циљева раз-

* Мастер права, сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

** Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2018. годину.

воја правосуђа у Републици Србији.² У широј примени медијације, а и алтернативних метода решавања спорова уопште, види се могућност за растерећење судова, те повећање свеопште ефикасности решавања спорова у Републици Србији, а да се тиме не наруши Уставом гарантовано право на једнаку правну заштиту.³

Актуелизација примене медијације у Републици Србији није заобишла ни област интелектуалне својине. У складу са тим, Завод за интелектуалну својину Републике Србије је најавио да ће у току 2018. године развијати капацитете за пружање административно-техничке и стручне подршке развоју медијације у области интелектуалне својине и формирању Центра за медијацију у области интелектуалне својине.⁴ У упоредном праву, а и на међународном нивоу решавање спорова из области интелектуалне својине путем медијације је актуелно већ дуже време. Тако је још 1994. године Светска организација за интелектуалну својину (енгл. *World Intellectual Property Organization – WIPO*) основала Центар за арбитражу и медијацију специјализован преваходно за решавање међународних спорова из посматране области.⁵

-
- 1 Ради поједностављења, у раду ће се термини „спор“ и „спорни однос“ користити као равноправни, иако се у теорији неретко прави разлика тако да се „спорни однос“ узима као шири појам (сва неслагања о неком питању између одређених лица), док се термином „спор“ означава појединачно неслагање два или више лица о субјективном праву које једно лице истиче према другима. Вид. на пример Миливој Јанковић, „Посредовање (медијација) – алтернативни начин решавања спорних односа“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2007, 72.
 - 2 Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 57/13, стратешке смернице 2.5.3 и 5.3.1; Акциони план за преговарачко Поглавље 23, 2015, доступан на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs>, 12.4.2018, активност бр. 1.3.6.29; Упутство за унапређење медијације у Републици Србији донето 28. јуна 2017. године од стране председника Врховног касационог суда и Високог савета судства и министра правде, доступан на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs>, 12.4.2018.
 - 3 Љубица Милутиновић, Милена Ђорђевић, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2016, 271; Вид. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 36.
 - 4 Завод за интелектуалну својину Републике Србије, Информација о алтернативном решавању спорова из области интелектуалне својине од 4. априла 2018. године, доступна на адреси: <http://www.zis.gov.rs/pocetna.817.html?newsId=2022>, 12.4.2018.
 - 5 Вид. WIPO, WIPO Arbitration and Mediation Center, доступан на адреси: <http://www.wipo.int/amc/en/center/background.html>, 13.4.2018; Правила о медијацији Светске организације за интелектуалну својину из 2016. године (*WIPO Mediation Rules*), доступна на адреси: <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/>, 13.4.2018; Вид. Ignacio De Castro, Chalkias Panagiotis, „Mediation and Arbitration of Intellectual Property and Technology Disputes: The Operation of the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center“,

Идеја овог рада јесте да подробније, из угла српског права, испита нека питања у вези са применом медијације за решавање спорова из области интелектуалне својине, са циљем да се покуша утврдити под којим околностима ће бити реално очекивати да медијација замени судски и друге поступке за решавање спорова у тој области.

Питања у вези са медијацијом спорова из области интелектуалне својине која ће овде бити анализирана су: питање медијабилности таквих спорова (II) и питање целисходности примене медијације за њихово решавање гледано из перспективе интереса страна у спору (III).⁶

Медијабилност спорова из области интелектуалне својине

Медијација подразумева, начелно неформалан,⁷ поступак у којем стране добровољно настоје да реше спорни однос путем преговарања, уз

Singapore Academy of Law Journal, Vol. 24, 2012, 1059–1081; Између осталог, услуге медијације специјализоване за област права жига се пружају и у оквиру Међународног удружења за жигове (енгл. *International Trademark Association – INTA*). INTA, Mediation Overview, доступно на адреси: <https://www.inta.org/Mediation/Pages/Mediation.aspx>, 13.4.2018; Такође, Споразумом о јединственом патентном суду, који још није ступио на снагу, је прописано оснивање Центра за патентну медијацију и арбитражу у Љубљани и Лисабону. Више вид. Jacques de Werra, „New Developments of IP Arbitration and Mediation in Europe: The Patent Mediation and Arbitration Center Instituted by the Agreement on a Unified Patent Court“, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2014, 17–35; Такође, вид. Директиву 2001/29/EЗ о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву од 22. маја 2001. године (*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*), рециатив 46 (назначен је потенцијални значај медијације).

6 Вид. Jean A. Mirimanoff, *Amicable Dispute Resolution or Litigation: New Priority or New Approach? What Future for Mediation in Switzerland?*, Vilnius, 2007, доступно на адреси: http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_Vilnius2007_Mirimanoff.pdf, 31.3.2018, 9–10.

7 Иако је у основи неформалан поступак, медијација почива на одређеним начелима чије поштовање обезбеђује њену успешну примену. Тако, српски Закон о посредовању у решавању спорова прописује следећа начела медијације: добровољност поступка, равноправност страна, лично учествовање страна у поступку, искључење јавности, поверљивост, неутралност посредника, хитност и (не)прихватљивост доказа изнетих током медијације у другим поступцима. Закон о посредовању у решавању спорова – ЗПРС, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, чл. 9–16; За коментаре ових начела вид. Невена Петрушић, Јелена Арсић, „Нови Закон о медијацији: нова решења за подстицај развоја медијације у Србији“, *Медијација: принципи, процес, примена* (приређивач Тамара Џамоња Игњатовић), Београд, 2014, 137–140, као и Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, бр. 2014, 259–261;

помоћ једног или више медијатора који странама помажу да постигну споразум. Улога медијатора, као трећег неутралног, непристрасног и независног лица, се при томе не огледа у решавању спора доношењем одлуке, нити у наметању обавезујућег споразума, него у асистенцији странама да споразумно реше спор.⁸ С обзиром на предочено одређење медијације, а посебно њену неформалност и добровољност, јасно је да није све спорове дозвољено подвргнути медијацији, односно да нису сви спорови медијабилни.

Како српски прописи из области интелектуалне својине не садрже посебна правила о медијацији, за оцену медијабилности спорова из предметне области релевантна су општа правила о границама примене медијације прописана Законом о посредовању у решавању спорова (даље у тексту: ЗПРС).⁹ Према ЗПРС-у медијација се примењује: 1) у спорним односима у којима стране могу слободно да располажу својим захтевима (предмети оних спорова који се могу окончати поравнањем),¹⁰ 2) ако другим законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа.¹¹ Наведеним правилом су одређени критеријуми под којима се појединачни спор може сматрати медијабилним (објективне границе примене медијације).¹² Дефинисани критеријуми важе без обзира да ли се медијација спроводи пре или после покретања судског или другог поступка, као и код спорова са страним елементом.¹³

Додатно о начелима медијације вид. Моника Милошевић, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Београд, 2014, 20–22.

8 ЗПРС, чл. 2; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, 3. издање, Београд, 2010, 226; М. Милошевић, 19; В. Павић, М. Ђорђевић, 257–258.

9 Овде треба имати у виду да ЗПРС за питања која нису њиме уређена упућује на примену стандарда медијације садржаних у актима Уједињених нација, Европске уније и Савета Европе. ЗПРС, чл. 4; О усклађености ЗПРС-а са међународним прописима о медијацији вид. Н. Петрушић, Ј. Арсић, 131–158.

10 Г. Кнежевић, В. Павић, 235.

11 ЗПРС, чл. 3 ст. 1.

12 Поред објективних граница одређених с обзиром на врсту спора, границе медијабилности могу бити одређене и субјективно, с обзиром на стране које могу учествовати у медијацији. ЗПРС-ом нису прописана оваква ограничења. Уз то, теорија познаје и организацијско-компетенцијске границе примене, када се поставља питање да ли се спровођење медијације може поверити само организацијама за мирнење или се може организовати и *ad hoc*. Вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 5. издање, Београд, 2010, 673–675.

13 Вид. ЗПРС, чл. 3 ст. 1 и чл. 5–8 (одредбе о међународном посредовању и посредовању у прекораничним споровима); Н. Петрушић, Ј. Арсић, 136–137.

Први законски критеријум, да се ради о спорном односу у коме стране могу слободно да располажу својим захтевима, је чини се доста широко постављен. Ово пре свега, ако узмемо у обзир да стране могу слободно располагати не само имовинским, него и неимовинским захтевима, докле год је то у складу са принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима.¹⁴ Одређена појашњења за тумачење посматраног критеријума садржана су и у самом ЗПРС-у. Тако, у ЗПРС-у се *exempli causa* наводе, по правним областима, спорови у којима је медијација нарочито могућа, међу којима и имовинскоправни спорови чији је предмет испуњење обавезе на чинидбу, други имовинскоправни спорови, привредни спорови, управне ствари, као и сви други спорни односи у којима медијација одговара природи спорних односа и може да помогне њиховом разрешењу.¹⁵

Имајући у виду указано, спорови из области интелектуалне својине би, генерално гледано, углавном требало да задовољавају овај критеријум.¹⁶ Наиме, субјективним правима интелектуалне својине се штите интереси носилаца права (имовински и/или лични) у вези са одређеним нематеријалним (интелектуалним) добрима и она имају карактер приватних права. Стога, носиоци субјективних права интелектуалне својине по правилу могу слободно располагати захтевима који су у вези са овим правима. Тако, на пример предметни критеријум би требало да задовољавају спорови који произлазе из извршења уговора о промету субјективних права интелектуалне својине (ауторских уговора, уговора о лиценци/цесији субјективних права индустријске својине и други), спорови ради престанка повреде субјективног права интелектуалне својине и накнаде штете због повреде и слично. Штавише, ако погледамо спорове за које је у ЗПРС-у прописано да су нарочито подобни за медијацију, можемо рећи да се спорови из области интелектуалне својине начелно могу подвести под ову категорију спорова (као имовинскоправни спорови или привредни спорови или као други спорни односи у којима медијација одговара природи спорних односа).¹⁷

14 Г. Кнежевић, В. Павић, 236.

15 Додатно, прописано је и да се одредбе ЗПРС-а примењују и на медијацију у кривичним и прекршајним стварима у погледу имовинскоправног захтева и захтева за накнаду штете, као и у радним споровима ако посебним законом није другачије прописано, али не и на решавање спорних односа у вези са утврђивањем и наплатом јавних прихода. ЗПРС, чл. 3 ст. 2–4.

16 Г. Кнежевић, В. Павић, 236–237.

17 М. Милошевић, 24–25; Љубица Милутиновић, *Медијабилност предмета: препознавање предмета погодних за медијацију: практикум за судије*, Београд, 2007, 55–56; Srđan Šimac,

Независно од наведеног, испуњеност посматраног критеријума ипак треба ценити засебно за сваки појединачни спор из области интелектуалне својине. Могуће су и чини се не тако ретке ситуације у којима овај критеријум неће бити испуњен или његова испуњеност може бити доведена у питање. Примера ради, одређене повреде субјективних права интелектуалне својине могу бити оквалификоване не само као грађанскоправни деликти, него и као кривична дела,¹⁸ прекршаји или привредни преступи. Тада ће примена медијације значајно бити ограничена у делу који се односи на казнену одговорност.¹⁹

Исто тако, може бити спорно да ли и у којој мери се медијација може користити у вези са споровима који настану поводом предмета управних поступака/спорова за признање заштите, престанак или оглашавање ништавим субјективних права индустријске својине? Док се примена медијације код једностраначких управних ствари (однос управног

„Mirenje – alternativni način rješavanja sporova“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2006, 622.

18 Српским Кривичним закоником је прописано неколико кривичних дела против интелектуалне својине. Вид. Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016, чл. 198–202; Бића ових кривичних дела се у великој мери поклапају са радњама повреде субјективних права интелектуалне својине против којих се може тражити грађанскоправна заштита. Упор. КЗ, чл. 199 ст. 1 (неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права) са Законом о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС, чл. 204, као и КЗ, чл. 201 ст. 1 (повреда проналазачког права) са Законом о патентима – ЗП, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 113/2017 – др. закон, чл. 132; Поред тога, прописи из области интелектуалне својине садрже казнене одредбе у којима се прописује прекршајна одговорност, као и одговорност за привредни преступ за поједине повреде субјективних права интелектуалне својине. На пример, вид. ЗАСП, чл. 215–217; ЗП, чл. 170–171; Закон о жиговима – ЗЖ, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013, чл. 84–86.

19 Када се ради о кривичним поступцима, медијацији се чини се може приступити само у односу на имовинскоправне захтеве, захтеве за накнаду штете, случајеве поравнања учиниоца и оштећеног прописане Кривичним закоником (за кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна), приватне тужбе, те када се ради о малолетним учиниоцима кривичних дела. Вид. М. Милошевић, 23–24; Треба скренути пажњу да је ЗПРС-ом прописано да се његове одредбе примењују у кривичном поступку само у погледу посредовања у вези са имовинскоправним захтевима и захтевима за накнаду штете, из чега произлази да за остале случајеве у којима је могућа медијација треба консултовати релевантна правила кривичног процесног права. Код прекршаја и привредних преступа примена медијације је изгледа још ограниченија, по правилу само на имовинскоправне захтеве.

органа и приватне странке) због заштите јавних интереса,²⁰ бар за сада, не чини као одрживо решење, чини се да је другачије када се ради о двостраначким/вишестраначким управним стварима.²¹ Тада се може направити разлика између спорова страна који се односе на (не)испуњеност апсолутних услова за заштиту субјективних права индустријске својине, с једне стране, и оних који се односе на релативне услове за заштиту субјективних права индустријске својине (код субјективних права која познају релативне услове заштите као на пример жиг и право заштите дизајна), с друге стране. Код прве категорије спорова не би требало да има места медијацији, будући да апсолутни услови заштите морају бити испуњени да би неко субјективно право индустријске својине било признато (заштита јавних интереса). Супротно, чини се да нема разлога да се медијација не дозволи код спорова који се односе на (не)испуњеност релативних услова за заштиту субјективних права индустријске својине. Такви услови су и установљени у циљу заштите интереса самих страна и иначе се њихова неиспуњеност у поступку признања субјективног права индустријске својине може отклонити сагласношћу страна. У складу са тим, под окриљем Завода за интелектуалну својину Европске уније (раније Завода за хармонизацију унутрашњег тржишта) се, почев од 2011. године, спроводи поступак медијације у вези са признањем жига Европске уније и комунитарног дизајна. Том поступку медијације стране могу приступити по подношењу жалбе на одлуку Завода која је донета у двостраначким/вишестраначким поступцима. Предмет медијације може бити истоветан предмету жалбе, а може се одредити и шире, али се не може односити на апсолутне услове за заштиту жига Европске уније, нити комунитарног дизајна о којима стране не могу самостално да одлучују.²² Поред изложена два примера, могуће је замислити и друге спорове

20 Susan Corbett, „Mediation of Intellectual Property Disputes: A Critical Analysis“, *New Zealand Business Law Quarterly*, Vol. 17, 2011, 66.

21 Више о примени медијације у вези са управним стварима вид. К. Ј. de Graaf, А. Т. Marseille, Н. D. Tolsma, „Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective“, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law* (editors Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu), Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2014, 590–605.

22 Завод за хармонизацију унутрашњег тржишта, Президијум Жалбеног већа, Одлука бр. 2013–3 о мирном решавању спорова из 2013. године (*Decision No 2013-3 of the Presidium of the Boards of Appeal of 5 July 2013 on the Amicable Settlement of Disputes*), рецитатив 4 и чл. 1 и Правила медијације из 2013. године (*Rules on Mediation*), доступни на адреси: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/mediation>, 20.3.2018; За више вид. Siegfried Magiera, Wolfgang Weiß, „Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the European Union Law“, *Alternative Dis-*

из области интелектуалне својине код којих може бити доведена у питање испуњеност разматраног критеријума медијабилности.²³

Други законски критеријум, који мора бити испуњен да би одређени спор био медијабилан, јесте да за конкретни спор није другим законом прописана искључива надлежност суда или другог органа. У теорији се, чини се оправдано, поставља питање тумачења овог критеријума. Преовлађујуће становиште јесте да се он треба тумачити тако да се односи на ограничења *ratione materie* прописана императивним нормама, материјалноправне или процесноправне природе, која упућују на судску надлежност или надлежност других органа за одлучивање у одређеним правним стварима (на пример бракоразводни спорови у делу доношења одлуке о разводу, стечајне ствари, спорови из области заштите конкуренције и слично).²⁴ Када се ради о споровима из области интелектуалне сво-

pute Resolution Mechanisms in the European Union Law (editors Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu), Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2014, 521–524.

23 Тако на пример, када су у питању спорови између организација за колективно остваривање ауторског и сродних права са корисницима, као и са носиоцима субјективног ауторског и сродних права, нејасно је у којој мери су ове организације овлашћене да праве уступке ради постизања споразума у поступку медијације (на пример одступање од важеће тарифе). Потоње, будући да је дужност таквих организација да под равноправним условима врше права за рачун носилаца субјективног ауторског и сродних права. Више о колективном остваривању ауторског и сродних права вид. Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, 5. издање, Београд, 2017, 251–261, а о медијацији у колективном остваривању ауторског и сродних права у државама чланицама Европске уније вид. KEA European Affairs, *The Collective Management of Rights in Europe: The Quest for Efficiency*, Brussels, 2006, доступно на адреси: http://www.europarl.europa.eu/meet-docs/2004_2009/documents/dv/study-collective-management-rights-/study-collective-management-rights-en.pdf, 6.4.2018, 75–78, 118–122; Овде треба напоменути одредбу Директиве 93/83/ЕЕЗ о сателитском емитовању и кабловском реемитовању којом је прописано да када није закључен никакав уговор о уступању овлашћења за кабловско реемитовање сигнала емитованог радиодифузијом (које се обавезно остварује путем организација за колективно остваривање права), државе чланице морају осигурати да се свака странка може позвати на помоћ једног или више медијатора. Српско право ће тек мораги да се усклади са наведеним правилом. Вид. Директива 93/83/ЕЕЗ о координацији одређених правила у вези са ауторским правом и сродним правима која се односе на сателитско емитовање и кабловско реемитовање од 27. септембра 1993. године (*Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission*), чл. 11.

24 Г. Кнежевић, В. Павић, 237. (поставља се питање да ли се овде мисли на искључиву међународну надлежност); Н. Петрушић, Ј. Арсић, 136; Чини се да се овако постављен други критеријум у великој мери преклапа са првим критеријумом, јер по правилу када не постоји сло-

јине, треба скренути пажњу на то да предметни критеријум искључује могућност да медијација замени поступке у којима треба одлучити о (не)постојању неког субјективног права²⁵ интелектуалне својине, него ће тада по правилу постојати надлежност управног органа или суда. Тако, поступак медијације чини се неће бити погодан да замени судски спор по тужби за оспоравање жига (којом лице чији је правни интерес повређен пријавом/регистрацијом жига може тужбом тражити да га суд огласи за подносиоца пријаве, односно носиоца права), управни поступак пред Заводом за интелектуалну својину по захтеву за престанак жига због некоришћења, као ни уопште управни поступак за признање заштите, престанак или оглашавања ништавим неког од субјективних права индустријске својине и слично. Исто тако, између осталог, медијација не може заменити ни поступак за изрицање привремених мера и мера обезбеђења доказа које су од великог значаја за заштиту субјективних права интелектуалне својине.²⁶ Мада овде, треба имати у виду да домашај другог критеријума медијабилности, као што се и у теорији указује, није у потпуности јасно законски одређен, те је чини се на судској пракси да постави прецизније смернице за његово тумачење.²⁷

Напоследку из изложеног можемо да сумирамо да ће спорови из области интелектуалне својине најчешће, али не и увек, бити медијабилни. При томе, оцена медијабилности понекад неће бити лак задатак, јер као што је указано постоје одређена отворена питања на које правна пракса тек треба да одговори.

бода располагања одређеним правним захтевом, тада постоји надлежност суда или другог органа да одлучује о таквом захтеву.

25 Вид. Љ. Милутиновић, 56; М. Милошевић, 25–26.

26 Г. Кнежевић, В. Павић, 237; Љ. Милутиновић, 57; М. Милошевић, 26.

27 Зона медијабилности је иако суштински слично, технички другачије дефинисана у Директиви 2008/52/ЕЗ о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима којом се прописује да се Директива примењује у „прекограничним споровима на грађанске и трговинске предмете, осим оних који се тичу права и обавеза о којима, према одговарајућем меродавном праву не одлучују стране.“ Наведено одређење поља медијабилности се чини прецизнијим. Директива 2008/52/ЕЗ Европског парламента и Савета од 21. маја 2008. године о неким аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима (*Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*), чл. 1 ст. 2.

Целисходност примене медијације за решавање спорова из области интелектуалне својине

Чињеница да је неки спор медијабилан, не мора да значи да је решавање таквог спора путем медијације целисходно, посматрано из угла интереса свих страна у спору. У вези са тим, а будући да се покретање медијације принципијелно заснива на добровољности,²⁸ поставља се питање када се може очекивати да ће стране имати интерес да реше свој спор применом медијације? На то питање чини се није могуће дати прецизан одговор, али се могу одредити одређени фактори – индикатори за процену да ли је за стране пожељно да у решавању неког спора приступе медијацији или не. Теорија и пракса су до сада указале на различите факторе за избор медијације, као метода решавања неког спора, међу којима се најчешће истичу следећи: 1) постојање (трајног) пословног или другог (трајног) односа – радног, имовинске заједнице, коауторског, супроналазачког и слично; 2) постојање конвергентних или комплементарних интереса (пре свега економских) страна да сарађују, да постигну споразум мирним путем; 3) комплексност спора (више захтева, више страна које могу бити у улози тужиоца или туженог, постојање „скривеног“ спора који може проистећи из постојећег, везаност спора за више јурисдикција); 4) изражен емоционални елемент спора; 5) потреба страна за очувањем поверљивости и приватности поступка; 6) равнотежа моћи страна у спору; 7) несигуран правни положај страна (непостојање јасних доказа која страна је у праву) и 8) предност медијације у односу на друге редовне и алтернативне методе решавања конкретног спора (пре свега у погледу трајања, трошкова, неформалности, лакшег доказивања и слично) и други.²⁹ Постојање назначених фактора указује да стране могу имати интереса да се, у складу са начелом добровољности, определе за медијацију као

28 ЗПРС, чл. 9 ст. 1 (медијација се спроводи добровољно „осим у спорним односима у којима је посебним законом покретање поступка посредовања предвиђено као услов за вођење судског или другог поступка“). Обавезно покрегање медијације за решавање спорова из области интелектуалне својине није прописано у српском праву, ипак оно није страну у упоредном праву, на пример у Сједињеним Америчким Државама. Вид. Hyejin Jeon, Chou Kenneth, „Comparative Study on Civil Mediation and Apple v. Samsung: Mediation in Intellectual Property Disputes“, *Journal of Korean Law*, Vol. 14, 2014, 126–128.

29 Љ. Милутиновић, 55–56; М. Милошевић, 24–26; Groupement suisse des Magistrats pour la médiation, *Practical Guide to Civil Mediation*, Genève, 2006 (даље у фуснотама: *Practical Guide to Civil Mediation*), доступно на адреси: http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_guide_mediation_civile.pdf, 8.4.2018, 34–35; Гордана Михаиловић, *Коментар Закона о посредовању – медијацији*, Београд, 2007, 103–110.

метод решавања спора, као и да су шансе за успех медијације веће. Због обима рада, од наведених параметара подробије ће бити разјашњени само постојање или интерес за успостављање пословног односа/сарадње, као и комплексност спора (1), равнотежа моћи страна (2), те предности медијације у односу на судски поступак решавања спора (3).

1. Пословни однос и комплексност спора

Код спорова из области интелектуалне својине, као и генерално код спорова из других области права, стране ће се пре одлучити да свој спор реше путем медијације ако су биле у (трајном) пословном односу или другом (трајном) односу пре настанка спора (било да желе тај однос да наставе или да га споразумно прекину) или ако бар имају интерес за успостављање некаквог облика будуће сарадње.³⁰ Штавише, највећи интерес за медијацију, а и највећи изгледи за успех, ће чини се постојати ако постоји могућност наставка постојећег пословног односа. Код спорова из посматране области, очување пословног односа или бар остављање простора за сарадњу у будућности, је посебно значајно пошто су ствараоци интелектуалних добара (аутори, проналазачи и други) углавном упућени на узак круг специјализованих привредних субјеката који се баве комерцијализацијом тих добара (издавачи, музички продуценти, специјализоване индустрије и други) и обрнуто. Стога, очување или започињање пословног односа може бити битан фактор приликом одлучивања за медијацију, а и за њен успех.

Супротно, ако пре настанка спора није постојао пословни однос, нити постоји интерес за сарадњом мале су шансе да се стране одлуче за медијацију.³¹ Ипак, постојање пословног односа, не треба безрезервно узети као индикатор целисходности примене медијације. Некад ескалација сукоба настала из пословног односа може бити толико велика да искључи сваку могућност медијације.³² Такође, некад ће једна страна желети да покрене судски спор против стране са којом је раније сарађивала како би пренела поруку – обесхрабрила остале своје сараднике да поступе на исти, за њу неприхватљив, начин.³³ На пример, давалац

30 Овде сарадњу треба схватити у најширем смислу, тако да обухвата, примера ради, и споразум о начину накнаде штете због повреде субјективног права интелектуалне својине.

31 *Practical Guide to Civil Mediation*, 35.

32 Љ. Милутиновић, 56; М. Милошевић, 26.

33 Мирјана Цукавац, „Mediation – Notion and General Principles“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, 478.

лиценце, који је закључио више садржински сличних уговора о неискључивој лиценци, некад неће желети да приступи медијацији са једним стицаоцем неискључиве лиценце који је повредио уговорну обавезу, јер се то може тумачити као попуштање и бити подстицај за друге стицаоце неискључиве лиценце да исто тако поступе. Слична ситуација јесте и када дође до повреде неког субјективног права интелектуалне својине, када је већа вероватноћа (независно од постојања ранијег пословног односа) да ће се судски поступак водити, између осталог, у циљу превенције будућих повреда.³⁴

Комплексност одређеног спора, такође, може да послужи као индикатор да ће стране имати интерес да се одлуче за медијацију. Разлози за то су што комплексност по правилу за последицу има увећање трошкова, продужење трајања и уопште компликује вођење судских и других поступака заштите, те да код таквих спорова често постоји и међузависност супротстављених страна (на пример код унакрсне лиценце). Наведени параметар је чини се значајан за спорове из области интелектуалне својине, јер они неретко знају да буду комплексни, да укључују више страна, више међусобних права и обавеза страна у вези са једним или више предмета заштите, више јурисдикција (на пример уговор о филмском делу, уговор о франшизингу и слично).³⁵

2. Равнотежа моћи страна у спору

Како би се медијација могла спровести и остварити своју сврху, потребно је да свака страна у спору буде способна да доноси одлуке самостално и у свом интересу. Због тога је пожељно да постоји равнотежа моћи страна (економске моћи, непостојања односа подређености/зависности, познавање механизма правне заштите и слично), а у случају да је она нарушена неопходно је спречити могуће злоупотребе (на пример аутор књиге може ангажовати адвоката који ће га заступати током медијације са издавачем – мултинационалном компанијом). У случају када је

34 Више вид. S. Corbett, 65–67 (ауторка, ради утврђивања погодности примене медијације, дели спорове из области интелектуалне својине на три категорије: 1) спорове у којима носилац истиче своје субјективно право интелектуалне својине и право да остварује економски бенефит од свог права; 2) спорове у коме једна или обе стране желе да утврде постојање неког субјективног права интелектуалне својине (на пример ауторског права, патента) и 3) спорове у којима стране прихvatљиво/пожељно решење виде у форми заједничког коришћења субјективног права интелектуалне својине. Према њеном ставу, медијација ће по правилу бити пожељан метод решавања једино за трећу категорију спорова).

35 S. Corbett, 51–52.

неравнотежа моћи страна у спору велика, тако да се њен утицај не може отклонити, чини се да неће бити целисходно приступити медијацији, јер ће интереси „слабије“ стране бити угрожени.³⁶ При томе, таква ситуација није пожељна ни гледано из угла јавних интереса.

Додатно, равнотежа моћи некад може бити подстицај за медијацију. Примера ради, веће су шансе да дође до медијације између физичког лица, носиоца субјективног ауторског права на песми, и лица које је ту песму неовлашћено прерадио и поставило на интернет, него у случају када је носилац субјективног ауторског права на тој песми мултинационална дискографска компанија.³⁷

3. Медијација као алтернатива судском поступку за решавање спорова из области интелектуалне својине

Због промовисања медијације као алтернативног метода решавања спорова углавном се истичу њене предности у односу на судски поступак, као редован метод решавања спорова (а).³⁸ Ипак, могуће је уочити и одређене недостатке медијације у поређењу са судским поступком (б).

а) Предности медијације у односу на судски поступак

Може се истаћи више предности решавања спорова из области интелектуалне својине путем медијације у односу на судско решавање спорова. Значајније од тих предности медијације су: неформалност и добровољност поступка (1), контрола исхода поступка од стране самих страна (2), уштеда времена и трошкова поступка (3), приватност и поверљивост поступка (4), ангажовање стручњака као медијатора (5) и друге.³⁹

1) Неформалност и добровољност медијације

За разлику од судског поступка који је строго формалан и принудан за туженог, медијацију одликују неформалност (начелно) и добро-

36 Љ. Милутиновић, 56, 58, 64; М. Милошевић, 26.

37 S. Corbett, 66.

38 Вид. презентацију медијације на званичној интернет страници Министарства правде Републике Србије, доступној на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/15868/medijacija.php>, 9.4.2018.

39 Као што се може видети то су предности које важе за примену медијације уопште, али уз одређене специфичности детерминисане особеностима посматране гране права. Вид. Г. Михаиловић, 80–83.

вољност. Стране се слободно договарају међусобно и са медијатором о свим битним питањима везаним за вођење поступка,⁴⁰ додуше поштујући начела медијације и друга императивна правила из ЗПРС-а и других закона. Практично то значи да саме стране бирају и унапред одређују време и правила покретања медијације, њен основни ток,⁴¹ окончање и услове за обављање посла медијатора.⁴² Будући да је медијација добровољна, за њено спровођење потребна је по правилу изричита сагласност страна (закључење споразума о приступању медијацији), а свака страна може одустати од медијације у било којој фази поступка и одлучити се за решавање спора судским или другим путем.⁴³

Због неформалности и добровољности медијација се може користити не само за решавање једног спорног правног питања, него за решавање свих спорних односа који постоје међу странама, што је повољније гледано на дуги рок.⁴⁴ То је посебно погодно код спорова из области интелектуалне својине који често знају да буду комплексни (примера ради спорови из уговора о лиценци, уговора о франшизингу). Додатно, неформалност и добровољност олакшавају вођење спорова који имају страни елемент и везани су за више јурисдикција, а олакшавају и поступак доказивања (по правилу се само преговара, а не изводе се докази или се извођење доказа ограничава),⁴⁵ а управо су страни елемент и тешкоће доказивања једни од основних проблема са којима се носиоци субјективних права интелектуалне својине сусрећу приликом остваривања заштите судским путем.

2) Контрола исхода медијације

Једна од кључних предности медијације, од великог значаја за спорове из области интелектуалне својине, јесте то што се успела медијација

40 М. Милошевић, 20–22; М. Цукавац, 477.

41 У теорији и пракси су установљене уобичајене фазе медијације и то фаза припреме и поступак медијације у ужем смислу који се састоји од: фазе отварања поступка, фазе истраживања, фазе преговарања и окончања поступка. Више вид. Г. Михаиловић, 129–174; Вид. ЗПРС, чл. 23.

42 Вид. ЗПРС, чл. 9 ст. 5 (медијатор спроводи медијацију „на начин који сматра одговарајућим, узимајући у обзир предлоге страна, околности случаја и потребу за брзим решењем спорног односа“).

43 ЗПРС, чл. 9 ст. 1 и 23 ст. 4.

44 Г. Михаиловић, 82 („у судском поступку се утврђује право – у медијацији се утврђују интереси“).

45 Stephanie Chi, „The Role of Mediation in Trademark Disputes“, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 107; Г. Михаиловић, 82.

не окончава неизвесном одлуком суда, као што је то случај са судским поступком, него споразумом страна о решавању спора.⁴⁶ Садржину споразума одређују саме стране, те је она обострано прихватљива, за разлику од судске одлуке. Због тога се каже да медијација представља победу свих (тзв. „win-win“ solution).⁴⁷

Може се указати бар на три предности решавања спорова из области интелектуалне својине обострано прихватљивим споразумом. Прво, отклања се неизвесност исхода спора која је у великој мери присутна у посматраној области. Разлог постојеће неизвесности можемо, пре свега, тражити у константном развоју технологије и проналажењу нових начина искоришћења предмета заштите субјективних права интелектуалне својине. Судови приморани да примене норме права интелектуалне својине (које садрже велики број правних стандарда) на новонастале ситуације, неретко доносе „неочекиване“ одлуке (често неусаглашене у различитим јурисдикцијама).⁴⁸ Таква ситуација генерише неизвесност и то посебно када се ради о новим пословним моделима искоришћавања заштићених интелектуалних добара, те тада стране имају додатни подстицај да се одлуче за медијацију и избегну да суд одлучује о спорним отвореним питањима.⁴⁹ Друго, стране споразумом могу да уговоре флексибилна и креативна решења свих спорних односа који међу њима постоје, а не само једног (или више) правних питања као у судском спору. Како се ради о споровима специфичне природе (често комплексним) који по правилу захтевају специјализована знања, стране ће бити најбоље упућене како могу да реше спор. Примера ради, стране могу да установе нове моделе пословне сарадње, да уговоре унакрсне лиценце, да наставе да заједнички врше одређено субјективно право интелектуалне својине, али на различитим географским подручјима, да уговоре предметна огра-

46 Вид. ЗПРС, чл. 24 ст. 1 (поступак медијације се окончава: 1) закључењем споразума о решавању спора; 2) одлуком медијатора да се поступак обуставља, јер даље вођење поступка није целисходно; 3) изјавом једне стране да одустаје од даљег спровођења поступка (ако нема више од две стране); 4) протеком рока од 60 дана од дана закључења споразума о приступању медијацији, осим уколико се стране не споразумеју другачије).

47 Г. Кнежевић, В. Павић, 228.

48 О изазовима судова приликом примене права жига вид. Јелена Ђеранић, „Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и интернет (2016)* (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2016, 47–73, а о изазовима примене ауторског права вид. Душан В. Поповић, Марко Јовановић, *Право интернета – одабране теме*, Београд, 99–103.

49 Stephen P. Anway, „Mediation in Copyright Disputes: From Compromise Created Incentives to Incentive Created Compromises“, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 18, 2002, 453–457.

ничења вршења права и слично.⁵⁰ Треће, споразум генерално, чак иако се њиме не наставља/започиње пословни однос страна, оставља солидан основ за евентуалну сарадњу у будућности, јер односи између страна остају исти или се побољшавају, док судски поступак углавном погоршава међусобне односе страна.⁵¹

3) Уштеда времена и трошкова поступка

Медијација је хитан поступак који би према ЗПРС-у требало да се спроведе без одлагања у најкраћем могућем року. Штавише, ЗПРС-ом је прописано да се медијација окончава протеком рока од 60 дана од дана закључења споразума о приступању медијацији, уколико се стране не споразумеју другачије.⁵² С друге стране, и парнични поступци због повреде субјективних права интелектуалне својине су такође хитни поступци.⁵³ Ипак, у пракси се они неретко одуже, како због често компликованог извођења доказа, тако и због преоптерећености судова. Уз то, трајање судског спора се може продужити због улагања жалбе и спровођења поступка принудног извршења. Тако да у поређењу са судским поступком, медијација омогућава значајну уштеду времена. Уштеда времена додатно добија на значају код спорова из области интелектуалне својине и то из два разлога. Прво, већина субјективних права интелектуалне својине (осим жига и права заштите ознаке географског порекла) трају ограничен период времена, па дуго трајање спорова (поготово ако је вишегодишње) које отежава или онемогућава вршење тих права никако није пожељно.⁵⁴ Друго, данас се прилике на тржишту брзо мењају, па одлагање/прекид комерцијализације неког заштићеног интелектуалног добра може бити изузетно штетан (на пример сезонски дизајн гардеробе, иновативна апликација за мобилни телефон и слично). Последње, има посебан значај код жига, будући да снага обележавања заштићене ознаке (у којој лежи њена привредна вредност) зависи од њеног редовног и кон-

50 Wendy Levenson Dean, „Let's Make a Deal: Negotiating Resolution of Intellectual Property Disputes Through Mandatory Mediation at the Federal Circuit“, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 6, 2006, 369; Вид. и Н. Jeon, С. Kenneth, 126.

51 S. P. Anway, 457–458.

52 ЗПРС, чл. 15 и 24 ст. 1 тач. 4.

53 ЗАСП, чл. 207 ст. 2; ЗП, чл. 137 ст. 2; ЗЖ, чл. 74 ст. 2.

54 Н. Jeon, С. Kenneth, 126; S. Corbett, 62–63; То је посебно изражено код субјективних права индустријске својине, јер она најкраће трају.

тинуираног коришћења, те због чињенице да се ознаке типично користе у рекламним кампањама за чији је успех битна правременост.⁵⁵

Уштеда трошкова је још један фактор који иде у прилог медијацији у односу на судски поступак решавања спорова. Према ЗПРС-у у поступку медијације свака страна сноси своје трошкове, а заједничке трошкове (награда за рад медијатора и накнада трошкова које је он имао у вези са поступком) носе на једнаке делове, ако се нису другачије споразумеле.⁵⁶ Супротно, у судском спору трошкови се по правилу преваљују на једну страну и знатно су већи јер обухватају судске таксе, награду и трошкове адвоката, трошкове извођења доказа (посебно вештачења у области интелектуалне својине), друге трошкове страна, а евентуално и трошкове извршења. Уштеда трошкова је нарочито велики подстицај за медијацију у земљама у којима су трошкови судског поступка изузетно велики, као што су Сједињене Америчке Државе.⁵⁷

4) Приватност и поверљивост поступка

Медијацију као поступак по правилу одликује приватност (искључење јавности) и поверљивост. Чињенице у вези са спором, начином спровођења медијације, као и изнете изјаве и докази су поверљиви. О састанцима у току медијације се углавном не воде записници.⁵⁸ Поред тога, како би се омогућило да стране слободно изнесу своје ставове и открију своје интересе у циљу проналажења најповољнијег решења, опште је правило да се предлози изнети током медијације који су дати искључиво ради закључења споразума не могу користити касније у судском, арбитражном или другом поступку, нити саопштити на други начин.⁵⁹

55 Више вид. S. Chi, 109–111.

56 ЗПРС, чл. 29 (висина награде за рад и висина накнаде трошкова медијатора одређују се према Тарифи о наградама и накнадама у поступку посредовања коју доноси министар надлежан за послове правосуђа, ако се стране другачије не споразумеју).

57 Вид. S. Chi, 105–106.

58 Г. Михаиловић, 81–82; Осим у изузетним случајевима „*сви подаци, предлози и изјаве из поступка посредовања или у вези са поступком посредовања су поверљиви*“. ЗПРС, чл. 13.

59 М. Милошевић, 21; Вид. ЗПРС, чл. 16; Овде треба напоменути да се, као контраефекат поверљивости и непостојања записника, могу јавити потешкоће приликом доказивања да се једна страна, након медијације, недозвољено користи или је недозвољено открила предлог друге стране изнет у медијацији.

Приватност и поверљивост медијације су нарочито значајне за стране у споровима из области интелектуалне својине које желе да избегну потенцијални негативни публицитет, нарушавање репутације, као и да спрече откривање својих пословних тајни.⁶⁰

5) Могућност ангажовања стручњака као медијатора

Решавање спорова из области интелектуалне својине неретко захтева поседовање посебних стручних знања. Примера ради, у области патентног права се по правилу захтевају техничка знања и/или познавање прилика у одређеној индустријској грани како би се разумели функционисање и могућности комерцијализације заштићених проналазака. Код ауторског права је опет потребно имати посебна знања да би се проценила оригиналност ауторског дела, као и потенцијал његове комерцијализације.⁶¹ Због наведеног, у судским поступцима за решавање спорова из области интелектуалне својине често је неопходно ангажовати вештаке, на чије се налазе и мишљења судије у великој мери ослањају приликом доношења одлука. Уз то, саме стране морају да уложе додатне напоре како би судије упутиле у специфичности предмета свог спора, а нарочито ако се ради о иновативним технологијама (на пример биотехнологији) или новим начинима искоришћавања интелектуалних добара.⁶² Медијација управо омогућава да се овај потенцијални проблем код решавања спорова из области интелектуалне својине превазиђе ангажовањем за медијатора лица које је стручњак за област из које је спор. Такав медијатор – стручњак, будући да познаје прилике у области из које потиче спор, би требало да може добро да разуме интересе страна, да им помогне да реално сагледају спор, те да лакше дођу до прихватљивог решења.⁶³ При томе, може се очекивати и да ће стране имати велико поверење у таквог стручног медијатора.

Узимајући у обзир наведено, може се рећи да је могућност ангажовања стручњака као медијатора у споровима из области интелектуалне својине једна од кључних предности медијације у односу на судски посту-

60 Вид. W. Levenson Dean, 369–370.

61 Чак и у праву жига неретко ће бити потребна посебна знања да би се испитало постојање сличности ознаке, односно роба/услуга које може довести у забуну просечног учесника у промету. S. Chi, 108–109.

62 S. Corbett, 62.

63 Знања стручњака медијатора ће бити нарочито корисна ако се примењује евалуативни модел медијације. S. P. Anway, 458–459.

пак.⁶⁴ Ипак, треба имати у виду да ЗПРС не оставља потпуну слободу странама при избору медијатора. Како би неко лице било изабрано за медијатора, оно мора, између осталог, завршити основну обуку за медијаторе, имати дозволу за медијацију и бити уписано у посебни Регистар посредника (медијатора).⁶⁵ Оваквим правилом се значајно ограничава круг лица која могу бити изабрана за медијаторе. То чини се може бити одвраћајући фактор за примену медијације, јер се може десити да не постоји стручњак из неке специфичне области који испуњава законом тражене услове за медијатора.⁶⁶

б) Недостаци медијације у односу на судски поступак

Генерално гледано, у поређењу са судским поступком могуће је уочити одређене недостатке медијације који важе и код спорова из области интелектуалне својине. У наставку ће бити само указано на четири често истицана недостатка медијације. Први недостатак медијације јесте могућност злоупотребе поступка медијације како од страна у поступку, тако и од медијатора. Могућност злоупотребе је повећана с обзиром на неформалност, приватност и поверљивост медијације. Тако, медијатор може да поступа само у интересу једне стране или противно интересима обе стране, штитећи свој интерес.⁶⁷ С друге стране, могуће је да једна страна приступи медијацији само са циљем да сазна чињенице о слабостима друге стране или како би одложила покретање или наставак судског поступка. Управо због тога су ЗПРС-ом прописана законска начела поверљивости и хитности медијације.

Други недостатак је у вези са првим, а односи се на чињеницу да медијација може бити коришћена противно јавним интересима, на пример ради постизања противзаконитих споразума, медијатор може да прећути незаконито поступање неке од страна за које је сазнао у току

64 Више вид. Sarah Tran, „Experienced Intellectual Property Mediators: Increasingly Attractive in Times of Patent Unpredictability”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 13, 2008, 313–325.

65 ЗПРС, чл. 33.

66 У теорији се, чини се с разлогом, поставља питање оправданости услова завршене обуке за медијаторе, као и система дозвола и вођења регистра медијатора, посебно ако се узме у обзир да се за арбитре не траже ови услови, а они доносе одлуке које су по снази изједначене са правноснажном и извршном судском одлуком. Вид. В. Павић, М. Ђорђевић, 257–258.

67 Више вид. Г. Михаиловић, 111–113; У ЗПРС-у су као механизми заштите од недозвољеног поступања медијатора, између осталог, прописани искључење и изузеће медијатора, одговорност за штету и одузимање дозволе. ЗПРС, чл. 21, 22, 35 и 39.

поступка и слично. Постоје и мишљења да медијација води приватизацији правде.⁶⁸

Треће, у случају неуспеле медијације она ће представљати само додатни трошак и изгубљено време. Због тога је кључно за стране да пре приступања медијацији исправно процене вероватноћу да се спор реши тим путем.

Четврти недостатак медијације, који се раније посебно често истицао јесте питање извршности споразума о решавању спора. ЗПРС-ом је сада то питање изричито уређено. Споразум о решавању спора путем медијације може имати снагу извршне исправе под условом: 1) да садржи изјаву дужника којом пристаје да поверилац на основу споразума, након доспелости, може покренути поступак принудног извршења (клаузула извршности) и 2) да су потписи страна и посредника оверени од стране суда или јавног бележника. Супротно, ако нису испуњени ови услови, споразум важи као вансудско поравнање.⁶⁹

Може се рећи да предности медијације у односу на судски поступак за решавање спорова ипак имају превагу у поређењу са недостацима.

Закључак

Како би се могло реално очекивати да медијација замени судски и друге поступке за решавање неког спора из области интелектуалне својине, а и уопште, потребно је пре свега да тај спор буде медијабилан, а затим да је за стране у том спору целисходно да, у складу са начелом добровољности, примене медијацију за његово решавање.

Према ЗПРС-у спор ће бити медијабилан ако стране могу слободно да располажу својим захтевима из тог спора, као и ако другим законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа. Како субјективна права интелектуалне својине имају карактер приватних права, спорови из области интелектуалне својине ће углавном задовољавати наведене критеријуме, али не и увек.

Да ли ће за стране у неком спору из области интелектуалне својине бити целисходно, да се у складу са начелом добровољности определе

68 Г. Михаиловић, 111; У англосаксонским правним системима се као недостатак медијације истиче да она у одређеној мери спречава правовремен настанак прецедената. Вид. S. P. Anway, 461–464.

69 ЗПРС, чл. 27–28.

за медијацију зависи од више фактора, на које је указано. Тако, стране ће нарочито имати интерес да се одлуче за медијацију ако између њих постоји пословни однос који желе да наставе или ако бар имају заједнички интерес да успоставе пословни однос, односно некакав други облик сарадње у циљу мирног решавања спора. Интерес за примену медијације такође може проистећи из комплексности спора, равнотеже моћи страна, те различитих предности поступка медијације у односу на судски поступак за решавање спора, као што су неформалност и добровољност поступка, контрола исхода поступка, уштеда времена и трошкова поступка, приватност и поверљивост поступка, ангажовање стручњака као медијатора и друге.

Из предложеног се може закључити да је могућност примене медијације, као метода за решавање спорова из области интелектуалне својине, у битној мери ограничена и да зависи од околности сваког конкретног спора. Независно од тога, потенцијал примене медијације за решавање спорова у области интелектуалне својине је чини се и даље велики. Тако да чини се треба радити на подстицању шире примене медијације за решавање спорова у посматраној области. Потоње, нарочито ако узмемо у обзир бенефите које због шире примене решавања спорова путем медијације могу имати стране у споровима, али и друштво у целини, у виду растерећења судова и повећања свеопште ефикасности решавања спорова.

За крај треба напоменути, да би у циљу развоја медијације у области интелектуалне својине у Републици Србији, због специфичности предметне области, било сувисло системски радити на обуци и специјализацији медијатора. Као што је напред указано, могућност ангажовања стручњака за медијатора је једна од кључних предности медијације у односу на судски поступак за решавање спорова. С обзиром на то, тренутне активности Завода за интелектуалну својину на формирању листе медијатора који имају посебна знања из медијације у области интелектуалне својине, те план оснивања Центра за медијацију, као и сарадња са Центром за арбитражу и медијацију Светске организације за интелектуалну својину су чини се итекако пожељне.⁷⁰

70 Вид. фн. 4.

Novak VUJIČIĆ, M.A.

Assistant Lecturer at the Faculty of Law University of Belgrade

**MEDIATION AS A METHOD FOR RESOLUTION
OF INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES:
(UN)REALISTIC EXPECTATIONS**

Summary

Intellectual property disputes are often considered as particularly suitable for mediation. The idea of this paper is to examine, from the perspective of Serbian law, certain issues related to the application of mediation for resolution of intellectual property disputes, with the aim of trying to determine under what circumstances it will be realistic to expect mediation to replace court and other dispute resolution procedures. The analysis indicates that mediation, in order to be suitable for resolution of a certain dispute, should meet two criteria. Firstly, a particular dispute should fulfil the criterion of mediability, and secondly, it should be suitable for the parties to solve the subject dispute through mediation. In the case of intellectual property disputes it is not so rare that the mentioned criteria will not be fulfilled. In spite of that, the potential of mediation, as a method for resolution of intellectual property disputes, still seems to be significant. Therefore, the message is that it should be worked on development and promotion of wider application of mediation for resolution of intellectual property disputes in the Republic of Serbia.

Keywords: *mediation, intellectual property, mediability, dispute resolution.*

Владимир МАРЕНОВИЋ*

Мина ЈОВАНОВИЋ**

ЗАШТИТА ОБЛИКА ПРОИЗВОДА ТРОДИМЕНЗИОНАЛНИМ ЖИГОМ

Резиме

Предмет овог рада је заштита облика производа жигом, а намера је да се преиспита у којој мери она одговара правилима жиговног права. Основна хипотеза је да је самосталност знака у односу на робу која је предмет обележавања претпоставка норми које уређују ово право, те да предмет заштите не може бити и роба сама по себи, односно њен облик. У првом делу рада указује се на спорне аспекте стицања овакве правне заштите, након чега следи преиспитивање домета њене садржине, као и анализа других права интелектуалне својине којима се облик робе може заштитити. Аутори настоје да укажу да се заштитом облика производа путем жига неоправдано проширује појам предмета заштите са ознаке на карактеристично својство робе, што има битне последице на конкурентске односе на тржишту.

Кључне речи: облик производа, тродимензионални жиг, дистинктивност, нетрадиционални жигови.

І Увод

Циљ овог рада је да се преиспита у којој мери заштита облика производа жигом одговара општим правилима жиговног права, а повод за нашу анализу јесте бројност пријава оваквих тродимензионалних

* адвокат, Београд

** адвокат, Београд

жигова¹ пред домаћим Заводом за интелектуалну својину, као и учесталост расправа о домету њихове правне заштите у стручној јавности. Предмет анализе представља пре свега домаћа позитивно правна регулатива, уз осврт на решења из права Европске уније². Наиме, централна хипотеза овог рада јесте тврдња да заштита облика производа жигом не одговара класичним правилима жиговног права, те да облик производа не би требало да ужива заштиту овим правом. Наведена тема припада широј дискусији која се тиче заштите тзв. нетрадиционалних жигова³, која је, с обзиром на тенденције у развоју жиговног права, вредна посебне пажње. У првом делу рада испитаћемо подобност жигова који за предмет имају облик производа за стицање правне заштите кроз управни поступак регистрације, а у другом делу рада испитаћемо спорне аспекте садржине правне заштите која се стиче.

II Стицање правне заштите облика производа жигом

Законом о жиговима (у даљем тексту: ЗОЖ), наведена је неискључива листа примера од чега се знак може састојати, где је између осталих наведен и тродимензионални облик⁴. На овом месту наводимо да је битно направити разлику између фигуративних⁵ и тродимензионалних жиго-

1 Предмет анализе овог рада јесте заштита облика производа који је предмет обележавања. Изван наше анализе остају знакови који се у промету користе у тродимензионалном облику, али су при том јасно појмовно и материјално одвојени од самог производа који је предмет обележавања (мерцедес звезда или јагуар фигура за аутомобиле и сл.).

2 Предмет анализе била је важећа Директива 2015/2436 Европског парламента и Савета о усаглашавању права држава чланица у области жигова, 2015, (*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council, to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*), као и Регулатива 2015/2424 Европског парламента и Савета о изменама Уредбе о комунитарном жигу 207/2009, 2015, (*Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark*), као и пракса Европског суда Правде доступна на: <https://curia.europa.eu>.

3 Термин одговара пре свега иностраној литератури, а користи се да означи знакове који нису речи и графизми, већ звуци, мириси, укуси, облици и сл. Више о томе видети: *Port, Kenneth L., On Nontraditional Trademarks (March 3, 2010). William Mitchell Legal Studies Research Paper No. 2010-05*. Доступно на: <https://ssrn.com/abstract=1564230>.

4 Истичемо да није наведено тродимензионални облик самог производа, већ тродимензионални облик (што је и логично јер тродимензионалност подразумева предмет (тело) који је одређен управо својим обликом, у просторном смислу).

5 Као фигуративне жигове за потребе овог рада подразумевамо жигове чији је предмет дводимензионални приказ производа (примера ради, приказ шешира), али који су по својој природи индивидуални жигови и достављају се Заводу у једном приказу, за разлику од троди-

ва, о чему ће бити више речи у даљем тексту рада. Даље, чл. 5. ЗОЖ дефинише услове које, између осталих, и тродимензионални облик мора да испуни како би уживао заштиту жигом. Из наведених услова произилазе и следећа ограничења:

1. неподобност знака да по свом укупном изгледу врши разликовање робе у промету;

2. неподобност знака који се састоји искључиво од тродимензионалног облика одређеног природом робе⁶, или облика који је неопходан за добијање одређеног техничког резултата, или од облика који битно утиче на вредност робе;

3. неподобност знака који се састоји искључиво од ознака или података који у промету могу служити за означавање квалитета, количине, намене, вредности, географског порекла, времена производње робе или пружања услуга, или других карактеристика робе односно услуга.

Прво ограничење тиче се подобности знака да врши разликовање робе у промету. Овде имамо у виду дистинктивност као подобност знака да врши разликовање конкретне робе у промету⁷. Пре свега указујемо да логичким тумачењем ове одредбе следи да је за заштиту жигом нужно да се облик производа може перципирати као знак који је појмовно одвојен од самог производа који је предмет обележавања, јер другачије овај услов не би могао бити остварен. Наше је мишљење да то може бити случај само са оним обликом који представља изразито одступање од уобичајених облика за дати производ – рецимо, флаша у облику фламингоса. Међутим када је реч о иоле очекиваним, уобичајеним облицима, мишљења смо да ту не постоји могућност за појмовно раздвајање производа и његовог облика као знака. Дobar пример су облици чоколада (који су често предмет заштите тродимензионалним жигом, што је у последње

мензионалних жигова који представљају тело одређеног облика, и који се Заводу за потребе пријаве достављају у више приказа).

6 Иако се из претходног чл. 4. ЗОЖ није могао извести закључак да и облик производа који је предмет обележавања може бити предмет заштите (а не само тело изражено у тродимензионалној форми а појмовно и материјално одвојено од самог производа), оваква формулација битно проширује предмет заштите.

7 За разлику од подобности знака да уопште функционише као ознака разликовања, дистинктивност је подобност да се врши разликовање у односу на конкретну робу у питању. Више о разликовању ова два појма и правилној употреби термина дистинктивност видети у: Синиша Варга, „Дистинктивност у праву жига Европске уније“, *Зборник радова „Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању 2“*, Крагујевац 2013.

време предмет посебне дебате⁸). Наше је мишљење да потрошачи не перципирају облик чоколаде (коцкице у виду пирамида, округла испупчења, штангле, коцкице различитих величина...) као знак разликовања, већ као једно од својстава робе у питању. Стога смо мишљења да облик производа сам по себи, уколико не одудара битно од уобичајених облика производа те врсте, не може бити дистинктиван⁹.

Када је реч о ограничењу прописаном под тачком 2, истичемо да је наведено честа тема разматрања домаћих¹⁰ и страних¹¹ аутора, те у намери да се избегне оптерећење рада познатим темама нећемо детаљно коментарисати ово ограничење. Свакако се слажемо са преовлађујућим ставом да ће велики број тродимензионалних облика бити изузет од заштите управо услед ове норме. Осврнућемо се укратко на ограничење које се тиче знака који се састоји искључиво од облика који је одређен природом робе – мишљења смо да наведену норму не треба тумачити тако да се односи само на облике којима је нека роба *необходно* одређена (рецимо, кашике нужно морају имати дршку и удубљење којим је могуће захватити течност). Ова норма примењива је и онда када роба може природно бити обликована у различите облике (рецимо чоколада у куглице, коцкице, табле и сл.), имајући у виду да је реч о облицима који сви произилазе из природе саме робе¹², те да је реч о роби за чију је употребу неопходно да буде обликована у неки од могућих уобичајених облика.

8 Више о томе погледати о предмету регистрације тродимензионалног жига чоколаде „Нестле“, на: <http://ipkitten.blogspot.rs/2014/01/will-kit-kat-shape-monopoly-last.html>

9 Више о томе видети: Lennin Hernandez Gonzalez, „Functional Shape Marks, Conditions for Exclusion of Protection and limits thereof“, мастер рад, 2009, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2934944, као и: Daniel V. Davidson, Michael D. Chatham „Trade dress: Rising from the ashes“, *Radford University*, 2017, доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2923257>.

10 Видети: Божин Влашковић, „Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом“, *Зборник радова „Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању“*, Крагујевац 2013.

11 Видети: Chronopoulos, Apostolos, „De Jure Functionality of Shapes Driven by Technical Considerations in Manufacturing Methods“, *Intellectual Property Quarterly*, издање бр. 3, 286-306, 2017, доступно на: <https://ssrn.com/abstract=3089351>

12 Па тако, и у Методологији Завода за интелектуалну својину стоји да се неће признати заштита оним облицима који произилазе из природе саме робе, те да се не може заштитити тродимензионални облик флаше за флашу као робу (што се односи на све варијације уобичајених облика флаша), али да се може заштитити тродимензионални облик флаше за рецимо пића, и то под условом дистинктивности.

Наиме, када је реч о трећем наведеном ограничењу, од посебног значаја је последњи део норме који прописује да се жигом не може штитити знак који се састоји искључиво од ознака или података који у промету могу служити за означавање других карактеристика робе (поред врсте, намене или слично). Знак који представља облик робе може се сматрати знаком који се састоји искључиво од ознаке која служи за означавање једне од карактеристика робе – облика, односно изгледа робе. Имајући у виду да је законодавац нормирао карактеристике робе на неискључив начин, није јасно зашто би изглед робе био искључен као једна од њих.

Оваквим тумачењем предметне норме, сваки облик производа био би искључен из заштите жигом. Ипак, имајући у виду одредбу изузетка из наведене тачке 2, чини се да је законодавац ипак желео да остави могућност заштита облика саме робе, будући да је изричито нормирао три случаја када то није могуће. На овом месту констатујемо да између ових ограничења очито постоји контрадикторност.

Мишљења смо да наведене норме указују на неопходност самосталности знака у односу на робу која је предмет обележавања, што је основна претпоставка и других норми које регулишу ово право. Сматрамо да одредбу чл. 5 ст. 1. тач. 4. треба тумачити тако да се она односи на облик, односно тело, који је појмовно одвојен од робе која је предмет обележавања.

III Садржина правне заштите облика производа жигом

Имајући у виду изложена ограничења, те чињеницу да се у пракси облик производа сматра дистинктивним најчешће по основу стечене дистинктивности¹³, мишљења смо да наведено има значајне последице на садржину правне заштите која се стиче. С обзиром на овлашћења носиоца жига¹⁴, може се поставити питање у којој мери је положај носиоца оваквог жига другачији у односу на положај носиоца традиционалних жигова.

Прва дилема тиче се постојања повреде тродимензионалног жига уколико треће лице производи производе истог облика, које у промету обележава својом дистинктивном вербалном ознаком. Другим речима,

13 О стеченој дистинктивности видети: Методологију поступања Завода за интелектуалну својину у поступку за признање жига и у поступцима по регистровним жиговима, поглавље 11 тачка 14. Доступно на: http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf_zigovi/metodologija.pdf.sav.

14 Искључиво право да знак користи за обележавање робе, односно право да другима забрани да користе (обележавају, нуде, увозе, извозе, ставају у промет робу обележену спорним знаком и сл.) заштићени или њему сличан знак - чл. 38. ЗОЖ.

поставља се питање да ли трећа лица, с обзиром на искључива овлашћења носиоца жига, имају право да *производе* робу датог облика, приликом чега ће је обележавати другим дистинктивним знаком. Мишљења смо да је неопходно предметно питање оценити у сваком конкретном случају, проценом тога који елемент у конкретном случају врши функцију разликовања. Овакав став у складу је са праксом другостепеног управног органа наше државе, који налази да није релевантна употреба знака који само постоји на самој роби, већ је нужно да управо он врши функцију разликовања¹⁵. Исти став заступан је и у страног судској пракси¹⁶. Наиме, мишљења смо да вербални знаци имају примат над облицима када је реч о упечатљивости односно подобности да буду носачи информација о пореклу робе (односно о подобности да врше функцију разликовања¹⁷). Сходно наведеном, мишљења смо да ће у пракси ретко постојати повреда туђег жига који за предмет има облик робе, имајући у виду да трећа лица не користе облик као ознаку обележавања већ то чине другом дистинктивном „традиционалном ознаком“. Ово посебно када је реч о сличном облику, када је потребна и вероватноћа настанка забуне или вероватноћа да ће знакови бити доведени у везу, која се лако отклања управо додатном дистинктивном вербалном ознаком.

Друга дилема тиче се заштите жига који за предмет има облик производа у случају када је реч о чувеном жигу, што би подразумевало право носиоца таквог жига да другима забрани коришћење датог облика, за обележавање било које робе. Наведена дилема указује на то колико заштита облика производа одудара од природе права жига, имајући у виду да би доследна примена његових норми водила апсурдним закључцима. Примера ради, уколико носилац жига облика чоколаде „Тоблероне“ докаже чувеност свог жига, наведено би значило да би могао ускратити свим учесницима у промету да користе облик у питању, за било коју робу (пример – амбалаже за парфеме). Оправдано је оспорити овакво тумачење као смислено, али се чини да доследна примена правила ЗОЖ воде оваквом закључку.

15 Одлука Административне Комисије Владе Републике Србије бр. 031-11275/2016 од 30.12.2016.

16 Видети: Minter Elison, „Should you get bent out of shape pursuing trade mark registration for a shape?“, 2017 – објављено и доступно на: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=97cf64d7-4801-42e2-a067-bef3e065e94f>.

17 Марић Владимир, *Сличност жигова*, Београд, 2009.

Даље, уколико се осврнемо на честе наводе у стручној теорији да тродимензионални жигови који за предмет имају облик производа (треба да) уживају заштиту само у случајевима стечене дистинктивности, уочавамо проблем да ће у највећем броју случајева на тржишту постојати сличност са другим производима исте врсте, те да се потенцијално у промету могу пронаћи бројне повреде права. Ово стога што инхерентна дистинктивност изостаје тамо где облик није подобан да врши функцију разликовања – када је реч о облику који делује уобичајено за врсту робе у питању. Ово се догађа зато што је облик сличан другим облицима конкретне робе, те дистинктивност стиче тек кроз интензивну употребу у промету. Интересантно је да у фази стицања права, носилац инсистира на препознатљивости (довољној различитости) његовог облика од облика конкурентских производа. Насупрот томе, у фази остваривања свог права, носиоцу иде у корист да доказује сличност свог заштићеног облика са облицима конкурентских производа. Ова правилност важи за све знакове који заштиту стичу по основу стечене дистинктивности, међутим примећујемо да када је о облицима производа реч, оваква заштита представља правило, док је у другим случајевима реч о изузетку. Стога указујемо на то да би доследна примена правила о садржини правне заштите оваквих жигова водила, чини се, неоправдано широким овлашћењима носиоца жига која би битно могла угрозити слободну конкуренцију на тржишту¹⁸.

IV Заштита облика производа другим правима

Досадашња анализа показала је да заштита облика производа жигом, иако законом прописана као могућа, у битноме одудара од природе овог права. Пре свега, констатујемо да је жиг традиционално успостављен као право којим се штити знак разликовања. Заштита нетрадиционалних жигова постала је популарна у модерно доба услед тога што је услед развоја маркетинга и различитих метода рекламирања уочено да и друга људска чула могу служити као рецептори упечатљиве рекламе (поруке), осим вида¹⁹. И аутор овог рада дели мишљење да се ознаке разликовања заиста могу изразити у различитим формама. Међутим, мишљења смо да не постоји основ за трансформацију жига од права које за предмет заштите има саму ознаку, у појмовном смислу одвојену од

18 О улози жига видети: Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014.

19 Видети више о томе у: Lisa P. Ramsey „Non traditional trademarks and Inherently Valuable Expressions”, 2018, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3104939.

производа који је предмет обележавања, ка праву које за предмет заштите има карактеристично својство робе (примера ради, њен облик).

Наиме, сва права интелектуалне својине конципирана су тако да у крајњој линији доприносе друштвеном благостању (кроз подстицај стваралаштву, поспешивање конкуренције, регулацију тржишта, и сл²⁰). Оправдање заштите ознака жигом огледа се у регулисању асиметрије информисаности учесника на тржишту, чиме се доприноси његовој ефикасности²¹. Право жига као право којим се стиче монопол на коришћење одређеног знака постоји у корелацији са другим правима која доприносе равнотежи и равномерној заштити свих интереса – право конкуренције, слободе говора и слично. Заштитом препознатљивог својства робе кроз право жига превазилази се његова примарна функција, и успоставља се право које има другачије последице на другим пољима, посебно на пољу слободне конкуренције.

Овде ћемо навести друге начине заштите облика производа који су доступни тржишном учеснику у Србији.

а) Заштита кроз ауторско право²² - наиме, уколико одређени облик производа заиста представља резултат оригиналне људске идеје, биће подобан за заштиту ауторским правом.

б) Заштита кроз индустријски дизајн - индустријским дизајном штити се тродимензионални или дводимензионални изглед производа или неког његовог дела, при чему се под производом подразумева индустријски или занатски предмет.

в) Заштита кроз право конкуренције – Законом о трговини²³ прописано је да се радњом непоштене тржишне утакмице сматра продаја робе са обликом којим се оправдано²⁴ ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета или других својстава робе.

20 Више о томе: С. Марковић, (2014) .

21 Видети: Barnes David W., „A New Economics of Trademarks“, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol 5/1, 2006.

22 Дилема да ли облик производа може представљати оригиналну духовну творевину откловена је одредбом Закона о правној заштити индустријског дизајна који чланом 46. изричито успоставља и ауторскоправну заштиту над обликом производа.

23 Закон о трговини, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013, чл. 50.

24 Указујемо на неспретну законску формулацију (не постоји оправдано и неоправдано стварање забуне, примереније би било да је реч *оправдано* изостала).

г) Заштита путем фигуративног жига – како смо раније поменули, у пракси Завода за интелектуалну својину постоје бројне регистрације²⁵ индивидуалних фигуративних жигова које представљају приказ изгледа производа. Наше мишљење је да је садржина овакве заштите врло уско ограничена, и да се не може уподобити садржини правне заштите која се добија кроз заштиту облика производа као тродимензионалног жига. Наиме, индивидуалним жигом заштићени дводимензионални приказ изгледа производа даје право на забрану другима да користе исти такав приказ за обележавање производа, а не да свој производ обликује у предметни облик. Ово стога што се обликовање робе не може уподобити њеном обележавању. Примера ради, уколико је индивидуалним жигом заштићен приказ шешира одређеног изгледа, боје и величине, такав жиг не даје овлашћења носиоцу да спречава друге да производе шешире датог облика, који су при том обележени другим ознакама. Садржина овлашћења ограничена је на приказ као ознаку која се користи у сврхе обележавања, те ће носилац бити овлашћен да само забрани другима да користе такав приказ. Мишљења смо да другачије тумачење превазилази границе жиговног права, те да би представљало искорачење из прописаних оквира садржине правне заштите жига.

V Облик и друге нетрадиционалне ознаке

Наиме, аутори овог рада су става да тродимензионални знакови, заједно са мирисима, звуцима и укусима, треба да буду предмет заштите жигом, али не онда када уједно представљају и карактеристично својство врсте робе која је предмет обележавања. Ово стога што стицање искључивог права на својству робе битно ограничава конкуренцију, што не одговара улози права жига у правном промету. Примера ради, мишљења смо да се мирис може штитити као ознака за обележавање салвета, али не и за обележавање парфема (чија је суштина управо у датом мирису). Супротно тумачење водило би закључку да неко може заштити жигом укус одређеног јела²⁶, и на тај начин забранити свим другим конкурентима да праве и нуде јело таквог укуса. Иста логика може се применити и на облик производа, и логичан закључак који следи је да би заштита оваквих карактери-

25 На пример, на доступној електронској бази жигова Завода за интелектуалну својину РС погледати пријаву бр. 2018/0561.

26 Подсећамо, у системима где је у важећој регулативи напуштен услов графичког приказа знака, како је тренутно регулисан жиг ЕУ.

стика робе монополским правом имала озбиљне последице у виду ограничења конкуренције, што не одговара традиционалној улози жига.

VI Закључак

Спроведеном анализом показали смо у којој мери заштита облика робе кроз право жига не одговара стандардним правилима жиговног права нити његовој функцији у правном промету. Водећи се прецизно апсолутним разлозима за одбијање заштите, јасно је да облик производа који је предмет обележавања врло тешко може испунити потребне услове. Такође, на сувишност такве заштите указује и доследна примена правила о њеном остваривању, која би водила грубом ограничавању конкуренције.

Наиме, мишљења смо да правни поредак нуди довољно других опција којима се може штитити облик као препознатљиво својство робе онда када је то оправдано имајући у виду улогу права интелектуалне својине у правном промету, те да не постоји разлог за овакво појмовно проширење предмета заштите жигом. Сматрамо да треба отворити простор за регистрацију нетрадиционалних ознака, облика, мириса, укуса и слично, али не онда када они представљају карактеристично својство робе односно када представљају робу саму по себи.

Vladimir MARENOVIĆ, Attorney at Law

Mina JOVANOVIĆ, Attorney at Law
PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

PROTECTION OF PRODUCT SHAPE AS A THREE-DIMENSIONAL TRADEMARK

Abstract

This paper concerns the protection of product shape, and the aim is to analyze its compatibility with the basic rules of trademark law. The central thesis is that the mark being independent from the product which is subject of marking is the postulation of rules regulating this right. Consequently, the subject of protection should not be the good itself, nor should be its shape. In the first part the authors point out the disputable aspects of registration of such a mark, while in the second part they analyze the scope of its legal protection, as well as the other intellectual property rights which protect the shape of a product. The authors aim to show that protection of product shape as a trademark presents the unjustified broadening of subject of protection from mark only to the characteristic feature of the good, which has important implications for trade relations on the market.

Keywords: *product shape, threedimensional trademark, distinctiveness, non-traditional trademarks.*

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ И АРБИТРАЖЕ

Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ*

ПОЈАМ СПОРАЗУМА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Појам рестриктивног споразума се не дефинише у примарним изворима права ЕУ, нити у праву конкуренције Србије. Тиме је отворен простор за различита тумачења у правној теорији и пракси примене норми о забрани рестриктивних споразума садржаних у члану 101 Уговора о функционисању ЕУ, односно члану 10 Закона о заштити конкуренције РС. Питање када постоји споразум са аспекта права конкуренције је од великог практичног значаја, јер од одговора на њега зависи домашај правила о забрани рестриктивних споразума. Аутор се у овом чланку фокусира на један елемент појма – споразум. Теорија и пракса се слажу да је појам споразума у праву конкуренције шири од појма уговора у грађанском праву. Ипак, теорија права конкуренције не нуди једну опште прихавћену дефиницију споразума, а пракса, разумљиво, има казуистички приступ овом питању. Циљ овог чланка је да се кроз анализу праксе Комисије и Суда правде ЕУ издвоје фактори који су одлучујући приликом утврђивања постојања споразума, јер је то прво питање на које се мора одговорити у сваком поступку који се води због повреде забране рестрик-

* Редовни професор Универзитета у Источном Сарајеву

тивних споразума. Ауторка уочава одступања од општих правила уговорног права због којих појам споразума у праву конкуренције има шире значење од појма уговора у грађанском праву. Она констатује, ипак, да основно правило грађанског права о неопходности постојања сагласне воље учесника споразума, изражене недвосмислено речима или понашањем, важи без изузетка и у праву конкуренције. На крају рада аутор анализира праксу Комисије за заштиту конкуренције РС у светлу претходно изнетих ставова.

Кључне речи: рестриктивни споразум, појам споразума, понуда, прихват понуде, ограничења конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције

1. Уводна разматрања

Споразумна ограничења конкуренције су санкционисана у праву конкуренције Европске уније и свим националним правима, јер слободно тржишно привређивање претпоставља самостално доношење пословних одлука од стране свих учесника тржишне утакмице. Њихово међусобно споразумевање о условима под којима се та утакмица одвија онемогућава несметано деловање закона понуде и тражње и последично доводи до лоших економских резултата: високих цена, смањеног обима и недовољне разноврсности понуде, нижег квалитета производа и др.

Споразумна ограничења конкуренције потребно је разграничити, с једне стране, од унилатералних понашања тржишних учесника са надмоћном економском позицијом и, с друге стране, од груписања и повезивања привредних друштава која такође имају свој основ у некој врсти споразума, али воде трајном губитку економске самосталности учесника споразума (концентрације учесника на тржишту). Разграничење је у пракси неопходно како би се определио правни режим под који се подводи одређено тржишно понашање.¹ Са теоријског аспекта поменуто разграничење једнако је значајно. Споразумна ограничења конкуренције концептуално представљају антипод слободној тржишној конкуренцији,

1 Споразумна ограничења конкуренције санкционисана су чланом 101 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ), односно чл. 10 Закона о заштити конкуренције РС („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013, даље: ЗЗК). Унилатерална понашања тржишних учесника са доминантном тржишном позицијом санкционисана су чл. 102 УФЕУ, односно чл. 16 ЗЗК. На концентрације учесника на тржишту примењује се правни режим постављен Уредбом 139/2004 о контроли концентрација предузећа (*Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, O.J. L 24, 29.01.2004.), односно чл. 17-20 ЗЗК.

као примарном заштитном објекту права конкуренције, за разлику од индивидуалних тржишних понашања учесника са значајном тржишном снагом и концентрација привредних друштава чији ефекат на конкуренцију није *prima facie* негативан.

Правни прописи којима се штити конкуренција не дају дефиницију рестриктивног споразума,² већ се евентуално у њима наводе појавни облици и типичне врсте споразума. На правном подручју држава чланица Европске уније и држава кандидата за чланство релевантан је појам наведен у члану 101 став 1 УФЕУ: „споразуми међу предузећима, одлуке удружења предузећа и усаглашене праксе... које имају за циљ или за последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције.“ У односу на наведени термин, појам рестриктивног споразума у члану 10 ЗЗК разликује се утолико што се уместо речи „предузеће“³ користи синтагма „учесник на тржишту“ и, друго, што се наглашава да спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције мора бити значајно.

Овај рад има за циљ анализу појма споразума како се он дефинише у теорији и пракси органа Европске уније, као и у пракси Комисије за заштиту конкуренције РС.

2. Појам споразума

Појам споразума у праву конкуренције шири је од појма уговора у грађанском праву.⁴ Заједничко једном и другом појму јесте да означавају сагласност воља два или више лица. Уговор у грађанском праву је сагласност воља којим се постиже неко правно дејство.⁵ Споразум у праву

2 За сврхе овог рада користимо термин прихваћен у позитивном праву Србије. Тај термин се често користи у научној и стручној литератури са енглеског говорног подручја - *restrictive agreement*, заједно са његовим синонимом - *anticompetitive agreement*. У немачком праву користи се одговарајући израз *die Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung*, а у француском израз *l'accord restrictif de la concurrence*. У савременом праву и пракси скоро да се више се не користи израз монополистички споразум, карактеристичан за законодавство и литературу из друге половине 20. века, а који је потекао из америчког права.

3 За појам предузећа у праву конкуренције в. Д. Марковић-Бајаловић, *Право конкуренције ЕУ – општа питања и antitrust*, Сарајево 2016., 63-82.

4 У немачкој термији влада став да је појам споразума у праву конкуренције близак појму уговора у грађанском праву, али да се ипак мора шире тумачити. R. Bechtold, *GWB – Kartellgesetz*, С.Н. Beck, München 2012, 42; V. Emmerich, *Kartellrecht*, С.Н. Beck, München 2012., 53-54.

5 О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2009., 195; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981., 151. У англосаксонском праву појам споразум (енг. *agreement*) се разликује од појма уговора (енг. *contract*) управо по томе што је уговор правно извршив док је споразум, у сми-

конкуренције не мора производити правно дејство. Споразум чије се извршење не може обезбедити правним средствима (грађанскоправном тужбом), јер има недопуштен предмет, може бити санкциониран (управо због тога) у праву конкуренције.⁶

Форма у којој се споразум испољава ирелевантна је за његово постојање али је редовно значајна за његово доказивање. Европска правна теорија и пракса Европског суда сагласни су да је за постојање споразума неопходно установити заједничку вољу сауговорача да постигну одређени циљ.⁷ У одлуци у случају *Bayer* Суд прве инстанце истиче следеће: „Што се тиче форме у којој је заједничка намера изражена, довољно је да споразум представља израз намере странака да се понашају на тржишту у складу са његовим условима...Следи да се појам споразума у смислу члана 85(1) Уговора, како је интерпретиран у судској пракси, центрира око постојања сагласности воља најмање две стране, чија форма није од значаја, све док представља веран израз намере странака.“⁸

Са аспекта форме у којој се споразум испољава релевантна су општа правила уговорног права. Сагласност воља страна у споразуму може бити изражена писмено, усмено или прећутно, када се закључак о постојању сагласне воље изводи из одговарајућег понашања страна у споразуму.⁹

Најмање проблема са аспекта доказивања представљају случајеви када постоје писмени докази о постигнутој сагласности воља. Уговор сачињен у писменом облику, у једној исправи или у више исправа, које садрже сагласне изјаве воље сауговорача, или записник са састанка на коме су стране постигле сагласност у погледу предмета споразума представљају чврсте доказе о постојању споразума. Није потребно да те исправе сведоче о намери страна да се правно обавезу, већ је довољно да сведоче о постигнутој сагласности воља, односно узајамном разумевању

слу постигнуте сагласности воља прва фаза у настанку правно обавезујућег уговора. J. Poole, *Contract Law*, Oxford 2016., 29-30.

6 A. Capobianco, *Collusion, Agreements and Concerted Practices, An Economic and Legal Perspective*, у: *EC Competition Law – A Critical Assessment* (G. Amato, C.D. Ehlerman, gen.ed.), Oxford, Portland 2007., 38; R. Wish, *Competition Law*, Oxford 2005., 90.

7 Capobianco, *op.cit.*; Emmerich, *op.cit.*, 54; J. Faull, A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford 2014., 204; A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law*, Oxford 2014., 50; O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81*, Oxford 2006., 59.

8 *Bayer AG v. Commission*, T-41/96, ECR II-03383, пар. 68-69.

9 Антић, *op.cit.*, 300.

у погледу њиховог будућег понашања на тржишту. Документи који су означени као центлменски споразум,¹⁰ писмо о намерама, протокол,¹¹ фактура са одштампаним општим условима пословања,¹² или докази о постигнутом „разумевању“ странака да ће се понашати на одређени начин¹³ представљају споразум у смислу члана 101 УФЕУ. У случају *Anheuser Busch Inc./Scottish & Newcastle*,¹⁴ Европска комисија је нашла да смернице произвођача пива Budweiser упућене дистрибутеру у вези са позиционирањем тог пива на тржишту представљају споразум у смислу члана 101 УФЕУ. Произвођач се бранио да је реч о препоруци која не обавезује дистрибутера, те да је у питању једностранни акт, који самим тим измиче дефиницији споразума. Комисија је ипак сматрала да се ради о споразуму, јер је произвођач потписао смернице и послао их дистрибутеру, који је такође потписао смернице и изјавио да их прихвата.

Проблем настаје када недостају недвосмислени писмени докази о постигнутом споразуму. У великом броју случајева, стране у споразуму, свесне да учествују у нечем забрањеном, прикривају доказе о постигнутој сагласности. У другим случајевима, стране у споразуму, због недостатка времена, међусобног поверења или других пословних разлога, пропуштају да сачине писмену исправу. Тада се докази морају изводити посредно, из понашања страна у претпостављеном споразуму. У складу са општим правилима уговорног права потребно је да утврдити да постоји понуда једне стране и прихват те понуде од друге стране, да би се доказало постојање споразума.

3. Понуда за закључење рестриктивног споразума

У грађанском праву изјава воље која садржи предлог за закључење уговора и све битне елементе уговора, тако да уговор може да буде закључен

10 *ACF Chemiefarma v Commission*, C 41/69, ECR 0661, 1970., пар. 111-112.

11 *NOV SVZ/MCN*, Commission Decision IV 33.941, OJ L 104, 23.04.1994., пар. 46: „Без обзира на употребљени термин, протокол одликава стварну сагласност воља између страна и због тога представља споразум у смислу члана 85 Уговора.“

12 *Sandoz*, Commission Decision IV 31.741, OJ L 222, 10.08.1987.

13 *Viho/Toshiba*, Commission Decision V 32.879, OJ L 287, 17.10.1991. Комисија наводи у овој одлуци да иако сви уговори између произвођача и дистрибутера нису садржали изричиту клаузулу о забрани извоза, постојали су други докази да је међу њима постојало разумевање у том смислу.

14 *Commission Decision IV 34.237/F3*, OJ L 49, 22.02.2000.

простим прихватањем предлога, важи као понуда.¹⁵ Сагласно начелу консенсуализма, понуда не мора бити дата у писменој форми. Закључак о постојању понуде може се извести из понашања стране која даје понуду. У нашем праву излагање робе са означањем цене важи као општа понуда.¹⁶ Извршењем уговора конвалидира се понуда која није дата у одговарајућој форми.¹⁷ За праксу је посебно значајно питање правног третмана једностранних изјава воље датих у форми тарифа, ценовника, општих услова пословања и сл. које једна страна доставља другој страни. У нашој правној теорији прихваћено је становиште да овакве изјаве воље могу представљати понуду уколико то проистиче из њихове садржине, без обзира што не носе тај назив, већ неки други.¹⁸ У појединим европским правима, као што је енглеско, на пример, излагање робе са означањем цене и слање каталога, ценовника и сл. начелно се не сматра понудом, већ позивом да се учини понуда.¹⁹ Под одређеним условима такве изјаве воље ипак се могу сматрати понудом и у тим правним системима.²⁰

Органи Европске уније прихватају становиште да једностранни акт произвођача може представљати општу понуду и, тиме, саставни део споразума који се подводи под члан 101 УФЕУ. У случају *Sandoz*, Европска комисија је оценила да фактуре италијанског произвођача лекова са одштампаним општим условима пословања и клаузулом забране извоза представљају понуду, чијим прихватањем су дистрибутери лекова закључили забрањени споразум у смислу члана 101 УФЕУ.²¹ Комисија је истраживала праксу закључења уговора овог произвођача са дистрибутерима. Уочила је да је *Sandoz*, након захтева дистрибутера да ступи са компанијом у пословни однос, најпре проверавао његов бонитет, да би му након повољног резултата провере слао писмено обавештење о општим условима пословања. Наручбине лекова су се обављале махом усмено, телефонски. Купци би поручивали количине које би службеници *Sandoz-a* уносили у компјутерску базу података. Уз испоручене количине лекова

15 Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993., 224-225, 238-242; Перовић, *op.cit.*, 266; Poole, *op.cit.*, 37.

16 Перовић, *op.cit.*, 267.

17 Антић, *op.cit.*, 209.

18 Орлић, *op.cit.*, 298; Перовић, *op.cit.*, 269.

19 Разлог лежи, према становишту енглеског суда, у томе што је противно логици пословних људи да јавно нуде на продају неодређеним лицима робу чија је количина ограничена, јер се могу наћи у ситуацији да не могу да изврше уговор. Poole, *op.cit.*, 38-39.

20 *Ibid.*

21 *Sandoz*, Commission Decision IV 31.741, OJ L 222, 10.08.1987.

Sandoz је достављао писмене фактуре које су редовно садржале клаузулу „извоз забрањен“. У поступку је утврђено да је ова клаузула постојала на фактурама произвођача и пре него што је Уговор о оснивању ЕЕЗ ступио на снагу. Опстала је и након што је компанија прошла кроз процес реструктурирања – само јој је промењено место где је била одштампана на документу. Sandoz се бранио да је у питању био обичан превид компаније. Према његовој тврдњи, управа компаније је наложила да се одредба о забрани извоза избрише са паковања лекова, на којима је такође раније постојала, као и са фактура. Пропустом запослених, клаузула није избрисана са фактура. Сандоз није у поступку предочио ниједан доказ да је постојала таква инструкција управе. Комисија је оценила да описана дуготрајна комерцијална пракса Sandoz-а и његових клијената представља споразум, упркос томе што није био закључен у писменој форми.²² У описаним околностима фактура са наведеном клаузулом не представља једностранни акт произвођача лекова, већ саставни део постигнутог споразума.

4. Прихват понуде

Другачији је био исход случаја *Volkswagen*. Комисија је казнила немачког произвођача аутомобила и његове дистрибутере због тога што је произвођач слао циркуларе и писма дистрибутерима тражећи од њих да не продају возила по сниженој цени. Комисија је сматрала да писма произвођача упућена дистрибутерима представљају интегрални део уговора о дилерисању. Више судске инстанце потврдиле су став Комисије да једностранни акти могу представљати саставни део споразума, али је Комисија изгубила овај случај јер није, по налазу Суда, доказала да су се дистрибутери сагласили са захтевом произвођача: „Да би настао уговор у значењу члана 81(1) ЕЗ (садашњи члан 101 УФЕУ, прим. аут.), довољно је да акт или понашање, који је привидно једностран, представља израз сагласности воља најмање две стране, при чему форма у којој је сагласност изражена није по себи одлучујућа. Утврдити другачије имало би ефекат пребацивања терета доказивања постојања повреде правила конкуренције и супротстављала би се начелу претпоставке невиности...Позив произвођача аутомобила својима ауторизованим дилерима не представља једностранни акт већ споразум у смислу члана 81(1) ако чини део сета континуираних пословних односа регулисаних генералним уговором сачињеним унапред. Ипак, то не имплицира да било који позив

22 *Ibid.*, пар. 27.

произвођача аутомобила дилерима представља споразум у значењу члана 81(1) и не ослобађа Комисију обавезе да докаже да је постојала сагласност воља између страна у уговору о дилерисању у сваком појединачном случају.²³

Из прегледа наведених случајева произлази да се једнострани акти учесника споразума тумаче као понуда уколико постоје докази да је друга страна прихватила позив и уколико постоје други докази који сведоче о успостављеном пословном односу трајније природе. Органи ЕУ не баве се садржином једностраног акта на начин како се то чини у уговорном праву. Њихов фокус није на томе да ли је једнострана изјава воље довољно одређена и да ли садржи конкретан предлог за закључење уговора.²⁴ Са становишта доказивања постојања споразума у смислу права конкуренције ово није ни потребно јер се питање садржине поставља у моменту када је споразум већ настао или, чак, извршен.²⁵ Стога није толико битно да ли су сви елементи уговора били дефинисани већ у акту који се сматра понудом. Оно што се, међутим, мора утврдити јесте постојање сагласности воља две или више страна у погледу предмета који је супротан правилима конкуренције. Уколико та сагласност није изражена у једном акту, морају постојати докази да је свака од страна у споразуму изразила сагласност да учествује у њему. О наведеном се изјашњава Суд прве инстанце у случају *Bayer*: “Судска пракса показује да се мора повући разлика између случајева где је предузеће усвојило стварно једнострани акт, и стога без изричитог или прећутног учешћа другог предузећа, и оних где је једнострани карактер мере само привидан. Док први не потпада под члан 85(1) Уговора, други се мора сматрати да открива споразум међу предузећима и може стога потпасти под тај члан. То је случај, посебно, са праксама и мерама ограничења конкуренције које привидно усвојене једнострано од произвођача у контексту уговорних односа са својим дилерима, ипак добијају барем прећутно прихватање тих дилера.”²⁶

У случају *Bayer* Комисија је извела закључак о постојању понуде произвођача лекова да се подели тржиште из његовог понашања. Произвођач *Bayer* је пратио дешавања на европском тржишту лекова и настојао

23 *Commission v. Volkswagen AD*, C-74/04 P, ECR I-06585.

24 За критику тог становишта види *Odudu, op.cit.*, 65.

25 За разлику од тога у уговорном праву садржина понуде је релевантна, јер се питање постојања понуде може поставити и пре него што је уговор настао (т.ј. управо због тога што уговор није настао).

26 *Bayer AG v Commission, op.cit.*

је да спречи извоз свог лека Adalat из држава где је цена тог лека била нижа у државе где је цена била виша. Комисија је извела закључак о постојању споразума из две чињенице: примене од стране Bayer-а система детекције велетрговаца који су извозили лек и последичног смањења испорука тог лека његовим зависним друштвима у Француској и Шпанији, где је установљено да велетрговци извозе све или одређене количине лека. Ограничењем количина испорука, произвођач је ефикасно спречавао извоз у земље где је лек био скупљи, јер су велетрговци имали законску обавезу да примарно снабдевају домаће тржиште лекова.²⁷ Комисија је сматрала да је извозна забрана била инкорпорисана у дуготрајни пословни однос произвођача лекова и његових зависних друштава, с једне стране, и велетрговаца, с друге стране, на линији правног схватања израженог у случају *Sandoz*.

Више судске инстанце нису потврдиле овакав став Комисије. Суд прве инстанце је приговорио Комисији да није доказала да је Bayer усвојио систематску политику надзора крајње дестинације паковања лека Adalat, нити да је примењивао политику претњи и казни према велетрговцима који извозе лек, као ни да је испоруку лека условљавао поштовањем забране извоза. Није било никаквих доказа да су зависна друштва у Француској и Шпанији захтевала од велетрговаца било какво понашање или поступање приликом наручивања лека. Bayer-ове компаније су једнострано ограничавале испоруке на основу података о уобичајеним набавкама лека. Није такође било доказа да је Bayer на било који начин покушао да постигне споразум или пристанак велетрговаца на примену његове политике.²⁸ Суд правде је потврдио став Комисије да понуда не мора бити изричита, већ да се њено постојање може извести из понашања произвођача.²⁹ Суд је, ипак, подвукао разлику између овог случаја и случаја *Sandoz*, истакавши да је у том ранијем случају клаузула забране извоза била изричито наведена на свим фактурама произвођача, те да су постојали докази да су велетрговци прећутно прихватили клаузулу забране извоза, јер су константно понављали наруџбе и плаћали цену испостављену на фактури.³⁰ У случају *Bayer* не само да нису постојали докази о прећутном пристајању велетрговаца на забрану извоза, већ су,

27 *Adalat*, Commission Decision IV 34.279/F3, OJ L 201, 09.08.1996., пар. 156.

28 T 41/96, пар. 119-121.

29 Joined Cases C-2/01 P C 3/01 P, ECR I-64, 2001., пар. 99-100.

30 *Ibid.*, пар. 23.

напротив, постојали докази о константном настојању велетрговаца да обезбеде веће количине лека.

Пристанак друге стране може бити изнуђен или подстакнут мерама понуђача. У случају *AEG/Telefunken*³¹ Комисија је утврдила да је немачки произвођач кућних апарата обезбеђивао пристанак дистрибутера на спровођење његове политике високих цена, алтернативно, одбијањем пријема у систем селективне дистрибуције дистрибутера који се не придржавају установљене политике и применом система бонуса за оне који следе политику. AEG је претходно добио одобрење Комисије за своје опште услове система селективне дистрибуције. Пријем дистрибутера у систем заснивао се, у складу са одобреним општим условима, на објективним квалитативним условима. Комисија је установила да је систем у стварности годинама функционисао на другим принципима, јер је AEG дискриминисао дистрибутере, одбијајући пријем у систем оних који нису били спремни да следе његову политику цена. Комисија је располагала доказима да су искључени дистрибутери били поново примани у систем тек након што су прихватили да поштују политику цена и да не продају производе дисконтним продавницама. Постојали су докази да су дистрибутери у систему учествовали у доношењу одлука о пријему новог дистрибутера у систем, те да су поједини уживали *de facto* ексклузиван статус јединог продавца Telefunken апарата у одређеном региону. У случају једног немачког дисконтног ланца, и поред изричитих писмених изјава његових заступника о спремности да испуне све квалитативне захтеве произвођача, AEG није прихватио да га прими у систем, не одговарајући на његов захтев. За Комисију је то био доказ одбијања прихватања у систем продаваца са дисконтним ценама. У Француској, произвођач је захтевао од дистрибутера који су већ били у систему да не испоручују производе дисконтним трговинским ланцима.

Суд је потврдио становиште Комисије, истичући да одбијање произвођача да прими у систем селективне дистрибуције дистрибутере који испуњавају квалитативне услове не представља једностранни акт произвођача. По мишљењу Суда, реч је о споразуму, јер је пријем у систем дистрибутера заснован на прихватању, изричитом или прећутном, политике коју спроводи произвођач, а која подразумева, између осталог, искључење из мреже дистрибутера који су квалификовани за пријем али нису спремни да следе политику произвођача.³² У овом случају нису

31 *AEG/Telefunken*, Commission Decision IV/28.748, O.J. L 117, 30.04.1982.

32 *AEG-Telefunken AG v. Commission*, C 107/82, ECR 03151, 1983., пар. 38.

постојали непосредни докази о пристајању дистрибутера на политику високих цена произвођача, али су постојали докази да је произвођач имплементирао ту политику, а према ставу органа ЕУ, њено спровођење није било могуће без сарадње дистрибутера.

Закључак о престанку друге стране може се извести из чињенице присуства на састанку који има за предмет постизање рестриктивног споразума. Према ставу Европског суда, присуство састанцима који укључују активности супротне правилима конкуренције стварају претпоставку о учешћу у таквим активностима, у недостатку доказа о супротном.³³ Овакав став, на први поглед, у изразитој је супротности са опште прихваћеним правилом уговорног права да ћутање не значи прихватање.³⁴ Реч је заправо о томе да органи ЕУ присуство састанку тумаче као активно понашање којим се изражава прихватање. Редвно није у питању једнократно присуство састанку. У случају *Thyssen Stahl*, утврђено је да је та компанија присуствовала великом броју састанака који су имали за предмет договор око цена и производних квота.³⁵ Суд прве инстанце је одбио приговор оптуженог предузећа у случају *Tréfileurope*³⁶ да је присуствовало састанку због тога што је било принуђено да то учини. У таквој ситуацији, истакао је Суд, предузеће је требало да се жали Комисији и да је обавести о притисцима којима је изложено. Ни у овом случају, међутим, закључак о прихватању понуде није изведен само из чињенице ћутања понуђеног. Суд је оценио да је самим својим присуством на састанку оптужено предузеће оставило друге учеснике састанка у уверењу да прихвата да учествује у рестриктивном споразуму и да ће поступати у складу с њим: „У сваком случају, чак и под претпоставком да се апелант уздржао од активног учешћа на састанцима, Суд сматра, имајући у виду очигледно антикомпетитивну природу састанака, што је доказано бројним телек-сима..... наведеним у Одлуци, апелант је, учествовањем на њима без јавног дистанцирања од онога што се дешавало на њима, оставио утисак на друге учеснике да се придружује циљевима састанка и да ће поступати у складу са њима.“³⁷

33 *Thyssen Stahl AG v. Commission*, C-194/99 P, ECR II-00347, 1999., пар. 177.

34 Орлић, *op.cit.*, 350-351; Poole, *op.cit.*, 60-62. У нашем праву, изузеци од општег правила предвиђени су Законом о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003, даље: ЗОО), чл. 42 ст. 1.

35 Постојали су докази о присуству компаније на више од 20 састанака током две године.

36 *Tréfileurope Sales SARL v. Commission*, T-141/89, ECR II-791, 1995.

37 *Ibid.*, пар. 85.

Одговарајући став изражен је и у случају *Anic*. Суд је истакао да постоји правна претпоставка да предузеће које учествује у споразумним аранжманима и остаје активно на тржишту узима у обзир размењене информације када одлучује о свом понашању на тржишту, посебно када се предузећа споразумевају на редовној бази током дужег периода. Претпоставка је оборива, што значи да је на предузећима која тврде супротно да изнесу доказе у прилог томе.³⁸ Она то могу учинити тако што ће изнети доказе да размењене информације нису ни на који начин утицале на њихово понашање на тржишту, што је у пракси врло тешко.³⁹ Други начин је да се јавно и експлицитно дистанцирају од дискусије на састанку.⁴⁰ Просто напуштање састанка на ком се расправља о рестриктивним праксама није довољно да се покаже јавно дистанцирање од њих.⁴¹

5. Мане воље

Приликом утврђивања постојања рестриктивног споразума првенствено се узима у обзир изјављена, а не стварна воља сауговорача.⁴² Стога, ако неки од учесника споразума привидно да пристанак, иако стварно не намерава да учествује у рестриктивном споразуму, ипак ће постојати његова одговорност. У случају *Roofing Felt*⁴³ поједини учесници споразума бранили су се тиме да никада нису имали намеру да учествују у картелу. Комисија је одбила овај аргумент уз кратко образложење да стање воље није од утицаја на чињеницу да је споразум био закључен.⁴⁴ Суд правде је потврдио овај став Комисије, истакавши да незнање преду-

38 *Commission v. Anic Partecipazioni SpA*, C-48/92 P, ECR I-01425, 1999., пар. 96.

39 Fall, Nickpay, *op.cit.*, 205.

40 *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft and Others v. Commission (Pre-insulated Pipe Cartel)*, T-9/99, ECR II-01487, 2002., пар. 223; *Tréfileurope*, *op.cit.*, пар. 85.

41 *Archer Daniels Midland Co v. Commission*, C-510/06, ECR I-01843, 2009., пар. 119-120.

42 У грађанском праву такође преовлађује становиште да је релевантна изјављена, а не стварна воља сауговорача. Ипак, поједини старији грађански законици, као нпр. француски *Code Civil*, стоје на становишту да треба узети у обзир стварну вољу. Наш ЗОО прихвата становиште које је негде на средини, опредељујући се за теорију изјављене воље као правило, али предвиђајући уступке теорији стварне воље. Тако, у складу са чл. 63 ЗОО, када стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора, или о основу, или о предмету обавезе, уговор не настаје. У складу са чл. 99 ст. 2 ЗОО, при тумачењу спорних одредаба уговора не треба се држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговорача и одредбу разумети тако како то одговара начелима утврђеним ЗОО. Вид. Антић, *op.cit.*, 297-299; Перовић, *op.cit.*, 254-256; Poole, *op.cit.* 30.

43 *Commission Decision IV/31.381*, O.J. L 232, 19.08.1986.

44 *Ibid.*, пар. 86.

зећа да учествује у незаконитом споразуму не ослобађа одговорности, ако је предузеће морало знати да одређено понашање има за циљ ограничење конкуренције.⁴⁵

Принуда понудиоца на закључење споразума није од утицаја на његово постојање. Принуда на учествовање у рестриктивном споразуму врло често је присутна у пракси. Економски моћнија страна намеће слабијој страни (или странама) обавезу учествовања у праксама споразумног ограничења конкуренције, под претњом истискивања са тржишта или примене других облика санкција. У наведеном случају *AEF Telefunken* претња елиминацијом из система селективне дистрибуције није била експлицитна, али су учесници система знали за праксу произвођача кућних апарата да не прима у систем дистрибутере који не примењују политику високих цена. У случају *Musique Difusion française*,⁴⁶ Суд кратко констатује да апликант није доказао да је његовој егзистенцији пређено или да су његове финансијске потешкоће биле проузроковане паралаленим увозом робе, чему је морао да се супротстави уговарањем забране извоза.⁴⁷ Наведена констатација оставља простора за тумачење да се учесници споразума могу позивати на принуду као основ за ослобођење од одговорности од учешћа у рестриктивном споразуму. Међутим, у једној каснијој одлуци, Суд изричито каже да учесници споразума не могу оправдати учешће у рестриктивном споразуму тврдњом да су били приморани на то због понашања других трговаца.⁴⁸

Постојање доказа да је учешће у споразуму било изнуђено може допринети ублажавању или, чак, ослобађању од казне. У случају споразума о ексклузивној дистрибуцији трактора са клаузулом забране извоза, Комисија је казнила само произвођача, док је дистрибутере ослободила казне, јер је у поступку доказано да су дистрибутери прсистајали на такав аранжман под принудом и противно својим економским интересима.⁴⁹ У одлуци поводом случаја извозног картела произвођа дрвета *Wood Pulp*⁵⁰ Комисија истиче да схвата колико је тешко предузећу у слабијој економској позицији, које није традиционални снабдевач, да се одупре притиску које

45 *S.C. Belasco and Others v Commission*, 246/86, ECR 02117, 1989., s. 2157.

46 *Musique Diffusion française v. Commission*, Joined cases 100-103/80, ECR-01825, 1983.

47 *Ibid.*, пар. 90.

48 *Cimenteries CBR v. Commission*, T-25/95, ECR-II491, 2000., пар. 2557.

49 *Burns Tractors Ltd. V. Sperry Nwe Holland*, Commission Decision IV/30.839, O.J. L 376, 31.12.1985., пар. 62.

50 Commission Decision IV/29.725, O.J. L 85, 26.03.1985.

врше моћнија предузећа и да не учествује у договору. Пошто је учешће резултат самосталне воље предузећа у питању они ипак сnose одговорност, али се околности под којима су учествовали у рестриктивном споразуму узимају у обзир приликом одмеравања казне.⁵¹

Прекорачење овлашћења заступника предузећа приликом закључења споразума не ослобађа одговорности заступано предузеће.⁵² Став Суда је да би предузећа лако могла да избегну одговорност за учешће у рестриктивним споразумима ако би се позивала на непостојање овлашћења за заступање. У случају прекорачења овлашћења предузеће се може регресирати за штету од лица која су га заступала.⁵³ Наведени став је у складу са правилом компанијског права, према коме радње заступника предузете у прекорачењу овлашћења обавезују заступано привредно друштво.⁵⁴

6. Пракса Комисије за заштиту конкуренције РС

Комисија за заштиту конкуренције РС (даље: Комисија) је крајем 2017. године окончала више поступака који су имали за предмет рестриктивне споразуме. Са аспекта предмета овог рада, два поступка привлаче пажњу: рестриктивни споразум произвођача јестивог уља *Vital/Victoriaoil*⁵⁵ и рестриктивни споразум дистрибутера спортске опреме *N Sport и др.*⁵⁶

Случај *Vital/Victoriaoil* имао је за предмет споразум о производњи јестивог уља од стране друштва *Victoriaoil* за купца *Vital* из Врбаса, под његовом робном марком, сходно потребама и налогу купца, као и купопродају уља на начин и под условима дефинисаним уговором. Предметни уговор није садржао ниједну рестриктивну одредбу, што је експлицитно констатовала и Комисија. Анализом уговорних одредби утврђено је да „оне не садрже изричита и најтежа ограничења по циљу.“⁵⁷ Комисија је

51 *Ibid.*, пар. 131.

52 *BPB Plc. v. Commission*, T-53/03, ECR II-01333, 2008.

53 *Ibid.*, пар. 360.

54 Чл. 9 ст. 1 Директиве Европског парламента и Савета 2017/1132 од 14. јуна 2017. која се односи на одређене аспекте компанијског права (*Directive 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law*, O.J. L 169, 30.06.2017.). За наше право в. чл. 33 ст. 2 Закона о привредним друштвима („Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015).

55 Решење Комисије од 13.03.2017., објављено на сајту: www.kzk.gov.rs/odluke/tipovi/sporazumi.

56 Решење Комисије од 1.12.2017.

57 Решење од 13.03.2017., с. 23.

ипак покренула поступак против учесника споразума, јер је посумњала да је тај уговор „створио услове да уговорне стране размењују поверљиве пословне податке и информације.“⁵⁸ Комисија је оценила да је реч о хоризонталном споразуму о сарадњи, јер се обе стране баве производњом уља,⁵⁹ занемарујући чињеницу да је предмет споразума продаја, односно куповина јестивог уља, те да се **за сврхе споразума** стране налазе у вертикалном односу.⁶⁰ Дефинишући споразум као хоризонтални, Комисија га даље тако и оцењује у контексту потенцијалних ограничења конкуренције. Комисија је констатовала да је уговором створен оквир за усклађивање заједничких трошкова производње уговорних страна, што може довести до усклађивања понашања учесника на тржишту, те да предметни споразум омогућава размену осетљивих информација између уговорних страна, што смањује конкурентски притисак између њих.

Пада у очи да Комисија своје претпоставке о размени осетљивих информација и усклађивању заједничких трошкова учесника споразума није поткрепила никаквим доказима да су осетљиве информације заиста у пракси размењиване и да су трошкови усклађивани. Комисија ЕУ у својим Смерницама за хоризонталне споразуме децидно каже: „Размена информација може бити адресирана чланом 101 **уколико се њоме установљава или је она део споразума**, усаглашене праксе или одлуке удружења предузећа.“⁶¹ На линији претходно описане праксе органа ЕУ, а имајући у виду да споразум Victoriaoil-а и Vital-а уопште није имао за предмет размену било каквих информација или усклађивање трошкова производње, Комисија је морала у поступку да докаже да је постојала комуникација између страна у споразуму путем које су оне једна другој прослеђивале осетљиве информације. Одговарајуће важи и за усклађивање трошкова производње.

58 Решење од 13.03.2017., с. 3.

59 У време примене спорног споразума Vital је обуставио производњу уља, због недостатка сировине и ремонта производних постројења. Због тога констатација Комисије да су учесници споразума конкуренти није исправна, бар када је реч о периоду примене споразума.

60 Уредбом Комисије ЕУ 330/2010 о примени члана 101(3) УФЕУ на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси (*Commission Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) to categories of vertical agreements and concerted practices*), О.Ј. L 102, 23.04.2010., у чл. 1.1(а) дефинише се вертикални споразум као споразум или усаглашена пракса склопљен између страна које послују, **за сврхе споразума** или усаглашене праксе, на различитим нивоима производног или прометног ланца. Одговарајуће одређење садржи и члан 1 Уредбе о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу ланца производње или дистрибуције који се изузимају од забране.

61 *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, О.Ј. C 11, 14.01.2011., пар. 60.

Образложење Комисије у погледу тих чињеница је изостало, због чега је читава конструкција рестриктивног споразума без темеља. Случај није изашао из сфере претпоставки и сумњи Комисије, што никако не би смело бити довољно да се утврди одговорност учесника споразума и изрекне новчана казна. Овај случај није имао судски епилог, јер су странке одустале од подношења тужбе у управном спору. Због тога ће заинтересовани остати ускраћени за став судске инстанце у погледу оцене Комисије о постојању рестриктивног споразума.

Случај *N Sport* је много више поткрепљен доказима. Комисија је располагала писменим уговорима између дистрибутера и велетрговаца који су садржали обавезу купца да се придржава малопродајних цена које одређује продавац. Наведена клаузула у праву ЕУ и нашем праву има третман тешког ограничења конкуренције,⁶² па је Комисија имала релативно лак посао. Она није морала да доказује штетне ефекте предметних уговора на конкуренцију. Међу великим бројем типских уговора које је *N Sport* закључио са велетрговцима на тржишту Србије, који сви садрже рестриктивну клаузулу, издваја се уговор закључен са *Planeta Sport*. Овај уговор својом садржином одступа од осталих. *Planeta Sport* је у поступку изнела чињеницу да је одбила да потпише понуђени типски уговор управо из разлога што је садржао уговорну одредбу којом се ограничава слобода купца да самостално формира цене у даљој продаји. У прилог томе компанија је доставила доказе – преписку са *N Sport*, у којој је захтевала изbacивање спорне клаузуле из уговора. У уговору који је потписан остала је клаузула да „минималне продајне цене представљају саставни део ценовника продавца“. Уговор је садржао и другу спорну одредбу, којом се купцу забрањују акцијске и друге продаје без одобрења продавца. Комисија је прву одредбу протумачила тако да се њоме „дефинишу малопродајне цене“, док је *Planeta Sport* истакла као аргумент да ценовник продавца никада није био достављен, па према томе малопродајне цене нису биле дефинисане, те да није постојала заједничка намера обе уго-

62 Чланом 4(а) Уредбе 330/2010 и чланом 5 став 1 тач. 1) Уредбе о вертикалним споразумима прописано је да не потпадају под групно изузеће вертикални споразуми који ограничавају слободу купца да одређује цене производа у даљој продаји. Ипак, стране у споразуму могу доказивати да су испуњени општи улови за изузеће споразума од забране прописани чланом 101 став 3 УФЕУ, чак и кад се споразумом утврђују цене или друга тешка ограничења. Према режиму прописаном чл. 11 ЗЗК. Учесници у рестриктивним споразумима морају поднети захтев за појединачно изузеће споразума пре него што Комисија покрене поступак на основу члана 10. У противном не могу се позивати на испуњеност услова за изузеће из члана 11 ЗЗК.

ворне стране да се продајне цене образују према ценовнику продавца, што је доказивала преписком између продавца и купца и малопродајним ценовницима који у били у примени у време важења спорног споразума. Комисија је остала при ставу да је реч о клаузули којом се ограничава слобода купца да самостално формира цене у даљој продаји, образлажући свој став следећим аргументима: 1) Planeta Sport није навела ниједно пословно оправдано образложење зашто је наведена клаузула остала у уговору и 2) N Sport је са другим купцима у одговарајућем периоду закључивао уговоре са сличном клаузулом.

Други аргумент Комисије је ирелевантан, јер је садржина уговора које је N Sport закључивао са другим својима купцима за Planeta Sport *res inter alios acta*.⁶³ Што се тиче првог аргумента, постоји неслагање између Комисије и Planeta Sport око стварног значења спорне одредбе. Planeta Sport је разумела одредбу тако да продавац може доставити свој ценовник купцу као информацију о ценама продавца, што се у пракси никада није догодило. Комисија, напротив, спорну одредбу разуме тако да њома Planeta Sport преузима обавезу да се придржава ценовника продавца. Комисије не образлаже како је N Sport разумео исту одредбу. Све и да је разумео на начин како је тумачи Комисија, евидентно је постојао непоразум између уговорних страна о предмету обавезе, па споразум није ни настао. Друго, језичко тумачење спорне одредбе не даје основа за закључак да је једино тумачење Комисије исправно. Оно би то било само ако би било потврђено одговарајућим понашањем уговорних страна – да је продавац заиста достављао продајне ценовнике и да их се купац придржавао. Комисија није прибавила доказе који би то потврђивали. Располагања је искључиво са доказима који су потврђивали супротно – да се купац опирао притиску продавца да се придржава његових малопродајних цена током преговора и да је водио самосталну ценовну политику. Видели смо да се у пракси органа ЕУ предност даје изјављеној вољи у односу на ставрну вољу, али садржина изјављене воље треба несумњиво да произлази из написаних или изговорених речи или понашања учесника споразума. У конкретном случају, постоји спор око језичког значења садржине уговорене клаузуле. У таквим околностима, Комисија је морала

63 У случају *Nintendo (CD Contact Data v Commission, T-18/03, ECR II-1021, 2009.)*, Суд прве инстанце ЕУ стао је на становиште да учесници споразума могу оспоравати постојање споразума чак и ако један од учесника призна његово постојање. Утолико пре се правна оцена Комисије о уговорима N Sport са другим купцима не може проширивати тако да обухвати и уговор са Planeta Sport.

да прикупи доказе о понашању уговорних страна који би поткрепили њено умачење спорне клаузуле, што она није учинила. По нашем мишљењу, уношењем клаузуле у да су малопродајне цене саставни део ценовника продавца учињен је први корак у уговарању обавезе придржавања цена које утврђује продавац. Понуда није перфектуриана, јер продавац никада није доставио ценовник. Слично важи и када је реч о другој спорној клаузули, обавези прибављања одобрења продавца за акцијске продаје, која иначе не представља тешко ограничење конкуренције. У одсуству доказа у прилог њеном тумачењу спорних клаузула, Комисија је морала решити ствар примењујући начело *in dubio pro reo*, т.ј. ослобођајући Planeteta Sport одговорности.

7. Закључак

Примарни извори права ЕУ и наше законодавство не дају дефиницију појма рестриктивног споразума, што ствара тешкоће приликом његове интерпретације и, самим тим, правну несигурност. Приликом дефинисања појма споразума у праву конкуренције општа правила уговорног права нужно представљају полазну тачку. Споразум постоји ако су стране у споразуму постигле сагласност око предмета споразума и ако су своју вољу недвосмислено изразиле изричито или прећутно. Пракса органа ЕУ стоји чврсто на становишту да се мора утврдити постојање сагласне воље учесника споразума да постигну забрањени циљ. Изјаве воље могу бити садржане у писменим или усменим изјавама, или исказане кроз понашање уговорних страна, али морају бити сагласне. Када се постојање споразума утврђује путем доказа о понашању учесника, број и квалитет доказа пресудан је за доношење коначног закључка.

Одступање од општих правила уговорног права огледа се првенствено у томе што фактори који одричу правно дејство споразуму у грађанском праву, као нпр. недопуштен предмет или мане воље, нису релевантни за утврђивање постојања одговорности учесника споразума. Узимање у обзир тих фактора осујетило би циљ санкционисања рестриктивних споразума – заштиту слободне тржишне конкуренције.

Наши органи за заштиту конкуренције треба тек да изграде став о појму рестриктивног споразума. У својој пракси они се морају ослањати на изворе права конкуренције ЕУ, посебно на одлуке Комисије и Суда правде, али се притом не смеју занемаривати правила нашег уговорног права, утемељена у одредбама ЗОО.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD
Full professor, University of East Sarajevo

THE NOTION OF AGREEMENT IN COMPETITION LAW

Abstract

The notion of restrictive agreement is not defined either in the primary sources of the EU law or in the Law on Protection of Competition of the Republic of Serbia. By that fact, a space for different legal interpretations has been created. The issue is of a great practical importance, since the scope of the rule prohibiting restrictive agreements laid down in Art. 101 TFEU and Art. 10 of the Serbian Competition Law depends on the proper understanding of the term. The author focuses on the first element of the term – the notion of agreement. Both the theory and the EU organs are consent that the notion of agreement in competition law is wider than the notion of contract in civil law. However, the competition law theory lacks an unambiguous definition of the agreement, and the EU Commission and the Court of Justice treat the issue in casuistic way.

The aim of this article is to distinguish elements decisive for determining the existence of an agreement. This is done by analysis of the EU Commission`s and the EU Court of Justice`s decisions. The author detects several competition law derogations from the general rules of civil law. These derogations confer the term ‘agreement’ in competition law a wider meaning, compared to the meaning of the term ‘contract’ in civil law. The author however concludes that the basic rules of civil law - the necessity of consensus between parties as to the subject-matter of their agreement and the evident expression of the agreement by words or parties’ behavior - are valid without exception in competition law. At the end the author analyses cases solved by the Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia in the light of aforesaid views.

Keywords: *restrictive agreement, competition restrictions, offer, acceptance, Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia.*

Др Борис БЕГОВИЋ*

Др Ивана РАКИЋ**

**КОНЦЕПЦИЈА УЖЕГ И ШИРЕГ
РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА:
ПРЕДЛОГ ЗА ИЗМЕНУ УРЕДБЕ О КРИТЕРИЈУМИМА
ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА¹**

Резиме

Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта предвиђа могуће додатно одређење релевантног тржишта, тако да се, у оквиру утврђеног релевантног тржишта, истовремено одреди и уже релевантно тржиште (тржиште производа или географско тржиште), или више таквих тржишта. Циљ рада је да формулише законодавни предлог у погледу концепције ужег и ширег релевантног тржишта и правног института који из Уредбе произлази. Разматрање је показало да концепција ужег и ширег релевантног тржишта није прихватљива, и то из више разлога: нарушава се правна сигурност; ова концепција нема своје економско оправдање – једноставно, сувишна је; подрива примену теста хипотетичког монополисте као основног теста за одређивање релевантног тржишта; доводи до могућности да се дефинише „релевантно тржиште унутар релевантног тржишта“, што је неспојиво са дефиницијом релевантног тржишта и вођењем поступка заштите конкуренције; увећава веро-

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду.

Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

** Научни сарадник, Комисија за заштиту конкуренције, Београд

Аутор је и сарадник Института за упоредно право у Београду.

1 Захваљујемо Николи Илићу, Синиши Милошевићу, Ани Одоровић, Владимиру Павићу, Душану Поповићу, Вуку Радовићу и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке или за изнете вредносне судове. Надаље, ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају неминовно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

ватноћу грешке тела за заштиту конкуренције, односно судске грешке; ствара се непотребна конфузија у погледу примене одредаба о релевантном тржишту и поступања тела за заштиту конкуренције. Сви ови разлози упућују на препоруку да одредбе о ужем и ширем релевантном тржишту треба у потпуности изоставити из нове уредбе о критеријума за одређивање релевантног тржишта.

Кључне речи: релевантно тржиште, уже и шире релевантно тржиште, право конкуренције, правна несигурност, тест хипотетичког монополисте, право ЕУ.

І Увод

Утврђивање релевантног тржишта представља обавезну фазу у скоро свим поступцима заштите конкуренције, будући да је у практично сваком конкретном случају потребно установити који то тржишни учесници међусобно конкуришу. На тај начин се одређују границе тржишта на којем постоји конкурентски притисак са којим се суочавају учесници на тржишту чије се понашање оцењује у конкретном поступку и на којем се утврђује потенцијално нарушавање конкуренције. Границе тржишта одређују се у предметном (стварном) смислу – према производима који за купце представљају супституте (релевантно тржиште производа), и у географском смислу – према територији на којој учесници на тржишту међусобно конкуришу један другом у погледу производа које нуде (релевантно географско тржиште).

У Републици Србији релевантно тржиште дефинисано је Законом о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09 и 95/13), у члану 6, као тржиште које обухвата релевантно тржиште производа на релевантном географском тржишту. Истим чланом предвиђена је и подела релевантног тржишта (искључиво) на релевантно тржиште производа и релевантно географско тржиште. Међутим, Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта (*Службени гласник РС*, бр. 89/09), у члану 6, иако полази од Закона о заштити конкуренције, предвиђа додатно одређење релевантног тржишта, у смислу могућности, мада не и обавезе, да се, у оквиру утврђеног релевантног тржишта, истовремено одреди и уже или шире релевантно тржиште (тржиште производа или географско тржиште), или више таквих тржишта.

Концепција ужег и ширег релевантног тржишта преузета је из Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта, донете 2005. године (*Службени гласник РС*, бр. 94/05), на основу Закона о заштити

конкуренције из 2005. године (*Службени гласник РС*, бр. 79/05), и по свему судећи по аутоматизму пренета је у важећу уредбу. Будући да је најављено доношење новог закона о заштити конкуренције² и нових уредби које би замениле постојеће, потребно је критички размотрити и преиспитати решење које постоји у важећој уредби. Резултат таквог преиспитивања треба да буде конкретан предлог о томе да ли, у процесу законодавне реформе, треба задржати, модификовати или у потпуности изоставити постојеће решење које омогућава утврђивање ужег и ширег релевантног тржишта.

Имајући све то у виду, циљ овог рада је да формулише законодавни предлог у погледу концепције ужег и ширег релевантног тржишта и правног института који из ње произлази. Структура рада одговара његовом циљу. Прво ће се приступити упоредноправној анализи концепције ужег и ширег релевантног тржишта, нарочито имајући у виду јурисдикције у којима се она користила или се још увек користи. Следи анализа правних и економских последица примене ове концепције и правног института који из ње произлази. Коначно, у закључку ће се сумирати аргументи за опстанак ове концепције и одговарајућег правног института у домаћим прописима и против њега, уз одговарајући предлог њихове евентуалне измене.

II Упоредноправна анализа

Извесно је да концепција ужег и ширег релевантног тржишта води порекло из права Сједињених Америчких Држава (САД), с обзиром на то да је могућност одређивања ужег релевантног тржишта или подтржишта (*submarkets*) постојала у пракси америчких судова. Слична концепција још увек постоји у праву Аустралије, али се значајно разликује од решења које је постојало у америчком праву. У праву ЕУ и земаља чланица, као и осталих европских земаља, осим Србије, таква пракса не постоји, а концепција ужег и ширег релевантног тржишта није никада била предвиђена прописима о заштити конкуренције.

1. Право САД

Могућност одређивања ужег релевантног тржишта, односно концепција подтржишта („релевантна тржишта унутар релевантних тржи-

2 Вид. Комисија за заштиту конкуренције, Саопштење за јавност од 30. августа 2017. године, <http://www.kzk.gov.rs/zapocet-rad-na-izradi-nacrta-novog-zako> (22.3.2018).

шта“),³ установљена је у америчкој судској пракси у предмету *Brown Shoe*,⁴ када је Врховни суд САД указао на то да се „спољне границе тржишта производа одређују на основу разумне заменљивости производа или унакрсне еластичности тражње“, а да у оквиру тако широког тржишта „могу постојати подтржишта, која представљају тржишта производа у смислу заштите конкуренције“.⁵ Према Суду, границе ових подтржишта могу бити утврђене „на основу практичних индиција (*indicia*), као што су јавно препознавање подтржишта као посебног економског ентитета, својства производа и њихова намена, различити купци и цене, осетљивост на промене цена и специјализовани продавци“. Због тога што члан 7 Клејтоновог закона (*Clayton Antitrust Act*) забрањује сваку концентрацију која може знатно умањити конкуренцију „на сваком тржишту“;⁶ Суд је сматрао да је потребно испитивати ефекте концентрације на сваком таквом „економски значајном подтржишту како би се утврдило да ли постоји разумна вероватноћа да ће концентрација знатно умањити конкуренцију“. Уколико таква вероватноћа постоји, сматра Суд, концентрацију треба забранити.⁷ Исто тако, сматра Суд, као што се може утврдити уже тржиште производа, тако се и уже географско тржиште може сматрати подтржиштем у смислу оцене ефеката концентрације.⁸ Затим, Суд је у предмету *United States v. Grinnell Corp* потврдио да се ужа тржишта могу утврђивати и у случајевима који се односе на монополизацију тржишта, односно на примену члана 2. Шермановог закона (*Sherman Antitrust Act*), на исти начин као приликом оцене допуштености концентрација.⁹

Амерички судови су веома брзо прихватили концепцију ужег тржишта и критеријуме за његово одређивање утврђене у предмету *Brown Shoe*, тако да су у многим случајевима изричито била утврђена ужа тржишта унутар ширих релевантних тржишта¹⁰ или су подтржишта утврђивана

3 Lawrence C. Maisel, „Submarkets in Merger and Monopolization Cases“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 72, 1/1983, 39.

4 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

5 *Ibid.*, 325.

6 Члан 7 Клејтоновог закона из 1914. године регулише концентрације које знатно умањују конкуренцију (*Clayton Antitrust Act of 1914*, section 7).

7 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), 325.

8 *Ibid.*, 336.

9 *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), 572.

10 Вид. Jonathan M. Jacobson, *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, American Bar Association, 2007, 579; Robert S. Schlossberg, *ABA Section of Antitrust Law, Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, American Bar Association, 2008, 82 и 85-86; Wil-

применом „практичних индиција“.¹¹ Међутим, након двадесетак година примене те концепције, која је била и остала прилично збуњујућа и контрадикторна,¹² у пракси су је судови све мање примењивали¹³ и почели су изричито да је одбацују, тако да се више не примењује у САД.

Током примене ове концепције, не само што је судска пракса временом постајала неуједначенија већ су и судови почели да преиспитују њено значење и да се питају да ли је неко „тржиште“ заиста подтржиште (тржиште у оквиру тржишта) или је само у питању тржиште које је превише уско дефинисано, с обзиром на то да се за одређивање релевантног тржишта и ужег тржишта практично користе исти критеријуми.¹⁴ С правом се оценило да су критеријуми из пресуде *Brown Shoe* заправо „практичне индиције“ које се користе за оцену замењивости производа, односно унакрсне еластичности тражње, па је термин „подтржиште“ с разлогом све више коришћен само за означавање „релевантног тржишта“.¹⁵ Затим су амерички судови указивали на то да ову концепцију треба избегавати јер је стварала конфузију и доводила до погрешних закључака у поступцима заштите конкуренције (с обзиром на то да је била погрешна и непотребна), да би на крају била одбачена у пракси, посебно након одлуке у предмету *United States v. Oracle Inc.*¹⁶

Концепција ужег тржишта и „практичне индиције“ нису никада биле предвиђене у прописима САД о заштити конкуренције, укључујући смернице о хоризонталним концентрацијама, што је додатно утицало на то да судови одбаце њихову примену. Одређивање релевантног тржишта, према важећим америчким прописима, заснива се на примени теста хипо-

William MacLeod, „The Relevant Product Market after Brown Shoe: A Framework of Analysis for Clayton and Sherman Act Cases“, *Loyola University Law Journal*, Vol. 12, 1981, 356-359.

11 Вид. J. M. Jacobson, 580; R. S. Schlossberg, 82-85; L. C. Maisel, 59-71; W. MacLeod, 336-353; Jonathan B. Baker, „Stepping out in an Old Brown Shoe: In Qualified Praise of Submarkets“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 1/2000, 203.

12 W. MacLeod, 321; R. S. Schlossberg, 81.

13 J. M. Jacobson, 579.

14 *Ibid.*, 580.

15 Вид. Carlton Varner, Heather Cooper, „Product Markets in Merger Cases: The Whole Foods Decision“, *The Antitrust Source*, October 2007, 3; J. M. Jacobson, 579; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, Saint Paul, 2005, 89, ф. 19.

16 *United States v. Oracle Inc* 331 F Supp 2d 1098 (ND Cal 2004). Вид. Christian A. Melischek, *The Relevant Market in International Economic Law: A Comparative Antitrust and GATT Analysis*, Cambridge University Press, 2013, 62; J. M. Jacobson, 581; Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, OUP Oxford, 2011, 26.

тетичког монополисте (*hypothetical monopolist test*) и оцени супституције тражње.¹⁷

2. Право Аустралије

У праву Аустралије, с обзиром на то да оно припада систему англосаксонског права (*common law*), концепцију ужег тржишта (подтржишта) такође су развили судови, по угледу на праксу која је постојала у САД.

Аустралијски трговински суд (*Trade Practices Tribunal*), данашњи Аустралијски суд за конкуренцију (*Australian Competition Tribunal*), указао је у предмету *Re Queensland Co-operative Milling Association* на разлику између тржишта и подтржишта и нагласио да је то разликовање само у степену.¹⁸ Подтржишта су много уже дефинисана, обично се на њима установљава „прекид у могућности супституције“, а када се тржиште дефинише на основу постојања блиских супститута (у понуди или тражњи), онда се и подтржиште дефинише на основу „још ближих и непосреднијих супститута“.

Надаље, Суд је сматрао да подтржишта нарочито могу бити корисна за утврђивање краткорочних ефеката на конкуренцију, а да могу бити погрешно употребљена ако се користе за оцену дугорочних ефеката.¹⁹ Концепција је затим развијена у предмету *Re Tooth & Co Ltd; Re Tooheys Ltd.*, када је Суд разјаснио да концепција подтржишта може бити „користан аналитички алат приликом разјашњавања каква је конкуренција на тржишту“.²⁰

Судови у Аустралији су прихватили концепцију ужег тржишта, без обзира на то што постоје разлике у предметима *Re Queensland Co-operative*

17 Више о дефинисању релевантног тржишта у САД применом теста хипотетичког монополисте вид. Ивана Ракић, „Relevant market definition and SSNIP test under the 2010 US Horizontal Merger Guidelines“, *Страни правни живот*, 3/2012, 95-104; Ивана Ракић, „Дефинисање теста претпостављеног монополисте у праву конкуренције Европске уније“, *Европско законодавство*, 42/2012, 139-152.

18 *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd., Defiance Holdings Ltd.* (1976) ATPR, 17223.

19 *Ibid.*, 17247. Остаје нејасно на основу чега је суд направио ову дистинкцију, поготово када се за дефинисање ужег тржишта употребљава потпуно нејасан критерију какав је „прекид у могућности супституције“.

20 *Re Tooth & Co Ltd; Re Tooheys Ltd* (1979) 39 FLR 1 at 39; [1979] ATPR 40-113. Иако је ова напомена Суда битна стога што се тиме јасно ставља до знања да подтржиште, тј. уже релевантно тржиште не представља правни стандард, него га своди на „аналитички алат“, недостају аргументи на основу којих је Суд *ex ante* оценио да је тај алат „користан“.

Milling Association и *Re Tooth & Co Ltd; Re Tooheys Ltd.*,²¹ а за разлику од судова у САД, ову концепцију нису одбацили и она се још увек примењује, иако није никада била предвиђена аустралијским прописима о заштити конкуренције. Према тим прописима, релевантно тржиште се дефинише и одређује на уобичајен начин који постоји у упоредном праву – дели се на тржиште производа и географско тржиште, утврђује се на основу супституције тражње и понуде и применом теста хипотетичког монополисте.²² Законска обавеза примене овог теста, међутим, још више заопштава питање сврхе концепције подтржишта, односно концепције ужег и ширег релевантног тржишта, будући да постоји инхерентна противречност између резултата примене тог теста (искључиво једно релевантно тржиште) и концепције која познаје више релевантних тржишта, о чему ће више речи бити у четвртом делу овог рада.

Извесно је да се концепције ужег тржишта из права САД и Аустралије значајно разликују јер се у Аустралији она користи као аналитички алат за анализу конкуренције, а не као правни стандард који повлачи и одговорност учесника на тржишту, као што је то било у САД. У праву САД подтржиште се, под одређеним околностима, може изједначити са релевантним тржиштем, тј. може се сматрати да представља тржиште само по себи.²³ У Аустралији таква могућност не постоји, али се, делимично и управо због тога, поставља питање (аналитичке) сврхе концепције ужег и ширег релевантног тржишта.

21 Према тумачењима у академским радовима, у предмету *Re Queensland Co-operative Milling Association*, сматра се да организација подтржишта нема значајне дугорочне ефекте на конкуренцију, а да у предмету *Re Tooth & Co Ltd; Re Tooheys Ltd.* организација подтржишта има значајан утицај на конкуренцију на релевантном тржишту. Вид. Caron Beaton-Wells, *Proof of Antitrust Markets in Australia*, Federation Press, 2003, 31; Maureen Brunt, „The Australian Antitrust Law after 20 Years – a Stocktake,” *Review of Industrial Organization*, Special Issue: The Australian Trade Practices Act 1974. Proscription and Prescription for a More Competitive Economy, Vol. 9, 5/1994, 506.

22 Вид. Competition and Consumer Act 2010; Australian Competition and Consumer Commission, *Merger Guidelines 2008*, updated 2017. Више о пракси у Аустралији вид. David Brewster, „Market Definition and Substitutability – Australian Courts Continue to Struggle with Part IV of the Trade Practices Act 1974 (Cth)“, *QUT Law Review*, V. 12, 1996, 246-263; M. Brunt (1994), 502-506; C. Beaton-Wells, 31-38; Robert Baxt, „The Australian Concept of Market – How It Came To Be“, in *The Law and the Market* (ed. Megan Richardson, Philip L. Williams), Federation Press, 1995, 17-25.

23 Вид. M. Brunt (1994), 504; C. Beaton-Wells, 35-36; Maureen Brunt, *Economic Essays on Australian and New Zealand Competition Law*, Kluwer Law International, 2003, 22. и 26.

3. Право ЕУ

Право Европске уније, као ни право земаља чланица и осталих европских земаља, осим Србије, не познаје концепцију ужег и ширег релевантног тржишта. Та концепција није предвиђена прописима о заштити конкуренције, нити је коришћена у пракси – како пракси тела за заштиту конкуренције, тако и у судској пракси.

III Правне последице примене концепције ужег и ширег релевантног тржишта

Концепција ужег и ширег релевантног тржишта никада није имала теоријско упориште, а њено увођење у судску праксу није било добро образложено. Стога и не чуди да је у научним радовима од самог увођења непрестано била изложена снажним критикама.²⁴ Убедљиво преовладава мишљење да је концепција погрешна, непотребна, сувишна и да ствара непотребну конфузију у пракси.²⁵

Основни разлог због кога се упућују критике овој концепцији у вези је са применом критеријума заменљивости, односно са оценом супституције тражње и супституције понуде, на основу којих се дефинише релевантно тржиште.²⁶ Извесно је да је примена овог критеријума неподесна за дефинисање ужег тржишта јер ако се производи који се сматрају супститутима морају уврстити у релевантно тржиште, онда се поједини од тих производа морају касније, према дефиницији ужег тржишта, искључи-

24 Вид. Robert Pitofsky, „New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust”, *Columbia Law Review*, Vol. 90, 7/1990, 909, ф. 182; Gregory J. Werden, „The History of Antitrust Market Delineation”, *Marquette Law Review*, Vol. 76, 1992, 160; Jonathan Baker, „Market Definition: An Analytical Overview”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, 1/2007, 150; David Pettit, „Submarkets and Supermarkets: FTC v. Whole Foods Market and the Resurrection of Brown Shoe”, *George Mason Law Review*, Vol. 16, 2009, 975; C. A. Melischek, 62; R. S. Schlossberg, 81.

25 Изузетак чини тврдња да је концепција ужег и ширег релевантног тржишта „савршено размљива“ и да је економска струка неоправдано напада. Вид. Richard Markovics, *Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law*, Volume 1, Springer Verlag, 2014, 223. Аргумент у прилог овог става аутор проналази у сопственој концепцији релевантног тржишта оријентисаног ка купцу, насупротив традиционалној концепцији права конкуренције, коју он назива релевантно тржиште оријентисано ка продавацу. На страну небулозност поменуте оригиналне концепције, будући да је конкуренција феномен надметања продаваца, односно произвођача, јасна је оправданост традиционалне концепција релевантног тржишта („релевантно тржиште оријентисано ка продавацу“), па тиме губи на сваком значају ова одбрана концепције ужег и ширег релевантног тржишта.

26 Вид. D. Pettit, 975.

ти из тако одређеног новог (ужег) тржишта, иако се и ти производи сматрају супститутима у оквиру ширег тржишта.²⁷ Два подтржишта захтевају истовремено постојање две различите групе супститута, што је неспојиво са истовременим постојањем ширег тржишта, у оквиру којег се сви производи сматрају супститутима, без даље поделе на уже групе. То онда води неоправданом сужавању релевантног тржишта и већој вероватноћи утврђивања повреде конкуренције или забрани концентрације, а да за то нема економског оправдања.²⁸

Стога и не чуди налаз да је ово решење заправо уведено у САД како би се манипулисањем у погледу граница релевантног (под)тржишта (тзв. џеримандерингом) забраниле поједине концентрације, па таква пракса води опасности да се поступак заштите конкуренције (укључујући поступак контроле концентрације) схвата као поступак који се води произвољно и злоупотребом овлашћења,²⁹ уз драстично умањење правне сигурности за учеснике на тржишту. Штавише, указује се на то да су судови механички примењивали критеријуме из пресуде *Brown Shoe* и да су често користили могућност коју је донела та пресуда да неосновано и произвољно одређују границе релевантног тржишта.³⁰ Због тога се с правом сматра да се приликом одређивања ужих тржишта може само говорити о евентуалном одређивању више одвојених релевантних тржишта (искључујући, при томе, шире тржиште у оквиру којег су ужа тржишта). Одређивањем потенцијалног ширег тржишта не искључује се могућност да се у оквиру њега утврди

27 *Ibid*; J. B. Baker, 206.

28 Вид. D. Pettit, 975; J. B. Baker, 206.

29 Џеримандеринг (*Gerrymandering*) представља појам из уставног права и политичке теорије којим се означава вештачко стварање граница изборних јединица да би се поделило бирачко тело (манипулисање „кројењем“ изборних јединица) – како би се постигао жељени резултат на изборима: да владајуће странке добију већи број гласова или да се противничким странкама (опозицији) смањи број гласова. Пренесено на право конкуренције, манипулисањем границама релевантног тржишта најлакше се утиче на (жељени) исход поступка заштите конкуренције, с обзиром на то да се тржишна моћ може процењивати на релевантном тржишту.

30 Вид. George R. Hall, Charles F. Phillips, „Antimerger Criteria: Power, Concentration, Foreclosure and Size“, *Villanova Law Review*, Vol. 9, 1964, 219; G. E. Hale, Rosemary D. Hale, „A Line of Commerce: Market Definition in Anti-Merger Cases“, *Iowa Law Review*, Vol. 52, 3/1966, 426; Hila Nevo, *Definition of the Relevant Market – (Lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law*, Intersentia, 2015, 64; Ernest Gellhorn, William E. Kovacic, Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2004, 437; J. B. Baker, 206; Thomas E. Kauper, „The Problem of Market Definition Under EC Competition Law“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, 5/1996, 1684; R. Pitofsky, 906.

више одвојених релевантних тржишта, што је уобичајена упоредна пракса.³¹ Нема, међутим, дилеме да је у том случају реч о више одвојених релевантних тржишта и да се тиме у потпуности напушта концепција ширег и ужег релевантног тржишта.

Постојање појмова уже и шире релевантно тржиште неминовно отвара простор за ситуацију у којој су истовремено одређена два релевантна тржишта различитог обима, од којих је једно у потпуности садржано у другом – релевантно тржиште и уже релевантно тржиште, као део релевантног тржишта. Стога се отвара питање на које се, на основу категоријалног апарата концепције ужег и ширег релевантног тржишта, не може дати једнозначан одговор: на коме тржишту се онда оцењују ефекти – на (ширем) релевантном или на ужем (релевантном) тржишту? Проблем у пракси настаје када се процени да се на једном од тих тржишта, на пример, нарушава конкуренција спровођењем концентрације, а на другом не – како тада донети одлуку о дозвољености те концентрације? Постоји ризик да се поступање тела за заштиту конкуренције тада сведе на процес проналажења оног релевантног (ужег) тржишта на коме би процена ефеката довела до забране концентрације, што увећава вероватноћу грешке типа I – забрањивање оне концентрације коју је требало дозволити. Истоветни аргументи могу се навести у вези са дефинисањем ширег тржишта (проширивањем граница тржишта), када би се могла дозволити концентрација коју би заправо требало забранити (грешка типа II). То неминовно значи да неко од тих тржишта није правилно утврђено.³² У складу са изнетим налазима, с правом се указује на то да концепција ужег тржишта нема сврху и да је неодговарајућа, па се поставља (реторичко) питање зашто онда она уопште постоји.³³

Штавише, критику, што се примене те концепције у САД тиче, треба упутити и самим критеријумима за утврђивање ужег тржишта („практичне индиције“) јер Врховни суд није образложио ове критеријуме и њихову оцену, нити је указао на економски значај сваког критеријума.³⁴ Надаље, наведени критеријуми нису подесни и нису економски оправдани. Реч је о томе да су они неодговарајући показатељи заменљивости про-

31 „Подтржиште“, према овом тумачењу, заправо је „релевантно“ тржиште. Вид. G. E. Hale, R. D. Hale, 426; H. Hovenkamp, 87. и 89; G. de Q. Walker, „Product Market Definition in Competition Law“, *Federal Law Review*, Vol. 11, 1980, 415; L. C. Maisel, 41.

32 Вид. G. E. Hale, R. D. Hale, 426.

33 Вид. R. S. Schlossberg, 81; H. Hovenkamp, 89.

34 Вид. E. Gellhorn, W. E. Kovacic, S. Calkins, 437; R. Pitofsky, 875.

извода и стога се поставља питање да ли се онда критеријуми за уже тржиште разликују од критеријума за утврђивање релевантног тржишта – јер ако су критеријуми исти, онда концепција није сврсисходна, а ако су различити, онда се њиховом употребом не може оценити супституција производа.³⁵

Ипак, без обзира на све наведене аргументе, у литератури се понекад пише о аустралијској концепцији ужег и ширег тржишта као корисној за разјашњавање околности под којима тржиште функционише и примененој за анализу конкуренције на тржишту, што је у складу са прихваћеним ставом да је концепција ужег релевантног тржишта само аналитички алат који служи оцени ефеката на конкуренцију. Отуда се, према тим мишљењима, изражава и бојазан да се и у Аустралији, као што је већ учињено у САД, не одбаци примена ове концепције.³⁶ Ова бојазан, бар са становишта резултата, по свему судећи није на месту. Додуше, ова концепција би се можда могла оправдати само ако би се дефинисана подржишта сматрала релевантним тржиштима, без анализе конкуренције на ширем релевантном тржишту. У том смислу, концепција би евентуално могла бити корисна уколико омогућава сегментирање – утврђивање шире посматраног тржишта, у оквиру којег би се дефинисало више, додуше ужих, али свакако засебних релевантних тржишта. Но, тако нешто, уколико је уопште и потребно, може да се у аналитичке сврхе уради и без било какве концепције – стога и концепције ужег и ширег релевантног тржишта не нуде готово никакву аналитичку корист. Отуда је овај разлог за њихово очување, макар на аналитичком плану, благо речено неуверљив.

Имајући све наведено у виду, може се закључити да су правне последице примене концепције ужег и ширег релевантног тржишта бројне и изразито неповољне. Због тога је она и напуштена у оној јурисдикцији у којој је и настала. Евентуалне погодности, које се можда могу евидентирати у једној јурисдикцији англосаксонског правног система, односе се на

35 Вид. L. C. Maisel, 39. и 59; H. Hovenkamp, 88-89. Повољно мишљење о пресуди *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), које се може наћи у економској литератури (David Dale Martin, „The Brown Shoe Case and the New Antimerger Policy: Reply“, *American Economic Review*, Vol. 53, 3/1963, 340-358), не треба интерпретирати као подршку концепцији ужег и ширег релевантног тржишта, већ као похвалу заостравања политике контроле концентрација. Расправа о томе се наставила: вид. Bryce J. Jones, „The Brown Shoe Case and the New Antimerger Policy: Comment“, *American Economic Review*, Vol. 54, 4/1964, Part 1, 407-412, David Dale Martin, „The Brown Shoe Case and the New Antimerger Policy: Reply“, *American Economic Review*, Vol. 54, 4/1964, Part 1, 413-415.

36 Вид. G. de Q. Walker, 415; C. Beaton-Wells, 37; Robert Baxt, 25; M. Brunt (2003), 226.

концепцију која није предвиђена прописима и која искључиво служи као аналитичко средство.

IV Економске последице примене концепције ужег и ширег релевантног тржишта

Прва економска последица примене концепције ужег и ширег релевантног тржишта јесте поткопавање теоријске концепције конкуренције као међусобног притиска конкурената који осећа сваки учесник на релевантном тржишту.³⁷ Уколико такав притисак постоји, онда је и реч о релевантном тржишту. Интензитет тог притиска зависи од тржишне структуре, а не од тога да ли је реч о ужем или ширем (релевантном тржишту). Дакле, диференцирање релевантног тржишта на уже и шире директно поткопава саму дефиницију конкуренције као процеса.

То се најбоље може видети из тога да је примена теста хипотетичког монополисте неспојива са концепцијом ужег и ширег тржишта: тест се заснива на утврђивању најужег тржишта на којем се оцењују ефекти на конкуренцију (када се итерација прекида), па свако још уже дефинисање тржишта значи да је оно преуско за оцену ефеката.³⁸ На основу свега неспорно је да концепција ужег и ширег тржишта нема економског оправдања и да њено постојање није само питање семантике.³⁹

У складу са економским приступом који преовлађује у модерном праву конкуренције, приликом утврђивања релевантног тржишта, у праву ЕУ стога се користи тест хипотетичког монополисте, као најпознатија квантитативна техника за утврђивање релевантног тржишта. Тест се примењује у скоро свим земљама чланицама и осталим европским земљама које имају савремене прописе о заштити конкуренције јер је вишегодишња пракса у његовој примени показала да је у питању успешна техника за утврђивање релевантног тржишта.

Тест хипотетичког монополисте уведен је у право конкуренције Европске уније 1997. године, када је Комисија ЕУ донела смернице (Обавештење о дефинисању релевантног тржишта) којима је, по угледу на америчку праксу, прихватила тест као један од основних начина за утврђива-

37 Вид. Борис Беговић и Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012; Massimo Motta, *Competition policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

38 R. S. Schlossberg, 81. Слично и G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, 26.

39 G. R. Hall, C. F. Phillips, 220; H. Nevo, 64; L. C. Maisel, 41; T. E. Kauper, 1684; L. C. Maisel, 41.

ње релевантног тржишта.⁴⁰ Према Обавештењу, спровођењем теста утврђује се најуже тржиште за одређени производ на којем би хипотетички монополиста могао профитабилно да мало, али значајно (5-10%) и трајно повећа цене (до једне године). Полазећи од претпоставке о постојању једног учесника на тржишту на страни понуде (хипотетички монополиста), тест се заснива на процени шта би се догодило ако би хипотетички монополиста мало, али значајно и трајно повећао цене (енг. *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*, даље у тексту: претпостављено повећање цене). Тест се због тога назива и *SSNIP* тест.⁴¹

Уколико би хипотетички монополиста повећањем цена повећао профит упркос смањењу обима продаје, релевантно тржиште би било одмах утврђено и обухватило би производ хипотетичког монополисте. Уколико би претпостављено повећање цене за њега било непрофитабилно (уколико би се његов профит умањио), полазном производу се додаје његов потенцијално најближи супститут, па се опет процењује да ли би монополиста могао профитабилно да повећа цену. Поступак је итеративан, а круг производа проширује све док се не утврди најуже тржиште за одређене производе на којем би хипотетички монополиста могао профитабилно да повећа цену.⁴²

Сходно наведеном, примена теста хипотетичког монополисте даје једнозначан резултат у погледу утврђивања границе релевантног тржишта и директно противречи концепцији ужег и ширег релевантног тржишта. Штавише, тест се не може конзистентно применити уз опстајање концепције ужег и ширег релевантног тржишта.⁴³

V Закључак и предлог

Утврђивање релевантног тржишта је једно од најконтроверзнијих питања у праву конкуренције, пошто је реч о поступку који изазива бројне дилеме са становишта правне сигурности. Највећи проблем који се јавља

40 Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, *Official Journal*, бр. С. 372/1997.

41 Тест хипотетичког монополисте се на сличан начин примењује приликом одређивања релевантног тржишта производа и релевантног географског тржишта, па је анализа у раду ограничена на релевантно тржиште производа.

42 Вид. Ракић (2012), 139-152.

43 Из економског угла посматрано, реч је о томе да постоји само једна критична вредност унакрсне (ценовне) еластичности тражње, она испод које се налази зона у којој хипотетички монополиста може да одрживо повећа цене.

приликом утврђивања релевантног тржишта јесте могућност да се у поступцима заштите конкуренције оно утврди превише уско или превише широко. С једне стране, уколико је тржиште сувише уско одређено, тело надлежно за заштиту конкуренције може преценити тржишну моћ учесника на тржишту и донети погрешну одлуку која је неповољна за учеснике на тржишту, конкуренцију на њему, па тиме, у крајњој линији, и за друштвено благостање. С друге стране, прешироким одређењем тржишта може се релативизовати тржишна моћ учесника на тржишту, па тело за заштиту конкуренције можда неће моћи да утврди да се њиховим понашањем нарушава конкуренција иако је она заиста нарушена, што такође доводи до умањења друштвеног благостања.

Имајући све то у виду, концепција ужег и ширег релевантног тржишта није прихватљива, и то из више разлога: нарушава се правна сигурност; она нема своје економско оправдање – једноставно, сувишна је; доводи до могућности да се дефинише „релевантно тржиште унутар релевантног тржишта“, што је неспојиво са дефиницијом релевантног тржишта и вођењем поступка заштите конкуренције; увећава вероватноћу грешке тела за заштиту конкуренције, односно судске грешке; ствара се непотребна конфузија у погледу примене одредаба о релевантном тржишту и поступања тела за заштиту конкуренције. Сви ови разлози упућују на препоруку да одредбу о ужем и ширем релевантном тржишту треба у потпуности изоставити из нове уредбе о критеријума за одређивање релевантног тржишта.

Потребно је указати на то да се оваквом изменом постојеће уредбе никако не ограничава нити укида право да се у поступцима утврди више релевантних тржишта или да се за потребе поступка укаже на потенцијалну могућност његовог даљег сегментирања (као што се стално чини у пракси Комисије за заштиту конкуренције и пракси ЕУ, посебно у поступцима испитивања концентрација, када се дефиниција оставља отвореном или када се указује на то да нема потребе даље сегментирати тржиште јер концентрација свакако не нарушава конкуренцију). На овакву праксу указује се и у литератури, првенствено америчкој, јер се сматра да је дозвољено и прихватљиво одредити више релевантних тржишта уколико су она заиста одвојена (*separate*). То значи да се у пракси Комисији за заштиту конкуренције не би умањила овлашћења, а ограничила би се могућност било какве манипулације, тј. увећала би се правна сигурност за учеснике на тржишту. При томе, правила би била усклађена са правилима ЕУ.

Коначно, због обавезе усклађивања права конкуренције Републике Србије са правом ЕУ и примене права конкуренције у складу са критеријумима који проистичу из примена правила конкуренције ЕУ, било би пожељно примењивати тест који је предвиђен Обавештењем Комисије ЕУ о дефинисању релевантног тржишта и тумачити његову примену у складу са праксом ЕУ, дакле без примене концепције ужег и ширег тржишта.⁴⁴ Сходно свему наведеном, одредбе о ужем и ширем релевантном тржишту треба искључити из нове уредбе о критеријума за одређивање релевантног тржишта која треба да буде усвојена на основу новог закона о заштити конкуренције.

44 Ова обавеза је предвиђена чл. 72 и 73 Закона о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/08).

Prof. Dr. Boris BEGOVIĆ,
Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Dr. Ivana RAKIĆ, Research Fellow
Comission for Protection of Competition, Belgrade

**THE CONCEPT OF NARROW AND WIDE RELEVANT MARKET:
A RECOMMENDATION FOR A MODIFICATION OF THE DECREE
ON CRITERIA FOR SPECIFICATION
OF THE RELEVANT MARKET**

Abstract

The Decree on criteria for specification of the relevant market stipulates that it is possible to additionally specify relevant market as to simultaneously specify both a narrow and wide relevant market (both product and geographical market) or more of such markets. The aim of the paper is to formulate a legislative proposal regarding the concept of narrow (submarket) and wide (market) relevant market stipulated by the Decree. It has been demonstrated that the concept of narrow and wide relevant market is not acceptable for more than one reason: legal certainty is violated; there is no economic justification of the concept – in short, it is redundant; it undermines the application of the hypothetical monopolist test; it brings along the possibility to specify a “relevant market within the relevant market”, something that does not belong to the relevant market specification and competition protection proceedings; probability of error of the competition protection authority and judicial error increases; an unnecessary confusion is created regarding the legal provision of specification of the market and proceedings of the competition protection authority. Accordingly, all these reasons support the recommendation that the provision on the narrow and wide relevant market should be eliminated from the new Decree on criteria for specification of the relevant market.

Keywords: *relevant market, narrow and wide relevant market, competition law, legal uncertainty, hypothetical monopolist test, EU law.*

Др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ*

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ КОД ПРЕКОГРАНИЧНИХ СПАЈАЊА ДРУШТАВА КАПИТАЛА

Резиме

Међународна пословна трансакција прекограничног спајања друштава капитала представља вид статусног повезивања са елементом иностраности у субјекту, консеквентно чему се њено спровођење остварује повезивањем више националних правних система.

Прекогранично спајање производи директне и индиректне правне последице. У првом концентричном кругу, његови ефекти непосредно утичу на интересе различитих категорија субјеката: мањинских власника акција или удела, поверилаца и запослених у друштву које је учесник трансакције. У другом кругу, резултанте статусне пословне центрације се транспонују у шири тржишни амбијент. Пословна трансакција не може бити спроведена уколико орган надлежан за заштиту конкуренције бар једне државе чију националну припадност има привредно друштво учесник оцени да представља претњу ефективної тржишној конкуренцији.

Тема овог рада јесте анализа антиконкуренијског ризика који настаје спровођењем прекограничног спајања друштава капитала, у светлу решења која се очекују у домаћем легислативном амбијенту након усвајања Закона о изменама и допунама закона о привредним друштвима 2018. године.

Кључне речи: *прекогранично спајање, цена коштања спајања, антиконкуренијски ризик, нотификација спајања, условна центрација*

* Редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду; члан Ужег преговарачког тима за приступање Републике Србије Европској унији. Рад је припремљен у оквиру пројеката бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС.

1. Увод

Институт прекограничних спајања друштава капитала уводи се у домаћи легислативни амбијент као једна од три супстанцијалне новине у поступку усаглашавања пословно-правног система Републике Србије са правним тековинама Европске уније, кроз доношење Закона о изменама и допунама закона о привредним друштвима у оквиру Поглавља 6 – Право привредних друштава. У домаћи систем транспонују се основна начела и принципи Директиве 2017/1132 о одређеним аспектима права привредних друштава Европског парламента и Савета од 14.6.2017. године.¹ Закон о привредним друштвима, након, и под претпоставком, усвајања Закона о изменама и допунама закона о привредним друштвима², обухватаће и правила о Европском друштву³ и о Европској економској интересној групацији⁴. Реч је о три института које домаће право, иначе у великој мери усклађено са корпоративним прописима Европске уније, није директно препознавало.

Преговори у поступку приступања Републике Србије Европској унији у домену права привредних друштава отворени су у децембру 2017. године, а у марту 2018. године утврђена су четири мерила за њихово затварање. Осим усклађивања Закона о привредним друштвима и повезаних аката у погледу три нова института, очекују се легислативне измене у још три сегмента права привредних друштава: у домену тржишта капитала, у виду доношења Закона о изменама и допунама закона о тржишту капитала којим би у домаћи амбијент биле унете релевантне правне тековине Европске уније које се односе на транспарентност података о издаваоцима чије су хартије од вредности укључене у трговање на организованом тржишту⁵, као и сродних аката, затим - усвајање новог Закона о преузимању акционарских друштава и пратећих подзаконских аката и даље усаглашавање законских и спроведбених аката у области корпоративног рачуноводства и законске ревизије.

-
- 1 У даљем тексту: Директива (ЕУ) 1132/2017. Област прекограничног спајања друштава капитала је раније била уређена Директивом 2005/56/ЕУ о прекограничном спајању друштава са ограниченом одговорношћу, која је новом кодификованом директивном стављена ван снаге.
 - 2 У даљем тексту: Нацрт Закона; доступно на: www.привреда.гов.рс/прописи/закони у припреми/нацрт закона о изменама и допунама закона привредним друштвима (увид:23.3.2018)
 - 3 Уредба Савета 2001/2157/ЕЗ о статуту Европског друштва
 - 4 Уредба Савета 1985/2137/ЕЗ о Европској економској интересној групацији
 - 5 Директива 2004/109/ЕЗ о транспарентности (укључујући измене 2013/50/ЕУ)

Институт транснационалних фузија, односно прекограничних спајања друштава капитала у свом примарном, статусном профилу јесте питање правне статике; у контексту усаглашавања домаћег са пословно-правним амбијентом и тековинама Европске уније, у поступку приступних преговора садржински је лоциран у поглавље 6. Када се овај корпоративно-статички концепт смести у контекст правне динамике тржишних односа, отвара се сложено питање заштите ефективне конкуренције од потенцијалних ризика које таква концентрација носи, додатно усложњених околношћу постојања елемента иностраности. Питање прекограничних спајања тада хоризонтално повезује поглавља 6 и 8 Преговора о приступању Републике Србије Европској унији, са циљем да се и у овој сфери пословног живота оснажи остваривање принципа правне сигурности, омогући домаћим друштвима капитала конкурентност на тржишту Европске уније и квалитативно унапреде норматива решења и стандарди.

2. Елемент иностраности

Правила о прекограничном спајању у супстанцијалном смислу представљају допуну регулативе о фузијама, у домаћем праву традиционално детаљно уређене и у високом степену усаглашене са легислативном Европске уније, па у нормативном смислу она значе додатну коцку постојећем мозаику, уз сходну примену примарних законских одредаба, превасходно у домену сложених процесних питања. Спровођење прекограничног спајања привредних друштава представља надоградњу базичног концепта који не одликује постојање елемента иностраности, консеквенто чему је могуће остварити прекогранично спајање само под условом да привредно друштво, учесник трансакције, претходно јесте усклађено са правилима и захтевима свог националног права. Такође, прекогранично спајање се спроводи између учесника чије правне форме⁶ препознају компанијска права држава чланица чију националну припадност имају.⁷

Статусно пословно повезивање се остварује између два или више друштава капитала кроз два основна модела: прекогранично припајање и

6 Спровођење статусне промене припајања у домаћем праву која подразумева преузимање јавног акционарског друштва од стране привредног друштва које нема ту правну форму претпоставља испуњавање услова за престанак својства јавног друштва сходно прописима који уређују тржиште капитала (вид. чл.483, ст.5 Закона о привредним друштвима).

7 Чл. 121, ст. 1 Директиве (ЕУ) 1132/17

прекогранично спајање оснивањем новог друштва. Нацрт Закона о изменама и допунама закона о привредним друштвима прави јасну терминологију и категоријалну дистинкцију, сходно постојећим одредбама о појмовном одређењу статусне промене (чл. 483, ст.2 и 4 Закона о привредним друштвима⁸), између прекограничног припајања и прекограничног спајања. Право Европске уније користи термин „спајање“ привредних друштава као кровни и за ситуације када се на друштво преузимаоца преносе актива и пасива једног или више друштава која престају да постоје, и за оне када се кроз фузију оснива ново привредно друштво.

Прекогранично припајање представља пословну трансакцију у којој једно или више друштава преноси своју имовину и обавезе у поступку престанка друштва без ликвидације на друштво преузимаоца, у замену за акције, односно хартије од вредности које представљају капитал друштва преузимаоца, уз могућност новчане исплате у износу до 10% њихове номиналне (односно књиговодствене⁹) вредности, а бар једно друштво – учесник је регистровано у домаћој земљи и бар једно је основано на територији државе чланице Европске уније или државе која је потписница Уговора о европском економском простору¹⁰. Прекогранично спајање претпоставља оснивање новог друштва по основу универзалне сукцесије, док се субјективитет друштава која се спајају гаси, без спровођења поступка ликвидације, уз присуство елемента иностраности у субјекту у смислу да је бар једно друштво регистровано на домаћој територији и основано на територији друге државе чланице.¹¹ Трећа поткатегорија прекограничног спајања са знатно мањим степеном заступљености у пословној пракси који предвиђа Директива (ЕУ) 2017/1132¹² се односи на случајеве када се друштво капитала налази у поступку престанка без ликвидације и преноси сву своју активу и пасиву на друштво које поседује целокупне акције односно хартије од вредности које представљају његов капитал.

У домаћем праву се очекује, сходно Нацрту Закона, да субјекти трансакција прекограничног спајања неће бити задруге, ни у случајевима када су према праву националне припадности основане као друштво капитала. Искључује се и могућност да се прекогранична спајања оства-

8 Службени гласник РС бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15

9 У случају да номинална вредност акција, односно хартија од вредности није утврђена.

10 Чл. 514а, ст. 2 Нацрта Закона

11 Чл. 514б Нацрта Закона

12 Чл. 119, ст. 2, тач. 3

рују од стране инвестиционих фондова и друштава за управљање инвестиционим фондовима¹³. Из круга директне примене правила о прекограничним спајањима утврђеним Директивом (ЕУ) 1132/17) изузете су трансакције у којима учествује привредно друштво чији је циљ колективно улагање јавног капитала засновано на принципу поделе ризика, уз откуп или амортизацију удела на захтев власника из имовине привредног друштва.¹⁴

Развој пословног субјекта представља начин константног прилагођавања властитом окружењу и одређен је његовим продуктивним могућностима и тржишном позиционирањем.¹⁵ Фузије резултирају смањењем броја друштава и увећањем њихових димензија, повећањем рентабилности и снижавањем трошкова производње. Осим разлога који се односе на унапређење пословне успешности једног привредног субјекта, која се мери првенствено растом профитне стопе, екстерна категорија мотива транснационалних концентрација има за полазиште његову тржишну активност¹⁶. Тржишна моћ привредног друштва представља однос између његове економске снаге у односу на конкуренте на одређеном тржишту, па се кауза пословне концентрације може односити на анулирање конкурентског притиска, односно побољшање позиције у односу на конкуренте.

Закључењем уговора о спајању пословни субјект изражава слободну вољу да на друго друштво пренесе целокупну имовину и обавезе, односно да њихов пренос прихвати дајући акционарски или члански статус ранијим члановима друштва преносиоца. Одлуку о спајању доноси свако привредно друштво после спроведеног претходног поступка испитивања целисходности таквог пословног корака. Када је реч о каузи спроазума о статусној промени, она се односи на издавања акција, односно давање удела од стране друштва преузимаоца - члановима предузећа које престаје да постоји. Акције, односно удели у друштву преузимаоцу представљају цену спајања друштва капитала, уз могућност делимичне новчане накнаде.

Правна дејства прекограничних спајања су једнообразна онима у националним оквирима и односе се на: универзалну сукцесију, стицање

13 Чл. 514в, ст. 2 Нацрта Закона

14 Чл. 120, ст. 3 Директиве (ЕУ) 1132/17

15 Penrose E: *The Theory of the Growth of the Firm*, Oxford, 1959, p.153

16 Geradin D, Layne-Farrar A, Petit N: *EU Competition Law and Economics*, London, 2001, p.62; Hovenkamp H: *The Antitrust Enterprise*, Cambridge Massachusetts, 2005, p.95

статуса акционара или члана у друштву стицаоцу и престанак друштва преносиоца Уместо спровођења поступка редовне ликвидације, пренос целокупне имовине и обавеза¹⁷ се врши на основу извршене процене вредности капитала, примопредајног биланса и уговора о спајању – на друштва која се јављају као правни следбеници претходника. У ситуацији прекограничног спајања када неко од националног права прописује посебне услове за произвођење правних дејстава универзалне сукцесије према трећим лицима, друштво стицалац има обавезу њиховог испуњења.¹⁸ Спровођењем поступка спајања друштва остварује се специфичан однос размене између њих, заснован на преносу имовине и обавеза на друштво стицаоца које заузврат његовим члановима додељује своје акције и уделе, односно члански статус.

Спајање друштва не представља основ за ликвидацију¹⁹ и нема прекида у погледу правног континуитета, већ се пренос имовине, права и обавеза на друштво стицаоца врши по уговором дефинисаној сразмери замене за његове акције, односно уделе. У односу на преузето друштво, дејство спајања означава престанак правног субјективитета, без обзира на могућност постојања одвојеног управљања имовином све до измирења потраживања поверилаца²⁰.

3. Процесни аспекти

Процесни аспекти спајања друштва капитала у националним оквирима, превасходно с обзиром на радикалност правних последица у односу друге облике пословног повезивања јер наступају измене у погледу статуса предузећа и губитка његовог правног субјективитета, што даље

17 Поред широко прихваћене теорије универзалне сукцесије, постоје и становишта по којима се спајањем не остварује универзална трансмисија имовине, већ само врши трансфер активе друштва - када је реч о сингуларној сукцесији, која подразумева неопходност претходног спровођења ликвидације друштва које престаје спајањем, што консеквентно значи да друштво стицалац не одговара за обавезе апсорбованих друштва.

18 Чл. 131, ст. 3 Директиве (ЕУ) 1132/17

19 Спровођење поступка ликвидације показује се као сувишно, јер статусна промена спајања подразумева преузимање целокупног корпуса права и обавеза друштва преносиоца.

20 Спајање нужно не значи у пуном сулстанцијалном капацитету крај друштва преносиоца, већ под специфичним околностима оно може да егзистира у новом друштву, у одређеном обиму и квалитету правног субјективитета. Дакле, правни персоналитет и правна егзистенција друштва могу бити посматране као одвојене категорије. Такав случај представља могућност одвојеног управљања имовином друштва која учествују у спајању ради обезбеђења намирења њихових поверилаца.

условљава битне измене положаја више категорија субјеката, а имајући у виду значајне статусно-правне, конкурентско-тржишне и економске ефекте трансакције - по правилу су предмет детаљне регулативе и сложених решења. Присуство елемента иностраности у поступку спајања друштава капитала представља додатну вредност његовој процесној комплексности.

Успешна реализација спајања привредних друштава подразумева јасно дефинисане циљеве који се желе постићи и разрађену стратегију²¹ за њихово остваривање. Поступак спровођења прекограничних спајања одвија се у шест основних корака, на два поља: интерном, који обухвата радње самих друштава учесника и екстерном - у сегменту спровођења надзора и регистрације трансакције.

Органи управе друштва која учествују у поступку спајања сачињавају заједнички нацрт уговора о спајању, који се онда јавно објављује. Битни елементи споразума односе се на: основне податке о друштвима која учествују у прекограничном спајању, утврђену пропорцију замене акција или удела у друштву преносиоца за оне у друштву стицаоцу, као и начин њиховог преузимања, висину новчане надокнаде уколико је предвиђена, процену вредности имовине и висине обавеза који се преносе на друштва стицаоца, и начин њиховог преноса, датум од кога трансакција производи правно дејство у рачуноводственом смислу, као и датуме финансијских извештаја који представљају основ за промену спајања, очекиване промене у погледу положаја запослених у друштву преносиоцу, као и информације о остваривању њихових права у друштву стицаоцу, заштита интереса чланова друштва преносиоца који имају посебна права у друштву стицаоцу, посебне погодности за чланове чланова органа друштава која учествују у спајању и предлог одлуке о изменама оснивачког акта и статута друштва стицаоца.²² Најважнији елемент уговора у материјално-правном смислу представља цена трансакције, односно сразмера замена акција или удела у друштву преносиоцу за оне у друштву стицаоцу и евентуално висина новчане накнаде. У случају да друштво које се припаја има домаћу националну припадност а у правним системима друштва преузимаоца није предвиђена могућност вођења судског поступка ради испитивања сразмере замена акција или удела, са једне, односно ради остваривања посебних права чланова друштва које се припаја, са друге стране – трансакција се може спровести само под условом

21 Folsom R, Gordon M.W, Spanogle J: International Business Transactions, St.Paul-Minn, 2001, p.894

22 Чл. 122 Директиве (ЕУ) 1132/17 и чл. 514ц Нацрта Закона

да скупштина друштва преузимаоца донесе одлуку о надлежности судова наше земље за такве врсте поступака.²³

Објављивање нацрта уговора о спајању²⁴ је везано за рок од најмање месец дана пре одржавања седнице скупштине на којој се одлучује. Осим текста нацрта споразума, предмет објаве²⁵ су и два важна обавештења упућена повериоцима и мањинским члановима друштва о модалитетима заштите њихових специфичних интереса. Сходно правилима националног права чију припадност друштво има, објављују се назив и седиште свих друштва учесника, назив националних јавних регистара привредних субјеката и за свако друштво модалитети заштите права поверилаца и права мањинског члана друштва.²⁶

Положај поверилаца друштва која се спајају се значајно мења. Сагласност поверилаца по правилу не представља конститутивни елемент операције, али се зато предвиђа посебан режим заштите њихових права. Позиција поверилаца друштва преносиоца биће значајно отежана уколико је друштво стицалац од њега у финансијски неповољнијој ситуацији. Уколико је у време повериоачевог пристанка на уговор о преузимању дуга преузимаоца био презадужен, а поверилац то није знао нити је морао знати, пређашњи дужник се не ослобађа обавезе, а уговор о преузимању дуга има дејство уговора о приступању дугу.²⁷ Са друге стране, мења се и позиција поверилаца друштва стицаоца који се суочавају са конкуренцијом поверилаца припојених друштва, у ком смислу се јавља повишен степен ризика немогућности наплате потраживања.

Поступак спровођења прекограничног спајања друштва конципиран је тако да се у свакој фази води рачуна о интересима акционара, у смислу потпуног и благовременог упознавања са мотивима и модалитетима спровођења поступка, како би донели одлуку о оптималној заштити свог интереса. Осим правних механизма заштите мањинских власника који су инкорпорирани у сам поступак спровођења спајања, ванредни

23 Чл. 514ж, ст. 3 Нацрта Закона

24 Споразум се објављује на интернет страници друштва учесника поступка спајања, као и регистра привредних субјеката.

25 Јавно се објављује и обавештење члановима друштва о начину остваривања увида у извештаје надлежног органа друштва (на које право имају и запослени у друштву) и ревизора о статусној промени (вид.чл. 514д Нацрта Закона).

26 Чл. 123, ст. 2 Директиве (ЕУ) 1132/17

27 Вид. члан 446, ст. 5. и 448, ст. 2. Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Службени лист СРЈ бр. 31/93 и Службени лист СЦГ бр. 1/2003)

инструменти се односе на право на судско оспоравање скупштинске одлуке о спајању и право на иступање из друштва, уз обавезан откуп акција, односно удела од стране друштва.

Трећа процесна фаза прекограничног спајања се односи на израду интерног извештаја о трансакцији од стране надлежног органа друштва и екстерног извештаја ревизора, уз могућност да сва друштва учесници поступка спајања именују једног ревизора који сачињава заједнички извештај о спајању²⁸. Оба извештаја морају бити сачињена најкасније месец дана пре дана одржавања седнице скупштине на којој ће се о трансакцији одлучивати.

Скупштина сваког друштва капитала, учесника трансакције, доноси одлуку о усвајању заједничког нацрта уговора о спајању, уз обавезно претходно упознавање са извештајима органа управљања, запослених и ревизора о планираној статусној промени. Уговор о спајању сматра се закљученим уколико нацрт усвоје скупштине свих друштава учесника.

Екстерни сегмент спровођења поступка прекограничног спајања одвија се у националном правном амбијенту и подразумева спровођење надзора над законитошћу поступка и упис у јавни регистар привредних субјеката. Надзор над законитошћу спровођења прекограничног спајања у домаћем праву је поверен јавном бележнику. На захтев привредног друштва које је регистровано на територији наше земље и учесник је трансакције, јавни бележник издаје јавнобележничку исправу којом потврђује испуњеност свих законских услова за спровођење статусне промене спајања са елементом иностраности.²⁹

Спајање привредних друштава производи правно дејство од дана регистрације у регистру привредних субјеката уколико друштво стицалац има националну припадност наше земље, а уколико је друштво преносилац регистровано у њој, тренутак од кога трансакција производи правно дејство се одређује према праву државе под чијом је јурисдикцијом друштво стицалац.³⁰ Свако друштво капитала које учествује у поступку прекограничног спајања подноси пријаву за упис националном регистру државе чију припадност има. Иницијалним се сматра упис привредног друштва стицаоца у јавни регистар, што резултира обавезом регистра те државе да одмах обавести друге јавне регистре, којима су друштва уче-

28 Чл.514е,ст. 3 Нацрта Закона

29 Чл. 514и, ст. 1 Нацрта Закона

30 Чл. 129 Директиве (ЕУ) 1132/17

сници били у обавези да пријаве трансакцију и поднесу документацију, о извршеној регистрацији трансакције.³¹ У случају меродавности домаћег права, сходно повезници места регистрације друштва стицаоца, регистрација прекограничног спајања друштава капитала врши се уз кумулативну испуњеност два услова, подношења: јавнобележничке исправе којом се потврђује законитост спровођења поступка и потврде о испуњености услова за трансакцију од стране надлежног органа друге државе чију националну припадност има друштво учесник спајања.³²

Поједностављени поступак спајања предвиђен је у два случаја, сходно критеријуму висине власничког удела друштва стицаоца у друштву преносиоцу. Прва је ситуација у којој друштво стицалац има домаћу националну припадност и једини је члан друштва преносиоца, па се као непотребни елементни статусне промене јављају доношење одлуке скупштине друштва стицаоца о усвајању заједничког нацрта уговора о спајању и изради ревизорског извештаја.³³ У другом случају, када друштво стицалац има домаћу националну припадност и поседује најмање 90% власничког удела у друштву преносиоцу³⁴, његова скупштина не доноси одлуку о усвајању заједничког нацрта уговора и не постоји обавеза сачињавања ревизорског извештаја, као ни извештаја надлежног органа друштва преносиоца о спајању.

4. Антиконтуренцијски ризик

Трансакција спајања двају или више независних друштава капитала, односно њихових делова, са различитом националном припадношћу, која резултира трајном променом контроле предствља вид пословне концентрације³⁵ која је предмет не само компанијског, него и права конкуренције. Потенцијалне негативне последице од прекограничног спајања рефлектују се у две основне сфере: прва се односи на заштиту ефективне конкуренције на релевантном тржишту³⁶ и претпоставља интензивну међународну сарадњу тела за заштиту конкуренције³⁷, док је друга ужа и

31 Чл. 130, ст. 2 Директиве (ЕУ) 1132/17

32 Чл. 514и, ст. 1 Нацрта Закона

33 Нацрт уговора о спајању не садржи као битне елементе податке о сразмери замене удела, односно акција и о начину њиховог преузимања у друштву стицаоцу.

34 Чл. 514к Нацрта Закона

35 Чл. 3, ст. 1, тач. а Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

36 Whish R, Bailey D: Competition Law, New York, 2012, p.816

37 Ibid, p.897

обухвата интересе субјеката непосредно повезаних са друштвом учесником трансакције: власника, поверилаца или запослених.

Захтев за ефикаснијим пословањем привредним друштвима намеће императив смањења трошкова уз обезбеђивање услова сталног раста производне и финансијске снаге и резултантно - конкурентске способности на тржишту. У позадини одлуке о спајању налази се стога, више или мање видљива, тежња за растом друштва, која се даље развија у правцу умањења конкурентског притиска, односно доминације на релевантном тржишту.³⁸

Фузијом тржишних учесника се увећава ниво тржишне концентрације и смањује ниво ефективне конкурентности. Један остварен случај фузије неретко индукује случајеве нових спајања друштава, када се конкуренти прилагођавају новонасталој ситуацији, стварајући у одређеном тржишном контексту *circulus vitiosus* спајања, који по правилу превазилази националне пословне оквире.

Статусна промена спајања привредних друштава са елементом иностраности спроводи се у складу са прописима о заштити конкуренције.³⁹ Домаћи легислативни оквир дефинише простор деловања домаћих и иностраних привредних друштава као учесника пословне концентрације која се спроводи на територији наше земље, уз проширени домен примене на ситуације када се предузимају радње изван домаће територије које би могле утицати или утичу на ефективну конкуренцију у Републици Србији.⁴⁰

Спајање привредних друштава може да резултира креирањем амбијента антиконкурентске опасности. Ово стога што се посао транснационалог спајања неретко и бира као компетитивна стратегија, у којој привредни субјекти који су раније деловали потпуно независно, и по правилу се меусобно налазили у конкурентском односу, сада тржишно иступају јединствено. Спајање друштава, као и аквизиција или концентрациони заједнички подухват, може, и не мора, имати за последицу стварање доминантног положаја на одређеном тржишту, који сам по себи не представља опасност, али указује на латентну могућност да такав субјект, преваходно из разлога који проистичу из теорије економије

38 Reid S: Mergers, Managers and the Economy, Chicago, 1968, p.25

39 Чл. 483, ст. 6 Закона о привредним друштвима

40 Чл. 2 и чл. 3 Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС бр. 51/09 и 95/13)

обима⁴¹, наруши конкуренцијски еквилибријум. Инструменти права конкуренције који се примењују на заједничке подухвате, па и када су концентрациони, се значајно разликују у односу на оне коришћене за спајања друштава, с обзиром да фузија резултира елиминисањем бар једног привредног субјекта, док се заједничким наступањем ствара нов компетитивни савез, као вид повезаних тржишних учесника.⁴²

Поступак контроле спајања друштава капитала одвија се у два корака: нотификације - која подразумева претходно пријављивање планиране концентрације високог конкуренцијског значаја, да би онда надлежни орган донео одлуку о њеној допуштености. Недозвољене ће бити трансакције које значајно нарушавају, ограничавају или спречавају ефективну конкуренцију на тржишту, а посебну опасност имају оне које до нарушавања конкуренцијске равнотеже стижу преко стварања или јачања доминантног положаја.⁴³ Узима се у обзир конкретно понашање привредних субјеката, које је могуће проценити само уважавањем специфичних околности одређеног тржишта и његове структуре; релевантни су - непосредно дејство, али и потенцијални ефекти споразума о спајању. Истовремено, тржишна доминација представља динамичан процес, уз постојање позитивне претпоставке да краткотрајна доминација не представља значајнију опасност за ефективну конкуренцију.

Сматраће се да је концентрација допуштена уколико не ствара нити појачава доминантну позицију коју имају, индивидуално или заједно, друштва учесници трансакције и ако конкуренција тиме није нарушена у значајној мери.⁴⁴ Концентрација се сматра недопуштеном у случају када су кумулативно испуњена два услова: да се њиме ствара или појачава доминантна позиција на тржишту и да резултира значајним нарушавањем ефективне тржишне конкуренције⁴⁵. Поступак оцене постојања и интензитета наведених критеријума је двостепен. Прва фаза квантитативне процене подразумева утврђивање вредности удела на релевантном тржишту роба или услуга, односно географском тржишту. Постојање тржишне доминације оцењује се путем одређивање степена учешћа предузећа на релевантном тржишту; за њено постојање нужно је и довољно

41 Peacock A, Bannock G: Corporate Takeovers and the Public Interest, London, 1991, p.27

42 Vagts D: Transnational Business Problems, II ed, New York, 1998, p.479

43 Чл. 2, ст. 3 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација; чл. 19, ст. 1 Закона о заштити конкуренције

44 Gal S.M: Competition Policy for Small Market Economies, Cambridge, 2003, p.194

45 Чл. 2 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

утврдити да постоји објективна тржишна моћ предузећа да се понаша независно од положаја и услова пословања других привредних субјеката⁴⁶.

Акт о концентрацији спајањем који се у фази нотификације подноси надлежном органу може бити акт о извршењу или намери извршења статусне промене. Обавезу подношења пријаве има друштво стицалац. До доношења коначне одлуке, учесници пословне трансакције су у обавези да прекину њено спровођење. Пријава трансакције спајања одређене вредности, односно значаја⁴⁷, представља законску обавезу и стога пропуштање нотификације представља кршење правила конкуренције, независно од саме природе трансакције и да ли она испуњава услове за одобрење или не. У праву Европске уније, установљена је обавеза пријаве Европској комисији концентрација које су од значаја за целу Унију, после закључивања уговора или стицања контролног удела.⁴⁸

У домаћем праву, у случају пријаве поднете за концентрацију која није велике вредности или формалне непотупности и након налога за корекцијом - пријава се одбацује. Одлуком Комисије за заштиту конкуренције трансакција спајања ће бити одобрена или забрањена. Приликом оцењивања последица планиране концентрације на тржишну конкуренцију, првенствено кроз стицање или јачање доминантног положаја, узимају се у обзир као битни следећи критеријуми: тржишна, економска и финансијска моћ учесника концентрације, структура релевантног тржишта, стварни и потенцијални конкуренти, ниво конкурентности учесника концентрације, препреке за улазак на релевантно тржиште, трендови понуде и потражње односне робе или услуга, могућности избора доба-

46 Вукадиновић Р: Право Европске уније, Београд, 1995, с.239

47 Законска обавеза пријаве спајања односи се само на трансакције велике вредности, уз примену следећих критеријума: укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години је већи од 100 милиона евра, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од десет милиона евра; укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије је већи од 20 милиона евра у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по милион евра у истом периоду. Аналогна одбрџба у праву Европске уније о концентрацијама од комунитарног значаја предвиђена је чл.1, ст. 1. и 2 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

48 Чл. 4, тач. 1, ст. 1 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

вљача и корисника, трендови економског и техничког развоја и интереси потрошача.⁴⁹

Условно одобрена концентрација представља одлуку којом се даје сагласност, у случају када је Комисија за заштиту конкуренције оценила да би предложени посебни услови пословног понашања и правне мере анулирали претходно констатовану опасност по нарушавање конкуренције консеквентно спроведеној концентрацији. У случају неиспуњење услова, мера или обавеза које су договорене у предмету условног одобрења концентрације, са једне, или у ситуацији да Комисија утврди спровођење концентрације без издатог одобрења, могу бити изречене посебне мере учесницима концентрације, које за циљ имају успостављање или очување конкуренцијеске равнотеже на релевантном тржишту.⁵⁰

Право Европске уније предвиђа да се прекогранично спајање не може реализовати уколико надлежни орган државе чију националну припадност има једно од друштава учесника трансакције оцени да је она супротна јавном интересу⁵¹, осим у случајевима спајања која су од (ком)унитарног значаја.⁵² Уколико Европска комисија оцени да пријављена концентрација може значајно утицати на конкуренцију на посебном тржишту, односно предмет се прослеђује органу за заштиту конкуренције државе чланице, како би њено право било примењено као меродавно.⁵³

5. Уместо закључка

Спајање друштава капитала претпоставља специфичну комбинацију уговорних и статусних елемената и представља сложени правни институт, с обзиром да служи као основ за гашење правног субјективитета и истовремено – оснивање или битну промену тржишне снаге друштава учесника. Прекогранично спајање у праву Европске уније представља статусну промену која има елемент иностраности у субјекту, када друштва капитала која учествују у трансакцији имају седиште, главну управу или центар пословних активности на територији Уније, а барем два субјекта су основана у различитим државама.

49 Вид. чл. 19, ст. 2 Закона о заштити конкуренције

50 Предмет ових мера може бити подела привредног друштва, отуђење акција или удела, раскид пословног уговора или предузимање других активности које ће резултирати успостављањем стања пре него што је трансакција спајања спроведена.

51 Чл. 121, ст. 1, тач. 6 Директиве (ЕУ) 2017/1132

52 Чл. 21 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

53 Чл. 4, тач. 4, ст. 3 Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

У сегменту интерних мотива, спајању друштава капитала се приступа из различитих, економски утемељених разлога унапређења пословања. У екстерном домену, спајање друштва нужно изазива веће или мање промене у структури и односима на релевантном тржишту, у чему леже и најозбиљнији ризици ове пословне трансакције. Прекогранично спајање друштава производи директне и индиректне правне последице. У првом концентричном кругу, његови ефекти непосредно утичу на интересе различитих категорија субјеката, а првенствено (мањинских) власника акција или удела, поверилаца и запослених у друштву које је учесник трансакције. У ширем смислу, последице трансакције преносе се у тржишни амбијент потенцијално утичући на нарушавање конкуренцијске равнотеже.

Национална права задржавају могућност прописивања посебних механизма заштите мањинских акционара и власника удела који су се успротивили прекограничном спајању. У домаћем праву, члану друштва који сматра да је трансакција спроведена супротно његовим интересима стоје на располагању механизми за остваривање права на доплату и права на исплату. У првом случају, члан друштва који сматра да је оштећен утврђеном сразмером замене акција или удела има право да у судском поступку захтева од друштва стицаоца доплату износа до тржишне вредности акција, односно удела која се у поступку утврди. Уколико члан друштва није сагласан са одлуком о прекограничном спајању, има право да од њега захтева откуп по цени утврђеној одлуком о спајању.

Заштита права поверилаца код прекограничних спајања реализује се уз коришћење различитих правних инструмената: пружање гаранција за плаћање повериоцима друштва преносиоца, управљање активом друштва преносиоца одвојено од имовине друштва стицаоца све док повериоци друштва које престаје да постоји не буду исплаћени или док им се не пружи одговарајуће обезбеђење, конститутивност услова добијања претходне сагласности поверилаца за реализацију поступка спајања друштава и др.

Посебан значај у поступку прекограничног спајања указује се заштити интереса запослених. Спровођење поступка спајања може бити условљено од стране скупштине сваког од друштава учесника постузањем споразума о модалитетима учествовања запослених у одлучивању у друштву преузимаоцу.⁵⁴

54 Чл. 133 Директиве (ЕУ) 1132/17 и чл. 514ж, ст. 2 и 514л Нацрта Закона

Институт прекограничног спајања не представља новину у домаћем пословном праву, али се у легислативном смислу као уређен модел уводи у склопу Закона о изменама и допунама закона о привредним друштвима, чије се усвајање очекује 2018. године. У функционалном смилу, увођење модела прекограничних спајања не представља битну новину за поступање Комисија за заштиту конкуренције у домену пословних концентрација са елементом иностраности. Треба очекивати да ће опсег институционалне сарадње са Европском комисијом бити проширен у погледу превентивног деловања спрам антиконкуренијског ризика услед спровођења спајања друштава са елементом иностраности.⁵⁵

Увођење института прекограничног спајања домаће право дочекује у условима остареног високог нивоа, са једне стране - регулаторне уређености посупака статусних промена и контроле пословних концентрација и са друге стране - усклађености са правним тековинама Европске уније у домену права привредних друштава и заштите ефективне конкуренције од злоупотребе доминантног положаја на тржишту, сходно чему су испуњени услови не само за легислативно уподобљавање са односним решењима, него и њихову несметану имплементацију и усвајање оперативних стандарда - уз пуно разумевање и уважавање специфичности домаћег правног и пословног амбијента, као нужног предуслова за правично поступање.

55 Вид. чл. 19, 21. и 22. Уредбе (ЕЗ) 139/04 о контроли концентрација

Dr *Sanja* DANKOVIĆ STEPANOVIĆ

PROTECTION OF COMPETITION AT CROSS - BORDER MERGER OF CORPORATIONS

Summary

International business transaction over frontier merger of capital association is realization of status linking with a foreign element in a subject, consequent to what its carries out by linking more law systems.

Over frontier merger produces direct and indirect legal consequences. In the first concentric circle, its effects directly influence to interests of various categories of subjects, minority owners of shares or portions of creditors end employed in an association, which is a participant of transaction. In the second circle, resultant of business concentration is transposed in a broder market ambient. The business transaction cannot be realized if a governmental body competent for competition protection of at least one state, which national attachment an economy association has got, a participant appraises to present a danger to effective market competition.

Topic of this Paper is analysis of anti competition risk which appears to be realized by carrying out over frontier merging association of capital associations, in view of solution, which is expected in a domestic ambient, which adoption of the Law of amendments and additions of Law of economic associations in the year of 2018.

Keywords: *over frontier merging, or merger, price of merging (merger) realization, anti competition risk, notification of merger, conditional concentration.*

ПРИВРЕДА И УПРАВА

Зоран Р. ТОМИЋ*

АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА У УПРАВНО-ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ**

Резиме

Суштина управноправне гране у савремено доба је у директном сусретању и непосредном повезивању општег/јавног и појединачног, логичком правних правила при регулисању конкретних односа. Официјелност, службено-јавни принцип државног делења, и диспозитивност, тј. понашање које зависи од воље странке, у смислу њене дозирање слободе у управно-правним односима, као два антипода у управно-процесном праву - у управном поступку и у оном управно-судском (у управном спору) - испреплетени су и делимично, скоро оптимално уравнотежени. Да би се остварили и јавни и ангажовани појединачни интереси, и правда, и правна сигурност у једном разумном временском раздобљу. Наиме, у савременом управном праву, у његовој правној регулативи система јавних служби снабдевених и знањем и прерогативима власти - нема апсолутне официјелности, а ни диспозитивности. По природи ствари и сврси и току меродавних правних поступака - а саображено положају и функционисању суда, за разлику од мисије и каквоће јавне управе - аутономија воље странака доминира у управном-судском поступку, наспрам деликатне али ипак јасне преваге официјелности у чистој, ортодоксној управној процедури.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

** Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета Универзитета у Београду (2018).

Кључне речи: *Управни однос. - Диспозитивност. - Официјелност. - Јавна управа. - Управни поступак. - Суд. - Странке. - Законитост. - Делотворност.*

І Увођење у тему

1. - Јавноправна природа управног права је опште место у оновременој правној теорији. Јер, не може се порећи постојање државног и вандржавног миљеа: „ширих“ – све до општих, и „ужих“ – све до појединачних интереса и потреба. Тешко је негирати и реалност мањег или већег повремених сударања интереса државне целине и појединих њених припадника (и њихових групација). Како се општи интереси добрим делом исказују као политички, при чему је њихов значај пресудан за одржање, кохерентност и стабилност дате средине (и/или водећих политичких снага у њој) – њихово беспоговорно остварење се подупире и средствима политичке власти, односно државном принудом. Према томе, јавно право црпи своју садржину из сфере јавности, домена начелно доступног и употребљивог свима и за свакога. Јавноправне норме подразумевају неопходна тражења и престације које се тичу одржавања и нормалног одвијања целине друштвеног живота и свих његових учесника, са претежном императивношћу спровођења тих тражења, односно престација. Важност уочавања поља јавности и норми које из њега проистичу (тј. у њему се рађају) – па у том оквиру и норми управног права – јесте у проналажењу и макар приближном утврђивању линије јавног поретка. То је линија ограничења индивидуалног тим општим, које је начелно свима отворено за учествовање, али је управо зато дозирано слободно. Предочена ограничења, да би имала иоле демократску ноту, не смеју ићи искључиво на терет појединачног и групног, већ морају спутавати (правно, пре свега) и саму државу, како не би чинила ништа ван општег добра, како не би прекомерно задирала – ван међа јавног поретка (израженог у принудним правним нормама, моралним начелима, добрим обичајима и сл.) – у заштићену сферу приватности. Стога, сфера јавности није испуњена само неопходним правно уобличеним (и влашћу осигураним) тражењима, усмереним према грађанима и њиховим групацијама – него и државним, правно обезбеђеним престацијама у корист тих приватних субјеката.¹

1 Упореди са Стеван Врачар, "Основи разликовања јавног и приватног права", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 5/82, 776-777, као и целокупну дискусију о односној поларизацији објављену у истом броју часописа.

Јавноправна природа управног права произлази из чињенице да се улога државне управе (и њој уподобљеним јавним телима) своди на одмерено простирање општих/јавних захтева и чинидби на индивидуалне ситуације. Зато је суштина управноправне гране управо то директно сусретање и непосредно повезивање суштине општег/јавног и појединачног, логиком правних правила при регулисању конкретних односа. Тежња је у оплемењивању и целине и њених припадника правдом и једнакоправношћу, складом, редом и сигурношћу. Нарочито у остваривању беспоговорног поштовања личности човека и његових слобода и права у друштвеном животу. Управноправна норма, идеално посматрано, једнако веже и носиоце јавне власти и грађане, укључујући и њихове организације.

2. - С гледишта управне процедуре, јавни интерес је корелативан *официјелности управног поступања*, службеном карактеру управне делатности, доминантној и активној улози надлежног органа у односима с другим правним субјектима приликом обављања управних послова. Уз обиље једностраног чинодејствовања. По правилу, реч је о јавном интересу утврђеном законом, дакле у великој мери објективизираном, с обзиром да произлази из смисла материјалног прописа који се примењује у конкретном случају. Према томе, непосредним извршењем закона (и других прописа) – кроз решавање у управним стварима и код испуњавања других управних задатака (аката и радњи управне каквоће) – остварује се онај облик јавног интереса који је у датом типу ситуације ангаован (на пример, одбрана земље, јавни ред и мир, сигурност људи и имовине, заштита здравља, фискални интереси, пензијска, инвалидска и социјална заштита, поштовање урбанистичких услова у области грађевинарства, евидентирање и обједињавање података о личном статусу грађана, очување човекове животне средине, заштита културних и историјских споменика, и друго). Дакле, *јавни интерес је скуп општих вредности које су важније и надмоћније од појединачних интереса, нису њихов прости збир: Оне надилазе тако сваку појединачну претензију.*

3 - Наспрам свега напред изложеног, тема овога рада тиче се *аутономије воље странака у управном, тачније управно-процесном праву Србије*: диспозитивног - страначког начела, насупротив оном преовлађујућем, официјелном. Истражујем, дакле, обим, садржину и улогу воље странака у процесним односима са органима и организацијама јавне управе: у управном поступку,² али и у управно-судском поступку, пред

2 Закон о општем управном поступку, Службени гласник РС, број 18/16 (даље: ЗУП).

судом у управном спору.³ Све то имајући у виду знатно промењену мисију јавне управе као јавне службе са прерогативима власти, одмереном претњом и силом као последњим средством, оплемењеним знањем и владавином објективног права у коју су дубоко уткана и субјективна људска права.

II Аутономија воље странака у управном поступку

2.1. О управним односима

Управни односи су резултат управне делатности, супстанцијално особеног управног рада. Три су одлучујућа обележја управног односа.

Први је њихова *јавно-службена природа*. У процесном смислу, и заснивање и престанак управних односа су у рукама носилаца јавне (државне) власти, вршилаца управног рада. Управни однос је прожет значајним цртама једностраности, без обзира на степен утицаја воље стране према којој је управни рад усмерен. У управнопроцесном односу доминира службено начело, официјелна максима. Ово без обзира на то да ли је управнопроцесни однос настао искључиво иницијативом носиоца јавне власти (по службеној дужности), или поводом захтева другог учесника (странке), односно са његовим пристанком. Прва радња управног поступка је увек одређена радња надлежног органа/организације јавне управе.

Но, јавно-службени карактер управних односа не значи арбитрарност и самовољу управе. Управни односи су законом утемељени и регулисани, и у процесном и у садржинском погледу. Управнопроцесни однос се преображава у управно-садржински завршетком поступка доношења управног акта, односно предузимањем друге управне активности. Процесни ток, прописани јавни поступак („управни поступак“) омогућава настајање конкретне управноправне садржине.

Друго обележје управних односа је у *унутрашњој непотпуној правној уравнотежености у њему ангажованих интереса*. То су јавни и приватни интерес, уз надмоћ оног првог. Због ширине и значаја интереса које остварује, управи је додељена правно јача позиција, наспрам друге стране управног односа. Значи, управни односи су односи легалне и легитимне неједнакоправности учесника. Но, правни механизми за одржавање те начелне неравноправности у умереним и одмереним границама незаоби-

3 Закон о управним споровима, Службени гласник РС, број 111/09 (даље: ЗУС).

лазан су састојак сваког иоле демократског поретка. У управном односу се, по правилу, укрштају одговарајућа садржинска права и обавезе са примерним процесним овлашћењима и обавезама учесника (нпр. право на саслушање странке у поступку, али и право на правну заштиту од незаконитог и нецелисходног управног рада). Такође, ту је неопходно и уклапање принципа ефикасности управног рада са његовом беспоговорном правилношћу.

Треће обележје управног односа *своди се на његову начелну променљивост, дозирану нестабилност*. Законски се предвиђа његово прилагођавање изменама конкретних прилика и околности, чиме дели судбину „покретљивих“ јавних интереса и потреба дате социјалне средине. Правне могућности нападања, уклањања и мењања донетих управних аката, многоструке су и широке. Случајеви када се правна сигурност, као есенцијална друштвена вредност, повлачи пред накнадним успостављањем нарушене законитости – нису ретки.

2.2. Улога воље странака код управног акта, гарантног акта и управног уговора

1. - Управни акт је ауторитативан и једностран: донет је применом управне власти од надлежног државног органа (или организације), односно од недржавне организације у вршењу јавних овлашћења, као и органа децентрализоване територијалне заједнице у обављању њој пренетих државних послова. Ауторитативност управног акта је израз неравноправности у насталом односу између доносиоца и адресата акта (странке). На основу прописа, доносилац акта стиче јачу вољу, посредством које остварује и штити јавни интерес. Ауторитативност управне позиције је несумњива још на почетку правног процеса који ће резултирати доношењем управног акта: управни поступак се увек покреће неком службеном радњом – радњом надлежног органа. Затим, у целом његовом току, а нарочито у садржини издатог акта: посреди је могућност одређивања, на основу правних прописа, извесног понашања и против воље адресата акта. На крају, ауторитативност је беспоговорна приликом извршења акта, ако је у питању обавеза (принудно извршење акта). Ауторитативност, исказана као субординација воља издаваоца и адресата, оваја управни акт од категорије грађанскоправних послова, којој је, начелно, својствена координација воља, ненаметање.

Али, с друге стране, ауторитативност управног акта не треба мешати са његовом *једностраношћу*. „Једностраност“ значи да је неки

акт дело једне воље (појединца – ако је орган инокосан, а колектива – ако је орган колегијалан), да потиче од једног правног субјекта. Двостран (вишестран) је онај правни акт, односно правни посао који је плод споразума воља два субјекта (или више њих). Грађанскоправни послови су двострани (уговор) или једнострани (издавање хартија од вредности, јавно обећање награде). Управноправни послови, такође, могу да буду једнострани – управни акт, али и двострани – управни уговор.

Управни акти се доносе било по службеној дужности, било по захтеву странке. Мерило раздвајања је у томе ко даје иницијативу за покретање поступка доношења управног акта (што зависи од природе и садржине односа који том приликом треба да буде успостављен, измењен, уташен или утврђен). Управни акт се доноси по службеној дужности органа када то одређује закон или на закону заснован пропис, као и кад надлежни орган утврди (или сазна) да, с обзиром на постојеће чињенично стање, ради заштите јавног интереса треба покренути управни поступак (члан 114. став 1. ЗУП-а). По правилу, посреди је одређивање обавезе или умањење признатог права неком лицу. Али, за доношење појединих група управних аката по службеној дужности обавезан законски услов пуноважности је пристанак странке (при избору или постављењу на одређене јавне функције, или приликом заснивања службеничких односа).

Управни акт се доноси поводом захтева странке када је по закону или по природи ствари захтев странке неопходан за покретање и вођење управног поступка.⁴ Реч је о признавању права неком лицу, или о умањењу раније одређених обавеза. Али ако управни акт буде донет по службеној дужности у оној правној ствари у којој је за покретање и вођење поступка био нужан претходни захтев странке – такав акт се обавезно поништава, осим ако странка на његову садржину у међувремену изрично или прећутно не пристане.⁵

2. - *Гарантни акт* појачава континуитет, доследност рада јавне управе, уједно извеснију позицију странака, односно могућност њиховог дугорочнијег планирања правних трансакција. ЗУП само упућује на гарантни акт и садржи главне одредбе о овом облику управног поступања, а он у појединим управним областима, у складу са законодавном

4 Члан 90. став 5. ЗУП-а.

5 Члан 183. став 1. тачка 4.

политиком, факултативно бива уведен посебним законом.⁶ При томе, *гарантни акт се доноси по захтеву странке, а то је њена вољна процесна радња, којој се не мора удовољити од стране органа*. Значи, гарантним актом орган може условно признати неко будуће прави странци.⁷

3. - Према ЗУП-у Србије,⁸ *управни уговор је двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари*. При томе, садржина управног уговор не сме бити противна јавном интересу, нити правима трећих лица. Због беспоговорног остварења јавног интереса, односно јавноправне каквоће предмета уговарања. И када је латентна, притајена – она остаје. Правна неједнакост, јача или слабија, постоји и пре и после закључења уговора. Једнакоправност се огледа само у чину слободног изјављивања и сагласја воља, искључиво у чину склапања уговора. Дакле, једно је слобода управног уговарања, а друго је правна неједнакост у тако створеном односу! Претходна правна неједнакост произлази из прописима унапред утврђених „општих услова“. Од њих се полази, они се морају поштовати у виду „предсобља“ управног уговора. Разуме се, обе стране свесно улазе у ту трансакцију: свако добија по нешто, при чему јавни интерес доминира. Мераодавни пропис одређује домет и сврху сваке врсте управних уговора: због тога они, споља, личе на уговоре по приступу. А што се тиче неједнакости после закључења уговора, она је знатна. Стога је и створени однос јавноправне природе: то је управноправни однос уговорно заснован.

По уграђеном јавном интересу, по правној неједнакости, по појединачној ситуацији која се уређује на описани начин – управни уговор се приближава управноправном акту. Но, *приликом разликовања управног уговора од управног акта – обухватајући и онај донет уз пристанак странке (што је такође њена диспозитивна радња!) – очигледна је, најпре, начелна једностраност управног акта наспрам двостраности управног*

6 "Гарантни акт је новина у ЗУП-у, али није новина у правном систему Републике Србије. Гарантни акт, под тим или другим називом, постоји у члану 19. Царинског закона (као обавезујуће обавештење Управе царина о сврставању робе у одређену царинску тарифу и о пореклу робе), члану 15. Закона о држављанству Републике Србије, члану 83. Закона о државној припадности и упису пловила и у још неким прописима. Гарантни акт је један од најбољих инструмената за постизање што већег степена правне сигурности и као такав посебно је подобан за подизање нивоа предвидивости пословног окружења" (из Образложења Предлога ЗУП-а).

7 Члан 18.

8 Члан 22.

уговора. Подвлачим: управни уговор је резултанта уговорног механизма и управне дубине. Такви су: уговори о успостављању јавних служби, о јавним радовима, о концесијама, о јавним набавкама, о професионалном обављању војне службе и други.

2. 3. Диспозитивне процесне страначке радње

Диспозитивне страначке радње су оне које искључиво зависе од њене воље, и - као такве - иумају важне процесне последице. Најважније су (о појединим од њих, било је, односно биће и посебно речи): 1) подношење захтева за покретање управног поступка;⁹ 2) тражење доношења гарантног акта;¹⁰ 3) измена постављеног захтева;¹¹ 4) одустанак од постављеног захтева,¹² као и од поднетог управног лека;¹³ 5) склапање поравнања,¹⁴ б) закључивање управних уговора (о чему је било говора);¹⁵ 7) коришћење права на изјашњавање¹⁶ у вези са правом да разгледа списе и да буде обавештена о току поступка;¹⁷ 8) учествовање на усменој расправи, а нарочито подношење доказа код утврђивања чињеничног стања, ради долажења до истине;¹⁸ 9) улагање правних лекова на донете одлуке¹⁹ (такође, на решење о извршењу донете одлуке!),²⁰ али и одрицање (унапред) од њиховог коришћења;²¹ 10) захтевање понављања поступка,²² као и захтевање поништавања коначног незаконитог решења²³ и тражење укидања законитог решења;²⁴ 11) тражење одлагања извршења,²⁵ његовог

9 В. члан 90. ЗУП-а.

10 В. члан 19. став 1. ЗУП-а.

11 В. члан 97.

12 В. члан 98.

13 Члан 157.

14 Члан 99. ЗУП-а.

15 Чл. 22-26.

16 Члан 11.

17 Чл. 64-65. ЗУП-а.

18 Чл. 109-115.

19 Члан 13. и у вези са чл. 147-174.

20 Члан 202.

21 Члан 156.

22 Чл. 176-182.

23 Члан 183.

24 Члан 184.

25 Члан 202.

обустављања,²⁶ затим тражење противизвршења,²⁷ накнаде штете,²⁸ као и извршења ради обезбеђења.²⁹

2. 4. Право странке на изјашњавање и обавештавање о току поступка³⁰

Странци се пре доношења решења мора пружити могућност да се изјасни о чињеницама и околностима које су важне за доношење решења. То право странке обухвата поступак који претходи доношењу првостепеног решења, другостепени поступак и поступак понављања. Начело о праву странке на изјашњавање³¹ указује на њен активан положај у поступку, као субјекта који ужива одређена процесна права.

Начело о којем је реч разрађено је у многим одредбама ЗУП-а. Нарочит значај имају одредбе о испитном поступку.³² Испитни поступак се спроводи када је то потребно ради утврђивања чињеница и околности које су од значаја за разјашњење ствари, или ради давања странкама могућности да остваре и заштите своја права и правне интересе. Странка има право да учествује у испитном поступку, да даје потребне податке и да брани своја права и законом заштићене интересе. Она је овлашћена да износи чињенице које могу бити од утицаја на решење ствари и да побија тачност туђих навода који се не слажу са њеним наводима. Такође, странка може све до доношења решења да допуњује и објашњава своја тврђења, а ако то чини после одржане усмене расправе – дужна је да оправда због чега је пропустила да то уради на расправи.

С друге стране, службено лице које води поступак дужно је да странци пружи могућност: (1) да се изјасни о свим чињеницама и околностима које су изнете у испитном поступку, као и о предлозима и понуђеним доказима; (2) да учествује у извођењу доказа; (3) да поставља питања другим странкама, сведоцима и вештацима; (4) да побија тврдње других учесника поступка.

26 Члан 203.

27 Члан 204.

28 Члан 205.

29 Члан 206.

30 В. З. Р. Томић, *Коментар Зкона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 2017, стр. 131-135 и 331-334.

31 Члан 11. ЗУП-а.

32 Члан 106.

Надлежни орган неће донети решење пре него што странци пружу могућност да се изјасни о чињеницама и околностима на којима оно треба да се заснива, а у погледу којих јој до тада није била дата таква прилика.

Начело изјашњавања странке се, по свој ширини, разликује од изјаве странке.³³ Изјава странке је доказно средство (извор, тј. носилац доказа), чија је сврха утврђивање појединих правно релевантних чињеница у поступку. Изјашњавање странке има пак ранг законског начела и, као такво, далеко шири значај у поступку решавања управне ствари.

2. 5. Правни лекови

Правна лекови су средства заштите од незаконитих и нецелисходних управних активности. Она су разуђена како по предмету побијања, тако и по расположивим управно-правним путевима.³⁴ *Правна лекови/средства* против управних активности су жалба и приговор. Они стоје на располагању како странци, тако и овлашћеним државним органима, у складу са њиховим делокругом и надлежношћу. Изјављивање жалбе - што обухвата и жалбу на одлуку по уложеном приговору - предуслов је за следствено вођење управног спора пред надлежним судом.

1. - *Приговор* је новоуведено правно средство у ЗУП-у. Он се може изјавити против *управног уговора* - због неиспуњања уговорне обавезе органа, против *управне радње, приговор на начин поступања органа управе и организација које пружају јавне услуге, као и када орган не предузима управне активности* које је по закону дужан да предузме. Укратко, предмет приговора су активности и поступања у управној ствари која немају карактер управног акта, нити су повезани са доношењем управног акта - на шта иначе не може да се изјави жалба - а подносилац приговора сматра да су му тиме повређена права или правни интереси.

Приговор је *недеволутивни/ремонтративни правни лек* који се изјављује старешини, тј. руководиоцу истог органа управе, односно организацији на чије се поступање односи. Старешина органа одбацује приговор који није благовремен или дозвољен, који је изјавило неовлашћено лице и који није уређен у року који је одредио - одбија приговор ако није основан, или пак усваја приговор ако је основан. У поступку одлучивања по уредном приговору, надлежни старешина најпре утврђује правно

33 Члан 134.

34 Чл. 147-174, у вези са начелом о праву на правну заштиту члана 13. ЗУП-а.

релеватно чињенично стање, оно које је у вези с приговором. Старешина органа управе, односно организације одлучује о приговору решењем у року од 30 дана од дана пријема приговора. Овим решењем - ако се приговор усваја - може се: 1) наложити обустављање спровођења управне радње и отклањање њених последица; 2) наложити обављање управне радње или друге управне активности на коју странка има право - дакле, не и њено непосредно предузимање од старешине који је одлучивао по приговору; 3) наложити предузимање мера утврђених законом ради отклањања недостатака у поступању организације која пружа јавне услуге; 4) наложити извршење управног уговора; 5) одлучивати о захтеву за накнаду штете због неиспуњења управног уговора.

Против решења о приговору може се изјавити жалба ако га је издао орган против чијих је решења, у складу са законом којим се уређује организација државне управе, дозвољена жалба. *А против решења о приговору другостепеног органа и против решења о приговору донетог по жалби на првостепено решење, може се покренути управни спор.* Произлази да - у поређењу са решењем - остале управне активности имају не ретко једну "унутрашњу" управну степену правне заштите више, претходећу управном спору: и приговор, и жалбу.

2. - *Жалба* је редовно деволутивно правно средство против првостепених решења (укључујући и решење о извршењу), као и против првостепеног ћутања које се по посебним прописима не сматра усвајањем захтева странке. Поводом жалбе спроводи се другостепени управни поступак пред надлежним органом. Искључење права на жалбу може се прописати једино законом.³⁵ ЗУП одређује искључење права на жалбу против решења Владе Републике Србије.³⁶ С друге стране, против закључка се не може непосредно изјавити посебна жалба, ни непосредно покренути управни спор.

Новоуведено је и *право на одрицање од жалбе*, као диспозитивна страначка радња. Странка може да се одрекне права на жалбу од када је обавештена о решењу, па до истека рока за жалбу. Одрицање од права на жалбу не може да се опозове. Решење постаје *коначно и правноснажно* једино ако се све странке, као и лице коме је одбијен захтев за признавање својства странке у првостепеном поступку одрекну права на жалбу.³⁷

35 Члан 1515. став 1.

36 Став 2. истога прописа.

37 Члан 156. ЗУП-а.

У Европској конвенцији за заштити људских права и основних слобода (Рим, 1950. година, са додатним протоколима), предвиђено је право на делотворни правни лек.³⁸ "Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира да ли су повреду извршила лица у службеном својству".³⁹ Према Уставу Србије, "свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу".⁴⁰

III Аутономија воље странака у управном спору

3. 1. Водеће начело управног спора/управно-судског поступка - диспозиција странака

Начело диспозиције странака је уткано у цео ток управно-судског поступка: по тужби, као и по правним средствима. Суд, по правилу, не делује *ex offio*, већ у складу са правцем и обимом изражене воље странака, особито тужиоца. У првом реду, управно-судски поступак започиње самим подношењем тужбе, дакле једном процесном радњом странке.⁴¹ Дакако, при томе се морају поштовати елементарне процесне претпоставке за вођење спора.⁴² Тако, процесну зрелост за судску контролу управе, путем управног спора, стиче тек *коначан* управни акт: „Управни спор може се покренути против управног акта који је донет у другом степену.“⁴³ „Управни спор може се покренути и против првостепеног управног акта против кога није дозвољена жалба у управном поступку.“⁴⁴ Али, управни спор се не може покренути ако је у неком случају жалба остала неискоришћена. *Истеком рока за жалбу/управни лек првостепено решење у исти мах стиче и коначност и правноснажност* (као и извршност). Жалбена, управна контрола, осим ако је жалба/приговор унапред искључен(а), нужна је процесна претпоставка за отпочињање судске контроле, по тужби у управном спору. С гледишта правне заштите у управним стварима, управно-судски поступак, видимо, следи другостепени управни поступак.

38 Члан 13.

39 *Инструменти Савета Европе, људска права*, Београд, 2000, 21.

40 Члан 36. став 2. Устава.

41 Члан 17. ЗУС-а.

42 В. чл. 25-26. ЗУС-а.

43 Члан 14. став 1.

44 Став 2. истога члана.

Укратко, *непосредно покретање управног спора, пре исцрпљивања жалбеног пута, процесно је забрањено*. У том смислу, може се говорити о начелу *суksesивности управне жалбе и управно-судске тужбе*. Али, и *изјављивање жалбе и подношење тужбе по законском следу зависе од воље овлашћеног лица*. То је аустријско-немачки рецепт, широко прихваћен на европском континенту, али и у америчком праву – насупротив владајућим солуцијама француског, а делом и енглеског управног права. Процесна последица директног обраћања суду, побијањем тужбом првостепеног управног решења пре коришћења управне жалбе, односно после њеног пропуштања – *јесте одбацивање тужбе, без испитивања њених навода*.⁴⁵

Исто тако, током поступка поједине процесне радње странака могу изазвати *немериторно завршавање спора, обустављање управно-судског поступка*. У питању је његово окончање без доношења пресуде. Тако је код: (а) одустанка тужиоца од тужбе;⁴⁶ (б) поништења управног акта у претходном поступку;⁴⁷ (в) удовољавања тужбеном захтеву од туженог,⁴⁸ о чему се, на позив суда, изјашњава и тужилац. Такође, приликом судског одлучивања *респектују се границе захтева тужбе*.⁴⁹

Диспозитивност странака има своје *процесне међе*. Тако, странке могу саме понудити доказе у управно-судском поступку – у тужби, одговору на тужбу, као и на самој расправи – али „суд на расправи одлучује који ће се докази извести ради утврђивања чињеничног стања“.⁵⁰ Затим, *управно-судски поступак се увек завршава актом суда*: чисто процесно-правним,⁵¹ или пак мериторном одлуком (судска пресуда). *Mutatis mutandis* вреди и код поднетих правних средстава.

3. 2. Тужба и одустанак од тужбе

1. - Управни спор се покреће по захтеву овлашћеног субјекта, *тужбом*⁵² (члан 17), према начелу диспозиције. Подношење тужбе је прва радња управно-судског поступка у којем тај спор треба да буде расправљен.

45 Члан 26. став 1. тачка 6. ЗУС-а.

46 Члан 32.

47 Члан 28. став 2.

48 Члан 29.

49 Члан 41. став 2.

50 Члан 39. став 2.

51 Судско решење о одбацивању тужбе – в. чл. 25–26, односно решење о обустављању поступка – члан 28. став 2, чл. 29. и 32.

52 Члан 17. ЗУС-а.

Формално-правно, тужба је прописно састављени поднесак, благовремено упућен суду од стране активно легитимисаног лица, ради покретања механизма остваривања правне заштите у одређеној управној ствари. *Материјално-правно*, тужба се своди на тужбени захтев за рашчишћавањем настале спорне ситуације, *путем поништавања* једног коначног управног акта за који се у тужби тврди да је незаконит. Код тужбе због ћутања управе тужбени захтев је *остваривање процесног права странке на решавање* управне ствари, за које тужилац сматра да му је неосновано ускраћено. Такође, тужбом може да се тражи и *повраћај одузетих ствари, као и накнада штете* која је тужиоцу нанесена извршењем акта који се оспорава.⁵³ *Када се тужбом побija законитост акта*, она није усмерена против издаваоца, *in personam*, већ против самог акта непосредно - *in rem*.

Насупрот, *код тужбе на ћутање* захтев је уперен *in personam*, према органу од кога се тражи издавање акта. Код тужбе због ћутања управе тужбени захтев је *остваривање процесног права странке на решавање* управне ствари, за које тужилац сматра да му је неосновано ускраћено.⁵⁴

Страначко начело управно-судског поступка у коме се расправља управни спор значи да се тај поступак се не покреће по службеној дужности већ само тужбом. Такође, регулисано је⁵⁵ ко и под којим условима има право покретања управног спора. Сваки од тих субјеката овлашћених на покретање управног спора може спор покренути само тужбом. Према томе, и када управни спор покреће овлашћени државни орган (јавни тужилац, јавни правобранилац), он ни тада није покренут по службеној дужности. Наиме, *и ти овлашћени државни органи могу управни спор покренути само подношењем тужбе суду, као и свака друга странка* овлашћена на покретање управног спора (физичко лице, правно лице, државни орган, организација, насеље, група лица итд).

У формално-правном смислу, управно-судска тужба је поднесак којим се покреће управни спор и као таква мора да испуњава одређене услове у погледу форме.⁵⁶ У материјално-правном смислу, под тужбом се подразумева захтев тужиоца о коме суд треба да реши мериторно. Захтев тужбе је да се поништи управни акт, у целини или делимично. Када се

53 Члан 16.

54 Упореди са В. Иванчевић, М. Ивчић, А. Лалић, *Закон о управним споровима са коментаром и судском праксом*, Загреб, 1958, стр. 131–132.

55 Члан 11.

56 Чл. 20-22.

управни спор води због недоношења управног акта,⁵⁷ захтев тужбе је да суд наложи туженом органу доношење изосталог (у)правног акта. Поред тога, захтев тужбе се може односити и на повраћај ствари, односно на накнаду штете причињене извршењем оспореног управног акта.⁵⁸ Тужбени захтев се може састојати и у утврђењу незаконитости акта без правних дејстава, или само у утврђењу да је тужени поновио свој ранији акт који је већ поништен пред судом.⁵⁹

Најзад, тужбом се може тражити и да суд реши управни спор у пуној јурисдикцији, тј. да реши саму управну ствар. Али, и без формалног захтева тужбе у том смислу, суд може решити управни спор у пуној јурисдикцији ако нађе да природа ствари то дозвољава и да подаци поступка пружају поуздан основ за доношење такве одлуке⁶⁰ (осим ако је управни спор у појединим материјама законом искључен, или је у питању управна ствар која подразумева дискреционо одлучивање – в. члан 43. ст. 2–3).

2. – Доследно страначком/диспозитивном начелу да се управни спор покреће тужбом странке, утврђује се и њено *право да одустане од тужбе у сваком стадијуму поступка*, све до доношења одлуке суда по тужби.⁶¹ На тај начин не само покретање већ и вођење и даљи ток управног спора зависе искључиво од тужиоца. Ако он одустане од тужбе, поступак се обуставља.

Право да одустане од тужбе тужилац може да користи само док суд не донесе одлуку по тужби. ЗУС не садржи одредбе о томе да ли се једном дата изјава о одустанку од тужбе може повући и тужба поново поднети против истог управног акта, па би, сагласно члану 74. ЗУС-а, дошла у обзир сходна примена одговарајућих одредаба парничног поступка. Природи управног спора одговара, сматрам, да се *одустанак од тужбе схвати увек као одустанак од тужбеног захтева* – тачније као одрицање од тужбеног захтева. То би, сходно одредби члана 337. ЗПП-а, значило да се против истог управног акта тужба више не може поднети.⁶²

57 Члан 19.

58 Члан 16. ЗУС-а.

59 Члан 24. став 2.

60 Осим ако је управни спор у појединим материјама законом искључен, или је у питању управна ствар која подразумева дискреционо одлучивање – в. члан 43. ст. 2–3.

61 Члан 32.

62 У члану 337. ЗПП-а (Пресуда на основу одрицања) стоји: „Ако се тужилац до закључења главне расправе одрекне тужбеног захтева, суд ће без даљег расправљања донети пресуду којом одбија тужбени захтев (пресуда на основу одрицања).

3. 3. Удовољавање тужбеном захтеву од стране туженог

1. - Мењање и поништавање решења у вези са управним спором⁶³ је институт општег управног поступка до чије примене долази у току поступка решавања управног спора.⁶⁴ Чланом 29. ЗУС-а одређује се шта је у таквом случају – *кад орган у току судског поступка донесе ново решење у смислу члана 175. ЗУП-а или пак накнадно решење у случају из члана 19. ЗУС-а (код ћутања управе)* – дужан да учини суд и какве су могућности тужиоца.

Понашање тужиоца у погледу давања одговора на питање да ли је задовољан новим, односно накнадним актом (тј. прекидањем „ћутања“) може да буде *тројако*: а) да изјави да *није задовољан* новим (накнадним) управним актом – тада суд наставља поступак, с преиначеном тужбом и промењеним предметом спора; б) да изјави да *је задовољан* новим (накнадним) управним актом – тада суд својим решењем обуставља управно-судски поступак; ц) да у остављеном року за изјашњавање *’ћути’* – суд и тада својим решењем обуставља поступак (исти став).

2. - Начелно, у управним споровима је допуштена и *медијација, тј. посредовање* као начин њиховог решавања. У питању је сходна примена парничних прописа,⁶⁵ уз ослонац на меродавни матични *Закон о посредовању у решавању спорова*.⁶⁶

3. 4. Одговор на тужбу

Подношењем тужбе суду управни спор је само покренут. *Ако не дође до окончавања управног спора због одсуства елементарних процесних претпоставки да њсе он даље води,*⁶⁷ суд доставља по један препис тужбе са прилозима на одговор туженом органу и заинтересованим лицима, ако их има.

За одрицање од тужбеног захтева није потребан пристанак туженог.

Суд неће донети пресуду на основу одрицања и кад су испуњени потребни услови ако нађе да је реч о захтеву којим странке не могу располагати (члан 3. став 3).

Доношење пресуде на основу одрицања одложиће се ако је потребно да се о околностима из става 3. овог члана претходно прибаве обавештења.

Одрицање од тужбеног захтева, на рочишту или у писменом поднеску, тужилац може и без пристанка туженог опозвати до доношења пресуде.“

63 Члан 175. ЗУП-а.

64 Члан 29. ЗУС-а.

65 Члан 74. ЗУС-а.

66 *Службени гласник РС*, број 55/2014, чл. 3 ст. 2.

67 В. чл. 25, 26, 28. и 29. ЗУС-а.

Тиме, у ствари, почиње редован, главни поступак за решавање управног спора. Давањем одговора на тужбу у коме се побијају наводи тужбе и износи аргументација у прилог оспореном управном акту, како од стране туженог органа тако и од стране заинтересованих лица, омогућује се суду боље и потпуније сагледавање разлога обе стране у спору и пре или уочи одржавања расправе. То је од посебног значаја и за заинтересовано лице, јер оно тек у том одговору на тужбу има могућност да, први пут, суду укаже на своје аргументе и да брани оспорени управни акт.

Одговор на тужбу је право туженог органа и заинтересованог лица. Они, дакле, могу на тужбу одговорити и побијати тужбене наводе и захтев тужбе, али нису на то обавезни. И ако такав одговор изостане, суд ће спор решити. У неким случајевима може бити од значаја за разјашњење стања ствари да се о појединим наводима тужбе тужени орган или заинтересовано лице изјасни и пре расправе, па сматрам да суд може приликом достављања тужбе на одговор на то и посебно да укаже. Одговор се даје у року који суд одређује и који не може бити дужи од 30 дана.

3. 5. Улога воље странака на усменој расправи

У управном спору, усмена расправа пред Управним судом је правило, у складу са начелом права на правично управно суђење.⁶⁸ Циљ је да се непосредно, од стране суда, утврде правно респектабилне чињенице од значаја за законито пресуђење, и то у разумном року. Суштина те деонице поступка је да се - након речи судије известиоца - изведу докази и да се странке непосредно сучеле, дајући сопствене изјаве о предмету спора,⁶⁹

3. 6. Правни лекови - ванредна правна средства

Судска контрола судских одлука – пресуда, односно судских решења - остварује се судским правним средствима/лековима.⁷⁰ Полазећи од положаја и надлежности Управног суда и ВКС-а, ЗУС *уопште не предвиђа жалбу у рангу редовног судског правног лека*. Нормирана су једино ванредна правна средства, и то само два: захтев за преиспитивање судске одлуке (даље: „захтев“)⁷¹ и *понављање поступка* (даље: „понавља-

68 Члан 2. ЗУС-а.

69 В. члан 39. ЗУС-а.

70 В. на једном општем плану, код Зоран Р. Томић, „Право на правни лек против државно-управне самовоље“, *Правни живот*, бр. 9/1995, 693–705.

71 Чл. 49-55.

ње“).⁷²Захтев је у рукама странке и јавног тужиоца,⁷³ под процесним законским препоставкама.⁷⁴ А до понављања долази искључиво по тужби странке (тужиоца, туженог и заинтересованог лица).

3. 7. Извршење судских одлука

Диспозитивна максима, односно аутономија воље странака код (не)извршења пресуда зависи од исхода спора. Наиме, два су класична, законски предвиђена вида непоштовања правноснажне (и извршне) управно-судске пресуде. Први - тзв. *активни*, када тужени у извршењу пресуде донес нови правни акт, (опет) противно њој.⁷⁵ Други, тзв. *пасивни* - када орган, поновљено и упорно, ћути у извршењу пресуде,⁷⁶ "продужено" не доноси никакав акт/не предузима другу одговарајућу управну активност, иако је то дужан да учини, и по закону, и по пресуди која за њега обвезна.⁷⁷ После тога, у првом случају, тужилац је властан - али и дужан ако жели да ствар "истер" до краја - да поднесе нову тужбу; у другом - да се сукцесивно обрати (одговарајућим, "посебним" поднеском, вели ЗУС), прво туженом органу, а у "наставку" (ако претходни његов чин не доведе до резултата) - и суду.

IV Закључак

1.- Официјелност, службено-јавни принцип државног делања, и диспозитивност, тј. понашање које зависи од воље странке, у смислу њене одмерене слободе у управно-правним односима су *prima facie* два антипода у управно-процесном праву: у управном поступку и у оном управно-судском (у управном спору). Испреплетени су, а оптимално је да буду делимично уравнотежени. Да би се остварили и јавни и ангажовани појединачни интереси, и правда, и правна сигурност у једном разумном временском раздобљу. Наиме, у савременом управном праву, у његовој правној регулативи система јавних служби снабдевених и знањем и прерогативима власти - нема апсолутне официјелности, а ни диспозитивно-сти.

72 Чл. 56-65. ЗУС-а.

73 Члан 49. став 1.

74 В. ст. 2-3. истога прописа.

75 В. члан 70. ЗУС-а.

76 В. члан 71. ЗУС-а.

77 Члан 7. ЗУС-а.

2. - *Преображаји управног права у европским размерама одвијају се у три смера: 1) у појачању заштите субјективних позиција грађана и правних лица, респектовању и њихових процесних и супстанцијалних права и обавеза; 2) према скраћивању, деформализовању, појевтињењу и поједностављењу управних и управно-судских процедура; 3) ка непрестаном расту делотворности постизања легитимних јавних циљева у свакој друштвеној заједници. Све ово вреди и за управно право Србије *de lege lata*, а још више, *de lege ferenda*. Дакако, по, природи ствари и сврси и току меродавних правних поступака - а саображено положају и функционисању суда, за разлику од мисије и каквоће јавне управе - аутомија воље странака доминира у управном-судском поступку, наспрам деликатне преваге официлности у чистој, ортодоксној управној процедури.*

Zoran R. TOMIĆ, PhD

Full Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

WILL AUTONOMY IN ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW OF SERBIA

Summary

Direct meeting and direct connection of general/public and individual/private interests represent the essence of administrative law in modern times, following the logic of legal rules in regulation of concrete relations. Official initiation of proceeding as a principle of state activity and will autonomy in the meaning of behaviour that depends on the will of the party and its measured freedom in administrative law relations are intertwined and almost optimal balanced in administrative procedure as well as in administrative dispute. In order to realize both public and related individual interests as well as the justice and legal certainty in reasonable time. Namely, in modern administrative law i.e. in the legal regulation of the system of public services that are in the same time competent and holders of power - there is no absolute ex officio institution of procedure or autonomy of the will of the parties. By nature of things as well as the purpose and the flow of applicable legal proceedings will autonomy of the parties dominates in the administrative dispute while official initiation takes the lead in orthodoxy administrative procedure.

Keywords: *Administrative relation. – Will Autonomy. – Official Initiation of Proceeding. - Public administration. - Administrative procedure. - Court. - Parties. - Legality. - Efficacy.*

Проф. др *Добросав* МИЛОВАНОВИЋ

ПРАВНА СИГУРНОСТ У КОНТЕКСТУ НОВОГ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ¹

Уводна разматрања

Привлачењем или одржавањем постојећих инвестиција доприноси се отварању нових или очувању постојећих радних места, повећању бруто националног производа, повећању извозног потенцијала заснованом на савременим технологијама, повећавају се услови за социјално благостање и смањење тензија друштвених односа.

Постоји више фактора који су од значаја за избор државе на чијој територији ће улагач инвестирати своја средства. Поред профитабилности „пројекта“, расположивости и цене квалификованих радника, квалитета потребне инфраструктуре, стабилности домаће валуте и цена на тржишту, повољне пореске политике, политичке стабилности и других економских, политичких и културолошких елемената, енорман значај има и правни аспект, који се у својој укупности може изразити термином „регулаторна арбитража“. Овај појам подразумева да се под, у начелу, истоветним или приближним економским, политичким, социјалним и другим факторима, улагачи опредељују на основу поређења квалитета правних система земаља између којих доносе одлуку да инвестирају.² Унапређење правног оквира не подразумева искључиво економско зако-

1 Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

2 Предност имају прописи који су јасни, усклађени, релативно стабилни, који подразумевају ниже трошкове пословања, не стварају простор за корупцију и сл. С друге стране, улагаче привлачи окружење у коме јавна управа и судови доследно и равноправно спроводе прописе, без бирократског приступа, ефикасно, делотворно и економично. Детаљније, Д. Миловановић и В. Цуцић, „Унапређење пословног окружења у Србији у светлу нових решења Нацрта закона о општем управном поступку“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. проф. др Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, стр. 446-447

нодавство, које уређује статусна питања, начин и услове пословања привредних друштава и сл. Наиме, ту спадају и прописи управног права којима се обезбеђује регулација пословања са аспекта јавног интереса, као што су закони којима се уређују порески третман пословања, стандарди заштите животне средине, закони о инспекцијском надзору, као и процесни прописи којима се прописује начин поступања управе у погледу управних ствари.³

При томе, правна сигурност представља један од кључних фактора, нарочито за „озбиљне“ улагаче који желе да средства пласирају на дужи рок. Правну сигурност на овом плану обухвата више елемената. Најпре, успостављање и доследну примену начела законитости и предвидивости.⁴ Затим, стабилност прописа у релевантним областима (економско, пореско, радно, еколошко и други релевантни материјални и процесни закони и повезани подзаконски прописи). То подразумева да се прописи не мењају често или да, ако се то чини, то буде оправдано и да се обезбеђује примерен степен заштите „стечених права“ улагача. Такође, то захтева непостојање ретроактивног дејства закона или изузетно повратно дејство појединих одредаба уз уверљиво образложење.

Са принципом правне сигурности, тесно је повезан принцип одговорности, како у погледу израде прописа, тако и у вези са њиховим доследним и равноправним спровођењем. У вези са тим, приликом израде прописа неопходно је припремити квалитетну *ex ante* анализу, која ће јасно одговорити на следећа питања; који су разлози због којих је неопходно уопште донети нови или променити важећи пропис, у чему се састоје позитивни и негативни ефекти које ће пропис највероватније произвести по јавни интерес и по релевантне друштвене групе (нпр. велика, мала и средња предузећа, предузетнике и сл), којом аргументацијом се убедљиво доказује да ће значај и квантитет позитивних ефеката у знатној мери преовладати, на који начин се обезбеђује неутралисање или ублажавање негативних ефеката уопште или по поједине групе, шта садржи „акциони план“ у смислу претпоставки за успешно спровођење закона или другог прописа, као и на основу којих се показатеља може

3 Ibid, стр. 447.

4 О принципу предвидивости као делу Европског управног простора, OECD (1999), “*European Principles for Public Administration*”, SIGMA Papers, No. 27, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60zwdr7h-en>, pp. 8-9, доступно на <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kml60zwdr7h.pdf?expires=1443449021&id=id&accname=guest&checksum=BCBD7135DEAFCC174206C522EA984734>, приступљено 16. априла 2018. године.

мерити успешност новог или измењеног и допуњеног прописа, што је такође и претпоставка за квалитетно праћење стања у датој области и основа за предлагање мера за унапређење датог стања.⁵ У вези са тим, када је рађена анализа ефеката Закона о општем управном поступку (у даљем тексту ЗУП), имала се у виду вишеструка сврха: а) пружање доприноса потпуном разумевању реалног стања, потреба, могућности и специфичности, што је представљало основу за избор модела поступка и давало снажну аргументацију за дијалог са представницима СИГМА-е, у погледу (не)прихватања појединих предлога, б) утврђивање могућих опција и аргументације за сваку од њих ради доношења информисане одлуке у погледу потребе и начина увођења, као и модела појединих института, процесних односа или радњи, в) допринос делотворнијој, ефикаснијој и економичнијој примени закона, јер се овлашћеним службеним лицима у управном поступку, судијама Управног суда, као и странкама и другим учесницима у поступку, омогућава дубинско разумевање смисла релевантних института и одредби и разлога за њихово усвајање, уместо релативно честих образложења закона која се свode на препричавање норми, и г) давање смерница за праћење стања у вези са степеном примене, могућим проблемима и узроцима проблема, како би се могле предложити међусобно усклађене мере у правцу унапређења ЗУП-а и претпоставки за његову успешну примену.

У погледу законитог, делотворног, ефикасног и економичног спровођења прописа, одговорност се манифестује кроз утврђивање различитих облика кривичне, прекршајне, материјалне или дисциплинске одговорности.⁶ Нови ЗУП настоји да обезбеди повећани степен индивидуализације одговорности и да пружи у већој мери објективизирани критеријуме за оцењивање службеника који воде управни поступак и решавају у управним стварима. Примери за то налазе се у одредбама у којима се (за разлику од Закона о државној управи) претпоставка за вођење поступка и решавање ставља у корист овлашћених службених лица, а не

5 Посебан аспект одговорности подразумева да се тзв. лобирање одвија на законит и легитиман начин. У вези са Националном стратегијом за борбу против корупције и препорукама за унапређење законодавног процеса у Републици Србији управо је у току израда Закона о лобирању. О препорукама детаљније видети Д. Миловановић, Н. Ненадић и В. Тодорић, „Студија о унапређењу законодавног процеса у Републици Србији“, ГИЗ Пројекат за правну реформу Србије, 267 страница, Београд, Гласник, 2012

6 Са аспекта функционера (нпр. министра) постоји и политичка одговорност, нпр. за неспровођење политике у одређеној области или за генерално неспровођење одређеног закона.

руководиоца органа. Такође, на истој линији је обавеза објављивања имена доносиоца одлука у поступку на веб страници органа и у оквиру саме одлуке. У циљу „стимулисања“ првостепеног органа да чешће примењује средства самоконтроле поводом жалбе која му је предата, уместо да је само прослеђује другостепеном органу, уведена је његова обавеза да сачини одговор на све наводе у жалби и сл.

Имајући у виду да је странкама, нпр. привредним друштвима, поред чињенице да ли ће им бити признато неко право и у ком обиму, веома значајно и у ком временском периоду ће то бити учињено, Србија је усвојила и закон којим се уређује „суђење у разумном року“, што са аспекта управних ствари подразумева не само управни спор него и управни поступак (у једном или два степена). Друго је питање органа који је дужан да исплати накнаду због одлучивања које је превазишло разумни рок. Због индивидуализације одговорности, а тиме и обезбеђења праведности кажњавања, као и мотивације сваког органа да предузима активности за које је надлежан у неопходном року, требало би превазићи тумачење по коме би управни суд требало да сноси накнаду штете само због тога што се предмет у датом тренутку код њега затекао, а независно од тога колико је трајало поступање (једног или више) органа управе, односно управног суда.

У вези са тим, у оквиру Копаоничке школе природног права, секције за управно-правну заштиту слободе, закључено је да је потребно предложити хитну измену Закона о заштити права на суђење у разумном року, јер Управни суд не треба да плаћа енормне накнаде за утврђену повреду која је настала и због дужине трајања поступка код органа управе, имајући у виду да је до повреде дошло у поступцима пред различитим органима власти. Такође, закључено је да би средства која би се у будућности плаћала за утврђену повреду права на суђење у разумном року, требало преусмерити на избор нових судија и судијских помоћника.

Нови или измењени процесни институти

Поред сврхе која је јасно видљива из самог назива начела делотворности и ефикасности, оно је од почетка своје примене, као и непосредне примене одредаба члана 103 које га разрађују - 8.6.2016. године и кроз искључивање одредаба посебних закона по питању обавезе странака да достављају податке, односно документе о подацима о којима се води службена евиденција, покренуло праву „револуцију“ по више основа. Најпре, покренуте су бројне активности како би се превазишли проблеми у вези са непотпуношћу и неажурношћу низа службених евиденција, недовољном

информационо-комуникационом опремом или умреженошћу органа и/или непотпуним знањима и вештинама службеника. С друге стране, са аспекта овог рада, поред заштите странака од неоснованог тражења бројних докумената и повећања ефикасности рада органа, доћи ће и до повећања правне сигурности. Наиме, у пракси су постојали случајеви да одређена (правна) лица не могу да остваре своја права или не могу да их остваре у законом предвиђеном обиму због неажурних или непотпуних података који се о њима воде у службеним евиденцијама. Исто важи и за обавезе. С друге стране, постојали су противречни подаци који су вођени о истим чињеницама у различитим органима, што је уносило правну несигурност. Сада ће се и на том плану стање побољшати јер „може бити само један“ надлежан орган за вођење података у службеној евиденцији о одређеној чињеници, док ће остали органи добијати овај податак кроз систем размене података, односно, у вишој фази развоја кроз податак или „пакет“ података који ће им бити доступни у оквиру интернет услуге за решавање конкретне управне ствари. Посебно питање је и што би овај процес требало искористити за својеврсну дерегулацију, односно уклањање из прописа обавезе прикупљања података за решавање управне ствари који за њу нису релевантни. Са аспекта заштите података о личности, требало би такође преиспитати и садржај службених евиденција и уклонити оне податке који нису неопходни, али и увести нове податке у складу са потребама савременог доба.

У ЗУП-у је дошло до знатног проширења појма управне ствари – уместо ограничавања претходног ЗУП-а на решавање управних ствари (управни акт) и издавање уверења (као једне врсте управних радњи), додати су гарантни акт, управни уговори, пружање јавних услуга и преостале управне радње. Мотиви су били разноврсни – од омогућавања шире лепезе инструмената за задовољавање јавног интереса, од којих поједини подразумевају мањи степен ауторитативности, преко повећања правне сигурности (нпр. код гарантног акта), до пружања делотворне процесноправне заштите права и правних интереса странака увођењем новог редовног правног средства ремонстративног карактера (приговор) у вези са појединим управним радњама, неиспуњењем обавеза јавноправне стране у управном уговору или неквалитетног извршавања обавеза при пружању јавних услуга. При томе, обезбеђено је да проширење појма управне ствари у управном поступку не буде у нескладу са појмом управне ствари који је дефинисан важећим Законом о управним споровима, тиме што и у вези са новим активностима са аспекта контроле законитости пред Управни суд долазе искључиво управни акти (а не управне радње, управни уговори или пружање јавних услуга),

иако ће несумњиво доћи до квалитативних промена и квантитативног повећања у погледу овог вида судске контроле.

Са аспекта привредних субјеката, посебан значај има увођење гарантног акта,⁷ јер им се омогућава да унапред, у вези са конкретним чињеничним стањем сазнају да ли могу остварити одређено право и у ком обиму, а без улажења у одређене инвестиције или пословне подухвате. Веома је важно, нарочито код гарантних аката који представљају обећање органа, обезбедити јединствену управну и судску праксу, јер би у супротном, ово обећање изгубило свој смисао и чак би проузроковало негативне последице са аспекта правне сигурности и поверења у национални правни систем и начин његовог функционисања.⁸

Покретање поступка

Незнатне квантитативне измене одредаба о начину и тренутку покретања поступка на иницијативу странке или по службеној дужности, донеле су енормну квалитативну промену у правцу повећања правне сигурности и заштите странака.

а) Наиме, уместо одредбе по којој се поступак покреће поводом захтева странке, а радњом органа, према новом ЗУП-у он се покреће **захтевом странке**. Према томе, уместо да за сам чин покретања поступка није довољан захтев странке, него да он зависи од предузимања било које радње органа (нпр. доношења закључка о покретању поступка) чији је моменат неизвестан, а за странке често и непознат, према новом ЗУП-у моменат подношења захтева је несумњиво истовремено и моменат покретања поступка. Овим је омогућено постизање више циљева. Најпре, тачно се зна који релевантни материјални и процесни прописи важе у тренутку подношења захтева, јер је орган дужан да евидентира поднети захтев и да о томе изда одговарајућу потврду странци. Према томе, нема више временског размака до радње органа којом се раније покретао поступак, чиме се избегава да се странка евентуално уведе у нови правни режим, који може битно да утиче на (не)постојање, врсту и обим права

7 Након увођења акта о примени прописа Законом о инспекцијском надзору, гарантног акта Законом о општем управном поступку, повећање правне сигурности и предвидивости би требало заокружити изменама и допунама Закона о државној управи на тај начин што би мишљење органа требало да постане обавезујуће.

8 Детаљније о сврси и природи гарантног акта, Д. Миловановић и В. Цуцић, „Унапређење пословног окружења у Србији у светлу нових решења Нацрта закона о општем управном поступку“, стр. 453-462,

које она жели да јој се признају или повећају или на обавезе којих жели да се ослободи или да их смањи. С друге стране, од момента подношења захтева почињу да теку и рокови за одлучивање у датој управној ствари, што је од значаја и са аспекта утврђивања ажурности одлучивања, стварања услова за „ћутање управе“ и сл.

б) у погледу покретања поступка **по службеној дужности** који није у интересу странке (што је иначе правило), уместо раније одредбе према којој се ова врста поступка покретала било којом радњом органа, сада се ова врста поступка сматра започетом оног тренутка када је странка обавештена о његовом покретању. Оваквом нормом се значајно повећава правна сигурност. Наиме, избегава се ситуација да се не зна тачан тренутак покретања поступка, услед чега је могуће да је пропис можда већ измењен или допуњен или да је чак престао да важи, а да органи настављају да утврђују обавезе странкама или да то чине у обиму који више не постоји. Такође, путем обавезе обавештавања странке о покретању поступка, као услову за тај чин, обезбеђује се заштита њеног права да уопште зна да је поступак покренут и стварају се претпоставке за њено активно учешће од самог почетка поступка, што је иначе суштина начела права странке на изјашњавање (ранијег начела саслушања странке). Примедбе које су поједини органи имали током завршне фазе израде Нацрта ЗУП-а да се оваквом одредбом повећавају трошкови поступка не стоје. Наиме, уз обавештење о покретању поступка могуће је истовремено доставити позив за усмену расправу, захтев да се странка изјасни о релевантним чињеницама и сл. То се може учинити већ у тренутку обавештавања странке, имајући у виду одредбу става 3. члана 90 ЗУП-а према којој пре покретања поступка по службеној дужности који није у интересу странке орган прибавља информације и предузима радње да би утврдио да ли су испуњени услови за покретање поступка и, ако јесу, доноси акт о покретању поступка (закључак, налог и сл). С друге стране, јасно је да би обавештавање странке у одређеним ситуацијама дезавуисало смисао вођења поступка (нпр. откривање непријављених радника у поступку инспекцијског надзора) или је у питању предузимање хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину (члан 143. став 1. – када се доноси усмено решење)

Омогућавање електронске комуникације у управном поступку

Оно представља један од кључних разлога новог ЗУП-а. С друге стране, избегнута је замка да се ЗУП-ом детаљно уређују питања електронске комуникације, јер би се он, услед сталног напретка и честих промена у области информационо-комуникационих технологија, морао често мењати, што није добро са аспекта правне сигурности, нарочито за ову категорију закона. У вези са тим ЗУП је отворио врата да се поред досадашње писмене комуникације између органа и странака она може одвијати и у електронском облику када то предвиђа закона или на то странка пристане. Регулација низа питања препуштена је управо усвојеном Закону о електронској управи. Применом овог Закона требало би да се обезбеди: да јавна управа коришћењем постојећих ресурса постигне боље резултате у управном поступању у циљу квалитетнијег и ефикаснијег реализовања права и обавеза грађана и правних лица; већи степени правне сигурности; повећана транспарентност рада органа јавне управе; потпунија заштита јавног интереса; квалитетније утврђивање јавне политике засноване на ажурним и потпуним подацима; побољшано праћење стања у областима. Кључни ефекти, са аспекта странака, биће достигнути омогућавањем безбедног коришћења широког дијапазона савремених информационо-комуникационих технологија, ради упознавања са правима и обавезама и условима за њихово признавање и реализацију; смањивањем потребе да грађани и правна лица прибављају доказе у управним поступцима; олакшаном комуникацијом са органима (у погледу различитих саопштавања и примања изјава од стране органа). Правна сигурност биће повећана кроз олакшано праћење важећих прописа и повећану поузданост података релевантних за одлучивање. Ови позитивни ефекти биће омогућени захваљујући дефинисању сврхе, мисије, визије, стратегије и оперативе електронске управе; системском приступу електронској управи на свим нивоима (централном, територијално или функционално децентрализованим или деконцентрисаним); успостављеној стандардизацији софтвера, опреме, регистара, и процедура; контроли рада и примене утврђених стандарда; бољој координацији органа јавне управе; размени информација; квалитетнијем планирању и функционалнијим односима са другим органима, организацијама и институцијама.

Уједначавање управне и управносудске праксе, повећање квалитета и ажурности судских одлука

Како је већ наведено, нови ЗУП проширује начело законитости, као темељни принципа правне сигурности, нечелом предвидивости. У вези са овим начелом, одредбом става 3 члана 5. предвиђено је да када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима. На овај начин управна пракса не постаје формални извор права, тако да орган од ње може да одступи, али према одредби става 4. члана 141. образложење његовог решења садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима. Овим се обезбеђује равноправан третман грађана, привредних субјеката и других странака у том смислу да се на њих примењују не само исте одредбе у истоветним ситуацијама, него и да се оне у тим ситуацијама на исти начин тумаче, односно примењују. Такође, како је напоменуто, овај принцип има посебну вредност у вези са увођењем гарантног акта у појединим областима, јер директно (не) омогућава остварење његове сврхе.

Националном стратегијом реформе правосуђа за период од 2013-2018 као један од стратешких циљева предвиђено је уједначавање судске праксе. У циљу унапређења предвидивости правосудног система Републике Србије, у коме би се закони, правила и пракса лако идентификовали, тумачили на јединствен начин и доследно примењивали, потребно је додатно унапредити целокупан систем јединствене судске примене права и у складу са тим успоставити поуздан систем установљавања, анализе, организације и доступности домаће судске праксе, као и анализе, организације и доступности судске праксе Европског суда за људска права, као и праксе других релевантних међународних институција. Из уједначеног тумачења исте одредбе закона, прописа или другог општег акта, следи и једнака примена права, од које по правилу зависи јединственост судске праксе.

Механизам који би се могао користити у циљу делотворног, ефикасног и економичног решавања питања уједначавање управне, односно управно-судске праксе могао би да се одвија на следећи начин. Када су у питању органи јединица локалне самоуправе⁹ који у истој или различи-

9 Посебан проблем код органа локалне самоуправе, када се ради о решавању управних ствари у изворном делокруту представља модел по коме у другом степену одлучује општинско, односно градско веће. Наиме, реч је о органу чији састав чине лица која често нису правници, а практично изузетно су то службеници који се професионално баве управним поступком. Наиме, реч је о органу који чини део извршног слоја локалне самоуправе који је формиран на поли-

тим јединицама локалне самоуправе тумаче и примењују одређени пропис на различите начине у истоветним ситуацијама, они би могли да путем нпр. Сталне конференције градова и општина (СКГО), на одговарајућим форумима сазнају или укажу на дати проблем и да кроз међусобни дијалог предложи решење или, ако то нису у стању, да предложи две или више опција тумачења уз одговарајућу аргументацију. С друге стране, ови предлози би, и независно од СКГО, када су у питању наведени или други органи и организације могли да иду ка релевантном министарству које би потврдило заузето мишљење, одабрало једно од понуђених или указало на другачије мишљење са одговарајућом аргументацијом. Након тога, о проблемима нејединствене управне или управно-судске праксе обавестио би се Управни суд, који би могао да, као независан орган заузме јединствени став у погледу проблема који су уочени у пракси. Све наведено би требало објавити на начин који омогућава приступ свим органима и потенцијалним странкама у управним стварима.

На овај начин, дошло би до уједначавања праксе, избегли би се потенцијални спорови због нереализације начела предвидивости и захтеви за накнадом штете, олакшао би се рад службеника који поступају у управним стварима и вршила својеврсно стручно усавршавање, нарочито млађих службеника.

Исти механизам, али који би се одвијао ка релевантном министарству могао би се користити и за процес усклађивања са ЗУП-ом, али и других, материјалних одредаба посебних закона. Сви наведени органи и Управни суд би могли да указују на потребу за изменама и допунама одређених закона, њихову дерегулацију и да пружају за то аргументацију. На тај начин, би се побољшао квалитет анализе ефеката прописа, постигао већи степен усклађености повезаних прописа, повећала правна сигурност и створио бољи пословни амбијент.

тичкој основи. Тиме се, начелно, умањује квалитет одлучивања, повећава вероватноћа различите примене прописа у истоветним ситуацијама у различитим јединицама локалне самоуправе, али и у истој јединици локалне самоуправе. У вези са тим, аутор овог рада се одавно залаже да се одлучивање у другом степену повери професионалном телу, при чему је могуће – нарочито за мање општине које не располажу довољним кадровским потенцијалом – формирати заједничка тела, нпр. комисије за одлучивање по жалбама на првостепене одлуке органа локалне самоуправе донете у изворном делокругу. Овим путем би се повећао квалитет одлука, допринело би се уједначавању праксе различитих јединица локалне самоуправе, а такође би се и смањили трошкови финансирања ове врсте послова.

Да би се обезбедило уједначавање управно-судске праксе, повећао генерално квалитет судских одлука, али и повећала ажурност одлучивања, о чему је било говора код суђења у разумном року, неопходно је спровести реформу управног судства која подразумева увођење двостепеног, односно вишестепеног управног судства са довољним бројем судија. Ова реформа нужна је ради: пружања делотворније и ефикасније заштите права грађана у управном спору, учвршћивања позиције Републике Србије у поступку придруживања ЕУ, повећања обима домаћих и страних инвестиција, као и смањења накнада за повреду права на суђење у разумном року.¹⁰

Правна сигурност и поступак усклађивања посебних закона са ЗУП-ом¹¹

Претерани број и обим посебних закона којима се дерогирају одредбе закона који на општи начин уређују управну процедуру представљају један од проблема у оквиру Европске Уније,¹² у вези са чим је у ЕУ заузет став да је неопходно смањити број (непотребно) посебних норми. Наиме, то није само питање веће количине поновљених норми закона који се примењује у свим управним стварима или неоправдано постојећих норми посебних закона, што отежава поступање органа или странака, него и потенцијално смањује правну сигурност и достигнути степен процедуралне заштите странака. То су били кључни разлози због којих је нови ЗУП одредбом члана 3. предвидео да се примењује на поступање у свим управним стварима, и као и претходни ЗУП у ст. 2 прописао да се поједина питања управног поступка посебним законом могу да уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у

10 У циљу спровођења реформе потребно је пре свега: а) одредити најадекватнији модел двостепеног односно вишестепеног управног судства, што подразумева пажљиву процену и пројектовање мреже управних судова у свим инстанцама, као и одређивање довољног броја судија и њихов избор; б) пројектовати адекватан број судијских помоћника и осталог судског особља према потребном броју судија, при чему је посебно значајно да сваком судији буде обезбеђен судијски помоћник; в) увести специјализацију судија у посебним управним материјама; г) обезбедити адекватне смештајне и радне услове према новој мрежи судова и потребном броју судија. Видети релеванте закључке секције за управно-правну заштиту слободе, са Копаоничке школе природног права.

11 О смислу и значају процеса усклађивања посебних закона са ЗУП-ом видети Д. Миловановић, "Однос општ(и)јег и посебн(и)јих управнопроцесних закона", Полис, Тема броја - Реформа административних процедура, август 2016, бр. 11 стр. 42-47.

12 "Administrative Procedure in Contemporary Environment (Case of Serbia)", "Law as a Unifying Factor of Europe - Jurisprudence and Practice" - Comenius University in Bratislava, 2010.

сагласности са основним начелима одређеним овим законом.¹³ Међутим, нови ЗУП је поставио додатни услов који раније није постојао, а то је да се тиме не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.

Кључна идеја у вези са процесом усклађивања посебних закона са ЗУП-ом је да се овај процес искористи како би се истовремено ови закони ускладили и са другим повезаним законима, да се истовремено спроведе анализа њихових ефеката и да се они унапреде не само са аспекта процедуре него и материјалних норми које садрже – кроз дерегулацију или ререгулацију, као и да се паралелно обезбеди усклађивање са правним тековинама ЕУ.

Координационо тело Владе и радна група су у претходном периоду одиграли значајну улогу у процесу усклађивања посебних закона са ЗУП-ом и поред одређених застоја у раду Координационог тела услед спроведених избора. Усвајањем матрице за усклађивање посебних закона, давањем различитих мишљења и смерница, избегнуте су спорне ситуације које су могле да угрозе правну сигурност у вези са процесом усклађивања и примене процесних закона у појединим областима. То се нарочито односи на давање следећих мишљења и смерница: а) да ће у односу на одредбе новог ЗУП-а, чија је примена започела 1.6.2017. године, примат у примени и даље имати одредбе посебних закона, иако још увек нису са њим усклађене, б) о (не)ретроактивном дејству одредаба које уређују ванредна правна средства у новом ЗУП-у,¹⁴ в) о немогућности уређивања процесних питања подзаконским општим актима, г) о начину дефинисања супсидијерне примене ЗУП-а и др. Такође, током рада овог тела и радне групе уочена је потреба обезбеђења трајности процеса усклађивања посебних закона, као и да је за квалитетну примену ЗУП-а и посебних закона неопходно праћење стања, засновано на правилно

13 На овај начин се обезбеђује, како то З. Томић указује, да иако су сви закони Републике Србије начелно једнаке правне снаге, да је неопходно озбиљно узети у обзир и круцијалну норму Устава да је „правни поредак јединствен” (члан 4. став 1. и члан 194. став 1. Устава Србије), па из тога посредно засновати обавезу закона који уређују посебне области да, поред осталог, строго воде рачуна о начелима ЗУП-а. Детаљније, З. Томић, Закон о општем управном поступку, Предговор Закону о општем управном поступку, Службени гласник, Београд, 2016, стр. 14.

14 О овом питању које је изазвало приличну подељеност између теоретичара, као и између стручњака у пракси, детаљније у раду Д. Миловановић, Временско важење Закона о општем управном поступку, Правни живот, Праведно право и стварност, број 10, Том II, Београд, 2017, стр. 267-281.

постављеним показатељима у циљу предлагања скупа мера за унапређење ове примене.

ЗУП је одредбом става 1. члана 214. "Обавеза усклађивања посебних закона" предвидео да ће се посебни закони којима су уређена поједина питања управног поступка у појединим управним областима, ускладити са одредбама овог закона (члан 3. овог закона) до 1. јуна 2018. године. Имајући у виду број закона које би требало ускладити са ЗУП-ом, веома кратко преостало време, које није довољно за њихово усклађивање, као и значај обезбеђења правне сигурности, у смислу непостојања различитих тумачења о томе које норме ће се примењивати након 1. јуна 2018 године, неопходно је пре тог датума предузети одређене активности.

1) Са аспекта правне сигурности изузетно је важно несумњиво одредити да ли примат имају одредбе посебних закона (које нису у сагласности са основним начелима ЗУП-а или смањују ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених ЗУП-ом) или тај примат у наведеним ситуацијама имају одредбе ЗУП-а. У погледу врсте активности коју би на том плану требало предузети изгледа да измена и допуна ЗУП-а има несумњиве предности у односу на давање препорука или заузимање ставова Координационог тела Владе. С друге стране, при опредељењу за измене и допуне закона, могуће су две главне опције;

а) продужити рок за усклађивање посебних закона (уз настојање да нови рок буде што реалнији) или не орочавати овај процес. Одређивање рока за усклађивање има своју предност јер се органи подстичу да спроводе активности на том плану у наредном периоду. С друге стране, процес усклађивања посебних закона са ЗУП-ом би требало да постане трајан процес. Наиме, рок предвиђен важећим ЗУП-ом (1.6.2018.) није могуће испоштовати, веома је тешко несумњиво проценити реалан период у коме би се ускладили преостали закони, а такође потребно је узети у обзир и чињеницу да до усклађивања посебних закона са ЗУП-ом у претходном периоду није ни дошло, нпр. услед спровођења хитних поступака за њихово усвајање. Наведена опција подразумева постојећи модел по коме ће примат и даље имати посебни закони, иако поједине њихове одредбе нису усклађене са два кључна критеријума из чл. 3 ЗУП-а. Иако се на овај начин још увек не обезбеђује у свим областима реализација појединих значајних реформских захвата из ЗУП-а, овај модел обезбеђује потпуну правну сигурност, јер не оставља простор за различита тумачења;

б) дати примат одредбама ЗУП-а када одредбе посебних закона нису у складу са основним начелима ЗУП-а или снижавају ниво заштите

права и правних интереса странака зајемчених ЗУП-ом. Недостатак прве, представља предност друге опције. С друге стране, у прилог друге опције може се навести озбиљна аргументација. Најпре, ЗУП је усвојен још почетком 2016 године, примена појединих одредаба (у вези са начелом делотворности и економичности) отпочела је већ 8. 6. 2016. године, а пуна примена 1.6.2017. године, организоване су бројне обуке на нивоу свих органа и организација које га примењују, од стране Министарства за државну управу и локалну самоуправу, Службе за управљање кадровима, Сталне конференције градова и општина, уз подршку ГИЗ-а, Савета Европе и сл. Такође, потребно је имати у виду и основне циљеве који су представљали и кључне мотиве за усвајање новог ЗУП-а (усклађивање са Уставом, Конвенцијом о људским правима и принципима Европског управног простора, повећање правне сигурности, потпунија заштита странака, већа делотворност, ефикасност и економичност поступка, проширење појма управне ствари, омогућавање коришћења савремених информационих и комуникационих технологија, усклађивање терминологије итд), чињеницу да су се и грађани у одређеној мери упознали са новим решењима. Ова аргументација говори у прилог другог мишљења да су се стекли услови да дође до непосредне примене одредаба ЗУП-а по питањима у којима посебни закони одступају од основних начела или снижавају ниво права и правних интереса странака зајемчених овим законом. То не би био преседан, посебно имајући у виду да су одредбе закона и других прописа према којима се установљава обавеза за странку и другог учесника у поступку да органу достављају податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, супротно одредбама чл. 9. и 103. ЗУП-а већ престале да важе 8.6.2016, на основу прелазних и завршних одредаба ЗУП-а. С друге стране, постоји опасност да би се на овај начин отворио простор за различита тумачења по питањима да ли одредбе посебних закона одступају од основних начела или снижавају ниво права и правних интереса странака зајемчених овим законом, што би потенцијално угрозило правну сигурност. Сличан проблем у нашем правном систему постоји када се пропише да ће пре усвајања нових подзаконских аката ранији подзаконски акти важити ако нису у супротности са новим законом ради чијег спровођења се доносе. Посебно је питање што би при снижавању права странака првенствено требало имати у виду статус странке у односу на орган, док би међусобни положај странка са супротним интресима, у начелу требало оставити у балансу који је ЗУП-ом успостављен, иако се и ту морају имати у виду специфичности управних ствари у појединим областима.

2) У погледу одредбе става 2 члана 214 на основу кога је Влада образовала Координационо тело ради процене усклађености посебних закона са одредбама овог закона, јавља се проблем правног основа за његово деловање након 1. јуна 2018. године до када је предвиђено усклађивање посебних закона. Стога је изменама и допунама ЗУП-а неопходно предвидети да Координационо тело наставља да врши процену усклађености посебних закона са одредбама овог закона. То се може предвидети на исти начин као у важећем ЗУП-у везивањем за нови рок усклађивања или без одређивања рока, као трајна активност (што би била боља опција). С друге стране, имајући у виду значај посла државне управе праћење стања у области као предуслова успешног откривања проблема и њихових узрока, али и основе за предлагање оправданих мера, потребно је предвидети да Координационо тело преузима и обавезу да на основу праћења стања у примени овог закона од стране МДУЛС и његових предлога, даје смернице, заузима ставове и усклађује активности у погледу мера које је потребно предузимати ради унапређења стања у области. У том погледу, може се користити и модел Координационе комисије предвиђене Законом о инспекцијском надзору. Такође, предвидело би се да Министарство надлежно за послове државне управе наставља да обавља стручне и административне послове за потребе Координационог тела у вези са наведеним пословима.

3) Ако би се ишло на измене или допуне ЗУП-а требало би предвидети да оне ступају на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије”, а да се примењују од 1. јуна 2018. године.

4) Независно од опредељења да ли ће се процес усклађивања посебних закона орочити или не, обезбеђење склада процесних норми у посебним областима са ЗУП-ом би требало да буде трајан задатак, чија би се реализација додатно омогућила изменама Пословника Владе у смислу обавезног прибављања мишљења министарства надлежног за послове државне управе у погледу оцене овог аспекта, као и предвиђањем обавезе предлагача да пружи аргументацију за потребу одступања од општих решења предвиђених ЗУП-ом. Истина, у вези са изменом Пословника постоји генерални проблем, јер се поводом једне измене отвара низ питања која дуже време представљају предмет дебате о потреби и начина решавања у оквиру овог акта Владе.

Коначно, постоје активности у погледу усклађивања посебних закона чије предузимање нема приоритет у смислу претходно приказа-

них активности, али се њихово предузимање може размотрити и пре 1. јуна 2018. Овде би се могле наћи, у зависности од опредељивања по претходно наведим питањима друге измене и допуне ЗУП-а, за које је у досадашњој пракси или додатном анализом установљено да су неопходне за повећање правне сигурности и његову делотворну, ефикасну и економичну примену. Поред тога, ако се процени да је то неопходно, могуће је унети поједине одредбе где би се изменама и допунама ЗУП-а вршило аутоматско усклађивање посебних закона и непосредна примена ЗУП-а у свим управним областима. Ипак, то би представљао озбиљан захват који би морао да буде заснован на темељним анализама, имајући у виду да између различитих области могу постојати велике разлике и да би аутоматска примена ЗУП-а по појединим питањима негде била веома успешна, а негде би можда проузроковала обрнути ефекат.

Закључна разматрања

Квалитет прописа и њихове примене представљају један од веома значајних фактора при доношењу одлуке о инвестирању у привреду одређене земље. Позитивни ефекти таквих одлука су бројни на марко и микроекономском плану, али и на социјалном плану, доприносе политичке стабилности и сл. Приликом доношења новог ЗУП-а сачуване су бројне позитивне карактеристике које је овај закон (са одређеним изменама и допунама) остварио током вишедеценијске примене. Нови ЗУП уноси иновације које су пажљиво одабране и аргументоване и које, поред осталог, унапређују правну сигурност. У вези са тим, нарочити значај имају увођење начела предвидивости, уређивање гарантног акта, прецизно дефинисање тренутка покретања поступка по службеној дужности и захтевом странке, сужавање простора за одступање од општег режима гарантовање нивоа заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом. Коначно, у вези са процесом усклађивања посебних закона са ЗУП-ом, аутор указује и на потенцијалне опасности по правну сигурност које могу настати у блиској будућности ако се не измене и допуне прелазне и завршне одредбе закона и нуди могуће начине за превазилажење овог проблема.

Dobrosav MILOVANOVIĆ,
Full professor, Faculty of law

LEGAL SECURITY IN THE CONTEXT OF THE NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

The quality of regulations and their application are one of very important factors in making a decision on investing in the economy of a particular country. The positive effects of such decisions are numerous from the point of view of macro and micro economy, but also on the social environment, they contribute to political stability and the like. When adopting the new Law on General Administrative Procedure (LGAP), a number of positive characteristics have been preserved, which this law (with certain changes and additions) has achieved during the course of a long period of its application.

The new LGAP introduces innovations that are carefully selected and argued and which, among other things, improve legal certainty. In this regard, the introduction of the principle of predictability, the regulation of the guarantee act, the precise definition of the moment of initiating the procedure ex officio and on the request of the party, the narrowing of the space for deviation from the general regime, through guarantying the level of protection of the rights and legal interests of the parties covered by this law. Finally, in connection with the process of harmonization of special laws with the LGAP, the author points out the potential threats to legal certainty that may arise in the near future if the transitional and final provisions of the law are not amended and offers possible ways to overcome this problem.

ФУНКЦИОНАЛНА НАДЛЕЖНОСТ ПОРЕСКИХ И ЦАРИНСКИХ ОРГАНА У ОКВИРУ ИСТОГ СЕКТОРА

Резиме

Закон о пореском поступку и пореској администрацији је добар процесни закон који на озбиљан начин штити права и правне интересе пореских обавезника. Предвиђеним законским решењима доприноси процесној демократији самог поступка. Међутим, анализом законитости донетих пореских решења кроз управно-судску праксу, може се закључити да се та решења у пракси недовољно примењују. Исти је случај и са применом материјално-правних одредби и материјалних закона у пореском поступку, нарочито једног од темељних прописа - Закона о облигационим односима.

Крајње је несхватљиво да се у оквиру два одељења, пореског и царинског у другостепеном поступку, различито тумачи правна природа уговора о увозу робе из иностранства у своје име, а за туђ рачун. Такво понашање, поред штете коју наноси самим пореским обвезницима, ствара непожељни однос државе према својим грађанима и мора хитно да се промени ради остваривања начелних принципа Закона о пореском поступку.

Кључне речи: *порески и царински поступак, функционална надлежност, извршност решења, уговор о посредовању, спор пуне јурисдикције.*

I Увод

Закон о пореском поступку и пореској администрацији¹ је релативно нов процесни закон у пореској материји. Предлагач за доношење

* Судија Врховног касационог суда, у пензији

овог Закона је Пореска управа и по решењима заштите права и правних интереса пореских обвезника, али једнако и јавног интереса, садржи квалитетна решења процесне демократије овог важног поступка. Ипак, анализом пресуда Управног суда у поступцима оцене законитости донетих решења у пореском управном поступку, али и кроз одлуке Уставног суда по поднетим уставним жалбама, закључује се да се добра законска решења непотпуно користе у практичном раду са нагласком на фискалној страни решења (у корист фискаса), а на штету права и правних интереса странака.

То умногоме наноси штету и самом Закону, иако се не ради о квалитету Закона, већ о његовом тумачењу у пракси.

Важно је указати да је доношењем новог Закона о општем управном поступку² створена обавеза да се изврши усклађивање одговарајућих одредби у посебним законима (па тако и у ЗПППА) до 1.6.2018. године. На тај начин ће се, очекујемо, употпунити правна заштита пореских обвезника као странака у пореском поступку, будући да нови ЗУП у центар збивања ставља странку у поступку са свим њеним правима и обавезама.

II Начела ЗПП-а и права и обавезе пореских обвезника

Значај начела ЗПППА не треба посебно наглашавати, с обзиром на то да их сваки озбиљан процесни закон садржи. Начело законитости увек као прво по реду, у чијим темељима је и коришћење дискреционих овлашћења, налазимо и у другим процесним законима. Посебан значај овом начелу из члана 4 ЗПППА даје став 3. овог члана који обавезује Пореску управу да чињенице у поступку утврђује на начин што ће посветити “једнаку пажњу чињеницама које иду у прилог и на штету пореском обвезнику”. Ради потпуности заштите, овом начелу бисмо додали и начело из члана 8 ЗПППА које обавезује стране у поступку да поступају у доброј вери.

Иако скоро сва пореска решења у образложењима садрже позивање на наведена начела, утврђивање чињеница и докази на основу којих се те чињенице утврђују, као и учешће странке у пореском поступку, на начин да јој се омогући да расправља, не оправдавају примену у пракси цитирах законских решења.

1 Закон о пореском поступку и пореској администрацији - ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02...108/016.

2 Закон о општем управном поступку - ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016.

Начело фактицитета, тако често помињано у пореским решењима увек онда када треба да се утврди пореска обавеза, али не и када је утврђивање тих чињеница у корист странке (да се чињенице у пореском поступку утврђују према њиховој суштини), само допуњује претходно закључивање. Оно се најјасније испољава у ситуацији када порески орган закључи да је одговарајући правни посао симулован. Закон о облигационим односима³ нас учи да утврђење управног органа или суда да је један правни посао симулован, захтева истовремено да се утврди који је то прикривени – дисимуловани посао који, заправо, треба да важи. Нису ретке пресуде Управног суда са оваквим разлозима приликом ужавања поднетих тужби.

Уз наведено начело, заштита неукости странке, омогућавање исправљања странци уз увид у чињеничну грађу за доношење решења, присуствовање теренској контроли, нарочито повраћај више или погрешно плаћеног пореза и коришћење пореских олакшица, само заокружују поље заштите права пореских обвезника.

Обавезе пореског обвезника су предвиђене у члану 25 ЗППП-а. Право државе да обезбеђује наплату пореза и других дажбина и казни није никаква бенефиција, већ обавеза државе да у законито спроведеном поступку обезбеди утврђивање и наплату јавних прихода. Особеност пореског поступка, из члана 51 ЗПППА, односи се на доказивање и терет доказивања: *Пореска управа има терет доказивања у односу на чињенице на којима се заснива постојање пореске обавезе, а порески обвезник у односу на чињенице од значаја на смањење или укидање пореза.*

Правила поступања представљена кроз наведена начела и права и обавезе страна у поступку су гарант законитости донетих решења, а у крајњој линији, судија је живи гарант оцене законитости донетих пореских и других решења у управном поступку. Разуме се, са свим својим интегритетом у који је укључено врсно познавање суштине законских одредби.

III Извршност као особеност пореских решења

ЗУП је у одредби члана 190 става 1 и 2 тачке 3 предвидео да се решење у управном поступку извршава када постане извршно, а решење постаје извршно, између осталог, обавештењем странке, ако жалба не одлаже извршење решења.

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

Посебним законом ЗПППА је у члану 147 став 1 предвиђено да жалба не одлаже извршење решења пореског управног акта. Овде је битно да сагледамо од каквог је значаја чињеница да у пореској материји првостепено решење достављањем стиче извршност, не само за фискус (финансирање обавеза државе директним пуњењем буџета, између осталог, и на основу извршних пореских решења), али и од каквог је значаја та чињеница за права и обавезе пореских обвезника, како физичких, тако и правних лица, посебно посматрано у светлу новог положаја странке у поступку према новом ЗУП-у и у поступцима инспекцијског надзора.

Претходно ћемо рећи да постоје и друге материје код којих уложена жалба не одлаже извршење решења (царине, пензијска материја, исељење бесправно усељеног лица по Закону о становању...). Остаје питање да ли се та решења одмах и извршавају, не чекајући одлуку по жалби. Аутор сматра великим ризиком по законитост одлучивања да се свако првостепено пореско решење, које није прошло поступак контроле од бар још једног органа, заиста и извршава. Ако изузмемо могуће разлоге обавезивања на плаћање пореског обвезника уз видљиве битне повреде, да не помињемо могућност службеника да напредује у служби због успешног рада, недовољно познавање правних (обавезујућих) ставова судске праксе, сви ти разлози, дакле, могу да доведу до драстичне штете по пореског обвезника. Једном наплаћена новчана средства у пореском поступку се тешко враћају и поред законом утврђених разлога за повраћај, јер се такав порески службеник (који је наложио враћање новца), сматра неуспешним. О томе постоје примери враћања наплаћених новчаних средстава по основу пресуде Врховног суда Србије (дакле, законито поступање), због чега је овлашћени старешина убрзо замењен.

Тачно је да је одредбом члана 147 става 2 ЗПППА предвиђено да другостепени орган може, изузетно, да одложи извршење пореског управног акта, под одређеним условима, али се то врло ретко догађа или се уопште по таквим захтевима и не одлучује. У стамбеној материји исељења бесправно усељеног лица, веома ретко се извршава првостепено решење о налагању исељења, и поред чињенице да уложена жалба не одлаже извршење, све догле док не стигне одлука по жалби.

Даље, у окружењу, у бившим Републикама раније државе, извршност наступа тек коначношћу решења - онда када другостепени орган потврди првостепено решење. Иста ситуација је и у Немачкој у којој подношење тужбе у управном спору одлаже извршење управног акта и без посебног захтева.

Чињеница да смо ми у томе “посебни” је условила и решење у члану 23 ставу 3 тачки 2 Закона о управним споровима,⁴ да суд у управном спору може изузетно, уз кумулативно испуњавање три услова, одложити извршење извршног управног акта и пре поднете тужбе, на основу уложене жалбе, до одлуке по жалби, што суд ретко чини.

Овакву одредбу у Закону о управним споровима немају државе – бивше републике у региону из једноставног разлога што се решење првостепеног органа не извршава пре одлуке другостепеног органа.

Аутор сматра да начелно, у нашој законској регулативи треба озбиљно размотрити питање извршности првостепеног решења без обзира на уложену жалбу (можда, задржати ово решење код оних првостепених решења којима се признаје право странци, али не и у двостраначким стварима). На тај начин, другостепени орган би био растерећенији приликом одлучивања по жалби (а и Суд у управном спору) како баш они не би били ти који “мање воле своју државу” због тога што је поништено првостепено решење по коме је обавеза наплаћена. Ако се зна да је обавеза другостепеног органа да по жалби одлучи у року од два месеца, ето још једног разлога да наплата по извршном првостепеном решењу може да сачека два месеца.

Ако бисмо ушли у још дубљу анализу овог питања, доћи ћемо до сазнања да и после поништаја другостепеног решења у управном спору (управне органе везује и правни став из уважавајуће пресуде), управни органи често остају тврдоглави и доносе иста решења као и ранија, са мало више образложења, ваљда, очекујући да Суд одустане од свог става и потврди донето решење. Не треба заборавити да у таквој ситуацији странкама остаје заштита преко уставне жалбе код Уставног суда. Уколико би Уставни суд својом одлуком уважио поднету уставну жалбу, било би прекасно, јер би после трајања читаве процедуре (око четири – пет година) правно лице најчешће отишло у стечај, а физичком лицу би у међувремену, доспела нека друга обавеза па би порески орган наплаћена средства држао по неком другом основу.

Све у свему, закључак аутора би био да је крајње преурањено извршавати првостепено решење које није прошло ни један степен контроле законитости, а могућа су три: жалба у управном поступку, тужба у управном спору и уставна жалба код Уставног суда. Чак су и против донетих привремених мера у парничном и извршном поступку дозвољена одређена правна

4 Закон о управним споровима, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2009.

средства, док се код мериторне обавезе првостепеног органа наступањем извршности решење извршава без икаквог правног лека.

IV Управно-судска пракса

1. Решења пореских органа

Решењем пореског органа пореском обвезнику, у поступку теренске контроле је утврђена обавеза плаћања ПДВ-а у износу 8.673.059,66 динара, одговарајућа камата на непријављену обавезу у износу од 156.452,58 динара, као и обавеза да сам порески обвезник обрачуна даљу камату, после дана из првостепеног решења, као и да те промене проведе по својим књигама. Првостепени орган је закључио да је порески обвезник закључивао уговоре у своје име за свој рачун приликом увоза робе из иностранства и да по том основу није довољно што је у царинском поступку платио увозничку провизију, већ је пропустио да ПДВ, исказан у документу о обрачуну увоза у своје име и за свој рачун (ПДВ на услугу увозника и ПДВ по обрачуну царинског дуга) исказе у својим пословним књигама, пореској евиденцији и пореској пријави за одговарајући месец. Утврђено је да је порески обвезник у сваком појединачном промету према трећим лицима издао документ “Обрачун увоза” у своје име и за туђ рачун (ПДВ на услугу увозника и ПДВ по обрачуну царинског дуга и излазне рачуне који се односе на рефундацију трошкова увоза и увозничку провизију), да ПДВ садржан у наведеном документу није исказао у својим пословним књигама, већ су тај документ купци користили као рачун за набавку добара и они су исказивали право на одбитак претходног ПДВ-а и тако вршили регистрацију механизације (увезене половне робе). *Истовремено је утврђено да је у Јединственој царинској исправи (ЈЦИ) у рубрици Б-деталји увоза, наведен крајњи корисник, правно или физичко лице.*

Порески обвезник је уложио жалбу и истакао да је према њему погрешно утврђена обавеза ПДВ-а, будући да је у царинском поступку већ утврђено право чињенично стање и правилно примењено материјално право, јер је он утврђен само као обвезник плаћања увозничке провизије, а раздвојена је обавеза ПДВ-а на механизацију коју, у крајњој линији, плаћа познати корисник увоза за чији рачун је увоз и извршен.

Другостепени орган је потврдио све наводе првостепеног органа и одбио жалбу налазећи да се ради о уговору о увозу механизације у своје име и за свој рачун, јер је увозник све обавезе платио. Порески органи су навели да стоји обавеза на страни жалиоца на основу члана 27, 28, 5 става 1 и члана 17 става 1 Закона о ПДВ-у.

2. Тужба у управном спору

Порески обвезник је као тужилац покренуо управни спор код Управног суда тражећи поништај другостепеног решења поднетом тужбом. Указао је да порески органи нису утврдили правну природу уговора који је тужилац као увозник закључио са инопартнером – у своје име, а за туђ рачун. Због тога, тужба сматра да је погрешно закључивање пореских органа да се ради о увозу “у своје име и за свој рачун”. Посебно је истакао да је код царинских органа измирио све своје обавезе као увозник, а чињеница да је уговор закључен “за рачун трећег лица” - познатог корисника, значи да се у његовој имовини стичу својинска овлашћења на увезеној роби и то треће лице је исказивало право на одбитак претходног ПДВ-а, као власник увезене робе, а не тужилац као увозник и посредник.

Указао је да је Пореска управа потпуно различито утврдила чињенично стање у односу на Царинску управу, па тако и материјално право погрешно применила, иако се ради о управама као органима у саставу истог Секора Министарства финансија, што доводи до апсурда у различитој примени права два одељења подељене функционалне надлежности у истом сектору. Тужилац је тражио да суд, поништавајући оспорено решење, одлучи у спору пуне јурисдикције и да обустави порески поступак, пошто одлучне чињенице нису спорне, већ остаје само погрешна примена материјалног права за коју је Суд надлежан. Тужиоцу је објашњено код пореских органа да је ово решење “пробни балон” како би проверили правни став Суда, а зависно од пресуде Суда (ако тужбу одбије) донеће још два решења далеко веће вредности у односу на истог пореског обвезника само за други период. Наравно, пресуду Суда порезници нису сачекали, већ су из истог правног основа – за друге периоде у односу на пореског обвезника, донели још два обавезујућа решења знатно веће вредности.

Ово је моменат да се подсетимо на понашање у доброј вери свих страна у поступку, на начела и права и обавезе пореских обвезника са почетка реферата којих у пракси, како видимо, и нема.

3. Пресуда Управног суда

Одлучујући по поднетој тужби, Управни суд је пресудом⁵ уважио тужбу и поништио оспорено решење. Суд је нашао да је тужилац основано указао у тужби да је другостепено решење донето уз повреде правила

5 23 У. 10645/016 од 08.11.2017. године.

поступања које су од битног утицаја на правилност и законитост решавања ове пореске ствари.

Суд је утврдио, на основу доказа у предмету, Јединствених царинских исправа, да је тужилац у рубрици “8” уписан као прималац робе (половних пољопривредних машина), али такође, да су у рубрици “Б” “Детаљи обрачуна” као крајњи корисници уписана, по именима, правна и физичка лица и да у списима постоје и две изјаве тих лица у којима су управо та лица означена као крајњи корисници робе која је предмет увоза. Суд даље закључује:

“Из наведених доказа не може се несумњиво закључити да се ради о увозу робе у име и за рачун тужиоца, односно да се ради о промету добара у име и за рачун тужиоца, а не о промету услуга. Наиме, чињеница да је у рубрици “8” ЈЦИ УВ-4 царинских декларација тужилац уписан као прималац робе, не одређује власништво над робом која се увози, нити упућује на закључак да је у време прихватања царинских декларација тужилац власник робе која се ставља у слободан промет или да има слична права располагања над робом, како то закључује тужени. Ово посебно стога, што се у списима туженог органа налазе рачуни тужиоца (три рачуна под одређеним бројевима - *прим. аутора*) из којих произлази да су испостављени напред наведеним лицима означеним као крајњи корисници предметне робе на име рефундације трошкова увоза и увозничке провизије, којим доказима се такође, *доводи у сумњу закључак да је тужилац у својству власника извршио испоруку добара крајњим корисницима, а не услугу посредовања приликом увоза*”.

Из цитираног образложења пресуде се види да је Суд (као и царински органи, за разлику од пореских органа!) утврдио праву природу уговора о увозу робе према коме се ради о посредовању приликом увоза, а не о увозу у своје име и за свој рачун. Наведени разлози се дају у пресудама донетим у спору пуне јурисдикције, на основу члана 43 става 1 ЗУС-а, када Суд сам решава ствар до краја, стављајући се на место управних органа и после поништаја оба решења пореских органа сам реши ову пореску ствар тако што ће поступак обуставити, јер су и чињенице правилно утврђене и право је од Суда правилно примењено. Штета је што Суд тако није поступио, већ је само поништио оспорено решење па се очекује да порески органи сами обуставе поступак на основу обавезујућег правног става Суда.

Одлучивање у спору пуне јурисдикције је круна пресуђивања у управном спору и било би важно да Суд чешће (када правна природа

дозвољава) на овај начин одлучује. Овако како је одлучено оставља се могућност да порески органи не поштују пресуду Суда, што је незамисливо у западним земљама развијеније демократије.

Цитирана пресуда Управног суда је добар пример да се укаже на

Закључке

1. Начела и права и обавезе пореских обвезника су веома добро нормативно регулисана у ЗППП-а, али се у практичном раду пореских органа недовољно примењују;

2. Потребно је на ширем плану размотрити идеју преиспитивања наступања извршности првостепених решења код којих је посебним законима предвиђено да уложена жалба не задржава извршење. Таква решења нису привремене мере парничног и извршног поступка (против којих се, ипак, могу користити одговарајућа правна средства), већ мериторне одлуке првостепеног органа које нису прошле контролу виших инстанци. Ова идеја је у складу са новим положајем странке у ЗУП-у и у поступцима инспекцијског надзора. Преурањено је извршавати мериторна решења у управном поступку, некада и велике новчане вредности, за која тек предстоје три степена управне и судске заштите. У том правцу треба погледати упоредна решења страних законодавстава.

3. Незамисливо је да код постојања различите функционалне надлежности пореских и царинских одељења у оквиру истог Сектора Министарства, постоје различити правни ставови о истим правним питањима, што оставља лош утисак о раду државних органа, а странкама у поступку наноси велику штету.

Ljubodrag PLJAKIĆ
retired Judge of the Supreme Court of Cassation

FUNCTIONAL COMPETENCE OF TAX AND CUSTOMS AUTHORITIES IN THE SAME SECTOR

Summary

The Law on Tax Procedure and Tax Administration is a good procedural law which in a serious way protects the rights and legal interests of taxpayers. Through the provided legal solutions it contributes to the procedural democracy of the procedure as such. However, on analysing the legality of the tax decisions made through administrative-court practice, we can conclude that those solutions are insufficiently applied in practice. The same applies to the implementation of substantive-law provisions in tax procedure, in particular one of the fundamental regulations under the Law on Contracts and Torts.

It really defies understanding that the two departments, with regard to tax and customs second instance procedures, differently interpret the legal nature of a contract on the import of goods from abroad in one's own name for another person's account. This interpretation, along with the damage caused to taxpayers, creates an undesirable relationship of the state to its citizens, and must be changed immediately with a view to implementing the essential principles of the Law on Tax Procedure.

Keywords: *tax and customs procedures, functional competence, order enforcement, mediation agreement, full jurisdiction dispute.*

Бојана ТОДОРОВИЋ, LL.M.*

Никола ИЛИЋ, LL.M.**

ПРАВНО-ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА КОРУПЦИЈЕ У ЈАВНИМ НАБАВКАМА: СЛУЧАЈ СРБИЈЕ У ПРОЦЕСУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА¹

Резиме

Предмет рада су појавни облици и економске последице корупције у јавним набавкама. У првом делу рада изложен је важећи нормативни оквир борбе против корупције у Србији. Следи централни део рада у којем је фокус на појединим законским решењима која су се у пракси показала нарочито проблематичним у овом контексту, а тичу се изузетака од примене ЗЈН, техничких спецификација и преференција за домаће понуђаче. Последњи део рада бави се економским последицама анализираних законских решења, након чега следе закључна разматрања и предлози за унапређење позитивних законских решења у циљу ефикасније превенције корупције у јавним набавкама и омогућавања даљег усклађивања са прописима Европске уније.

Кључне речи: *Корупција. – Закон о јавним набавкама. – Економске последице. – Република Србија – Европске интеграције.*

І Увод

Јавне набавке представљају кључни инструмент помоћу којег државе обезбеђују економичну употребу јавних средстава ради задовоље-

* Асистент на Правном факултету Универзитета у Београду

** Сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Београду

1 Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду, „Идентитетски преображај Србије“. Захваљујемо Борису Беговићу, Добросаву Миловановићу и Ани Одоровић на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке и за изнете вредносне судове сnose искључиво аутори овог рада.

ња потреба од општег интереса. Ефикасан систем јавних набавки омогућава континуирано пружање квалитетних јавних услуга, изградњу инфраструктуре, привлачење инвестиција, као и несметану конкуренцију на тржишту добара и услуга, а све то уз „постизање највеће вредности за новац“.² Предуслов за постизање тих циљева је сузбијање различитих облика злоупотреба које могу знатно да умање позитивне ефекте јавних набавки – међу тим злоупотребама се посебно издваја корупција.

Према недавно објављеним подацима *Transparency International* о заступљености корупције у јавном сектору у 2017. години, Србија је од укупно 180 земаља које су биле под лупом те међународне организације заузела 77. место, са индексом перцепције корупције 41, чиме је назадовала у поређењу са претходном годином.³ Штавише, управо је област јавних набавки означена као „жариште“ корупције у Србији.⁴ О томе сведочи и последњи Извештај Европске комисије о напретку Србије, у којем се истиче да је „потребно уложити веће напоре за спречавање корупције у поступцима јавних набавки.“⁵ Имајући у виду значај јавних набавки за развој домаће привреде, као и стратешко опредељење Србије за чланство у Европској унији (ЕУ), које подразумева „усаглашавање прописа са директивама и другим актима Европске уније у области јавних набавки и њихово спровођење у пракси“,⁶ предузимање адекватних нормативних и

2 Добросав Миловановић, Вук Цуцић, Блаженка Стојановић, „Унапређење система јавних набавки у циљу побољшања пословног окружења“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ – 2016* (уредник Вук Радовић), Београд, 2016, 148.

3 Реч је о организацији посвећеној борби против корупције на глобалном нивоу. Заступљеност корупције у јавном сектору се мери на скали од 0 до 100, при чему је 100 најбољи резултат. Транспарентност Србија, Индекс перцепције корупције (CPI) 2017: Деценија стагнације, доступно на: <http://www.transparency.org.rs>, 23.02.18.

4 Наташа Тањевић, Марко Шпилер, „Кључни ризици за корупцију у јавним набавкама и против мере у правном оквиру Републике Србије“, *Безбедност* 58 (2), Београд, 2016, 132.

5 Д. Миловановић, В. Цуцић, Б. Стојановић, 154.

6 Стратегија развоја јавних набавки у Србији за период 2014–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12–УС, 72/12, 7–14–УС и 44/14, 2; Спречавање корупције у јавним набавкама је предмет два преговарачка поглавља – Поглавље 5 које се односи на јавне набавке и Поглавље 23 – Правосуђе и основна права. Србија је на трећој Међувладиној конференцији одржаној 18. јула 2016. године у Бриселу отворила преговарачко Поглавље 23, док је Поглавље 5 отворено на наредној, четвртој, Међувладиној конференцији, одржаној 13. децембра 2016. године, Влада Републике Србије, Канцеларија за европске интеграције, *Водич кроз преговоре Србије са Европском унијом*, Београд, 2017, 45, 86.

практичних мера за сузбијање корупције у јавним набавкама чини се императивним.

Циљ рада је предлагање одговарајућих измена важеће законске регулативе, на основу спроведене правно-економске анализе, како би се спречио настанак корупције у поступку јавних набавки. Циљу рада је уподобљена његова структура. Прво се разматра позитивно-правни оквир за сузбијање корупције у поступцима јавних набавки (II), након чега се анализирају кључни узроци корупције, а пре свега одредбе Закона о јавним набавкама (ЗЈН)⁷ које се односе на набавке које су изузете од примене ЗЈН, техничке спецификације и преференцијални третман домаћих понуђача (III). Посебно су размотрене економске последице корупције у јавним набавкама (IV), како би након свеобухватног објашњења законских одредби и њихових последица била изнета закључна разматрања и конкретни предлози за измену ЗЈН (V).

II Позитивно-правни оквир за сузбијање корупције у јавним набавкама

Упркос глобално распрострањеној свести о штетности корупције и потреби да се она искорени, не постоји њена универзално прихваћена дефиниција. То је последица изузетне сложености тог друштвеног феномена, као и чињенице да се у различитим правним системима под тим појмом подразумевају различити облици непожељног понашања.⁸

Због довољне ширине и флексибилности, у овом раду прихваћена је дефиниција Светске банке (СБ), према којој корупција подразумева „злоупотребу јавних овлашћења у циљу стицања личне користи“.⁹ У контексту јавних набавки, корупција се може означити и као „вертикална веза између јавног службеника који делује као купац у трансакцији и једног или више понуђача, који иступају као продавци“.¹⁰

7 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

8 The World Bank Group, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the WB*, Corruption and Economic Development, note 1, доступно на: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anti-corrupt/corruptn/cor02.htm#note1>, 10.02.18; Наведену дефиницију користи и Transparency International, *What is Corruption?*, доступно на: <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>, 10.02.18.

9 The World Bank Group, *Helping Countries Combat Corruption*.

10 Д. Миловановић, В. Цуцић, Б. Стојановић, 157; Више о различитим дефиницијама и елементима корупције вид. Борис Беговић, *Економска анализа корупције*, ЦЛДС, Београд, 2007, 49–75.

Иако не постоји сфера друштвеног живота која је у потпуности имуна на корупцију, област јавних набавки је нарочито подложна коруптивном деловању, из неколико разлога. Најпре, поступак јавних набавки је дуготрајан и сложен, обухватајући различите фазе од закључења до реализације уговора – што знатно отежава надзор и ствара погодно тло за развој агенцијског проблема.¹¹ Уз то, уговори који се закључују у поступцима јавних набавки по правилу су велике вредности, што додатно подстиче корупцију.¹² Најзад, на могућност настанка корупције утиче и мноштво ангажованих актера у поступку јавних набавки, а посебно блиска сарадња државних службеника и приватних партнера (јавног и приватног сектора).¹³ То нарочито имајући у виду да је одређивање критеријума за процену најповољнијег понуђача – као и одабир приватног партнера – неретко у домену дискреционих овлашћења државних службеника, што их чини „подложним“ различитим приватним, али и политичким утицајима.¹⁴

У националним оквирима, борба против корупције на нормативном фронту оличена је у бројним стратешким, законским и подзаконским актима.¹⁵ У том контексту, посебна пажња посвећена је управо спречавању злоупотреба у вези са поступцима јавних набавки. Тако, Национална стратегија за борбу против корупције јавне набавке третира као кључну област за „изградњу и јачање системских антикорупционих механизма“, због чега изискује приоритетно деловање.¹⁶ Осим тога, Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014 – 2018, као главне стратешке циљеве у вези са јавним набавкама прописује унапређење мера за сузбијање нерегуларности у поступцима јавних

11 Вид. Calogero Guccio *et al.*, „Institutional and Social Quality of Local Environment and Efficiency in Public Works Execution”, *Global Public Procurement Theories and Practices* (ур. Khi V. Thai), Springer International Publishing, Cham, 2017, 205–210.

12 У 2016. години, укупна регистрована вредност јавних набавки у Србији, на државном и локалном нивоу, је износила 335,2 милијарди динара, што је чинило 7,98% бруто домаћег производа. Вид. Извештај Управе за јавне набавке за период 1.1.2016 – 31.12.2016. године (Извештај УЈН), доступно на: <http://www.ujn.gov.rs/>, 26.03.18.

13 OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 2016, 6.

14 Више о дискреционим овлашћењима, вид.: Мирјана Дреновак Ивановић, *Дискрециона оцена у управном праву Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 36-40.

15 Вид. Далиборка Срећков, Данијела Бојовић, Милица Малетић, *Коментар измењеног и допуњеног Закона о јавним набавкама*, PublicAktiv, Београд 2015, 106.

16 Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године, *Сл. гласник РС*, бр. 57/2013.

набавки и борбу против корупције.¹⁷ Штавише, кривично законодавство посебно инкриминише корупцију у јавним набавкама.¹⁸

Најважнији пропис у области јавних набавки свакако је Закон о јавним набавкама. У примени од 1. априла 2013. године, ЗЈН је до сада мењан два пута, ради усклађивања са директивама ЕУ.¹⁹ Горе поменути стратешки циљеви су конкретизовани кроз велики број законских одредаби, при чему је посебно тежиште стављено на превенцију корупције, о чему сведочи и Поглавље II Закона – „Спречавање корупције и сукоба интереса“, које обухвата десет чланова (чл. 21 – 30). Цело поглавље је прожето захтевима за обезбеђивањем ефикасности, заштите конкуренције и веће транспарентности – три темељна начела ЗЈН.²⁰ Поред тих, значајне су и друге одредбе ЗЈН које су посредно усмерене на превенцију и сузбијање корупције. Ту спадају, примера ради, одредбе о електронској лицитацији (чл. 42 – 46 ЗЈН); оне којима се наручилац обавезује да пре покретања преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда прибави мишљење Управе за јавне набавке (УЈН) о основаности тог поступка (чл. 36) или оне које предвиђају дужи рок застарелости прекршаја у јавним набавкама (чл. 171).

Ипак, поједини аутори указују на то да амбициозно постављен нормативни оквир борбе против корупције у јавним набавкама није увек праћен жељеним резултатима у пракси.²¹ Наиме, истиче се да су поједине одредбе непрецизне услед чега су остале „мртво слово на папиру“ или се

17 Стратегија развоја јавних набавки, 20 – 21.

18 Кривични законик Републике Србије познаје кривично дело „Злоупотреба у вези са јавним набавкама“, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016, чл. 228.

19 Реч је о Директиви 2014/24/ЕУ о јавним набавкама (која уређује тзв. „класични сектор“) и Директиви 2014/25/ЕУ о набавкама од стране субјеката који послују у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга (тзв. „комунални сектор“). Обе директиве су донете 2014. године, али је рок за њихово „транспоноване“ у национална законодавства држава чланица био 18. април 2016. године. У контексту материје јавних набавки, значајна је и Директива 2014/23/ЕУ којом су прописана правила за доделу уговора о концесији у ЕУ, с тим што су у Србији јавне набавке у области концесија и јавно-приватних партнерстава (ЈПП) регулисане посебним Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама.

20 Вид. чл. 9, 10 и 11 ЗЈН.

21 Вид. *Предлог за измену Закона о јавним набавкама*, Топлички центар за демократију и људска права, доступно на: <https://transformator.bos.rs/vesti/254/predlog-za-izmenu-zakona-o-javnim-nabavkama.html>, 06.04.18.

не примењују у довољној мери.²² Осим тога, усклађивање са прописима ЕУ у овој материји није до краја успешно реализовано – док се у погледу извесних одредби неоправдано одступа од европских норми, у погледу других се врши пуко преписивање солуција из релевантних директива, без анализе њихове оправданости и практичне применљивости у домаћем правном амбијенту. Све то умањује ефикасност система јавних набавки и чини га, парадоксално, „у великој мери подложним корупцији“²³ – о чему ће бити више речи у наредном поглављу.

III Кључни разлози за настанак корупције у систему јавних набавки и механизми за њено сузбијање

Већ је указано на то да се корупција може јавити у свим фазама поступка јавних набавки – од планирања и закључења, па све до реализације уговора. Међутим, домаћа и упоредна пракса су показале да нарочито велики ризик за настанак корупције постоји у погледу набавки изузетих од примене строгих правила поступка за спровођење јавних набавки, у вези са формулисањем техничких спецификација предмета набавке, као и у погледу увођења преференцијала за домаће понуђаче.

1. Изузеци од примене Закона о јавним набавкама

Члановима 7, 7а, 122, 128 и 131е ЗЈН дефинисане су набавке добара, услуга или радова на које се не примењују одредбе Закона и има их укупно 17.²⁴ Реч је о веома хетерогеним случајевима у којима постоје оправдани разлози за ограничење правних дејстава Закона и поред тога што уговоре закључују квалификовани наручиоци²⁵ – нпр. због чињенице да у одређеној области свакако не постоји конкуренција у Србији, због потребе за хитним поступањем у ванредним ситуацијама или у циљу заштите безбедности и других важних јавних интереса.²⁶

Упркос томе што је реч о *изузетима*, пракса је показала да су набавке које су изузете од примене ЗЈН чиниле чак 32% укупне уговорене вредности

22 Као пример се наводе одредбе о прекршајном поступку или овлашћењима Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки да изриче новчане санкције. Вид. *Ibid.*, 06.04.18, 2.

23 *Ibid.*

24 Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 49.

25 Наручилац у поступку јавних набавки је дефинисан чланом 2 ЗЈН.

26 Детаљније о појединим изузецима од примене ЗЈН вид. Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 46-68, 433, 451-453.

у Србији током 2015. и 28% у току 2016. године.²⁷ У просеку, у последњих 10 година за које постоје статистички подаци (2007-2016), готово једна трећина укупне уговорене вредности у Србији је била изузета од примене закона којим је уређен поступак јавних набавки. Тај податак посебно забрињава имајући у виду чињеницу да се у тим случајевима у потпуности суспендују законом прописане процедуре јавних набавки, чиме се отвара широк простор за различите облике злоупотреба.

У појединим студијама је указано на потребу за смањењем броја изузетака које Закон тренутно предвиђа, како би се спречиле злоупотребе.²⁸ Нарочито проблематичним се сматра то што ЗЈН прописује три додатна изузетка која Директива 2014/24/ЕУ не познаје. Реч је о набавкама у случајевима елементарних непогода, набавкама добара од Републичке дирекције за робне резерве и набавкама добара и услуга у вези са израдом новчаница, идентификационих докумената и акцизних маркица.²⁹ Међутим, треба имати у виду да број изузетака није од кључног значаја за превенцију и сузбијање корупције, већ њихово правилно тумачење и примена у пракси. Неколико је предуслова за то.

Прво, неопходно је да се прописани изузеци тумаче рестриktivно, у складу са принципом *exceptiones non sunt extendendae*, при чему би терет доказивања да одређени случај треба да буде изузет од поступка јавне набавке требало да буде на квалификованом наручиоцу. Друго, потребно је да се у случајевима када је набавка добара или услуга изузета од примене ЗЈН обезбеди примена Законом прописаних начела – нарочито начела транспарентности – о чему у прилог говори и пракса Суда правде ЕУ.³⁰

27 Набавке на које се није примењивао ЗЈН биле су најзаступљеније код државних јавних предузећа (40%), јавних предузећа у локалној самоуправи (29%) и органа државне и општинске управе (17%), који су збирно учествовали са 86% у укупној вредности набавки изузетих од примене ЗЈН, Вид. Извештај УЈН, 06.04.18.

28 Вид. Саша Варинац, Иван Нинић, *Корупцијска мапа система јавних набавки у Србији*, Организација за европску безбедност и сарадњу Мисија у Србији, Београд 2014, 13–15.

29 ЗОН, чл. 7, ст. 1, т. 3, 5 и 7; Вид. Бојан Терзић, „Анализа начина дефинисања и тумачења изузетка од примене Директиве 2004/18/ЕЗ и Директиве 2014/24/ЕУ и начина примене тих изузетака у домаћој пракси са Предлогом измена одређених одредби Закона о јавним набавкама“, *Билтен правне праксе бр. 2 – 3/2015*, Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, Београд 2015, 157 – 161.

30 Вид. С-157/06 *Комисија против Италије* или С-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*, СИГМА, Одабране пресуде Суда правде Европске уније у области јавних набавки (2008 – 2014), јун 2014, стр. 27

Треће, постојеће изузетке је потребно прецизније дефинисати, како би се избегле недоумице приликом њиховог тумачења и опсега примене у пракси. С тим у вези, посебно проблематичним у домаћој пракси сматра се изузетак који је прописан чланом 128 ЗЈН у вези са набавкама у области одбране и безбедности. Наиме, поставља се питање када би спровођење поступка јавне набавке „довело до откривања информација које се сматрају кључним за безбедност“.³¹ У том контексту се чини корисним став Суда правде ЕУ да није довољна процена да су безбедносни интереси угрожени, већ да у сваком конкретном случају треба испитати да ли предметни случај потпада под прописани изузетак, да ли је неопходно предузети мере да би се заштитили безбедносни интереси, као и да ли је могуће предузети мере које су „мање интрузивне или мање рестриктивне по трговину“.³²

Потреба за додатним прецизирањем изузетака јавила се и у погледу набавки које су наручиоци у обавези да спроведу у складу са поступцима установљеним међународним уговором или другим актом на основу којег је настала међународна обавеза (чл. 7, ст. 1, т. 2, подт.1-3), као и набавки које се спроводе у складу са правилима утврђеним од стране међународних организација или међународних финансијских институција – уколико се у целини или већим делом финансирају од тих тела (чл. 7, ст. 1, т. 2а). Наиме, неспорно је да ратификовани међународни уговори у домаћем праву имају већу правну снагу од закона, због чега би први изузетак могао да се примени и да није као такав експлицитно наведен.³³ Међутим, у пракси се јавила дилема да ли је овај изузетак могуће применити у случају да међународни уговор није ратификован,³⁴ као и шта се подразумева под „другим актом на основу којег је настала међународна обавеза“.³⁵ Осим тога, поставило се питање на који начин се одређују правила набавке које финансирају међународне организације/финансијске институције и када ће се сматрати да су предметне набавке у *већем делу*

31 Вид. ЗЈН, чл. 128, ст. 1, т. 5.

32 Правила ЕУ за набавке у области одбране и безбедности нарочито су рестриктивна. Наиме, након доношења Директиве 2009/81/ЕЗ о набавкама у области одбране и безбедности 2009. године, изузетак од примене правила за спровођење јавних набавки примењује се само ако наручилац докаже да чак и специфично прилагођена правила Директиве 2009/81/ЕЗ нису применљива због „потребе заштите кључних безбедносних интереса државе чланице“. Вид. Одабране пресуде Суда правде Европске уније у области јавних набавки, 28.

33 Д. Срећков, Д. Бојовић, М. Малетић, 53.

34 Б. Терзић, 95.

35 Вид. Топлички центар за демократију и људска права, 06.04.18, 13-14.

финансиране од тих организација/институција.³⁶ То нас доводи до последњег предуслова за обезбеђивање интегритета поступка набавке у случају примене изузетака.

Наиме, потребно је темељно (пре)испитати да ли су сви изузеци из Директиве 2014/24/ЕУ применљиви у домаћем праву, односно да ли би у сваком од тих случајева могли да се обезбеде одговарајући контролни механизми како би се спречиле потенцијалне злоупотребе. Примера ради, државе чланице ЕУ имају обавезу да обавесте Европску комисију о међународним инструментима којима се налаже обавеза примене другачијих правила од оних која су прописана релевантним директивама, а она даље може предузети адекватне мере како би се спречило непотребно одступање од стандарда које прописују директиве.³⁷ Насупрот томе, држави кандидату за чланство у ЕУ описани механизам не стоји на располагању. Решење изложених дилема би требало да нађу своје место у изменама законских решења, имајући у виду честу праксу да се велики инфраструктурни пројекти спроводе управо на основу међународних уговора, а с обзиром на то да у датим случајевима постоји значајан ризик за настанак корупције.³⁸ О томе да је реч о посебно важном питању, говори и чињеница да је оно истакнуто као један од приоритета у предстојећем периоду, у Преговарачкој позицији за поглавље 5 – Јавне набавке.³⁹

2. Техничке спецификације као узрок корупције у јавним набавкама

На основу праксе Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, може се закључити да су техничке спецификације један од нај-

36 *Ibid.*

37 Тако, Европска комисија може тражити мишљење тзв. Саветодавног комитета за јавне уговоре, тела основаног у циљу разјашњења појединих питања у вези са закључивањем и реализацијом јавних уговора у пракси, а може покренути и поступак пред Судом правде ЕУ. вид. Б. Терзић, 87.

38 Вид. Транспарентност Србија, Што пре унапредити јавне набавке, доступно на интернет адреси: <http://www.transparentnost.org.rs/index.php/sr/aktivnosti-2/saoptenja>, 07.04.2018.

39 Истиче се да ће „посебна пажња бити усмерена на усклађивање посебних изузећа која нису у складу са правним тековинама ЕУ, попут изузећа од примене ЗЈН која се спроводе у складу са међународним споразумима, која су према ЕУ дозвољена само изузетно. До уласка у ЕУ међународни споразуми ће се ускладити, ревидирати, по потреби изменити“, Влада Републике Србије, Преговарачка позиција Републике Србије за Међувладину конференцију о приступању ЕУ за преговарачко Поглавље број 5 – јавне набавке, доступно на: <http://www.mei.gov.rs/srl/dokumenta/eu-dokumenta/pristupni-pregovori-sa-eu/>, 07.04.2018.

чешћих узрока неправилности у поступцима јавних набавки.⁴⁰ Као саставни део конкурсне документације, техничке спецификације представљају техничке захтеве – у погледу обима, квалитета, сигурности, амбалаже и др. – чији је циљ да омогуће набављање робе или услуга „на начин који је објективан и који одговара потребама наручиоца“.⁴¹

Имајући у виду да су одредбе о техничким спецификацијама у највећој мери усклађене са прописима ЕУ, решење изложеног проблема треба тражити у одговарајућој примени права. Наиме, потребно је обезбедити да техничке спецификације буду довољно јасне и прецизне како би понуђачи могли да сачине понуду, а да то истовремено не буде учињено на начин који ће довести до фаворизовања одређених понуђача – што би било противно начелима конкуренције и забране дискриминације. Међутим, велике проблеме у пракси ствара чињеница да нема ближих критеријума за утврђивање потреба наручиоца, а самим тим и објективности начина на који су техничке спецификације дефинисане. Увек када су добра или услуге дефинисани прецизније него што то налажу потребе наручиоца, постоји ризик да ће доћи до злоупотребе јавних овлашћења у циљу стицања личне користи. Уз то, без обзира на то да ли ће доћи до корупције у датом случају, прекомерно дефинисање увек има негативне економске последице по конкуренцију и представља одступање од општег начела економичности и ефикасности употребе јавних средстава, које прописује ЗЈН. У том смислу, похвална је пракса Комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, која је у више случајева оценила као основан захтев подносиоца који се односио на техничке спецификације које се нису могле оправдати са становишта објективне потребе наручиоца.⁴² Илустративан пример је одлука Комисије којом је установљено ограничење конкуренције злоупотребом техничких стандарда приликом набављања радара за потребе саобраћајне полиције. Наиме, у поступку одлучивања о поднетом захтеву за заштиту права понуђача установљено је да су техничке карактеристике радара, уз мања одступања, биле доступне на интернет страници правног лица

40 Вид. *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 6–7/2017 (Билтен 2017), 11.

41 Вид. ЗЈН, чл. 70, ст. 1; Закон ближе одређује техничке спецификације и њихово коришћење члановима 70, 71 и 72.

42 Вид. Билтен 2017, стр. 47–73; За сличне случајеве у Европској унији, вид. Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2007, 123–126.

из Новог Сада, које је једино могло да понуди производ са таквим карактеристикама.⁴³

Осим тога, позитиван помак је учињен и на нормативном плану, прописивањем да свако позивање на српске, европске или међународне техничке стандарде у конкурсној документацији мора да буде праћено додатком „или одговарајуће“.⁴⁴ Ипак, у циљу додатног унапређења законских одредаба, требало би обезбедити прецизније дефинисање начина на који се утврђује испуњеност услова који се тичу техничких спецификација (конкретних доказа који би понуђачи приложили). Осим тога, у стручним студијама се препоручује увођење законске одредбе на основу које би на наручиоцу набавке био терет доказивања да предмет уговора није могао да се опише на начин да спецификације буду довољно разумљиве понуђачима без прецизног навођења посебних елемената као што су робна марка, патент или слично.⁴⁵ Како би се додатно умањио ризик злоупотребе техничких спецификација од стране наручиоца и омогућила правилна примена права, неопходно је створити подстицаје између самих учесника на тржишту да уклоне асиметрију информација. То би се могло постићи кроз већу транспарентност конкурсне документације и кроз даље унапређење рада Комисије.⁴⁶ Као што је наведено у домаћој литератури, Комисија има кратке рокове за одлучивање о поднетим захтевима за заштиту права и често недовољно капацитета и стручног знања. Због тога је изнет предлог за формирање листе стручњака који би могли као спољни сарадници да буду ангажовани од стране Комисије и који би допринели ефикаснијој примени права.⁴⁷ Ипак, чини се да су одговарајући подстицаји једноставније и ефикасније решење. Због тога би требало размотрити и могућност повећања износа новчаних казни које се могу изрећи наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, као и могућности за подношење захтева за накнаду штете од стране понуђача, у случајевима

43 Вид. Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4–00–2980/2015.

44 Вид. ЗЈН, чл. 71, став 1; Рестрикције које се односе на коришћење техничких спецификација у поступку јавних набавки додатно су дефинисане члановима 72 и 73 ЗЈН.

45 Топлички центар за дипломатију и људска права, *Проблеми у примени Закона о јавним набавкама и предлози грађанског друштва за измене и унапређење постојећих решења*, 66.

46 Вид. Irena Georgieva, „Using Transparency Against Corruption in Public Procurement“, *Studies in European Economic Law and Regulation* (ур. Josephine van Zeben), Springer, Cham 2017, 259–262.

47 Вид. С. Варинац, И. Нинић, 33.

када Комисија утврди да је наручилац злоупотребио правила о употреби техничких спецификација.⁴⁸

3. Дискриминација страних понуђача у поступку јавних набавки

Посебно важан узрок корупције могу бити одредбе Закона које се односе на учешће страних понуђача у домаћим поступцима јавних набавки. Укупна вредност уговора који су додељени страним понуђачима у 2015. години износила је свега 2% укупне уговорене вредности у Србији, а у 2016. години 5%.⁴⁹ Без обзира на тај пораст вредности уговора који су додељени страним понуђачима, Србија је и даље далеко од европских стандарда који не предвиђају преференцијални третман.⁵⁰ Закон формално не дискриминише стране понуђаче приликом подношења понуде, међутим, члан 86 ЗЈН експлицитно предвиђа дискриминацију приликом разматрања и оцене понуде страног понуђача. Тако, на пример, приликом примене критеријума најниже цене: „наручилац мора изабрати понуду домаћег понуђача под условом да његова цена није већа од 5% у односу на најнижу понуђену цену страног понуђача“.⁵¹ При томе, у цену страних понуђача се увек урачунавају царинске дажбине, чиме се додатно умањује њихова конкурентност у односу на домаће понуђаче.⁵² Другим речима, ЗЈН омогућава посредно субвенционисање домаћих произвођача и, самим тим, ствара подстицаје за злоупотребу овлашћења од стране наручиоца у поступку јавних набавки. Уколико наручилац и понуђач знају да домаћа понуда мора бити прихваћена чак и ако садржи

48 Више о накнади штете у случају повреде прописа у поступку јавних набавки, вид. Hanna Schebesta, „Damages in EU Public Procurement Law“, *Studies in European Economic Law and Regulation* (ур. Josephine van Zeben), Springer, Cham 2016, 20–21.

49 Повећање учешћа страних понуђача у целини се заснива на расту учешћа понуђача из Европске уније које је повећано са 1% на 4%, док се учешће понуђача ван уније задржало на нивоу од 1% Вид. Извештај УЈН, 27.03.18.

50 Суштински посматрано, преференцијални третман у поступку јавних набавки у ЕУ се може добити само на основу субвенција. У Србији пак, истовремено постоје државне субвенције и преференцијални третман домаћих понуђача у поступку јавних набавки, што мултипликује алокативну неефикасност.

51 ЗЈН, чл. 86, ст. 3; Уколико је критеријум економски најповољнија понуда, наручилац мора изабрати понуду домаћег понуђача под условом да разлика у коначном збиру пондера није већа од 5 одсто у корист понуде страног понуђача; Важно је напоменути да се правила о преференцијалном третману не примењују у односу на стране понуђаче из земаља које су чланице ЦЕФТА споразума.

52 ЗЈН, чл. 86, ст. 5.

5% већу цену, стварају се снажни подстицаји за сарадњу између наручиоца и домаћег понуђача, што може резултирати у још мањој заступљености страних понуђача, у односу на то каква би била да нема простора за корупцију.

Имајући у виду чињеницу да страни понуђачи углавном имају веће трансакционе трошкове и да последично могу да конкуришу домаћим понудатама само ако су знатно ефикаснији, нема потребе за додатним отежавањем њиховог положаја. Уз то, без обзира на то да ли ће доћи до корупције или не, посредним субвенционисањем домаћих понуђача се одступа од начела економичности и, нарушавањем конкуренције, ствара алокативна и производна неефикасност. Уколико би Закон био измењен тако да не дозвољава дискриминацију страних понуђача, биле би умањене могућности за корупцију у јавним набавкама, а укупно друштвено благостање би било увећано, не само због сужавања простора за коруптивне радње, већ и услед увећања конкурентског притиска и умањења укупне алокативне и производне неефикасности.

IV Економске последице важећих законских решења

Поред могућности за настанак корупције које су већ размотрене, посебно је важно сагледати шири контекст и размотрити какве су економске последице корупције у јавним набавкама на нивоу домаће привреде. Правно-економском анализом је утврђено да услед корупције долази до увећања јавне потрошње и смањења ефикасности јавног сектора. Међутим, поставља се питање квантификације – у којој мери се увећава јавна потрошња услед корупције у поступцима јавних набавки, односно, колики део бруто домаћег производа (БДП-а) одлази на корупцију у поступцима јавних набавки, уместо да буде искоришћен у друге сврхе?

Према подацима Управе за јавне набавке, у периоду од 2007. до 2016. године, просечна укупна вредност јавних набавки на годишњем нивоу је износила 273 милијарде динара.⁵³

Укупне вредности јавних набавки за сваку годину у посматраном периоду од десет година су следеће:

53 Извештај УЈН, 27.03.18.

Табела 1.

Укупна вредност јавних набавки на годишњем нивоу ⁵⁴									
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
187,6	234	190,7	273,1	293,3	303,7	262,9	298,4	354,9	335,3

У истом периоду, просечна вредност БДП-а у Србији је износила 3.412,94 милијарде динара,⁵⁵ док су на годишњем нивоу забележене следеће вредности:

Табела 2.

Бруто домаћи производ по годинама ⁵⁶							
2007	2.355,1		2011	3.407,6		2015	4.043,5
2008	2.744,9		2012	3.584,2		2016	4.261,9
2009	2.880,1		2013	3.876,4			
2010	3.067,2		2014	3.908,5			

Поређењем вредности јавних набавки и БДП-а на годишњем нивоу, може се одредити њихов удео у бруто домаћем производу у посматраном периоду.

Табела 3.

Удео вредности јавних набавки у бруто домаћем производу									
2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
7,97%	8,52%	6,62%	8,90%	8,61%	8,47%	6,78%	7,63%	8,78%	7,88%

Уколико се упоредно посматрају сви изнети подаци, може се закључити и да је у периоду од 2007. до 2016. године, вредност јавних набавки у просеку чинила 8,02 % бруто домаћег производа.

На основу тих података, чак и ако се занемаре поједине штетне последице корупције у јавним набавкама и посматрају само трошкови у виду претпостављеног увећања цене коју плаћа наручилац – за само 10 %

54 Вредност јавних набавки је изражена у милијардама динара. Подаци су доступни на интернет страници Управе за јавне набавке, <http://www.ujn.gov.rs/>, 27.03.18.

55 Износ бруто домаћег производа је изражен у милијардама динара. Подаци су доступни на интернет страници Републичког завода за статистику, <http://www.stat.gov.rs>, 28.03.18.

56 Износ бруто домаћег производа је изражен у милијардама динара.

већу цену, јавна потрошња би била увећана за око 27,37 милијарди динара годишње, што износи 0,8 % БДП-а.⁵⁷ Поређења ради, према пројекцији Министарства финансија, постигнута уштеда у трогодишњем периоду примене Закона о смањењу плата и пензија износи око 60 милијарди динара, односно 1,5 % БДП-а (што је уштеда од око 20 милијарди динара годишње).⁵⁸ Стога, на макроекономском плану, нема сумње да корупција у поступцима јавних набавки у великој мери потири мере фискалне консолидације и доводи до успоравања привредног раста.⁵⁹

Имајући у виду ту симулацију, јасно је и да дискриминација страних понуђача, то јест прихватање до 5% веће цене домаћих понуђача доводи до директног увећања јавне потрошње. Корупција која може настати том приликом, као и корупција услед изузимања јавних набавки од примене Закона и злоупотребе техничких спецификација, може додатно допринети увећању јавне потрошње, смањењу ефикасности јавног сектора у пружању услуга и успоравању привредног раста. На основу расположивих података није могуће поуздано утврдити колико се сваке године увећа јавна потрошња у Србији услед кумулативног дејства сва три анализирана узрока корупције у јавним набавкама (изузети од примене ЗЈН, техничке спецификације и дискриминација страних понуђача),⁶⁰ али је на основу спроведене симулације јасно да то увећање није занемарљиво и да је потребно предузети одговарајуће правне мере у циљу спречавања корупције. На крају, рационализација јавне потрошње је свакако битан разлог за измену законске регулативе у области јавних набавки, али би требало имати у виду и дугорочне економске последице

57 Добијени износи су израчунати на основу просечних вредности БДП-а и учешћа јавних набавки у БДП-у, у посматраном периоду од 10 година (2007-2016).

58 Вид. Образложење у Предлогу закона о привременом уређењу основица за обрачун и исплату плата, односно зарада и других сталних примања код корисника јавних средстава, стр. 9. Доступно на:
http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/3796-14Lat.pdf, 10.04.2018.

59 Привредни раст је увећање реалног бруто домаћег производа одређене економије у односу на његову величину у претходном временском интервалу. Више о утицају корупције на привредни раст вид.: Peter Rangazas *et al.*, *The Macroeconomics of Corruption: Governance and Growth*, Springer International Publishing, Cham, 2018, 18–19, 159–191.

60 Између осталог, методолошки није могуће изоловати утицај корупције на повећање цене јавних набавки јер постоје и случајеви у којима долази до сарадње (дослуха) између понуђача. У тим случајевима долази до повећања цене коју плаћа наручилац, али основ повећања није постојање корупције већ повреда прописа о заштити конкуренције. Више о картелима и повреди права конкуренције, вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 44-55.

спречавања корупције у тој области, а пре свега повећање конкурентског притиска и последично већу ефикасност учесника на домаћем тржишту, што би даље повољно утицало на привредни раст.

V Закључак

Корупција онемогућава остваривање основних законских начела која се односе на поступак јавних набавки, а пре свих економичности и конкуренције. Због тога што погађа основна начела јавних набавки, корупција знатно утиче на смањење ефикасности јавног сектора и на увећање јавне потрошње. Правно-економском анализом је установљено да важећа законска решења у Србији нису у потпуности усклађена са прописима ЕУ у области јавних набавки и да би поједине одредбе требало изменити, не само због формалног поступка хармонизације у процесу европских интеграција, већ и због рационализације јавне потрошње.

Када су у питању изузеци од примене ЗЈН, препоручљиво је истовремено увести прецизније дефиниције и преиспитати потребу за постојећим бројем изузетака, како би удео јавних набавки на које се Закон не примењује био рационализован, што представља предуслов за смањење ризика од настанка корупције. За разлику од изузетака које предвиђа Закон, одредбе о техничким спецификацијама су у потпуности усклађене са релевантним директивама ЕУ и Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је успоставила завидну праксу у погледу тумачења и примене тих одредби. Ипак, уз одговарајуће подстицаје за учеснике у јавним набавкама, резултати би могли да буду бољи. Повећање износа новчаних казни које се могу изрећи наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, као и дефинисање могућности за подношење захтева за накнаду штете од стране понуђача, у случајевима када се утврди да је наручилац злоупотребио техничке спецификације, могли би да допринесу одговорнијем понашању свих учесника у поступку јавних набавки и смањењу корупције. Најзад, норме Закона које се односе на третман страних понуђача нису у складу са европским прописима и штетне су *per se*, јер умањују конкурентски притисак на домаћем тржишту и увећавају јавну потрошњу. Истовремено, због стварања правних баријера уласку, те норме стварају подстицаје за коруптивно понашање, пре свега наручилаца и домаћих понуђача. Тренутно се правила о преференцијалном третману не примењују једино на понуђаче из држава чланица ЦЕФТА споразума, а било би препоручљиво да домаћи законодавац у што краћем року суспендује одредбе о преференцијалном третману и у односу на понуђаче из других

држава. На тај начин би подстицаји за корупцију у јавним набавкама били умањени у великој мери, уз истовремено хармонизовање домаћих прописа са европским и смањење јавне потрошње.

Bojana TODOROVIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law

Nikola ILIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law

**THE LEGAL-ECONOMIC ANALYSIS OF CORRUPTION
IN PUBLIC PROCUREMENT: THE CASE OF SERBIA
IN THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION**

Summary

This paper analyzes the instances and economic consequences of corruption in public procurement. In the first part of this paper, the authors give an outline of the normative framework of the Republic of Serbia in this field. The central part of this paper focuses on examining certain aspects of the legal framework, considered particularly problematic in this regard – namely, derogations from the Public Procurement Act, rules on technical specifications and those pertaining to the discriminatory treatment of foreign bidders in public procurement procedures. The final part of the paper deals with economic consequences of the analyzed legislation, and the authors conclude by suggesting the appropriate modifications to the existing framework in order to enhance the prevention of corruption in public procurement and accomplish full alignment with the EU acquis.

Keywords: *Corruption. – Public Procurement Act. – Economic Consequences. – The Republic of Serbia. – European Integration.*

ОСИГУРАЊЕ И АРБИТРАЖЕ

Владимир ЧОЛОВИЋ*

ВРЕМЕНСКО ОГРАНИЧЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ОСИГУРАВАЧА

- примена *claim's made* клаузуле код осигурања
од одговорности -

Резиме

По одредбама Закона о облигационим односима, код осигурања од одговорности осигурани случај настаје када оштећено лице поднесе захтев за накнаду. Међутим, у Преднацрту Грађанског законика Србије се осигурани случај код осигурања од одговорности дефинише на двојак начин, као тренутак наступања штетног догађаја и као тренутак подношења захтева. Саме странке у уговору о осигурању ће одредити тренутак наступања осигураног случаја. У вези са тим, поставља се питање примене *claim's made* клаузуле у нашем законодавству и пракси, имајући у виду да је осигурање од одговорности специфично и да оштећено лице није странка у уговору. Да ли је примена *claim's made* клаузуле оправдана и да ли се на исти начин може примењивати код свих врста осигурања од одговорности је основно питање које се поставља у раду. Осим тога, аутор анализира и решење Преднацрта Грађанског законика Србије о примени ове клаузуле и истиче одређене недоумице које се појављују у одредбама овог акта.

* Аутор је научни саветник, Институт за упоредно право, Београд.

Кључне речи: осигурање од одговорности, осигуравач, осигураник, оштећено лице, *claim's made* клаузула, *loss occurence* клаузула.

* * *

Једно од основних питања које се поставља код дефинисања обавезе осигуравача као странке у уговору о осигурању, јесте питање осигураног случаја, тј. питање када се он догодио и у ком тренутку ће, након тога, настати обавеза осигуравача. Кад настане осигурани случај који мора бити предвиђен уговором о осигурању, а на основу општих и посебних услова осигурања, као и закона, настаје и обавеза осигуравача на накнаду штете која је произашла из тог догађаја. Због тога често користимо и израз штетни догађај, уместо осигурани случај, имајући у виду да се осигураним случајем сматра само онај штетни догађај који је предвиђен наведеним актима. Напред смо рекли да осигурани случај мора бити дефинисан уговором о осигурању, што значи да ће осигуравач бити у обавези, само, по оном осигураном случају, који је предвиђен тим уговором. Код нас Закон о облигационим односима (даље: ЗОО)¹ дефинише све аспекте уговора о осигурању, па самим тим одређује и осигурани случај као догађај који се тако дефинише и који ствара обавезу осигуравача.² Осим тога, ЗОО одређује да осигурани случај представља догађај који мора да буде будући и неизвештан, као и независан од воље уговарача.³ Са друге стране, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (даље: ГЗ)⁴ дефинише осигурани случај на конкретнији начин од ЗОО. Наиме, осигурани случај се у ГЗ дефинише као догађај који настаје остварењем осигураног ризика,⁵ чиме осигурани случај ближе везује за уговор о осигурању. Наиме, ГЗ дефинише да ризик мора бити обухваћен осигурањем и да он мора да буде будући и неизвештан, као и независан од воље уговарача.⁶

Међутим, код других врста осигурања, осигурани случај се не дефинише на наведени начин, односно, његово дејство, које се огледа у обавези осигуравача, везује се за други моменат. Наиме, код осигурања

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

2 Члан 897 ЗОО.

3 Члан 898, ст.1 ЗОО.

4 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, текст преузет са: http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html; 05.04.2018.

5 Члан 1392 ст.1 ГЗ.

6 Члан 1391 ГЗ.

од одговорности, осигуравач је у обавези од оног тренутка, када му оштећено лице поднесе захтев за накнаду штете. Оно што ову врсту осигурања издваја, односи се на треће оштећено лице које није учесник уговора о осигурању, већ се појављује као лице које подноси захтев за накнаду штете. Кад се догоди осигурани случај, односно, ако се оствари право оштећеног лица на накнаду штете, оно произлази из одговорности осигураника. Исто тако, овај уговор се не тиче конкретне имовине осигураника, већ могућности смањења те имовине, чија се вредност не може одредити у тренутку закључења уговора, јер осигурани случај „погађа“ имовину трећег оштећеног лица.⁷ Оно што је важно истаћи односи се и на временски период између дана, када је настао осигурани случај и дана, када је могуће одредити наведени захтев, по питању износа, који може бити дужи, па се, самим тим, продужава време у коме оштећено лице може сазнати све елементе штетног догађаја. Значи, оштећено лице опредељује штету и он подноси захтев ли одговорном лицу – осигуранику, односно, осигуравачу. Због тога се другачије и одређује осигурани случај код ове врсте осигурања.

Самим тим, ЗОО дефинише да ће, код осигурања од одговорности, осигуравач бити у обавези да надокнади штету, само ако оштећено лице захтева исту, односно, ако поднесе захтев за накнаду.⁸ Са друге стране, ГЗ одређује да ће обавеза осигуравача, код ове врсте осигурања, наступити или у моменту наступања штетног догађаја, који представља осигурани случај или у моменту подношења захтева за накнаду, а осигуравач је дужан да приликом закључења уговора обавести осигураника који ће се догађај сматрати релевантним.⁹ Осим тога, ГЗ одређује да, ако се ради о осигурању грађанске одговорности (ван професионалне активности), тада ће се осигурани случај везати за тренутак наступања штетног догађаја.¹⁰ Видимо да ГЗ, код дефинисања осигураног случаја у оквиру осигурања од одговорности, разликује професионалну од грађанске одговорности, као и да дефинисање осигураног случаја код осигурања професионалне одговорности препушта осигуравачу или странкама, односно, општим условима осигурања.

* * *

7 З. Петровић, В. Чоловић, Н. Мрвић-Петровић, *Обавезна осигурања у саобраћају и накнада штете*, Београд 2010, 23.

8 Члан 940 ЗОО.

9 Члан 1458 ст. 1 и 4 ГЗ.

10 Члан 1458 ст. 2 ГЗ.

Због наведених одређивања осигураног случаја код осигурања од одговорности које налазимо у одредбама ГЗ, осврнућемо се, касније, на поједине клаузуле које налазимо у уговорима о осигурању одговорности, које дефинишу моменат наступања обавезе осигуравача. Наведене клаузуле налазимо, пре свега, у страној пракси.

І Обавеза осигуравача и осигурани случај

Да би могли да говоримо о обавези осигуравача, морамо, прво, дефинисати шта се подразумева под осигураним случајем. Друго питање се односи на потребу разликовања осигураних случајева у зависности о којој врсти осигурања се ради. Ако говоримо о дефиницији осигураног случаја, уопште, рећи ћемо да је осигурани случај штетни догађај који је предвиђен уговором о осигурању. Али, ако кажемо да осигурани случај није исти код различитих врста осигурања, онда говоримо, пре свега, о специфичним врстама осигурања, као што је осигурање од одговорности. Као што смо рекли, код ове врсте осигурања, морамо разликовати момент настанка штете од момента подношења захтева за накнаду од стране оштећеног лица. Подношење захтева за накнаду неће аутоматски довести до обавезе осигуравача, ако осигурани случај није настао у време покрића, односно, осигуравач неће бити у обавези и ако је осигурани случај настао за време трајања уговора о осигурању, ако није поднесен захтев за накнаду.¹¹

У вези са наведеним, дефинисање ограничења обавезе осигуравача, било да је оно временско, што нас, пре свега, интересује или се ради о ограничењу суме осигурања, зависи од дефинисања природе одговорности осигуравача код ове врсте осигурања. Наиме, код осигурања од одговорности се одговорност преноси са потенцијалног штетника на осигуравача. Према оштећеном трећем лицу, осигуравач одговара по правилима о уговорној одговорности у примарној парници, како ову одговорност дефинишу неки аутори. Ради се о захтеву за накнаду штете оштећеног лица према осигуравачу.¹² У секундарној или регресној парници, када је тужилац осигуравач, а тужени штетник – осигураник, питање регреса се утврђује по правилима о деликтној одговорности.¹³ Код осигурања од

11 Л. Беланић, „Уговор о осигурању од одговорности организатора шпорског натјечања“, *Зборник Правног факултета у Сплиту*, год. 48, бр. 4/2011, 852-853.

12 Ово право произлази из директног захтева, односно, из директне тужбе према осигуравачу.

13 Ј.Салма, „Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, 70.

одговорности имамо уговорни пренос одговорности са штетника на осигуравача поводом предвиђених ризика, који могу да буду дефинисани законом или уговором, када те ризике дефинишу општи услови осигурања. Наравно, тај пренос је праћен плаћањем премије осигурања, а сума осигурања треба да буде једнака насталој штети. Овде је присутан принцип накнаде штете, што значи да се надокнађује од стране осигуравача само настала штета. Уговорна одговорност која се преноси на осигуравача има посебну природу, јер не одговара за штету штетник – одговорно лице, бар примарно, већ осигуравач. Но, као што смо рекли, сам осигуравач, може у секундарној парници да покрене поступак против штетника – осигураника након исплате накнаде оштећеном лицу, ако се испуне услови за то. Значи, код осигурања од одговорности, примарни субјект одговорности је осигуравач.¹⁴

Кад је у питању осигурани случај, треба, прво, рећи да се често праве грешке код дефинисања овог појма, па се осигурани случај поистовећује са појмом ризика, што се чини некад и од стране законодавца. То се чини и код дефинисања случајева искључења осигурања ризика за које се зна да су се већ остварили. Некада се појам осигурани случај користи да би се одредио тренутак од кога се рачуна рок застарелости. Уопште, са становишта странака у уговору, осигурани случај се везује за трајање тог уговора и за чињеницу да ли покриће осигурања важи током његовог трајања. Неки аутори кажу да покриће осигурања постоји када се постави захтев за накнаду,¹⁵ са чиме се не би могли сложити. Покриће осигурања постоји за време трајања уговора, а обавеза осигуравача ће настати тек кад се поднесе захтев за накнаду од стране оштећеног лица, иако овде можемо изразити недоумицу, имајући у виду регулисање ове материје у другим земљама, затим решење у ГЗ, као и различите врсте осигурања од одговорности. Поменућемо да се код неких осигурања, осигурани случај схвата као одређивање обима франшизе коју сноси осигураник, као и одређивање висине накнаде коју плаћа осигуравач.¹⁶ Са тиме се, такође, не би могло сложити, обзиром да се осигурани случај везује за штетни догађај који је дефинисан у уговору о осигурању.

14 Ј.Салма 83.

15 Ch. S. Chrissanthis, „Смисао и значај појмова „осигурани догађај“, „осигурани случај“, „ризик“ и „незгода“ у поредном праву осигурања“, *Ревија за право осигурања* бр. 3/2007, 18.

16 *Ibidem*.

II *Claim's made* клаузула

Claim's made клаузула је део општих услова о осигурању која ограничава покриће осигурања. Наиме, ова клаузула предвиђа да се под осигураним ризиком подразумева само онај штетни догађај који је пријављен од стране оштећеног, односно, поводом кога је поднесен захтев за накнаду штете у периоду трајања уговора о осигурању или у одређеном року након истека уговора. *Claim's made* клаузула одређује да осигурани случај код осигурања од одговорности има два облика, кад је у питању моменат његовог настанка. Први или чисти облик дефинише да ће осигурани случај настати, ако је први захтев за накнаду предат у време покрића осигурања, као и да је сам штетни догађај настао у том периоду, тј. у периоду трајања осигурања. Постоји и проширени чист облик, који дефинише да осигуравач мора да прими захтев за накнаду штете, који је, иначе, упућен осигуранику, најкасније у року од једног до три месеца након истека уговора о осигурању. Овај облик не иде у прилог оштећеном лицу, имајући у виду да се мора у одређеном року (доста кратком) након истека уговора о осигурању, предати захтев за накнаду осигуравачу, па су се, због тога, појавили мешовити облици везани за настанак и дејство осигураног случаја. Код ових облика се, пре свега, дефинишу проширења у смислу ретроактивног дејства, односно, покривања штетних догађаја, у смислу да штета (штетна радња) може да настане и пре почетка дејства покрића осигурања, с тим да осигураник није могао да зна за тај догађај. Тај облик се назива и ретроактивни датум, који зависи и од појединачних случајева покрића осигурања. Овај облик, у ствари, представља клаузулу *extended reporting period*.¹⁷ Постоји и друга варијанта наведене клаузуле која се односи на ситуацију када се захтев за накнаду поднесе осигуранику и након истека уговора. То могу бити периоди од два или, чак, шест месеци од дана истека уговора о осигурању.¹⁸

Исто тако, постоји и клаузула *supplemental extended reporting period* која се односи на продужетак времена покрића након истека уговора о осигурању, што значи да, док траје период покрића, може се поднети захтев за накнаду. Код овог облика, период пријављивања штете је различит и креће се од једне године па надаље.¹⁹ Оно што, увек, може представљати проблем код мешовитих облика јесте комбинација разли-

17 М. Виршек, „Осигурање цивилне одговорности са посебним освртом на словеначко право и праксу осигурања“, *Ревивија за право осигурања* бр. 1-2/2008, 42.

18 *Ibidem*.

19 М. Виршек, 42-43.

читих елемената који се појављају у оквиру њих, односно, да ли ће се осигураним случајем сматрати сам штетни догађај или подношење захтева за накнаду. Други проблем се може везати за висину суме осигурања, која се, најчешће, везује за настанак осигураног случаја. Исто тако, може настати ситуација, када осигураник у току трајања покрића осигурања, замени осигуравача, када се може десити и одређена празнина када је у питању покриће,²⁰ у зависности од тога када је раскинут претходни уговор о осигурању, када је дошло до закључења новог уговора, који период ће покривати нови уговор, да ли је дошло до преузимања уговора о осигурању, односно, преноса, итд. У сваком случају, свако ограничење времена у коме се може поднети захтев за накнаду користи осигуравачу. Иначе, *claim's made* клаузула се назива и начело пријаве захтева за накнаду од стране трећег оштећеног лица.

Са друге стране, постоји и клаузула *loss occurence*, која се односи на чињеницу да ће осигурани случај постојати, ако се штета десила за време трајања уговора о осигурању, без обзира да ли је и када поднесен захтев за накнаду, односно, тај захтев може бити поднесен и након истека уговора.²¹

Да би *claim's made* клаузула могла да буде део уговора о осигурању, односно, општх услова, потребно је, пре свега, да буде регулисана прописима. Исто тако, код ове клаузуле је веома битно дефинисање осигураног случаја. Морамо имати на уму да се осигурани случај може везати за неколико момената, као што су моменат када је извршена штетна радња, моменат настанка штете, моменат када је осигуравач сазнао за настанак штете, моменат подношења захтева за накнаду од стране оштећеног, итд.

Иначе, *claim's made* клаузула је карактеристична за англосаксонско право и праксу и та клаузула је део уговора различитих врста осигурања од одговорности, а нарочито професионалне одговорности. Ова клаузула добија на значају и у другим правним системима. Главни разлог за присутност ове клаузуле је лакша процена ризика од стране осигуравача, обзиром да помоћу ње одређују престанак сопствене обавезе по уговору. То је посебно битно код осигурања од одговорности, имајући у виду захтев за накнаду штете који се може поднети по осигураном слу-

20 М. Виршек, 43.

21 М. Ђурковић, *Claim's made* клаузула, 31.10.2017., <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?18687>, 02.04.2018.

чају из ове врсте осигурања и након дужег времена, иако се сама штета (штетна радња) догодила за време трајања уговора.²² Међутим, ова клаузула је изазвала пажњу и у италијанској судској пракси.

III *Claim's made* клаузула у италијанској судској пракси

У италијанској пракси, а у вези примене члана 1917. Грађанског законика, који није предвиђао *claim's made* клаузулу, судови су, супротно, прихватили принцип разликовања ове клаузуле на потпуне (чисте) и непотпуне. Тако, чисте клаузуле су покривале штете за које су захтеви поднесени у периоду важности уговора, без обзира на то када се догодио штетни догађај. Тиме се, у ствари, уводи нови модел осигурања који је другачији у односу на дотадашње регулисање осигурања од одговорности, а то је тзв. осигурање за „преузету“ одговорност. Уколико имамо, тзв. непотпуну *claim's made* клаузулу, онда она пружа покриће осигурања за договорен период покрића осигурања, кад се она не односи на штетне догађаје унутар трајања уговора о осигурању.²³ Значи, у италијанској пракси је *claim's made* клаузула, на неки начин, прихваћена. Наиме, она се сматрала отежавајућом околности за осигураника, а уговарач осигурања је, због тога, морао два пута да потпише полису. Због тога се *claim's made* клаузула сматра специфичном клаузулом и њена допуштеност мора да се оцењује по сваком предмету, односно, осигураном случају, а што зависи и од врсте професионалне одговорности која се осигурава (ако се ради о тој врсти осигурања). Проблем је у томе што та клаузула ограничава одговорност осигуравача. Међутим, они који ову клаузулу сматрају допуштеном, сматрају да та клаузула, као и остале клаузуле које се односе на временско ограничење ризика нису отежавајуће за осигураника, јер се не односе на ограничавање одговорности осигуравача, већ ограничење ризика. Значи, *claim's made* клаузула уопште не доводи до непотпуног или делимичног извршења обавезе од стране осигуравача. У одређеним случајевима, ова клаузула може омогућити признавање захтева за накнаду штете који су поднети за време трајања уговора, а који се односе на штетне догађаје настале пре почетка важења уговора, а за које осигураник није знао.²⁴ Поменућемо одлуку Врховног суда Италије број 2872 од 13.02.2015.године којом је потврђена већ прихваћена судска пракса, по

22 М. Ђурковић, *Claim's made* клаузула.

23 S. Landini, „The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts“, *The Italian Law Journal*, vol. 02, no. 02, 2016, 511.

24 М. Ђурковић, *Claim's made* клаузула.

којој је *claim's made* клаузула у уговорима о осигурању од одговорности важећа. *Claim's made* клаузула се не може сматрати рестриктивном клаузулом, јер она не дефинише ограничење одговорности осигуравача, већ дефинише обим покрића, одређујући који захтеви за накнаду штете треба да буду исплаћени. А одлука Апелационог суда у Риму бр. 312 од 18. 01. 2012. године се односи на једну празнину у вези које Врховни суд Италије није одлучивао. Наиме, ако би се утврдило да је *claim's made* клаузула неважећа, онда би та чињеница имала дејство на цео уговор о осигурању и тада би осигураник могао да тражи плаћену премију назад, али не би било обештећења, ако би се догодио осигурани случај. Ако се споразум о *claim's made* клаузули не постигне између уговорних страна, тада уговор не би могао да буде валидан у складу са чланом 1419 Грађанског законика, јер се онда не би могло прихватити да је осигуравач преузео ризик, ако би био предвиђен исти износ премије. Самим тим би се сматрало да је у уговору прихваћена клаузула *loss occurence*. Разлог томе је што је премија осигурања пропорционална предвиђеној *claim's made* клаузули која одређује обим обавезе осигуравача у одређеном временском периоду, што значи да, супротно, она не би била пропорционална клаузули *loss occurence*. Тада би та премија морала да узме и већи период у којем би оштећено лице могло да постави захтев за накнаду штете.²⁵ Закључак који се намеће из наведених одлука односи се на обавезно уговарање *claim's made* клаузуле, односно, на обавезан пристанак обе уговорне стране на примену исте, када ће она бити важећа, као и на утицај прихватања *claim's made* или *loss occurence* клаузула на износ премије. Одређивање временског периода у коме ће осигуравач бити у обавези да исплати штету ће директно утицати и на предвиђање износа премије. Са друге стране *loss occurence* клаузула ће довести и до одређивања веће премије обзиром да је период у коме ће осигуравач бити у обавези дужи.

IV *Claim's made* клаузула у законодавству Србије

Напред смо рекли да ЗОО одређује да ће код осигурања од одговорности, осигурани случај постојати, ако оштећено лице поднесе захтев за накнаду. То значи, да ако оштећено лице не поднесе тај захтев, осигурани случај неће ни постојати. ЗОО, самим тим, не дефинише осигурани случај код ове врсте осигурања, јер не одређује када тај догађај настаје.

25 G. Bartalini, G. C. Sessa, Claim's made clause,
<https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/eec1ce1a-57d0-4062-9b60-2b044965a322.pdf>, 06.04.2018.

Осим тога, осигурани случај се везује само за подношење захтева за накнаду осигуравачу, а не и осигуранику. Значи, ЗОО не предвиђа *claim's made* клаузулу.

Са друге стране, ГЗ јасно предвиђа *claim's made* клаузулу код осигурања од одговорности.²⁶ Наиме, ГЗ одређује да се уговором може предвидети да осигурани случај наступи у моменту подношења захтева за накнаду штете од стране оштећеног лица, ако је штетни догађај настао у време трајања уговора и када је први захтев за накнаду поднесен осигуранику као одговорном лицу или његовом осигуравачу између првог дана када покриће осигурања заснива дејство и истека додатног рока од дана престанка уговора о осигурању. У ГЗ су предложене алтернативе када је у питању додатни рок за подношење овог захтева, који не може бити краћи од 3, 5 или 10 година, што, наравно, везујемо, за споразум странака кад је у питању предвиђање *claim's made* клаузуле. Осим тога, ГЗ предвиђа да висина покрића не може бити мања од покрића које је захтевано у години која претходи датуму престанка уговора. Исто тако, ГЗ одређује да посебним законом могу бити предвиђени услови дужег рока за подношење захтева за накнаду, као и већег додатног покрића за поједине врсте осигурања. У одредби ГЗ се не наводи којих осигурања, а требало је, без обзира што се одредба налази у одељку који је посвећен осигурању од одговорности, да у члану наведе да се ради само о појединим врстама осигурања од одговорности. Наравно, ГЗ предвиђа да осигуравач неће накнадити штету, ако се утврди да је осигураник знао за постојање штетног догађаја у време закључења уговора. Ако истекне уговорени додатни рок за подношење захтева за накнаду штете, а исти не буде поднесен, право на његово подношење престаје и осигуравач се ослобађа обавезе по том штетном догађају.

Одредба ГЗ о везивању осигураног случаја за моменат подношења захтева за накнаду заслужује неколико примедби. Пре свега, услов да ће моћи да се поднесе захтев за накнаду у додатном року уз испуњење два услова није јасно одређен. Наравно, осигурани случај ће постојати ако је штетни догађај настао за време трајања уговора. Но, није јасно дефинисан други услов који се односи на подношење првог захтева. Наиме, требало је навести у одредби да ће ово право постојати, ако је поднесен захтев осигуранику или осигуравачу у периоду од почетка дејства уговора о осигурању (то је и почетак дејства покрића осигурања) и истека додатног рока. Није требало наводити од дана „престанка уговора о осигурању“;

26 Члан 1460 ГЗ.

имајући у виду да је само предвиђање додатног рока везано за период који почиње након престанка трајања уговора о осигурању. Друго, код уговореног додатног рока су дате алтернативе, када је у питању трајање тог рока. Није речено да ли се ради о избору једне од три солуције, које ће бити прихваћене у коначном тексту или се ради о три рока које стоје на располагању уговарачима, односно, које могу бити дефинисане и у општим условима осигурања. Исто тако, у ГЗ се наводи да се могу законом (ми би додали посебним, како би било јасније да се ради о другом закону, а не о ГЗ) предвидети услови за предвиђање додатног рока за подношење захтева за накнаду, као и веће додатно покриће. Овде је у ГЗ показана недоследност. Наиме, предвиђање *claim's made* клаузуле је дефинисано у уговору и ГЗ је јасан по питању да се осигуравач и уговарач осигурања договарају о томе. Да ли би посебни закон који би регулисао једну од врста осигурања од одговорности требало да дефинише те услове или би требало да то препусти уговарачима, односно, општим условима који би требало да дефинишу те услове. Осим тога, у том делу одредбе се наводи да странке у уговору могу предвидети и веће додатно покриће. Смаграмо да додатно покриће треба да прати и плаћање веће премије осигурања, па је то требало навести.

Можемо закључити да у нашем законодавству (ЗОО) није допуштена *claim's made* клаузула. Но, ГЗ предвиђа ову клаузулу, али уз одређене недоумице, које би требале бити решене, пре свега, општим условима осигурања. У сваком случају, ако није другачије уговорено, обавеза осигуравача настаје у тренутку настанка штетног догађаја, а везивање осигураног случаја за подношење захтева за накнаду, мора се посебно уговорити, што значи да постоји значајно одступање од ЗОО у овој области.

V *Claim's made* клаузула и питање застарелости у законодавству Србије

Истаћи ћемо још и питање застарелости код подношења захтева за накнаду код осигурања од одговорности. Говорећи о недопуштености *claim's made* клаузуле по ЗОО, морамо истаћи одредбу члана 380, која регулише случај, кад оштећено лице захтева накнаду од осигураника, тј., кад добије накнаду штете од њега. По тој одредби, застарелост за подношење захтева за накнаду штете од стране осигураника према осигуравачу почиње да тече од дана, када је оштећено лице захтевало судским путем накнаду од осигураника, односно, од дана кад му је осигураник платио

штету. Исти члан 300 регулише да непосредан захтева оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигуранику који је одговоран за штету.²⁷ ГЗ одређује да ће застарелост подношења захтева осигураника према осигуравачу почети да тече од дана, кад је осигураник накнадио штету оштећеном лицу на основу пресуде или вансудског поравнања.²⁸ Што се тиче подношења непосредног захтева за накнаду (директне тужбе), право оштећеног на подношење истог против осигуравача, застарева за исто време, за које застарева подношење тог захтева према осигуранику који је одговоран за настапак штете.²⁹ Ни 300, као ни ГЗ нису предвидели посебна правила за специфичности везаних за настанак осигураног случаја код осигурања од одговорности.

VI Оправданост примене *claim's made* клаузуле

Прво питање које се поставља код примене *claim's made* клаузуле, јесте коме она иде у прилог од странака. Чињеница је да она, највише, иде у прилог осигуравачу који је обавезан, само, ако му се оштећено лице обрати са захтевом у одређеном временском периоду. Са друге стране, осигураник је заштићен, самим тим, што је закључио ову врсту уговора о осигурању. Ова клаузула најмање користи оштећеном лицу који мора, да би штету наплатио, поднети захтев за накнаду у тачно одређеном периоду.

Друго питање се односи на могућност осигуравача да отклони штету ослањајући се на ову клаузулу која одређује ограничење рока за откривање и пријаву штете.³⁰ Код осигурања имовине, осигурани случај је само физичко оштећење или губитак предмета осигурања. Али, код осигурања од одговорности, осигурани случај се односи на оно што је у уговору о осигурању одређено као штетни догађај код ове врсте осигурања. Странке могу уговором дефинисати осигурани случај, као и штету, по својој слободној вољи. Исто тако, оне могу споразумно одредити када настаје право осигураника на штету из осигурања.³¹ Схватање да се настапак осигураног случаја везује за подношење захтева за накнаду од стра-

27 Члан 380, ст. 4 и 5 300.

28 Члан 1500 ГЗ.

29 Члан 1501 ГЗ.

30 А. В. Падован, „Клаузула типа „claim's made“ у уговору о осигурању одговорности бродоуправљача по хрватском праву“, *Зборник радова „Дани хрватског осигурања*, 2014, 60.

31 А. В. Падован, 62.

не оштећеног лица објашњава и *claim's made* клаузулу и, једним делом, природу осигурања од одговорности. По том схватању, осигурани случај не настаје из штетног догађаја или штете, већ из права оштећеног лица да поднесе захтев за накнаду штете. Уопште, оштећено лице има право да поднесе захтев за накнаду, али од њега зависи да ли ће то и учинити. Коришћење тог права активира обавезу осигуравача, иако то право може утицати и на смањење имовине осигураника. По овом схватању, осигурани ризик се реализује чим се оштећено лице позове на одговорност осигураника, без обзира да ли захтев за накнаду има основ или не.³²

Треће питање се односи на дефинисање примене *claim's made* клаузуле у односу на могућност подношења захтева за накнаду. Ако је период између штетног догађаја и подношења захтева за накнаду штете велики, погоднија је за примену *claim's made* клаузула. У супротном, боље је применити клаузулу *loss occurrence*³³. Но, кад говоримо о исплати штете трећем лицу, осигуравач ће је исплатити, ако се осигурани случај догодио за време трајања уговора о осигурању, али, увек, морамо имати у виду и оно што уговор о осигурању одговорности предвиђа.³⁴

* * *

Већ смо рекли да, код осигурања од одговорности, морамо разликовати професионалну одговорност. Уосталом, то чини и ГЗ. Да ли дефинисањем два облика одговорности, у ствари, везујемо примену *claim's made* клаузуле за осигурање професионалне одговорности. У пракси се уговара *claim's made* клаузула код осигурања одговорности директора и службеника, одговорности медицинског особља, одговорности код пружања правне помоћи (осигурање правне заштите), одговорности везане за запошљавање, одговорности у вези коришћења интернета, одговорност код коришћења производа, итд³⁵.

VII Закључак

Осигурани случај се код осигурања од одговорности може везати за два момента - наступање штетног догађаја или подношење захтева за накнаду од стране оштећеног. Да ли ће у уговору о осигурању бити одре-

32 А. В. Падован, 61

33 S. Landini, 510.

34 S. Landini, 511.

35 D. M. Minkoff, „Practical Issues In Enforcement of Claims-Made Policies: Timing is Everything, Claims Made and Professional Liability Insurance Coverage“, *Pennsylvania Bar Institute* 2014, 5.

ђен један или други моменат, зависи од уговорних страна, што доводи оштећеног у незавидан положај, имајући у виду да он није уговорна страна. ЗОО није дефинисао осигурани случај код ове врсте осигурања на наведени начин, али то чини ГЗ, чиме уводи у законодавство *claim's made* клаузулу.

Примена *claim's made* клаузуле, као и других клаузула, које, у ствари, представљају модификације наведене клаузуле, захтевају другачији приступ регулисању ове области. Више могућности у дефинисању права и обавеза оштећеног, обавеза осигураваача, као и обавеза осигураника, доводе до закључка да би општи услови осигурања од одговорности требало да дефинишу више приступа у дефинисању осигураног случаја, а на сам избор једне од клаузула, које смо поменули напред, утицали би елементи као што су врста одговорности која се осигурава, период покрића, додатни период покрића, износ премије, износ суме осигурања, итд. У сваком случају, поставља се питање заштите интереса оштећеног лица и његовог односа према осигуранику, ако, са друге стране, имамо ограничење обавезе осигураваача, дефинисањем једне од клаузула о ограничењу обавезе. У вези са тим, говоримо и о застарелости, што значи да би, имајући у виду примену *claim's made* клаузуле, законодавац морао да одреди и другачија правила у том случају. Почетак застарелости треба да буде веома одређен, конкретан и изванредан да би без сумње имао утицај на дефинисање осигураног случаја.³⁶

Примена *claim's made* клаузуле ће изазвати доста недоумица и кад је у питању њено регулисање и кад је у питању њена примена у пракси. Међутим, *claim's made* клаузула омогућава осигураваачима да боље процене ризик, односно, омогућава и реалнију процену премије. Код неких облика ове клаузуле, избегава се тзв. већи период покрића осигурања, имајући у виду моменат подношења захтева за накнаду штете.³⁷ *Claim's made* клаузула доводи и до смањења спорова који се покрећу, управо, због кашњења у подношењу захтева за накнаду штете, а што може бити штетно по осигураваача.³⁸

36 Ch. S. Chrissanthis, 19-20.

37 D. M. Minkoff, 6

38 D. M. Minkoff, 7

Prof. Vladimir ČOLOVIĆ, Ph.D
Principal Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

TIME LIMITATION OF THE INSURER'S OBLIGATION

- application of the claim's made clause in the liability insurance -

Summary

In the case of liability insurance, the insured event arises, when the injured person submits a claim for compensation under the provisions of the Act on Obligations of the Republic of Serbia. However, in the Pre-Draft of the Civil Code of Serbia, the insured event of liability insurance is defined in two ways, as the moment of occurrence of a harmful event and as the moment of submit of a claim for compensation. The parties in the insurance contract will determine the moment of occurrence of the insured event. In this regard, the question of applying the claim's made clause in our legislation and practice is raised, bearing in mind that liability insurance is specific and that the injured party is not a party in the insurance contract. Whether the application of the claim's made clause is justified and whether it can be applied in the same way to all types of liability insurance is the fundamental issue that arises in this article. In addition, the author analyzes the solution of the Pre-Draft of the Civil Code of Serbia on the application of this clause and highlights certain doubts that arise in the provisions of this act.

Keywords: *liability insurance, insurer, insured, injured party, claim's made clause, loss occurrence clause.*

Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ*

КУЛТУРА АРБИТРАЖНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ ОСИГУРАЊА ВЕЛИКИХ РИЗИКА И РЕОСИГУРАЊА**

- Заштита од судске алеаторности -

Резиме

Ауторка се бави проучавањем заступљености арбитраже у оном делу сектора осигурања који је остао изван оптике потрошачких трендова. Реч је о комерцијалним осигурањима и реосигурању. Будући да је арбитража врло развијена у упоредном праву и пракси осигурања, ауторка говори о култури арбитражног решавања спорова. Поменути феномен је последица свих погодности које арбитража као својеврсни приватни суд доноси професионалницима из света осигурања: почев од брзине одлучивања преко флексибилности у погледу избора меродавног права до избора арбитра специјализованих не само за правна, већ и за техничка питања послова осигурања и реосигурања. Према мишљењу ауторке, кључна погодност арбитраже за професионалце осигурања је избегавање-алеаторности исхода и трајања судског поступка. Судска алеаторност највише тангира пословни свет, због чега привредницима више одговара да уговором унапред предвиде вансудско тело и процедуру решавања потенцијалних спорова. У циљу промовисања арбитраже у нашем праву, а по угледу на решења из првокласних правних система, ауторка се залаже за оснивање Арбитражног центра за решавање спорова из осигурања и реосигурања при Удружењу осигуравача Србије.

Кључне речи: Арбитража. – Велики ризици. – Реосигурање. – Судска алеаторност. – Ефикасност. – Заштита интереса струке осигурања и реосигурања.

* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду

** Овај чланак настао је настао као резултат учешћа на пројекту "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета Универзитета у Београду (2018).

1. Уводна разматрања

Експанзију уговора о осигурању, као значајног фактора сигурности и комодитета у двадесет и првом веку, прати велики број спорова у вези са овим уговором.¹ Један од узрока великог парничног потенцијала уговора о осигурању свакако је *природа односа уговорних страна*.² Генерално посматрано, узроци спорова између осигураваача и осигураника често нису правне природе, већ више последица *неспоразума*.³ Ако знамо да се у великом броју случајева, осигураник (и уопште корисници права из осигурања) може назвати неуком и слабијом уговорном страном, јасно је да се не може рачунати са његовим познавањем позитивног права осигурања. Међутим, ситуација није много другачија ни када је реч о осигураницима комерцијалних осигурања. Они уговорне клаузуле или не читају или их погрешно интерпретирају.⁴ Пошто се уговорно покриће прибавља посредством брокера, у потпуности се ослањају на његову процену ситуације. У таквим околностима, покретање поступка није најбоље решење, нарочито ако финансијски интерес у игри није превелик, а у питању је дугорочни пословни однос са осигураваачем. Уговорне стране треба да имају на уму да ако настане спор и исти доведе до парничења то неће поправити њихов однос. Управо супротно. Трајаће дуже него што

- 1 Опште је познато да су судови оптерећени бројем спорова из осигурања, што се директно одражава на то колико ће просечно трајати поступак судског остваривања права. Посматрано из овог угла, прибегавање медијацији или арбитражи повлачи иницијалну предност, која се односи на временску компоненту покренутог пута вансудске заштите права. Дужина трајања поступка је несумњива предност АДР метода у односу на судове.
- 2 Да цитирамо француског аутора: „Однос осигураваача и осигураника карактерише *велика тензија* изазвана чињеницом да први сумња у намере другог (које често сматра фrawdолозним), а који је често склон мишљу да су за осигураваача добри сви изговори како не би платио оно што дугује у часу настанка осигураног случаја“. Bernard Viret, „Modes de règlement non contentieux des indemnités d'assurance“, *Revue générale des assurances terrestre*, 4/1991, 992-996.
- 3 У теорији се истиче да постоји више разлога узајамног неповерења и тензија између осигураваача и осигураника. Прво, неприлагођеност покрића стварним потребама осигураника (било да је оно недовољно или претерано у односу на потребе осигураника). Друго, закључење великог броја уговора, којима се пружа заштитита од најразличитих ризика физичким и правним лицима (тзв. масовна осигурања). Треће, осигурање од одговорности делује у корист оштећеног лица, а не осигураника за шта он нема много разумевања. Четврто, мноштво техничких термина чини уговор тешко разумљивим просечном осигуранику и ствара проблема везане за тумачење. В.: Paul Baylac-Martres, „Les procédures non contentieuses ou la justice douce: expression, application à l'assurance“, 1995, 15 и след.
- 4 Hubert Groutel, Fabrice Leduc, Philippe Pierre, Maud Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LexisNaxis2008, 675.

могу да претпоставе, а окончање спора значиће најчешће и дефинитивни прекид пословне сарадње и правног односа. Уз то, тржиште осигурања се не може похвалити *добрим имиџом*, због чега постоји потреба за сталним побољшавањем комуникације између учесника овог тржишта.⁵

Уговор о осигурању је извор значајног броја спорова, како између осигуравача и осигураника, тако и између осигуравача и оштећених лица или корисника права. Да би се боље разумео парнични потенцијал уговора о осигурању треба поћи од саме природе овог данас врло заступљеног уговора. Наиме, уговор о осигурању је алеаторани закључује се ради обезбеђења ефикасне заштите од непредвиђених и најчешће неповољних догађаја. Остварење осигураног ризика, које ствара најбитнију уговорну обавезу осигуравача, најчешће представља непријатан и нежељени догађај. У том тренутку осигураник или корисник права оправдано очекује деловање осигуравајућег покрића. Како се неретко дешава да осигуравач оспорава потраживање осигураника у погледу износа, захтева пружање додатних доказа или чак тврди да нису испуњени услови за настанак његове обавезе, овакво поступање чини повод за покретање парница.⁶ Заправо, дешава се да осигураници или корисници права сувише исхитрено реагују на најмањи призивок одбијања осигуравача да оног тренутка када су поставили захтев испуни обавезу према њима. Та исхитрена реакција – која је у највећем броју случајева последица неразумевања института осигурања и неспоразума са осигуравачем – скоро сигурно добија судски епилог. Да ли ће осигураник незадовољан поступањем осигуравача успети да докаже све околности од којих зависи његово право на накнаду из осигурања или осигурану суму, односно у ком року ће евентуално остварити „судску“ правду није могуће са извесношћу унапред рећи. Уз то, не могу се занемарити и трошкови судског остварења права из осигурања, који су нарочито неповољни за слабију страну (осигураника).

5 Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 12 édition, Paris, Dalloz, 2011, 144.

6 Што се тиче најчешћег узрока парница између осигуравача и осигураника то је однос клаузуле о покривеним ризицима и искљученим штетама у свим врстама осигурања. Наиме, осигураник као лаик и правно неук најчешће неправилно тумачи однос наведених клаузула, због чега поставља осигуравачу нереалан одштетни захтев. Покушај осигуравача да му објасни дејство клаузуле о искљученим ризицима након настанка осигураног случаја најчешће наилази на неразумевање и резултира иницирањем судског поступка. Осим овог узрока, повод за парницу и раскид уговора од стране осигуравача је и неплаћање премија осигурања. Ако се бавимо парничењем у одређеним врстама осигурања, апсолутни рекордер је осигурање од одговорности.

Дакле, прва грешка у корацима, која неминовно ствара низ негативних ефеката за обе стране, врло често је израз лоше комуникације са корисником услуга. Да би се овај проблем отклонио, *осигуравачи треба боље да искористе законску обавезу информисања* и да осигураницима ставе у изглед све елементе уговора који је у поступку закључења. Под тим првенствено мислимо на пружање информација и објашњење односа уговорних клаузула. Осигуранику се мора предочити већ у предуговорној фази да закључење уговора о осигурању не значи да ће уживати заштиту у свим ситуацијама. На тај начин осигураник неће имати нереална очекивања, што ће у исто време осигуравача поштедети неразумних одштетних захтева.

Поред осигуравача одговорност за унапређење комуникације са потрошачима је и на посредницима осигурања. С обзиром на законску пројекцију улоге посредника у прибављању осигуравајућег покрића, избору најповољнијег пакета осигурања за конкретног осигураника, као и помоћи у вези са остварењем права из осигурања посредници би требало да допринесу смањењу неспоразума осигураника и осигуравача. Кључно је да се осигураницима на јасан и недвосмислени начин представи покриће које прибављају, а посебно да им се скрене пажња на однос две кључне клаузуле: клаузуле о покривеним ризицима и клаузуле о искљученим штетама. Ако се осигураник пре закључења уговора упозна са наведеним клаузулама и објасни му се њихов однос, претпостављамо да ће просечни осигураник боље разумети опсег услуге коју прибављају посредством посредника.

На основу описаног контекста долазимо до појма *судске алеаторности*, који се негативно одражава на целокупан имиџ осигурања и који подрива поверење потрошача у ову финансијску услугу.⁷ Може се рећи да су ствари доведене до апсурда: осигураник је уложио средства у осигуравајуће покриће разумно очекујући заштиту од непредвиђених (алеаторних) догађаја. Уместо те заштите након настанка осигураног случаја суочава се са алеаторношћу у другом облику – у облику неизвесног исхода покренутог судског поступка, у неизвесном року и уз неизвесне трошкове. Пошто је са порастом броја уговора о осигурању, посебно оних потрошачких, дошло до тзв. експлозије парничења, једна од главних преокупација у ЕУ постало је изналажење механизма ефикасног решавања

7 Romain Schulz, Jean Beauchard, "La procedure", Jean Bigot (ed.), *Traité de droit des assurance, Le contrat d'assurance*, Tome 3, 2 édition, L. G. D. J., 2014, 1149.

спорова из осигурања.⁸ У овом контексту треба посматрати бројне методе алтернативног решавања спорова из осигурања, којима се посвећује све већа пажња. Из угла осигурања као дела финансијског сектора у коме поверење у пружаоца услуге игра кључну улогу битна је *промоција неко-фликтних метода решавања спорова*. Само ако се настали спор реши на неконфликтан начин тј. ако се спречи даље нарушавање односа осигуравач-потрошач настали спор неће имати за последицу престанак уговорног односа осигурања. Осигурање је, при том, врло погодно за одређене начине несудског решавања спорова. Тако се поравнање, вансудско и судско, доста користи у споровима из одштетних осигурања.⁹ Мирење или посредовање ради мирења користи се у свим врстама осигурања где уговорне стране још увек нису превише посвађане због спорног питања и где постоји шанса да се захваљујући трећем непристрасном лицу спор превазиђе. Ипак, прави алтернативни форуми за решавање спорова из осигурања су арбитража и омбудсман.¹⁰

2. Различита заступљеност арбитраже у осигурању и реосигурању

Када је реч о арбитражи, у упоредном праву и пракси традиционално се прави разлика између заступљености арбитраже у осигурању и реосигурању.¹¹ Утицај тенденција заштите потрошача директно се осећа у домену арбитражног решавања спорова из осигурања. У циљу ефикасније заштите потрошача, укључујући и потрошаче услуга осигурања, судско решавање спорова остаје доминантан облик правде. Отуда у упоредном праву већина држава европскоконтиненталне правне традиције

8 Треба напоменути да су осигуравачи двоструко допринели овој појави. Прво, усвајањем праксе регулисања одштетних захтева, која често резултира избијањем спора са потрошачем. Друго, одређени производи осигурања попут осигурања од одговорности, а нарочито осигурања правне заштите, доприносе повећању броја спорова. В.: Romain Schulz, Jean Beauchard, 1072.

9 Детаљније: Наташа Петровић Томић, Милош Радовановић, „Поравнање о накнади штете из средстава Гарантног фонда“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2017, 170-192.

10 Арбитража је истинска форма приватне правде, која омогућава разрешење спорног питања и најчешће чини непотребним вођење судског поступка. Детаљније о омбудсману: Наташа Петровић Томић, „Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања“, *Правни живот*, бр. 11/2017, том III, 249-271.

11 Logan J. Murphy, „Law Triangle: Arbitrating International Reinsurance Disputes under the New York Convention, the McCarran-Ferguson Act, and Antagonistic State Law“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 2008, 1540-1541.

наставља да гаји наслеђени отпор према арбитражном решавању потрошачких спорова.¹² Сасвим је другачија ситуација када је реч о комерцијалном осигурању и реосигурању. Историјски посматрано, арбитража се развијала као алтернатива судовима у споровима професионалаца из света осигурања *lato sensu*: подразумевајући под тим осигурање, реосигурање и посредовање у вези са осигурањем.¹³ Већина уговора о комерцијалном осигурању садржи арбитражне клаузуле, док је код уговора о реосигурању ситуација различита према томе да ли је реч о факултативном реосигурању (које инклинира ка судском решавању спорова) или оквирним уговорима (који скоро без изузетка садрже арбитражну клаузулу).

Ради лакшег разумевања различите заступљености арбитраже у пословима осигурања, упућујемо на дистинкцију између компромиса и компромисне клаузуле. У већини правних система, традиционално се прави разлика између пуноважности компромиса и компромисне клаузуле, с једне стране, и потрошачких и комерцијалних осигурања, с друге стране. Упоредноправна анализа показује да је компромисна клаузула у многим законодавствима забрањена у осигурањима која инволвирају учешће слабије стране.¹⁴ То је, између осталог, допринело великом успеху

12 О томе смо детаљно писали: Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали*, бр. 2/2014, 89-91.

13 Romain Schulz, Jean Beauchard, 1152.

14 Тако је компромисна клаузула забрањена у потрошачком осигурању у следећим државама ЕУ: Белгија, Немачка, Финска, Луксембург и Шведска. Наспрам њима, компромисна клаузула је пуноважна у свим осигурањима, без обзира на својство осигураника у: Данској, Шпанији, Велокој Британији, Грчкој, Ирској, Италији, Холандији и Потругалу. На овом месту је интересантно навести пример Шпаније, која је увела „систем потрошачке арбитраже“, који одликују два обележја: добровољна је и бесплатна. На предлог осигураника и уз сагласност осигураваача, арбитража може решити спор. Велику сметњу развоју овог система представља интерна медијација, успостављена у оквиру друштава осигурања. (Детаљније: José Luis Pérez-Serrabono Gonzales, „Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne“, *Revue européenne de droit de la consommation*, No. 3/2002, 198.) Други пример који може послужити као узор је право Белгије. У Белгији постоји посебна арбитража за решавање спорова произашлих из осигурања аутоодговорности. За све спорове који се односе на трошкове лечења и повреде произашле из саобраћајних незгода, чији износ није већи од 250 еура, надлежна је арбитража. Она је дужна да одлуку о одштетном захтеву доноси у року од 6 месеци. На овај начин судови се растерећују, а осигураницима максимално излази у сусрет у тренутку када им је то најпотребније.

Када је реч о Сједињеним америчким државама, законодавство федералних држава је, такође, неуједначено и може се поделити у четири групе: 1) државе које дозвољавају уношење уговор о осигурању компромисне клаузуле; 2) државе које забрањују уношење компромисне клаузуле у уговор о осигурању закључен са физичким лицима, што судска пракса подржава;

медијације као алтернативе судском решавању у овом типу односа осигурања.¹⁵ Када се ради о осигурањима која се квалификују као пословно-правне трансакције, компромисна клаузула је пуноважна. Међутим, пракса показује да је најчешће заступљена у две врсте осигурања: осигурања закључених са лицем које има својство трговца (комерцијална осигурања, тј у смислу директива које чине *acquis* осигурања велики ризици) и међународних осигурања.

Што се тиче пуноважности компромиса, нема дилеме да се њиме не нарушава уговорна равнотежа, те не представља неправичну клаузулу уговора о осигурању.¹⁶ Овакво разликовање је засновано на једноставној и лако разумљивој логици. Компромис, најпре, није клаузула уговора о осигурању. То је споразум који се закључује у неком каснијем моменту, након настанка осигураног случаја који доводи до конфликта између осигураваача и осигураника. Уместо да одмах пристану на компромисну клаузулу, уговорним странама може више да одговара да закључе компромис када настане спор. Стране тиме задржавају право да након настанка спора процене да ли им одговара да се исти износи пред арбитражу. Оне су, дакле, у позицији да промисле своје могућности и изаберу начин решавања потенцијалног спора који им се чини повољнијим по њихове интересе.¹⁷ Између страна, стога, не постоји однос неравнотеже као у случају компромисне клаузуле. Али, постоји једна контрадикција у вези са компромисом, бар када је реч о области осигурања. Будући да је спор већ настао, питање је колике су шансе да се сукобљене стране договоре око било ког питања, па и око начина решавања спора. Имајући у виду усијану атмосферу неспоразума и исхитрених реакција осигураника, тешко је замислити да ће се конфликт стишати у циљу закључења компромиса. Редакција компромиса подразумева преговарање о низу питања: меродавном праву, седишту арбитраже, правилима поступка, језику, итд. Удаљеност позиција уговорних страна између којих је већ

3) државе које проглашавају ништавим компромисне клаузуле, али судска пракса сматра да то није у складу са Законом о арбитражи и 4) државе које ограничавају поље примене компромисних клаузула (напр: оне нису пуноважне у здравственом осигурању, у осигурању живота, осигурању од аутоодговорности, итд). Детаљније: Franc Turgné, *L'arbitrage en matière d'assurance et réassurance*, Economica, Paris 2007, 296-299.

15 Romain Schulz, Jean Beauchard, 1152.

16 Carine Jallamion, Anne Péllisier, „Risque, assurance et arbitrage“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, 165.

17 Carine Jallamion, Anne Péllisier, 166.

настао спор смањује потенцијал компромиса.¹⁸ Уверени смо да је странама много лакше да се договоре о овим питањима пре избијања спора. Стога је наше истраживање усмерено на арбитражну праксу засновану на утоварању компромисне клаузуле.

3. О кључним погодностима арбитраже за комерцијална осигурања

Култура арбитражног решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања повезана је са погодностима које овај механизам приватне правде доноси актерима посла осигурања. Током дугогодишње праксе арбитражног решавања спорова створено је уверење код осигуравача и реосигуравача да је то *супериоран метод решавања спорова, који највише одговара њиховим потребама за ефикасном и дискретном правдом*. Акцент је, дакле, на адаптираности арбитражерешавању спорова из осигурања и реосигурања и предностима како у односу на судски, тако и у односу на друге АДР методе. Што се тиче предности арбитраже у односу на суд, најбитнија је уклањање судске алеаторности. У поређењу са осталим алтернативним формама решавања спорова, арбитража је једини истински алтернативни форум судском форуму. Заправо, арбитража је обично последња фаза алтернативног решавања спорова, која обједињује бројне погодности осталих облика вансудског решавања, али и разрешавања спорног односа.¹⁹ Њој се прибегава након што су исцрпљене могућности да се стране помире или договоре захваљујући посредовању непристраног лица.²⁰ Она у највећем броју случајева чини непотребним судским поступак, док то није случај са медијацијом и различитим облицима мирења и посредовања.

Дакле, следеће погодности арбитраже сматрамо кључним за њено задржавање као неприкосновене форме решавања спорова из комерцијалних осигурања. *Прво, очување постојећег односа осигурања или реосигурања*. Прибегавање арбитражи значи спречавање ескалације спора до

18 Угледни француски професор истиче да компромис захтева минимум сагласности у једном врло осетљивом тренутку: „оном када је спор већ настао и када међусобно неповерење доводи до одбијања свега што предлаже друга страна, укључујући и арбитражу“. В.: Charles Jarrosson, „La clause compromissoire (atr. 2061 C. Civ)“, *Revue de l'arbitrage*, No. 2, 1992, 264.

19 Franc Turgné, 15.

20 Познаваоци АДР тврде да конкретну форму алтернативног решавања треба изабрати према интензитету конфликта. Стога арбитража долази у обзир када претходни методи нису дали резултат, било да је реч о медијацији или неком модалитету мирења, итд. В.: Franc Turgné, 23.

те мере да прети нарушавању тј. окончању пословне сарадње. Стране које рачунају са тим да између њих може доћи до спора и које намеравају да исти реше на што ефикаснији начин уносе у уговор компромисну клаузулу. Дискреција коју обезбеђује ова врста приватне правде, с једне стране, и атмосфера дијалога, с друге стране, омогућавају сукобљеним странама да након окончања арбитражног поступка наставе уговорни однос. Иако форма решавања спорова, арбитража задржава пријатељски карактер, због чега странама није немогуће да наставе пословни однос. Исто се не може рећи за судски поступак.²¹

Друго, конфиденцијалност арбитражног поступка и арбитражне одлуке. Овом обележју савремене арбитраже придаје се толики значај да угледне арбитражне институције ни *exempli causa*не омогућавају увид у арбитражне одлуке, чак ни уз уклањање података о именима страна у спору. Поверљивост се обично везује за овај сегмент, тј. за непостојање јавно публиковане и свима доступне арбитражне праксе. Међутим, она је много екстензивније схваћена. Уношењем арбитражне клаузуле у уговор стране имају могућност да прецизирају домет принципа поверљивости и да га вежу за сам поступак, коришћену документацију, арбитражну одлуку, итд.²² Принцип поверљивости иде дотле да се може и само решавање спора третирати као пословна тајна ако стране тако одлуче. Такође, уговорне стране могу да прецизирају које информације евентуално могу да се објављују. Дакле, степен поверљивости у вези са вођењем арбитражног поступка, као и само објављивање одлукасу онај део арбитраже на који треба обратити нарочиту пажњу.

У осигурању (и реосигурању) постоји неколико разлога зашто се поверљивост покренутих поступака толико цени. Прво, зарад заштите имиџа професије и странака. Делатност осигурања се заснива на поверењу корисника услуга и сваки негативан публицитет јој шкоди. Ризик је утолико већи уколико је заинтересована јавност недовољно информисана, а то је по правилу случај са осигураницима. Међутим, изношење података о споровима из осигурања може нанети штету не само осигураницима, већ и осигураницима. Откривање спорова у вези са поништајем уговора због намерног нетачног пријављивања чињеница и околности од значаја за оцену ризика је лоша реклама за осигуранике, нарочито ако су

21 Стога се у теорији справом каже да је прибегавање арбитражи мање агресивно од прибегавања судском поступку. В.: Andrew Pincott, „Procédures non contentieuses de règlement des sinistres“, *Risques*, No. 8, 1991, 130.

22 Franc Turgné, 32.

и сами привредна друштва.²³ Друго, заштита корисника услуга осигурања од конкуренције. Осигураници не желе да конкуренција на основу поступка или одлуке сазна пуно о њиховим производима или бизнису. Треће, избегавање непогодности везаних за стварање преседана у судској или арбитражној пракси. Иако преседан првенствено може нашкодити заинтересованим странама, он је опасан због утицаја на решавање будућих сличних спорова.

Напомињено да је велики недостатак арбитраже и узрок правне несигурности управо непостојање арбитражне праксе. Принцип конфиденцијалности арбитраже – који највише одговара пословним људима – повлачи за собом немогућност објављивања арбитражних одлука.²⁴ За разлику од арбитраже, судови редовно објављују збирке пресуда и одлука из којих се да наслутити став судске праксе по одређеном питању. У томе се огледа једна од предности судског решавања спорова у односу на арбитражно решавање. Осигуравачи, а посебно осигураници, рачунају на став судске праксе по одређеном питању и то њихову позицију чини извеснијом у односу на арбитражни поступак. Како не постоји објављена арбитражна пракса, то стране које се обрате арбитражи не знају какав ће бити исход спора. У томе се огледа арбитражна алеа. Осим тога, постоји опасност од доношења сувише „дипломатских“ одлука од стране арбитра. У жељи да не разочарају стране које су им дале мандат, арбитражи доносе одлуке које не представљају разрешење спора у правом смислу речи, већ се њима удовољава пројектованим очекивањима страна од арбитраже.²⁵ Тако се долази до одлуке којом ни једна страна није у потпуности задовољна.²⁶ Осигуравачи и осигураници не очекују од арбитра да се понашају као медијатори.²⁷ Њихово понашање тј. подношење тужбе арбитражи јасно показује да немају намеру да се договарају са другом страном око било чега. Могућности преговарања или мирења су исцрпљене и остаје да се спор реши од стране арбитраже.

23 Она би, наиме, могла бити суочена са одбијањем друштава за осигурање којима се обрате у будућности да са њима закључе уговор.

24 Franc Turgné, 280.

25 Jean-François Guillemin, „Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits“, *Revue de l'arbitrage*, No. 4/1996, 588.

26 Наиме, исход арбитраже се врло често састоји у доношењу одлуке којом се дели одговорност између тужиоца и туженог.

27 Било је случајева где су арбитражи избегли да примене санкцију прописану одређеном конвенцијом према једној страни позвавши се на правичност! То је представљало повод да се поднесе тужба за поништај арбитражне одлуке. В.: Franc Turgné, 280-281.

Треће, специјализована техничка знања арбитра. Када је реч о областима које нису чисто правне попут осигурања и реосигурања, од арбитра се захтева – поред независности и непристрасности²⁸ - и поседовање знања о овој изузетно сложеној области. При том не мислимо само на правна знања тј. правну специјализацију за област осигурања, већ и на техничка знања.²⁹ У томе се огледа велика предност арбитраже у односу на судски поступак. Док је у судском поступку ствар добре среће додељивање предмета судији који је иоле стручан за осигурање, у арбитражи је то елемент на који стране могу да утичу. Арбитри се именују због њихове специјализације за послове осигурања, како правне, тако и техничке. Према мишљењу уваженог познаваоца арбитражне материје, најбоље сачињена арбитража је она коју чине три арбитра, два „техничара“ за осигурање и један правник (адвокат, професор, бивши судија) специјализован за осигурање.³⁰

Четврто, трошкови арбитраже. Трошкови арбитраже представљају велики терет за осигуранике потрошаче. Они примењују *cost benefit* процену тј. пореде трошкове арбитраже са трошковима судског поступка и опредељују се за метод решавања спорова који им је јефтинији. Али, процена није иста када се ради о осигураницима комерцијалних осигурања. Када вреднују трошкове једног и другог поступка, они – за разлику од потрошача – узимају у обзир и индиректне трошкове и уштеде. Они су нарочито изражени код судског решавања спорова и састоје се у року у коме се о њиховом праву одлучује,³¹ о утицају судског поступка на њихов

28 Véronique Nicolas, „La procédure extrajudiciaire: arbitrage et médiation“, u J. Bigot, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, tome 3, Paris, LGDJ, 2002, 1288.

29 У француском праву постоји крилатица „tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage“ (арбитража вреди онолико колико вреди арбитар), која одсликава значај именовања арбитра стручних за предмет спора.

30 Marc Hagopian, „L'arbitrage, mode alternatif de résolution des différends d'assurance et de réassurance“, *Revue de jurisprudence commerciale*, mai 2001, 110.

31 Право на правну заштиту из чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода садржи, између осталог, и појам суђења у разумном року. Међутим, разумни рок ништа не значи ако су судови претрпани и фактички нису у могућности да спорове реше у року краћем од на пример годину дана. Осигураник, дакле, треба да процени да ли му је судски поступак, који јесте објективно финансијски јефтинији, заиста у целини јефтинији. Ово посебно имајући у виду период у току кога ће његово право бити спорно и нерешено. То је у области осигурања обично период у току кога осигураник нема покриће. Разумном осигуранику, стога, са аспекта економије времена највише одговара следећи редослед потеза: медијација или неки други облик договора са другом страном, арбитража као „средње“ решење и суд као *ultima ratio*. В.: Гашо Кнежевић, „Маргиналије о појмовима при-

или имиц осигураваача.³² Стога се у теорији сугерише осигураваачу да осигуранику упути следећи предлог: закључење уговора са стандардним покрићем (и уз надлежност државног суда у случају спора) или закључење уговора који садржи компромисну клаузулу уз примену снижене премије осигурања.³³

Пето, заштита од судске и законске алеаторности. По нашем мишљењу ово је кључна погодност арбитраже у односу на судско решавање, која највише значи осигураницима и осигураваачима комерцијалних осигурања и реосигурања. Поставља се питање шта се подразумева под судском алеаторношћу. Најшире посматрано, ова синтагма обухвата све елементе неизвесности који прате покретање судског поступка: почев од надлежног суда, преко тешкоћа повезаних са одређивањем меродавног права до саме неизвесности вођења и исхода судског поступка. Сваки од њих се може посматрати изоловано и утврђивати у којој мери доприноси губитку осећаја заштите који доноси закључење уговора о осигурању. Тако се ствари доводе до апсурда. Уместо да осигураник оствари осигуравајућу заштиту у уговореном облику и у тренутку када му је најпотребнија – када наступи осигурани случај, он бива суочен са алеаторношћу која се испољава на квалитативно другачији начин. То је алеторност трајања поступка у коме се одлучује о његовом праву и алеаторност исхода тог поступка. У том смислу ћемо се ограничити на ова два показатеља судске алеаторности.

Неизвесност трајања судског поступка је један од базичних аргумената у прилог алтернативних начина решавања спорова, који краће трају. Овде указујемо на разлику између судског решавања спорова из потрошачких осигурања (за које важе краћи рокови, јер је у већини правних система усвојена посебна процедура решавања истих по начелу ефикасности) и судског решавања спорова из комерцијалних осигурања. Рок у коме се решава тј. доноси судска одлука је противан интересима осигураника сваки пут када се одлучивање „отегне у недоглед“, без обзира на

ватне правде и АДР-а с аспекта арбитраже и медијације“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 1-2/2012, 424.

32 Према изреци „добра вест далеко се чује, а лоша још даље“, сазнања потенцијалних корисника услуга осигурања о томе да осигураваач не испуњава добровољно обавезе према осигураницима утичу на то да избегавају да ступе у контакт са „озлоглашеним“ осигураваачем (тзв. „public shaming“). Негативне медијске слике нема када се спор решава арбитражом. У.: Susan Randall, „Mandatory Arbitration in Insurance Disputes: Inverse Preemption of the Federal Arbitration Act“, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 11, 2/2005, 263.

33 Franc Turgné, 281-282.

то да ли је осигураник слабија страна или привредник. Уз то, његово обраћање суду, даље, није бесплатно, а ако се испостави да је преценио своју позицију и спор изгуби, мораће да покрије и трошкове друге стране. Актери трговачких уговора о осигурању више су погођени алеаторношћу трајања судског поступка. Сам податак да арбитража обично решава за неколико месеци спор који се пред трговачким судовима решава и током годину или више дана довољно говори о брзини судског одлучивања. Није тешко погодити колико је једном привреднику који извози велике количине робе на страна тржишта значајно да сваки спор који произађе из његовог односа са осигуравачем буде ефикасно разрешен, а износ на који претендује исплаћен без непотребних одуговлачења. Није искључено да судбина његовог пословања са страним партнерима зависи од брзине разрешења насталих спорова из осигурања, као и из спремности осигуравача да обавезе испуњава *lege artis*.

Што се тиче *алеаторности исхода судског поступка*, она се у извесној мери може контролисати захваљујући објављивању и познавању судске праксе. Међутим, у странијој теорији је наглашено да алеаторност исхода судског поступка више тангира кориснике комерцијалних осигурања из једног другог разлога: због страха од доношења одлука противних интересима струке осигурања.³⁴ Пракса показује да је немали број случајева прибегавања арбитражи израз настојања да се избегне примена добро познате судске праксе по одређеном питању.³⁵ Проблем недовољне фамилијарности са материјом осигурања о коме је већ било речи је фактор ограничења за адекватно решавање спорова из осигурања, присутан

34 Franc Turgé, 81.

35 Одличан пример представљају клаузуле „claims made“, које осигуравачи широко користе већ неколико деценија и у европским државама, иако око њихове утемељености траје расправа. Тако је у француском праву клаузула захтев поднет била врло заступљена у комерцијалним осигурањима, иако је Касациони суд у низу одлука током 1990. године поништавао ове клаузуле са аргументацијом да су лишене каузе и ништаве. Осигуравачи нису намеравали да одустану од коришћења ових клаузула, те су у оквиру свог удружења закључили споразум којим су се обавезали да се у међусобним односима не позивају на судску праксу произашлу из одлука највишег суда. Други пример односи се на двоструко осигурање, тачније на спор који је настао око питања да ли је један од услова за двоструко осигурање идентитет осигураника или идентитет уговарача осигурања. Док старија судска пракса није инсистирала на томе да ли је све уговоре закључио исти уговарач осигурања, већ је то могао бити и осигураник, од 2000. године Касациони суд је заузео становиште да то мора бити исти уговарач осигурања. Будући да овакво тумачење доводи у питање начело обештећења, осигуравачи су почели да уносе у услове осигурања клаузулу о решавању спорова у вези са двоструким осигурањем пред арбитражом у оквиру њиховог удружења. В.: Franc Turgé, 88-91.

и код арбитражног и код судског решавања. Слажемо се да је овај ризик који детерминише степен алеаторности исхода поступка теже контролисати у судском него у арбитражном поступку. Ово из једноставног разлога што у судском поступку није могуће унапред и са сигурношћу обезбедити судију који је осведочени стручњак за право осигурања. Јасно је да о познавању техничке стране посла осигурања не може бити речи. Стога корисници комерцијалних осигурања не пропуштају да у уговор унесу клаузулу о вансудском решавању спорова. Најзад, у прилог арбитражног решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања говори и правна сигурност. Она је највише угрожена у ситуацијама превирања судске праксе и промене начелних становишта. Из угла осигуравача и реосигуравача непредвидива и променљива судска пракса је додатни фактор ризика. Наиме, њима је немогуће да се ослоне на процену ризика коју су извршили пре закључења уговора ако колебање судске праксе има за последицу релокацију ризика и померање граница осигуравајућег покрића. Овај ризик постоји приликом тумачења уговорних или одредаба услова осигурања од стране судске праксе. Сваки пут када судови тумачењем проширују границе осигуравајућег покрића задају ударац осигуравачима или реосигуравачима, који на то реагују уношењем арбитражних клаузула у услове осигурања.

Најзад, значајну улогу у флукуацијама и стварању кризе осигурања имају законодавство и судство. Промене у законодавству и судској пракси - у виду пооштравања или редуковања ризика одговорности - без сумње условљавају измене услова осигурања. *Док се законима, с једне стране, повећавају стандарди рада и прагови одговорности, судским одлукама се, с друге стране, све више помера степен изложености!* Промена стандарда одговорности није, при том, једини начин на који правни систем може створити несигурност и проузроковати потрес тржишта осигурања, чинећи предвиђање штета немогућим или тешко могућим. Примена правних стандарда може, такође, бити извор несигурности. Када не постоји извесност око садржине одређеног правног стандарда или када се он стално мења, чак и постојеће право, које раније није било извор одговорности, то може постати.

На основу свега до сада реченог о кључним предностима арбитражног решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања долазимо до закључка да *арбитража пружа могућност уклањања судске алеаторности у мери у којој уговорне стране до детаља уреду питања од којих зависи брзина и исход спора.* Најбитније је да изаберу правилник

арбитраже или правила поступка која највише одговарају њиховим потребама, из уважавање правне културе из које долазе.

4. Култура арбитражног решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања

4.1. Значај разликовања великих ризика и потрошачких ризика

Већ смо нагостили да арбитражи припада истакнуто место у палети вансудских метода решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања. Подсећања ради, уговори о осигурању који се закључују за професионалне (пословне) потребе су се раније називали комерцијалним, док се данас различито означавају у потрошачком и *acquis*-у осигурања. За сврхе примене потрошачких директива, то су B2B уговори, закључени између страна исте или сличне екомонске снаге и који се односе на ризике који угрожавају њихова професионалну сферу. Из угла директива осигурања ови уговори означавају се као осигурања великих ризика. Оба термина су релативно нова, настала под утицајем развоја потрошачког законодавства средином XX века. Међутим, реч је о разликовању које је *de facto* одувек постојало. Оно што се раније звало уговор са слабијом страном временом постаје потрошачки уговор, док су некадашњи комерцијални уговори постали велики ризици.

Пре него што детаљније објаснимо зашто тврдимо да постоји култура арбитражног решавања спорова из комерцијалних осигурања укратко ћемо објасни појам великих ризика. Наиме, овај појам је уведен са циљем издвајања оних осигурања у погледу којих не постоји потреба за заштитом слабије уговорне стране принудним и полупринудним нормама. У директивама ЕУ и националним правима држава чланица и пре него што је заштита потрошача почела да продире у право осигурања нису сви уговарачи осигурања, осигураници и корисници права уживали једнаку заштиту. У једном тренутку, тачније Директивом о неживотном осигурању друге генерације, уведен је појам великих ризика, који је касније преузет у сада већ чувеној Директиви 2009/138 о солвентности II.³⁶ Тиме су створени услови за увођење посебног режима за велике

36 Велики ризици обухватају: класе осигурања шинских возила железнице, летелице, бродове, робу у превозу, одговорност авиопревозника и одговорност бродара, као и кредите и гаранције када се уговарач осигурања професионално бави неком индустријском или комерцијалном делатношћу или неким од слободних занимања, под условом да се ризици односе на ту делатност; 2) класе осигурања копнених возила, пожара и елементарних непогода, осталу штету на имовини, одговорност из употребе моторних возила, општу одговорност и осталу

ризике. Примарни циљ увођења категорије великих ризика је била омогућавање уговорачима осигурања избор меродавног права за уговор о осигурању. Једино уговорачи осигурања код уговора о осигурању великих ризика имају право избора меродавног права. На то се надовезују и правила Уредбе Рим I, која усвајају посебан колизиноправни режим за велике ризике. Све су то индиције да не постоји потреба да се гарантује минимални степен заштите осигураницима великих ризика, те да неће постојати сметње за арбитражно решавање спорова из ових осигурања.

Што се тиче нашег права, Закон о осигурању је увео овај појам. То је јако значајно, јер треба да омогући разграничење комерцијалних и потрошачких осигурања. За сва осигурања која се не могу подвести под категорију великих ризика, треба да важи један режим, док за осигурања великих ризика треба да важи други режим. Издвајање великих ризика значајно је из неколико разлога. Прво, већ је било речи о томе да велики ризици дају право уговорним странама да изаберу меродавно право за свој уговор. Друго, према директивама ЕУ, када се осигуравају велики ризици не постоји обавеза осигураваача на давања предуговорних информација и саветовање уговорача осигурања. Треће, од принудних норми којима се регулише уговор о осигурању се може одступити у корист било које стране када је предмет уговора осигурање великих ризика.³⁷ Када се осигуравају остали (обично потрошачки ризици) одступање је могуће само ако је у корист уговорача осигурања. Уговорачи код осигурања великих ризика нема потребу за заштитном функцијом принудних норми, због чега се од њих може одступити и када је то само у интересу осигураваача.

4.2. Арбитражна клаузула – препоручена клаузула за осигурања великих ризика

Сви аргументи који се обично наводе против арбитраже у потрошачком сектору, а чији је заједнички именитељ потреба заштите слабије

финансијску штету, под условом да уговорач осигурања премашује најмање два од следећа три лимита: а) биланс стања 6, 2 милиона евра; б) промет 12, 8 милиона евра или в) просечан број запослених је 250. Дакле, велики ризици се одређују према природи ризика или врсти уговорача осигурања у вези са природом ризика. Ioannis Rokas, „Принципи европског уговорног права осигурања као напредан и уравнотежен систем заштите уговорача осигурања“, *Европска ревија осигурања*, 1/2013, 33.

37 Јован Славнић, „Предлог тема за јавну расправу о решењима која нису прихваћена у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије у односу на уговор о осигурању“, *Европска ревија осигурања*, 1/2012, 29.

стране, не долазе у обзир код комерцијалних осигурања. Арбитражна клаузула је, дакле, пуноважна ако су уговорне стране једнаке економске снаге и поседују исти степен информисаности о механизму арбитражног решавања спорова.³⁸ Оне треба да буду у стању да, познајући ствар, изабери арбитра, дефинишу параметре спора и да изложе своја супротстављена гледишта.³⁹ Стога се у теорији наглашава да „арбитража може бити корисна у случају спорова повезаних са техничким питањима или када стране у спору имају исту моћ“. У области осигурања схваћеног у ширем смислу највише долази до изражаја решавање спорова повезаних са техничким питањима. Заправо, ретко који спор који се тиче обима или деловања осигуравајућег покрића је могуће решити без задирања у чисто техничка питања (попут процене или селекције ризика или одређивања премије сразмерно тежини ризика).

Развој међународног промета - који чини неопходним брзо решавање спорова произашлих из пословноправних уговора – натерао је законодавце да интервенишу и омогуће уношење компромисне клаузуле у међународне уговоре о осигурању.⁴⁰ Што се тиче мешовитих уговора, компромисна клаузула остаје ништава. Појмом мешовитих уговора о осигурању обухваћена су како осигурања где је осигураник субјект грађанског права, тако и она која се прибављају код друштава за узајамно осигурање.⁴¹ Како код нас не постоје друштва за узајамно осигурање ово питање нема већи практични значај. Али у правима – попут немачког или француског – где ова друштва имају традицију и где се значајан део послова осигурања прибавља управо код ових друштава, то представља значајно ограничење за обе стране.

Све већи број осигурања има међународни карактер: од транспортних осигурања, преко осигурања професионалних ризика до осигурања ризика загађења животне околине. Стога је изванредно настанак прекограничних спорова. У одсуству арбитражне клаузуле, настају тешкоће већ у моменту утврђивања надлежног суда и меродавног права. Када је

38 Richard E. Steward, „Arbitration and Insurance Without the Common Law“, *ARIAS-US Quarterly*, Vol. 3, No. 3, 2004.

39 Pierre Baudet, „La médiation en assurance“, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'assurance et de réassurance*, 2000.

40 Franc Turgé, 254.

41 Jean Bigot, „Arbitrage et assurance, sous l'angle du droit français“, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2000, 34.

реч о осигурањима која имају међународни карактер, компромисна клаузула се најчешће среће код следећих уговора.

Прво, код поморских осигурања. За њих се везује традиција вансудског решавања спорова од самог настанка овог особеног типа осигурања.⁴² Ово из два разлога: 1) поморска осигурања су скоро без изузетка комерцијалног карактера: осигурање бродова, осигурање робе која се превози поморским бродима, осигурање возарине и других интереса у вези са поморским превозом (нпр.: осигурање ризика одговорности бродара) у примери осигурања које закључују привредници⁴³ и 2) ова осигурања најчешће имају међународни карактер.⁴⁴ С тим у вези важећи енглески услови поморског карго и каско осигурања садрже клаузулу о мирном решавању спорова, која уводи принцип постепености. Странама се препоручује да најпре покушају да спор реше преговарањем, да би у следећој фази прешли на медијацију или на неки други облик пријатељског решавања спорова из осигурања.⁴⁵ За разлику од енглеских, француски услови садрже арбитражну клаузулу чије поље примене је ограничено на спорове у вези са укрцајем или пружањем помоћи бродовима који припадају истом осигуранику.⁴⁶ Остали спорови решавају се медијацијом. Што се тиче *P&I* клубова, правило је да накнађују само штете утврђене правноснажном одлуком надлежног суда или уговорене арбитраже, а

42 Поморско осигурање је најстарији вид транспорта, који и данас има огроман значај за одвијање међународног промета. Уштеда трошкова превоза и могућност контејнерског паковања робе су основне предности поморског превоза у 21. веку. Због овакве традиције, поморска осигурања су у свим државама и законски издвојена и регулисана посебним прописима. Сва поморска осигурања, каско, карго и осигурање од одговорности су комерцијалне трансакције, по слову закона. Као такве представљају погодно тле за прибегавање арбитражи.

43 Наташа Петровић Томић, Осигурање робе у међународном поморском превозу, Правни факултет у Београду, Београд 2009, 28-29.

44 Елемент иностраности везује се за операцију превоза, из које проистиче ризик који се покрива осигурањем.

45 Новина енглеских Међународних услова за осигурање бродова из 2003. године је и клаузула којом се уређује решавање спорова. Осим претпостављене надлежности енглеских судова - од које се може одступити на основу споразума страна - клаузуле уређују и вансудску процедуру која обухвата: пријатељски договор и медијацију.

46 Olivier Jambu-Martin, „L'assurance maritime, terre d'élection d'arbitrage“, Modes Alternatifs de Résolution des Conflits, Argus de l'assurance, 2012, 2-3.

само изузетно на основу признања без претходне одлуке или на основу вансудског поравнања.⁴⁷

Друго, *осигурање ваздухоплова и остала осигурања у вези са ваздушном пловидбом*.⁴⁸ На развој ове гране транспортног осигурања одлучујуће утиче податак да сваки лет из угла потенцијалне изложености одговорности за ваздушног превозиоца може представљати милионске губитке.⁴⁹ У циљу обезбеђења ефикасног обештећења, већина полиса ваздушног осигурања садржи арбитражну клаузулу. Тако чувена полиса AVN, која је током низа година пружала и каско и покриће одговорности ваздушног оператера, садржи клаузулу бр. 5 којом се пророгира надлежност арбитраже са седиштем у Лондону за све спорове између осигураника и осигуравача.

Треће, *осигурања ствари и осигурања од одговорности*.⁵⁰ У ова два случаја надлежност арбитраже је знатно ограничена: она углавном решава спорове који се односе наутврђивање вредностиоштећених ствари и процене наступеле штете.⁵¹ Четврто, арбитража се користи за решавање спорова између осигуравача и посредника, као и између осигуравача и заступника осигурања.

4.3. Арбитража у реосигурању

Поред поменутих спорова из осигурања, сви спорови из реосигурања садрже компромисну клаузулу. Арбитражна клаузула је типична клаузула услова реосигурања.⁵² То је скоро без изузетка тачно када је реч

47 Adriana Vincenca Padovan, "Direct action or a third party against the insurer in marine insurance with a special focus on the development in Croatian Law", *Điđlālđlđ đđđđđđ đđđđđđ*, đđ. 157, 2003, 45-47.

48 Matthew Reeve, „Arbitration in the insurance sector – a practitioner’s perspective“, Arbitration and ADR in insurance sector, Quadrant Chambers, London 2011, 2.

49 Marc Rémy Halter, *Aviation Insurance in International Air Transport*, Faculty of Law Institute of Air and Space Law McGill University, Montréal 2006, 4.

50 Подаци из праксе говоре да се арбитража, ипак, скромно користи и да је заживела у само 10% уговора. В.: Franc Turgné, „L’arbitrabilité du droit des assurances“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, 181.

51 Edmund M. Kneisel, Richard English Dolder, „Arbitration Clauses in Insurance Policies“, 225-226.

52 Заступљеност арбитраже у реосигурању може се објаснити историјским разлозима. На енглеском тржишту је реосигурање у периоду од 1745. до 1864. године био забрањено, јер је коришћено као параван за преношење послова поморског осигурања са осигуравача на реосигураваче. Пошто нису могли решавати спорове пред државним судовима, реосигуравачи

о оквирним уговорима о реосигурању; док појединачни (факултативни) уговори о реосигурању садрже арбитражну клаузулу за чију пуноважност се захтева посебна сагласност.⁵³ И ту нема разлике између периода пре и након појаве тренда конзумеризма. Ово зато што је реосигурање у свим правима комерцијални тј. пословноправни уговор.⁵⁴ Стога нема потребе за заштитом слабије стране. И осигуравач и реосигуравач имају довољно знања и средстава потребних за адекватну заштиту сопствених интереса. Осим тога, осигуравачима и реосигуравачима одговарају погодности арбитражног решавања спорова: од међународног карактера, преко технике арбитраже до познавања и примене међународних пословних обичаја.⁵⁵

Арбитража је толико распрострањена у реосигурању да се може рећи да је фаворизована у односу на остале алтернативне начине решавања спорова из реосигурања. Разлог томе је њена прилагођеност предметној врсти спорова.⁵⁶ Тачније, арбитража је прилагођена техничкој страни овог правног посла.⁵⁷ Реосигурање није ништа друго до техника дисперзије ризика у простору и времену. Решавање спорова који настану у вези са овом делатношћу захтева ангажовање као арбитра бар једног стручњака који се разуме у техничку страну реосигурања. И који поседује дугогодишње искуство у решавању ових спорова управо путем арбитраже. Ангажовање искусног експерта за област реосигурања, коме нису страна ни техничка знања, ствара уверење код страна да ће спор бити разрешен у што краћем року и уз уважавање правила струке реосигурања. Тиме се обезбеђује значајна погодност за уговорне стране, које страхују ако се спор изнесе пред државни суд, јер просечни судија најчешће не поседује компетенције за решавање оваквих спорова.

су почели да уносе компромисне клаузуле уговоре. В.: М. Yarhi, „Les litiges dans l'assurance et les spécificités de l'institution d'arbitrage“, Colloque: Risque, assurance et arbitrage, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1, 2012, 185.

53 Franc Turgné, 11.

54 Helmut Heiss, „General Report“, *Insurance Contract Law between Business Law and Consumer Protection*, Helmut Heiss (Ed.), Dike, Zurich 2012, 10.

55 Franc Turgné, „L'arbitrabilité...“, 177.

56 Уз то, у репрезентативним законодавствима попут америчког, енглеског или немачког и законодавни оквир је *in favorem* арбитражног решавања спорова из реосигурања. Детаљније: Kyriaki Noussia, *Reinsurance Arbitration*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2013, 74 и след.

57 Marc Hagopian, „Quo vadis réassurance?“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 2, 2001, 259.

Најзад, арбитража је пожељан начин решавања спорова из реосигурања из још једног разлога – због природе самог посла реосигурања. Реосигурање има две особине које повећавају вероватноћу избијања спорова: 1) оно је сложени правни посао и 2) у реосигурању се примењује принцип истоветности судбине осигуравача и реосигуравача.⁵⁸ Велики број спорова вођених пред различитим арбитражама тицао се управо тумачења клаузула истоветности судбина, које се међу собом разликују не само по начину редиговања и стилизације, већ и по опсегу покрића.⁵⁹ Заправо, у вези са овим принципом постоји *contradictio in adiecto*. Он је историјски настао као израз настојања да се избегну спорови: све ликвидације које је извршио реосигураник везују реосигуравача у границама клаузуле о истоветности судбине. Међутим, разлике између ових клаузула тј. њихово тумачење често је водило настанку спорова. Посматрано из угла потенцијалног броја спорова, уношење арбиражне клаузуле није само у интересу индустрије реосигурања и корисника њених услуга, већ и судова. Они би, наиме, били „затрпани“ сложеним и надасве техничким споровима из области са којом су минимално фамилијарни.

Иако су поједина удружења осигуравача и реосигуравача сугерисала коришћење модел арбитражне клаузуле, још увек није дошло до усвајања униформне (стандардне) арбитражне клаузуле за област осигурања, односно реосигурања. Дакле, између арбитражних клаузула у осигурању и реосигурању постоје значајне разлике у погледу редакције, али је могуће уочити следећа заједничка обележја.⁶⁰ Прво, компромис или компромисна клаузула по правилу конституишу надлежност арбитраже за све спорове који произлазе из уговора о осигурању или реосигурању. Изузетак су само компромисне клаузуле у факултативним уговорима, које предвиђају надлежност арбитраже за решавање тачно одређеног спора.⁶¹ Друго, обично је предвиђена арбитража сачињена од три арбитра. Треће, свака страна именује по једног арбитра, а трећег именују

58 Lisa Cheze-Dartencet, Alexia Herrero-Auge, „La gestion des conflits dans la réassurance, Applicable à la réassurance des assurances de personnes“, Paris, 2013-2014, 7-8.

59 Наташа Петровић Томић, „Клаузуле о истоветности судбине осигуравача и реосигуравача“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2015, 185-209.

60 У комерцијалним осигурањима је уочено да мањкавости у редакцији компромисне клаузуле утичу на њену практичну примену и пуноважност. Такав је случај када је уговорен изузетно кратак рок за доношење арбитражне одлуке или када је немогуће именовати арбитра који испуњава критеријуме из арбитражне клаузуле. Ако стране нису превише завађене, најчешће се приступа закључењу компромиса.

61 Franc Turgé, 141.

арбитри изабрани од уговорних страна. Четврто, за арбитраже по избору страна обично се именују стручњаци за осигурање или реосигурање, активни или пензионисани, с тим да је акценат на поседовању техничких знања. Техничка знања су нарочито битна за адекватно решавање спорова из реосигурања, где непознавање ових правила може изазвати штетне последице за стране. Трећи арбитар скоро увек је правник, са значајним искуством у пословима осигурања. Пето, уместо националног права као меродавног често се уговара примена принципа правичности или добрих обичаја који важе у области реосигурања. Уговарање примене меродавног националног права прилично је ретко у арбитражи реосигурања. Ова област традиционално је изузета из поља примене закона о уговору о осигурању *rationae materiae*, те се развија под утицајем начела максимално добре вере, добрих обичаја, принципа правичности, правила струке реосигурања и пословне етике у реосигурању. Од поменутих извора реосигурања највећи значај се придаје начелу максимално добре вере, које уређује све елементе правног односа реосигурања. Како је ово начело базични регулатор предметног односа, то странама одговара да се оно уважава и приликом решавања њиховог спора (тзв. *business orientated approach* код избора меродавног права).⁶² Будући да постоји аутономни систем правила, за који се претпоставља да је познат свим субјектима на тржишту реосигурања, то је уобичајено уговарање решавања спорова из реосигурања путем овог дела *lex mercatoria*.⁶³ Заправо, у америчкој и енглеској пракси реосигурања је утемељено уверење да арбитражи могу приликом решавања спора применити обичаје и праксу реосигурања и када то није изричито уговорено, са циљем корекције решења до кога би дошли стриктном применом меродавног права.⁶⁴

4.4. Међународно приватно право осигуравања/реосигурања?

За разумевање значаја категорије великих ризика за даљи развој културе арбитражног решавања спорова из осигурања значајно је помануте и одредбе Уредбе Рим I о меродавном праву за уговор о осигурању.

62 Kyriaki Noussia, 78-79.

63 Кључно је пружити могућност арбитрама да спор из ове области, која превазилази чисто правна питања, буде решен на што флексибилнији начин, без законских стега меродавног права. Арбитражи треба да на основу познавања свих околности случаја пресуде на основу принципа правичности и уз уважавање добрих пословних обичаја и правила струке реосигурања. Слично: Marc Hagopian, „Remarque sur la clause compromissoire en matière de réassurance“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, 1976, 35.

64 Franc Turgné, 385-386.

Када је реч о примени Уредбе Рим I *Rationae materiae* прави се разлика између уговора који се односе на потрошачке ризике и уговора који се односе на тзв. велике ризике (енг.: *large risks*).⁶⁵ За велике ризике задржан је принцип аутономије воље приликом избора меродавног права. За разлику од Римске конвенције, правна судбина уговора који се односе на велике ризике више не зависи од тога где су ситуирани. Уредба Рим I се примењује на ове ризике, без обзира на то да ли су ситуирани у ЕУ или изван ЕУ. Овим је отклоњен проблем са којим се пракса суочавала у случају када је ризик делимично ситуиран у ЕУ, а делимично изван ње.⁶⁶ Будући да не представљају потрошачке уговоре, за њих важи *принцип неограничене аутономије воље*. Ако, пак, стране нису изабрале меродавно право (што ће изузетно ретко бити случај!), прописане су две тачке везивања: право државе где осигуравач има уобичајено боравиште (која има ранг примарне тачке везивања) и право државе са којом је уговор најближе повезан (ако све околности случаја указују да је уговор ближе повезан са овим правом него са правом државе уобичајеног боравишта осигуравача).⁶⁷

У чл. 7 је изричито речено да се не примењује на уговоре о реосигурању, за које важи општи колизионоправни режим, тј. неограничена аутономија воље као тачка везивања. Ако, пак, није дошло до избора меродавног права, оно се одређује према принципу уобичајеног боравишта уговорне стране која треба да изврши карактеристичну престацију. То ће редовно бити право државе реосигуравача. Дакле, када је реч о примени Уредбе Рим I постоје формално три, а фактички два режима за уговор о осигурању. Ово је слаба тачка Уредбе Рим I. Не постоји сувисла аргументација за одвајање режима уговора о реосигурању од режима који важи за велике ризике у погледу одређивања меродавног права. У

65 Додуше, Уредба Рим I не помиње изричито потрошачке, већ користи термин "масовни" (енг.: *massrisks*) ризици, али јасно је да то чини са интенцијом усвајања посебних колизионих норми које се у погледу заштитне функције надовезују на правила о заштити потрошача услуга осигурања. Louis Merret, "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, Vol. 5, No. 1, 2009, 49-67.

66 Таквих случајева је било у свим државама чланицама, будући да су директиве ЕУ прописивале одређивање меродавног права према овом критеријуму. В.: Vjekoslav Puljko, "New Solutions of the European Private International Law in the Field of Insurance Contract", 717. Доступно на: <https://econpapers.repec.org/scripts/redirect.php?u=http%3A%2F%2Fwww.efos.unios.hr%2Ffrepec%2Fosi%2Fjournal%2FPDF%2FInterdisciplinaryManagementResearchVI%2FIMR6a54.pdf&h=repec:osijournal:v:6:y:2010:p:709-724>. Посећено: 11.08.2017.

67 Louis Merret, 60.

питању су В2В трансакције, у којима не постоји потреба заштите слабије стране. *Ако се желео постићи бар одређени степен хармонизације колизионог права осигурања, истим чланом је требало регулисати одређивање меродавног права за реосигурање и осигурање великих ризика.*

Дакле, режим међународног приватног права осигурања и реосигурања је највећи „кривац“ велике утемељености арбитраже у овом домену пословног промета. Под овим мислимо на непостојање изграђеног и заокруженог система међународног приватног права, што је израженије у случају реосигурања.⁶⁸ Правна несигурност којој су уговорне стране, а пре свега пружаоци услуга осигурања, услед тога изложени настојити се смањити уношењем у уговор или услове реосигурања клаузуле којом се уводи надлежност арбитраже за све спорове из тог уговорног односа и прецизира које право ће арбитра примењивати.

5. Закључак

На основу свега до сада реченог можемо изнети генерални закључак: арбитража је пожељан начин решавања спорова из комерцијалних осигурања и реосигурања. Стога не чуди да највећи број ових В2В трансакција садржи арбитражну (компромисну) клаузулу. Од свих погодности које смо у раду анализирали осигуравачи и реосигуравачи највише цене две. Прва је *избегавање судске алеаторности* исхода и трајања поступка. Судска алеаторност којој су изложене стране које не предвиде арбитражу потиरे све погодности закљученог уговора о осигурању или реосигурању. Заштита од непредвиђених и неповољних догађаја је кључан сегмент услуге осигурања. Ако она није обезбеђена у кључном тренутку – а то је тренутак наступања осигураног случаја – корисници услуге осигурања биће незадовољни и неспремни да убудуће инвестирају у овај облик заштите. Судски поступак, осим што изискује трошкове, траје много дуже него што то одговара интересима пословног света. Ако је време новац, доцња у пружању услуге осигурања или одлагање пружања услуге до судског изјашњења о обавези осигуравача ствара додатне трошкове привредницима. Друга предност арбитражног

68 Бриселска конвенција садржи посебна правила о надлежности за спорове из осигурања (чл. 7 -12), али се она не примењују на реосигурање. Исто тумачење подржава и Еволски суд правде, који је у одлуци из 2000. године подвукао: „Посебна правила о надлежности у материји осигурања која се налазе у члановима 7 до 12 наведене конвенције не покривају спорове између реосигуравача и реосигураника у оквиру уговора о реосигурању“. В.: Lisa Cheze-Dartencet, Alexia Herrero-Auge, „La gestion des conflits dans la réassurance, Applicable à la réassurance des assurances de personnes“, Paris, 2013-2014, 8.

решавања спорова из осигурања и реосигурања је одлучивање о спору од стране осведочених стручњака за осигурање, који поседују драгоцено искуство и познају и техничку страну послова осигурања, односно реосигурања. Заправо, није погрешно рећи да арбитража управо на овом аргуменуу темељи примат у односу на остале алтернативне методе у решавању спорова из реосигурања. Техничка страна реосигурања по којој се оно разликује од послова директног осигурања чини утолико комплекснијим и спорове из реосигурања. Стога се за њихово решавање може дати мандат само стручњацима који владају овом материјом и који приликом решавања спора неће занемарити управо техничку страну бизниса реосигурања. Тешко је очекивати да судија трговинског суда испуни ове услове.

Имајући у виду адаптираност арбитраже решавању спорова професионалаца из света осигурања *lato sensu*, залажемо се за оснивање специјализованог центра за решавање спорова изкомерцијалних осигурања и реосигуравања при Удружењу осигуравача Србије. Тај центар би требало да постане реномирана арбитражна институција, специјализована за спорове из комерцијалних осигурања и реосигурања. Слични центри увелико постоје у упоредном праву и окупљају признате стручњаке за област осигурања и реосигурања.⁶⁹ Центри су тако структурисани да се гарантује комбинација компетенција за различите типове осигурања и реосигурања (што је гатантија да ће се наћи стручњак и за уско специјализована питања, која се нарочито јављају у реосигурању), као и различитих искустава (није довољно да сви арбитражи буду правници, неопходно је да неки од њих имају искуства у вези са техничком страном посла). Сматрамо да би оснивање оваквог центра знатно допринело појефтинијењу домаћих услуга осигурања, а самим тим и користило домаћим извозницима и увозницима. Уместо да плаћају трошкове арбитраже која заседа у Лондону, домаћи привредници би могли за спорове из осигурања увести модел арбитражну клаузулу која конституише надлежност домаћег центра за решавање спорова из осигурања и реосигурања.

69 Такав је француски арбитражни Центар за реосигурање и осигурање (*Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance*), основан 1995. године под окриљем француског огранка АИДЕ.

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

**CULTURE OF ARBITRATION IN INSURANCE OF LARGE RISKS
AND REINSURANCE**

- Protection against uncertain character of judicial proceeding -

Summary

In this paper author is dealing with the presence of arbitration in the part of the insurance sector that is outside of consumer trends. It is about commercial insurances and reinsurance. Having in mind that disputes settlement before arbitration is widely developed in comparative law and practice author is speaking about culture of arbitration. Mentioned phenomenon is a consequence of all conveniences related with arbitration as a private jurisdiction: starting from the time necessary to make decision across flexibility of determination of applicable law to an election of arbitrators specialized not only for legal but also for technical issues of insurance and reinsurance. According to the author the key advantage of arbitration for insurance professionals is avoidance of uncertain outcome of judicial proceeding as well as the duration of the proceeding. Judicial uncertainty mostly affects businessmen. That's why business world prefers to predict ahead body of alternative dispute resolution and the procedure before this body. In order to promote arbitration in Serbian law – based on solutions from the best legal systems –author is advocating for the establishment of Arbitration Center for insurance and reinsurance disputes at the Insurance Association of Serbia.

Keywords: *Arbitration. – Large Risks. – Reinsurance. –Judicial Uncertainty. – Efficacy. – Protection of interests of insurance profession.*

Др Ненад ГРУЈИЋ*

ПРАВО КОРИСНИКА УСЛУГЕ ОСИГУРАЊА НА ПРИГОВОР НАРОДНОЈ БАНЦИ СРБИЈЕ КАО НАЧИН ВАНСУДСКОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Резиме

Аутор у овом чланку обрађује право корисника услуге осигурања на приговор Народној банци Србије у вези са радом друштва за осигурање. При томе, аутор настоји да право на приговор посматра не само као начин заштите права и интереса корисника услуге осигурања већ пре свега као метод алтернативног решавања спорова између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање. У уводном делу аутор анализира услове за изјављивање приговора и правила поступка пред Народном банком Србије. Затим у наставку рада разматра обим и границе овлашћења Народне банке у вези са решавањем приговора корисника услуге осигурања, указујући на остепљивост тих граница и одговорност Народне банке Србије у вези с тим. У завршним излагањима аутор анализира како правни тако и значај који у пракси тренутно има право на приговор као један од алтернативних начина решавања спорова између друштва за осигурање и корисника услуге осигурања. Анализирајући значај приговора, аутор настоји да посматра ствари са становишта сва три учесника поступка (корисника услуге осигурања, друштва за осигурање и Народне банке Србије) и да реално сагледа у којој мери право на приговор доприноси решавању спорова на тржишту осигурања. На крају аутор закључује да иако право на приговор има одређене резултате као вансудски механизам решавања спорова на тржишту осигурања, његов значај је тренутно много више изражен на плану превенције настанка спорова.

Кључне речи: уговор о осигурању, заштита права корисника, приговор, Народна банка Србије, алтернативно решавање спорова.

* Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Београд

I Појам и функција права на приговор Народној банци Србије

Право корисника услуге осигурања да Народној банци Србије као надзорном органу за област осигурања изјави приговор на рад друштва за осигурање представља важан механизам заштите права и интереса корисника услуге осигурања. Закон о осигурању,¹ заједно са пратећим подзаконским актом, Одлуком Народне банке Србије о начину заштите права и интереса корисника услуге осигурања² (у даљем тексту: Одлука НБС) предвиђа два механизма заштите корисника услуге осигурања: 1) заштиту у виду побољшања информисаности,³ и 2) заштиту у виду права на изјављивања приговора на рад друштва за осигурање.⁴ Нас ће у овом раду занимати само овај други начин заштите интереса корисника услуге осигурања и то само један његов део. Намерно кажемо само један његов део, јер се право на приговор које има корисник услуге осигурања састоји из два дела: 1) права на приговор који се изјављује самом друштву за осигурање чијим пословањем или одлуком у вези са правима и обавезама из уговора о осигурању је корисник незадовољан,⁵ и 2) правом на приговор на рад друштва за осигурање који се изјављује Народној банци Србије.⁶ Иако ова два права не само да представљају саставни део једног права на приговор већ су и функционално повезани,⁷ она се међусобно разликују у довољној мери не само да их посматрамо као два одвојена права, већ и да их не анализирамо заједно. Због тога ћу се у овом раду бавити само правом корисника услуге осигурања да изјави приговор Народној банци Србије.

Моја одлука да се у овом раду бавим само правом на приговор Народној банци Србије није случајна, већ је последица тога што то право у већој мери него право на приговор који се изјављује директно друштву

1 Закон о осигурању („Сл. гласник РС“, бр. 139/2014), ступио на снагу дана 26. 6. 2015.

2 Одлука Народне банке Србије о начину заштите права и интереса корисника услуге осигурања („Сл. гласник РС“, бр. 55/2015)

3 Видети: чл. 82 – 84. и 111. Закона о осигурању. Реч је о тзв. информацијском моделу заштите потрошача, више то томе: А. Keglević, „Obaveza obaveštavanja kao instrument zaštite potrošača s posebnim osvrtom na potrošački ugovor o osiguranju“, у *Zbornik radova, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 10/2012, Mostar, 2012, стр. 421 и др.

4 Видети: чл. 15. Закона о осигурању.

5 Видети: тач. 3. Одлуке НБС.

6 Видети: тач. 25. Одлуке НБС.

7 У смислу да се Народној банци Србије не може изјавити приговор уколико претходно приговор није био изјављен друштву за осигурање, о томе више касније.

за осигурање, представља истовремено и један алтернативни механизам за решавање спорова између корисника услуге осигурања и друштава за осигурање, или би барем тако требало да буде. Ово је веома значајно јер судски механизам заштите права често није довољан за адекватну заштити корисника услуге осигурања као посебне категорије потрошача⁸ због чега је на нивоу Европске уније потрошачима признато право на алтернативно решавање спорова.⁹ Поред тога, чини се да у вези са овлашћењима Народне банке Србије у поступку по приговору као и о значају улоге Народне банке Србије у том поступку постоје одређене недоумице или барем непознанице у пракси на тржишту осигурања. Таквој ситуацији наравно не доприноси чињеница да осим ретких изузетака, у нашој правној литератури скоро да и не постоји рад на ову тему. Због тога ми се чини да би један овакав рад могао да помогне пре свега учесницима тржишта осигурања али и да подстакне науку да се мало више заинтересује за ову тему.

Као што сам рекао, право корисника услуге осигурања да изјави приговор на рад друштва за осигурање Народној банци Србије има два подједнако важна циља: да омогући бољу заштиту корисника услуге осигурања и да допринесе решавању спорова између друштава за осигурање и корисника услуге осигурања. Међутим, тема овог рада ће бити углавном анализа права на приговор Народној банци Србије као један алтернативни начин решавања спорова¹⁰ између друштава за осигурање и корисника услуге осигурања јер ми је циљ да утврдим ли ово право може *in abstracto* да допринесе смањењу броја спорова између осигуравача и корисника услуге осигурања и да ли *in concreto* тај свој потенцијал остварује. Сматрам ово веома значајним, јер радећи свакодневно у праки на тржишту осигурања и сусрећући се са приговорима корисника услуге осигурања и начинима решавања тих приговора и уопште спорова са

8 Исто: Н. Петровић Томић, „Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања“, у *Правни живот*, бр. 11/2017, Београд 2017, стр. 250, К. Томић, „Арбитрабилност у потрошачким уговорим и заштита потрошача“, у *Зборник радова, Реформе и нови изазови у праву осигурања*, Београд, 2016, стр. 355.

9 Н. Петровић Томић, *Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања, о.с.*, стр. 250.

10 Ово упркос томе што Директива 2013/11 о алтернативном решавању потрошачких спорова (Directive 2013/11 of alternative dispute resolution for consumer disputes), приговор потрошача изјављен надзорном органу не препознаје као алтернативну методу решавања спорова. Супротно, да за српско право треба узети да поступак приговора Народној банци Србије представља вид вансудског решавања спорова, видети: Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурања*, Београд, 2015, стр. 390.

друштвима за осигурање, чини ми се да на тржишту осигурања у Републици Србији постоји доста простора за унапређење алтернативних начина решавања спорова између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање.

II Услови за изјављивање приговора и правила поступка

1. Услови за изјављивање приговора Народној банци Србије

Корисник услуге услуге осигурања може изјавити приговор Народној банци Србије само под условом да је претходно изјавио приговор друштву за осигурање и да је незадовољан одлуком друштва за осигурање о основаности његовог приговора.¹¹ Такође, приговор Народној банци Србије корисник услуге осигурања може изјавити и ако друштво за осигурање његов приговор није решило у року прописаном Одлуком НБС.¹² Уколико би корисник услуге осигурања поднео приговор Народној банци Србије без претходног обраћања друштву за осигурање, Народна банка Србије би такав приговор без одлагања, а најкасније у року од осам дана проследила друштву за осигурање на решавање.¹³

Као што се из претходног може видети, први услов да би корисник услуге осигурања користио право на изјављивање приговора Народној банци Србије јесте да је претходно изјавио приговор друштву за осигурање и да је незадовољан одлуком друштва о његовом приговору или да одговор на приговор није добио благовремено. Иако није изричито прецизирано одредбом тач. 28. Одлуке НБС, чини ми се да би корисник услуге осигурања имао право на приговор и онда када је друштво за осигурање одговорило на његов приговор благовремено, али не на прописан начин. Ово због тога што тач. 28. Одлуке НБС напомиње да корисник услуге осигурања може изјавити приговор Народној банци Србије ако „му давалац услуге осигурања није писмено одговорио на приговор у року прописаном овом одлуком“. Иначе, тач. 14. Одлуке НБС налаже друштву за осигурање да на приговор корисника одговори писаним путем (или електронским путем у одређеним случајевима).¹⁴ У скла-

11 Видети: тач. 28. Одлуке НБС.

12 Видети: тач. 28. Одлуке НБС. Иначе друштво за осигурање има рок од 15 дана да реши приговор корисника услуге осигурања и да га о својој одлуци обавести писаним путем а изузетно и електронским путем (тач. 14. Одлуке НБС).

13 Видети: тач. 26. ст. 1. Одлуке НБС.

14 Када је корисник услуге осигурања изјавио приговор електронским путем (прецизније електронском поштом) и захтева да му се на приговор одговори исто тако електронском

ду с тим, уколико друштво за осигурање реши приговор благовремено али кориснику услуге осигурања не достави одлуку о приговору писаним путем¹⁵ сматрам да би корисник услуге осигурања и тада имао право да изјави приговор Народној банци Србије и да он не би био преурањен.

Поставља се још само питање када ће се сматрати да корисник услуге осигурања није добио одговор друштва за осигурање благовремено односно када може да поднесе приговор Народној банци Србије не чекајући више одговор друштва за осигурање. Имајујући у виду да друштво за осигурање има рок од 15 дана да донесе одлуку о приговору (тач. 14. Одлуке НБС), друштво за осигурање је дужно да најкасније последњег дана тог рока¹⁶ пошаље (писаним путем или електронском поштом уколико су за то испуњени услови) кориснику услуге осигурања свој одговор, односно одлуку о основаности приговора кроисника услуге осигурања. То значи, да корисник услуге осигурања не може да поднесе приговор Народној банци Србије одмах наредног дана када је истекао рок од 15 дана за решавање по приговору, јер уколико му је одлука друштва за осигурање послата поштом, потребно је да сачека још одређено разумно време пре него што се обрати приговором Народној банци Србије. Колико ће то разумно време бити, то зависи од околности сваког случаја, с тим што треба узети да уобичајено то не може бити дуже од 2-3 радна дана колико је потребно да препоручена поштанска пошиљка буде испоручена. Само по себи се разуме да када је одлука по проговору послата електронском поштом да је корисник услуге осигурања овлашћен одмах након пријема да се обрати Народној банци Србије.

Други услов за изјављивање приговора Народној банци Србије јесте да корисник услуге осигурања претходно није покренуо поступак посредовања пред Народном банком Србије или судски спор против дру-

поштом, друштво за осигурање одлуку о приговору може доставити кориснику услуге осигурања електронском поштом с тим што она мора бити потписана квалификованим електронским потписом у складу са законом којим се уређује електронски потпис (тач. 14. ст. 3. Одлуке НБС). Као што се види потребно је да буду испуњена три услова да би друштво за осигурање могло да кориснику услуге осигурања одговори на приговор тј. да му достави одлуку о приговору електронском поштом: 1) да је приговор изјављен електронском поштом, 2) да корисник захтева да му се одговори електронском поштом, и 3) да је одлука о приговору потписана квалификованим електронским потписом.

15 Нпр. саопшти му одговор усмено, или му достави обичном електронском поштом, или путем неког другог трајног медија (sms, viber, web сајт или портал, и сл).

16 Под условом да није продужило рок за додатних 15 дана у складу и на начин прописан тач. 4. ст. 4. Одлуке НБС.

штва за осигурање.¹⁷ Ова два поступка представљају сметње за изјављивање приговора Народној банци Србије. Поступак посредовања пред Народном банком Србије представља други односно трећи механизам алтернативних решавања спорова у којем се користе другачије методе решавања спорова у односу на поступак приговора надзорном органу.¹⁸ Због тога, вођење ова два поступка паралелно не само да не би било ефикасно већ би било и немогуће. Управо због тога, моментом оноччања поступка посредовања обуставом или одустанком, поново се успоставља право корисника услуге осигурања на изјављивање приговора Народној банци Србије. Као што се види поступак посредовања јесте сметња али није неотклоњива сметња за изјављивање приговора Народној банци Србије, јер се окончањем поступка посредовања обуставом или одустанком, ово право поново успоставља. Шта више, за време трајања поступка посредовања не тече рок за изјављивање приговора¹⁹ Народној банци Србије прописан одредбом тач. 30. Одлуке НБС.

Такође, уколико је већ покренут судски поступак, алтернативни начини решавања спорова пред надзорним органом остају без своје сврхе²⁰ јер као што смо рекли њима је циљ да спрече настанак судског спора. Разлика у односу на постојање поступка посредовања пред Народном банком Србије, који видели смо представља отклоњиву сметњу за изјављивање приговора, постојање судског спора представља неотклоњиву сметњу за изјављивање приговора и Народна банка Србије такав приговор неће разматрати.²¹ Дакле, покретањем судског спора против друштва за осигурање, корисник услуге осигурања трајно губи право да изјави приговор Народној банци Србије. Подразумева се да се предмет судског спора и приговора поклапају.

Трећи услов за изјављивање приговора Народној банци Србије јесте да је корисник услуге осигурања приговор изјавио у року одређеном тач. 30. Одлуке НБС односно у року од шест месеци од дана када је примио одлуку друштва за осигурање којом је одлучено о основаности њего-

17 Видети: тач. 27 ст. 2. Одлуке НБС.

18 Више о томе у вези са различитим фазама вансудског решавања спорова у области осигурања у енглеском праву пред тзв. финансијским обудсманом, и о различитим методама за решавање спорова у том поступку, видети: Н. Петровић Томић, *Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања, о.с.*, стр. 254-255.

19 Видети: тач. 27. ст. 3. Одлуке НБС.

20 Исто: Н. Петровић Томић, „Заштита потрошача услуге осигурања и информациона парадигма“, у *Право и привреда*, 7-9/2016, Београд, 2016, стр. 570.

21 *Ibid.*

вог приговора, или уколико одлуку друштва за осигурање никада није примио онда почев од првог дана након истека рока од 15 дана који је друштво за осигурање имало за решавање приговора. Уколико корисник услуге осигурања изјави приговор након истека овог рока Народна банка Србије неће разматрати такав приговор, о чему ће га обавестити. Као што се види реч је о преклузивном року.

2. Ток поступка пред Народном банком Србије

Поступак пред Народном банком Србије покреће корисник услуге осигурања изјављивањем приговора који може изјавити писаним или електронским путем на поштанску и маил адресу коју Народна банка Србије означава на њеној интернет презентацији. Уз приговор корисник услуге осигурања је дужан да достави и свој приговор који је изјавио друштву за осигурање, затим одлуку друштва за осигурање уколико му је достављена и сву документацију и доказе на основу којих се наводи из приговора могу ценити.²²

Након пријема приговора, најкасније у року од осам дана, Народна банка Србије приговор са свим доказима доставља друштву за осигурање ни чији рад је изјављен приговор и оставља му рок да се изјасни на наводе из приговора.²³ Иако Одлука НБС не прописује дужину рока за изјашње у пракси рада Народне банке Србије тај рок најчешће износи осам дана. Друштво за осигурање је дужно да се о наводима из приговора изјасни писаним путем у остављеном року, као и да за своје наводе достави све релеватне доказе.²⁴ Уколико се друштво за осигурање не изјасни на све наводе из приговора, или не достави одговарајуће доказе, или Народна банка Србије процени да је потребно изјаснити још неке околности у вези са конкретним спорним односом, она може наложити друштву за осигурање да се додатно изјасни и/или достави додатне доказе.²⁵ Рок за додатно изјашњење одређује Народна банка Србије, што значи да потен-

22 Реч је о обавези прописаној одредбом тач. 29. ст. 2. Одлуке НБС. Међутим, приметно је у пракси да Народна банка Србије поступа и по приговорима корисника који не садрже сву ову документацију. У таквим случајевима Народна банка Србије налаже друштву за осигурање да достави целокупну документацију. Нема сумње да се на тај начин додатно олакшава положај корисника услуге осигурања и поступак чини мање формалним, али се ипак чини да би Народна банка Србије требало такву праксу да формализује.

23 Видети: тач. 31. Одлуке НБС.

24 Видети: тач. 32. ст. 1. Одлуке НБС.

25 Видети: тач. 32. ст. 2. Одлуке НБС.

цијално може бити и дужи од осам дана, али у пракси се овај додатни рок углавном остављају три или пет дана.

У сваком случају, Народна банка Србије је дужна да у року од три месеца од дана пријема приговора кориснику услуге осигурања достави *коначан одговор*²⁶ (под. аутор). У сложенијим стварима, овај рок се може продужити за додатних три месеца, о чему је Народна банка Србије дужна да обавести корисника услуге осигурања пре истека првобитног рока од три месеца.²⁷ У вези са роком за достављање *коначног одговора*, треба приметити две ствари. Прво, језичким тумачењем Одлуке НБС произлази да је Народна банка Србије дужна да у року од три месеца не само заврши поступак по приговору већ и да је дужна да достави кориснику услуге осигурања *коначан одговор*. У том смислу уколико би Народна банка Србије послала кориснику услуге осигурања коначан одговор у оквирима рока, а он га прими након истека рока, сматрало би се да Народна банка Србије није поступила благовремено. Иако би овакво пробијање рока остало без икакве санкције, ово истичем само као једно неуобичајено решење. Друго, чини се да је рок од три месеца прешироко постављен и да је сврха приговора угрожена због овако прешироко постављеног рока. Наиме, корисник услуге осигурања коме је ускраћена осигуравајућа заштита често има ургентну потребу за пружањем такве заштите, и често ће се у пракси дешавати да ће корисник услуге осигурања управо због дужине трајања овог рока бити ускраћен за осигуравајућу заштиту јер ће ургентност његових потреба налагати да их задовољи на други начин.²⁸ Због тога, али и због чињенице да је пракса показала да је могуће спровести овај поступак за знатно краћи период, чини се да би Народна банка Србије требало да размотри могућност скраћена овог рока на период до месец дана.

Анализирајући пре свега услове за изјављивање приговора Народној банци Србије али и сам поступак који спроводи Народна банка Србије, на први поглед би се дало закључити да је приговор који кориснику услуге осигурања изјављује Народној банци Србије заправо други степен у односу на одлуку друштва за осигурање о приговору коирисника. Међутим, такав закључак би био погрешан. Приговор Народној банци

26 Видети: тач. 33. ст. 1. Одлуке НБС.

27 Видети: тач. 33. ст. 1. Одлуке НБС.

28 Слично томе: Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурања и информациона парадигма, о.с.*, стр. 570.

Србије је само следећи у низу механизма за алтернативно решавање спора између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање. Њему свакако и увек претходни поступак решавања приговора корисника који спроводи само друштво за осигурање а некада му следи (мада не мора уопште а може и да му претходни) поступак посредовања који такође спроводи Народна банка Србије, а на предлог корисника услуге осигурања и уз сагласност друштва за осигурање. Да је приговор Народној баци Србије у ствари само један у низу алтернативних начина решавања спорова, односно да није другостепени поступак, како се у пракси често разуме, говоре пре свега овлашћења Народне банке Србије у том поступку.

III Овлашћење Народне банке Србије у поступку по приговору

За разлику од друштва за осигурање које по приговору корисника услуге осигурања мора да донесе одлуку о основаности захтева и да одлучи да ли усваја, делимично усваја или одбија приговор корисника, Народна банка Србије таква овлашћења нема. Народна банка Србије нема нити би могла да има овлашћење да мења одлуку друштва за осигурање. Иако у Одлуци НБС то није изричито наведено, чињеница је да тач. 30. Одлуке НБС регулише овлашћења Народне банке Србије у поступку по приговору тако што каже да Народна банка Србије доставља кориснику услуге осигурања *коначан одговор*. Поред тога, став други наведене тачке Одлуке НБС каже да Народна банка Србије указује кориснику на могућност решавања спора вансудским путем у поступку посредовања пред Народном банком Србије, описује тај поступак и рокове за његово спровођење. Из овакве формулације одредбе тач. 30. Одлуке НБС може се закључити да Народна банка Србије није овлашћена да одлучује о основаности одлуке друштва за осигурање о приговору корисника нити има овлашћење да такве одлуке мења. Међутим, чини се да је због боље информисаности корисника услуге осигурања било корисно у тексту Одлуке НБС изричито напоменути да Народна банка Србије нема овлашћења да измени одлуку друштва за осигурање или да на други начин ауторитативно реши спор. Ово искључиво због тога што се чини да је у пракси на тржишту осигурања код корисника услуга осигурања присутно уверење о супротном што свакако није добро будући да корисници онда имају неразумна очекивања од читавог процеса и од Народне банке Србије, која уколико не буду испуњена доприносе смањењу поверења корисника у институцију Народне банке Србије као надзорног органа за област осигурања. Чини се да би наведени пропуст могао адекватно да се

исправи постављањем обавештења на интернет презентацији Народне банке Србије и то у делу у којем корисници могу да се информишу о начину заштите својих права путем подношења приговора или предлога за посредовање. Упоредно посматрано ово је уобичајени начин обавештавања корисника услуге осигурања о обиму овлашћења надзорног органа у поступку по приговору изјављеног против друштва за осигурање.²⁹

Међутим, уколико Народна банка Србије нема овлашћења да измени одлуку друштва за осигурање, поставља се питање која онда овлашћења има и чему служи читав поступак понодошења приговора њој као надзорном органу? Чини се да је одговор на ово питање садржан у одредби тач. 32. ст. 2. Одлуке НБС. Ова одредба овлашћује Народну банку Србије да након што прими изјашњење друштва за осигурање на наводе из приговора корисника, захтева од друштва за осигурање додатна изјашњења и достављање доказа за своје наводе. То значи да је Народна банка Србије у одређеној мери овлашћена да примењује истражно начело и да је сходно њему овлашћења да захтева од друштва за осигурање да разјасни све спорне чињенице и околности као и да их доказима адекватно документује. Иако ово на први поглед, без права да мења одлуку друштва за осигурање, не делује значајно, у ствари је веома значајно. На овај начин Народна банка Србије може да утврди сваки евентуални пропуст који је друштво за осигурање учинило у конкретном спорном односу са корисником услугом осигурања, али исто тако и да утврди системске пропусте у пословању друштва за осигурање.

У складу са наведеним, уколико Народна банке Србије утврди да је друштво за осигурање учинило пропуст у конкретном спорном односу са корисником услуге осигурања, било да је тај пропуст последица системске грешке у пословању друштва за осигурање било да је инцидентног карактера, она својим инсистирањем на одговорима тј. изјашњењима и доказима може извршити притисак на друштво за осигурање да промени своју одлуку. Ово због тога што ни друштво за осигурање често неће бити свесно системских пропуста у свом пословању који за последицу имају оштећење права и интереса корисника, па ће тек инсистирањем Народне банке Србије на изјашњењима и утврђивању свих околности такав пропуст открити. То наравно не значи да друштво за осигурање

29 <http://www.hanfa.hr/edukacija-i-zastita-potrosaca/predstavke-potrosaca/> последњи пут посећено 7. 4. 2018. и <https://acpr.banque-france.fr/en/customer-protection/general-public/submit-claim-regarding-professional> последњи пут посећено 7. 4. 2018.

у конкретном случају мора да промени своју одлуку по приговору корисника, али му се оставља довољно простора да још једном размотри своју првобитну одлуку о приговору корисника,³⁰ и сагледа потенцијалне ризике. Једнако важи за приговоре који нису последица системског пропуста у раду друштва за осигурање, већ су инцидентног карактера (тзв. оперативни пропусти). Друштво често неће бити свесно постојања овог пропуста и може га открити тек у поступку по приговору уз инсистирање Народне банке Србије на утврђивању свих околности случаја. Поред тога корисно би било да Народна банка Србије на својој интернет презентацији објављује и податке о томе како појединачна друштва за осигурање решавају приговоре изјављене Народној банци Србије, како би се и на тај начин извршио притисак на друштва за осигурање.³¹

Као што се види овлашћења Народне банке Србије се свде на право да инсистира на утврђивању свих чињеница и околности сваког појединачног случаја, што друштву за осигурање може указати на пропусте у пословању који су узроковали приговор корисника, на који начин Народна банка Србије врши притисак на друштва за да своју одлуку о приговору корисника промени. Међутим, Народна банка Србије мора да буде веома опрезна у вези са вршењем својих овлашћења јер је пракса показала да је веома танка линије између инсистирања на утврђивању околности случаја тј. захтевањем на додатним изјашњењима и прекорачења граница овлашћења захтевањем од друштва за осигурање да предложи начин решења спорне ситуације. Одлука НБС не даје овлашћења Народној банци Србије да захтева од друштва за осигурање да предложи начин решења спорног односа, већ овлашћује Народну банку Србије да затражи додатна изјашњења у вези на наводима из приговора корисника. Као што смо рекли, инсистирањем на разјашњењу свих околности случаја Народна банка Србије треба са једне стране да помогне друштву за осигурање да утврди постојање пропуста, уколико постоји наравно, а с друге стране да указивањем на пропуст изврши притисак на друштво за осигурање да промени своју одлуку. Тражењем од друштва за осигурање да предложи начин решавања спорног односа, Народна банка Србије прелази границе својих овлашћења и практично инсистира на промени

30 Исто: Н. Петровић Томић, *Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања, о.с.*, стр. 267.

31 У смислу репутационог утицаја на друштва за осигурање која чак и у случају уврђивања пропуста у раду одлуче да не промене одлуку о приговору корисника услуге осигурања. Ово је иначе упоредно позната метода притиска на рад друштава за осигурање, о томе више: *Ibid.*, стр. 256.

одлуке друштва за осигурање, иако таква овлашћења нема.³² Иако улога Народне банке Србије као надзорног органа јесте да штити интересе корисника услуге осигурања, чини се да се под тим не би подразумевало заштита појединачних интереса у конкретном поступку по приговору. Народна банка Србије у поступку по приговору није заступник права и интереса корисника услуге осигурања, није ни суд јер у њеној надлежности није решавање имовинско правних спорова између друштва за осигурање и корисника услуге осигурања, већ је њена улога да као надзорни орган утврди пропуст у пословању друштва за осигурање уколико је постојао. Након што утврди евентуални пропуст у пословању, Народна банка Србије *коначним одговором* обавештава корисника услуге осигурања о томе шта је утврдила, а на њему је да одлучи да ли ће да предложи поступак посредовања или ће да покрене судски спор или неће ништа да уради. Једнако као што је на друштву за осигурање да одлучи да ли ће, након што се у поступку по приговору утврди пропуст у пословању друштва за осигурање, да промени своју одлуку или ће чекати да корисник услуге осигурања предложи посредовање или ће ризиковати покретање судског спора. Чини се да би такав коначан одговор, који садржи не просто понављање изјашњења друштва за осигурање већ који би садржао констатацију о учињеном попусту у пословању друштва за осигурање, са детаљним образложењем у чему се тај пропуст садржи, био сасвим довољан кориснику услуге осигурања за даљу заштиту његових права.

Исто тако, у ситуацији када Народна банка Србије није утврдила пропусте у пословању друштва за осигурање у вези са разлогом изјављивања приговора корисника услуге осигурања, Народна банка Србије *коначним одговором* обавештава корисника услуге осигурања да није утврдила пропуст у пословању друштва за осигурање са детаљним образложењем поступака друштва за осигурање у конкретном случају.

Међутим, чини се да у досадашњој пракси рада Народна банка Србије избегавала је да довољно јасно и разумљиво у *коначном одговору* укаже кориснику услуге осигурања на то да ли је утврдила пропуст у пословању друштва за осигурање. Према садржини коначних одговора које сам имао прилике да видим, Народна банка Србије углавном дискретно укаже кориснику услуге осигурања да ли је било пропуста друштва за осигурање. Чини ми се да постоји простор да Народна банка

32 С друге стране у поступку посредовања пред Народном банком Србије, уколико до њега дође, Народна банка Србије је овлашћена да предложи свакој страни (а не само друштву за осигурање) да предложи начин мирног решења спора.

Србије у својој комуникацији са корисницима услуге осигурања тј. подносиоцима приговора примену одредбу тач. 15. Одлуке НБС и да са њима комуницира на једноставнији и разумљивији начин, пре свега у делу којем их обавештава да ли је у конкретном случају утврдила пропуст у раду друштва за осигурање.³³

У непосредној вези са свим претходним је и питање саветовања корисника услуге осигурања од стране Народне банке Србије, која у складу са Одлуком НБС није овлашћена да саветује кориснике услуге осигурања у вези са правима из конкретног спорног односа, иако то такође нигде у Одлуци НБС није наглашено.³⁴ Досадашње пракса, према мени доступним подацима показала је да је Народна банка Србије углавном поштовала ову забрану.

Као што се види овлашћења Народне банке Србије у поступку по приговору иако наизглед нису велика, суштински могу имати велики утицај на решавање спорног односа између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање и тако спречити покретање судског спора. Међутим, управо специфичности тих овлашћења с једне стране и њихов значај с друге стране, налажу Народној банци Србије велику одговорност у вези с вршењем тих овлашћења. Од Народне банке Србије се захтева да са једне стране изврши довољан притисак на друштва за осигурање а да не пређе границе својих овлашћења у овом поступку, а с друге стране да довољно јасно и разумљиво укаже кориснику услуге осигурања да ли је било пропуста у конкретном случају од стране друштва за осигурање.³⁵

33 Ово упркос томе што се наведена одредба Одлуке НБС односи на начин комуникације друштва за осигурање са корисницима услуге осигурања, јер се чини да не постоји оправдан разлог зашто таква иста обавеза не би постојала и на страни Народне банке Србије у комуникацији са подносиоцима приговора.

34 На интернет презентацији Хрватске агенције за надзор финансијских услуга (ХАНФА) стоји изричито обавештење да ХАНФА није овлашћена да корисницима финансијских услуга даје правне савете. Видети: <http://www.hanfa.hr/edukacija-i-zastita-potrosaca/predstavke-potrosaca/> последњи пут посећено 7. 4. 2018. Чини се да ни и Народна банка Србије на својој интернет презентацији могла да има једно овакво обавештење а све са циљем боље информисаности корисника услуге осигурања односно свих финансијских услуга.

35 С тим у вези чини се да би у будућности изменом Одлуке НБС или другим прописом требало прописати критеријуме које би запослени у Народној банци Србије који раде на решавању приговора, једнако као и на поступањима посредовања, морали да испуњавају, јер управљање овим двома методама вансудског решавања спорова то свакако захтева. Уосталом, упоредна пракса је показала да независност, стручност и углед лица које решава приговор корисника услуге осигурања представља важну карику у изградњи поверења корисника услуге осигурања у читав поступак решавања спорова путем приговора надзорном или дру-

IV Значај права на приговор Народној банци Србије у пракси

Сада када смо видели како изгледа поступак приговора пред Народном банком Србије и које су границе овлашћења Народне банке Србије у том поступку, да видимо какав значај у пракси овај поступак има пре свега с становишта могућности вансудског решавања спорова између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање. При томе, чини се да је потребно значај поступка приговора посматрати из перспективе сва три различита субјекта која у њему учествују.

Тако, из перспективе Народне банке Србије поступак приговора је веома значајан пре свега због тога што Народна банка Србије преко њега стиче увид у пословање друштава за осигурање на дневном нивоу и у погледу појединачних односа са корисницима услуге осигурања. Као што смо рекли увидом у разлоге незадовољства корисника услуге осигурања и уз примену истражног начела Народна банка Србије стиче увиди о пословање друштава за осигурање и стиче могућност да посматрајући пословање друштава за осигурање из другог угла утврђује потенцијалне пропусте у пословању. На овај начин Народној банци Србије се омогућава да на лакши, бржи и ефикаснији начин спроводи контролу пословања друштава за осигурање него што то може преко тзв. непосредних контрола. У досадашњој пракси Народна банка Србије је неколико пута спровеле тзв. посредне контроле пословања друштава за осигурање које су биле инициране управо приговорима корисника услуга осигурања. Резултати тих контрола су биле мере не само за контролисано друштво за осигурање већ и за сва остала друштава за осигурање која су пословала на исти начин као и контролисано друштво за осигурање.

Из перспективе друштва за осигурање поступак приговора пред Народном банком Србије је једнако значајан. У том поступку, на иницијативу Народне банке Србије друштва за осигурање имају прилике да увиде неправилности у свом пословању које до тада нису увиђали и прилику не само да у конкретном спорном односу исправе пропуст и смање ризик губитка евентуалног судског спора, већ и да уколико је реч о системском пропусту у пословању отклањањем узрока приговора смање будуће незадовољство корисника услуге осигурања а самим тим и ризик

гом органу. Више о томе за немачко право, видети: Н. Петровић Томић, *Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања, о.с.*, стр. 263.

нових приговора и судских спорова као и евентуалне мере Народне банке Србије као надзорног органа.

Међутим, иако све ово несумњиво има одређени превентивни значај на појаву будућих спорова између друштава за осигурање и корисника услуге осигурања, јер се на тај начин отклањају или умањују узроци незадовољства корисника услуга осигурања, чини се да из перспективе појединачаног корисника услуге осигурања који је уложио конкретан приговор Народној банци Србије поступак приговора ни изблиза нема толики значај. Иако се чини да ризик од мера Народне банке Србије заједно са истражним начелом које у поступку по приговорима примењује Народна банка Србије треба да представљају довољно средство притиска на друштва за осигурање да промене своју одлуку по приговору, уколико је пропуст у пословању утврђен, пракса нам говори другачије. Наиме, према извештају Народне банке Србије о поднетим притужбама и приговорима за период јануар – септембар 2017,³⁶ само 12,5% приговора је било основано односно само у 76 од 607 случајева је друштво за осигурање променило своју првобитну одлуку и усвојило приговор корисника услуге осигурања.³⁷ Наравно ово не значи да је само 12,5% спорних односа између друштава за осигурање и корисника услуга решено у поступку по приговору Народној банци Србије јер сасвим сигурно постоје и они приговори које не само што су од стране друштва за осигурање оцењени као неосновани већ и за које је Народна банка Србије утврдила да није било пропуста у пословању друштва за осигурање. У свим таквим случајевима³⁸ такође се може сматрати да је Народна банка Србије спроводећи поступак и дајући коначан договор допринела решавању спорног односа између друштава за осигурање и корисника услуге осигурања, јер није разумно очекивати да корисник услуге осигурања

36 Извештај о поднетим притужбама и приговорима за период јануар – септембар 2017. године, доступан на: https://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_8/izvestaj_septembar_2017.pdf, последњи пут посећено 21. 4. 2018.

37 Према подацима за период октобар – децембар 2017, тај проценат је још мањи свега 5,9%, уз напомену да у тренутку објављивања извештаја Народне банке Србије чак 77 приговора из посматраног периода (30,1%) још увек није био решен, што значи да проценат од 5,9% може пораси али свакако не преко нивоа од просека за 2017. (12,5%). Доступно на: https://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_8/izvestaj_decembar_2017.pdf, последњи пут посећено 21. 4. 2018.

38 За које нажалост не постоје доступни подаци о броју будући да се сви они приговори који нису довели до измене одлуке друштва за осигурање, без обзира да ли је у поступку по приговору утврђен пропуст на страни корисника услуге осигурања, третирају у извештајима Народне банке Србије као неосновани.

након таквог коначног одговора покрене судски спор. Једноставно ауторитет Народне банке Србије као надзорног органа и независног органа утиче на корисника услуге осигурања у вези са његовим дотадашњим представа о спорном односу.

Свакако значај приговора огледа се и у томе што као фаза у поступку алтернативног решавања спорова претходи фази посредовања које се такође одвија пред Народном банком Србије,³⁹ јер захваљујући истражном начелу чак и уколико друштво за осигурање не промени одлуку по приговору корисника услуге осигурања, у случају да корисник предложи поступак посредовања, друштво за осигурање често може бити мотивисано да у поступку посредовања реши спор мирним путем са корисником услуге осигурања како би избегло ризик губитка судског спора. То потврђују и подаци које је за период јануар – септембар 2017. објавила Народна банка Србије,⁴⁰ а који кажу да чак 47% поступака посредовања пред Народном банком Србије буду окончани поравнањем између друштва за осигурање и корисника услуге осигурања. Упркос томе што релативно мали број приговора⁴¹ касније заврши у фази посредовања пред Народном банком Србије, чини се да управо поступак приговора у којем се захваљујући истражном начелу које примењује Народна банка Србије утврде пропусти друштва за осигурање доприносе великој ефикасности у поступцима посредовања.

У вези са наведеним може се поставити питање сврсисходности решења нашег законодавца да поступак приговора Народној банци Србије не мора да претходи поступку посредовања. Чини се да овакво решење може бити упитно. Ово пре свега због тога што у поступку по приговору Народна банка Србије има могућност да применом тзв. истражног начела утврди све околности конкретног случаја и да укаже и друштву за осигурање и кориснику услуге осигурања на евентуалне пропусти до којих је дошло у пословању друштва за осигурање. Чач и уколико спор не буде решен у поступку по приговору, у поступку посредовања све три

39 Иако по Одлуци НБС то није нужно, већ корисник услуге осигурања прво може покренути поступак посредовања па тек потом уложити приговор на рад друштва за осигурање.

40 Доступно на: https://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_8/izvestaj_septembar_2017.pdf, последњи пут посећено дана 21. 4. 2018.

41 Свега 29 од 607 (4,8%), све према подацима Народне банке Србије за период јануар – септембар 2017. заврши у поступку посредовања пред Народном банком Србије. Ово под претпоставком да је сваком од ових поступака посредовања претходио поступак приговора што иначе није нужно.

стране, дакле и странке у спору и Народна банка Србије као посредник имају утврђене све околности случају и остаје им само да покушају усклађивањем интереса страна у спору да се споразумеју око евентуалног решења спорног односа поравнањем. У противном, уколико посредовању није претходило утврђивање чињеница и околности у поступку по приговору пред Народном банком Србије, могућност усклађивања супростављених интереса у поступку посредовања ће бити знатно мања. Искуство говори да у таквим случајевима Народна банка Србије нема на располагању механизме да утврди све чињенице и околности спорног случаја и да се свака страна углавном држи оних чињеница и околности које њој иду у прилог, док преостале свесно или несвесно прикрива. У таквим условима, дакле без јасно утврђеног чињеничног стања, свакој страни а посебно Народној банци Србије тешко је да предви и процени ти ризике, што свакако отежава могућност усклађивања међусобних интереса.

Због тога се чини да би могућност покретања поступка посредовања пред Народном банком Србије требало да буде условљена подношењем приговора Народној банци Србије, на исти начин као што је подношење приговора Народној банци Србије условљено подношењем приговора друштву за осигурање. На овај начин би ова три различита начина решавања спорова између друштва за осигурање и корисника услуга била функционално повезана и верујем ефикаснија, а стране у спору не би могле да пређу у наредну фазу решавања спорова без да су претходно неуспешно окончагле претходну.⁴²

V Закључак

Као што може да се види право на приговор Народној банци Србије јесте један од могућих начина алтернативног решавања спорова између корисника услуге осигурања и друштва за осигурање и *in abstracto* је подобан да смањи број спорова између друштва за осигурање и корисника услуге осигурања. Међутим, утисак је да постоји доста простора за унапређење ефикасности овог метода и да је могуће повећати проценат спорова решених овим методом алтернативног решавања спорова у области осигурања, јер се стиче утисак да *in concreto* у недовољном броју случајева доводи до успешног решавања спорног односа.

42 О значају „вођења“ корисника услуга осигурања кроз различите фазе односно методе алтернативног решавања спорова, видети: Н. Петровић Томић, *Омбудсман за решавање потрошачких спорова из осигурања, о.с.*, стр. 254-256.

У том смислу, чини се да Народна банка Србије може да повећа информисаност корисника услуге осигурања у вези са својим овлашћењима како корисници услуге осигурања не би имали неразумна очекивања и од поступка по приговору тако и од саме Народне банке Србије. Поред тога, чини се да постоји доста простора да се сам поступак поступања Народне банке Србије скрати сведе на период не дужи од 30 дана, како би се заштита права корисника услуге осигурања учинила не само ефикаснијом, већ и бржом као и да се покретање поступка посредовања услови претходним подношењем приговора Народној банци Србије. Затим, Народна банка Србије треба да настави да ради на подизању свести друштва за осигурање у вези са могућношћу алтернативних начина решавања спорова⁴³ и да настави са поступцима посредних контрола пословања друштва за осигурање иницираних управо анализом приговора корисника услуге осигурања, као и да то јасно стави до знања друштвима за осигурање. Чини се да ће у том случају друштва за осигурање посебну пажњу посветити управљању приговорима корисника услуге осигурања и да ће тек тада на прави начин прихватити приговор као начин алтернативног решавања спорова. На крају, друштва за осигурање треба да почну да препознају значај приговора корисника услуге осигурања, да их анализирају, утврђују узроке приговора и самостално, не чекајући мере Народне банке Србије, предузимају мере за отклањање узрока приговора и да на тај начин превентивно утичу на отклањању незадовољства корисника услуге осигурања и смањење броја спорова.

43 Слично томе само за промоцију посредовања као алтернативног начина решавања спорова, видети: Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуге осигурање, о.с.*, стр. 392.

Dr Nenad GRUJIĆ,
Generali Insurance, Belgrade

**THE RIGHT OF CONSUMER OF INSURANCE SERVICES
TO MAKE COMPLAINT WITH NATIONAL BANK OF SERBIA
AS A METHOD OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION**

Summary

In this article, the author analyzes the right of an insurance consumer to lodge a complaint against an insurance company with the National Bank of Serbia. The author attempts to observe the right of complaint not only as a means of protecting the rights and interests of insurance consumers, but first of all as a method of alternative dispute resolution between consumers of insurance and the insurance company. In the introduction, the author analyzes the terms of filing complaints and rules of procedure with the National Bank of Serbia. After that, he analyzes the scope and limits of authority of the National Bank of Serbia regarding the resolution of complaints by the insurance consumers, pointing out to the delicacy of these limits and the responsibility of the National Bank of Serbia in this regard. Further on, the author analyzes both the legal and practical importance of the right of complaint as one of the alternative methods of resolving disputes between insurance companies and insurance users. In analyzing the importance of complaint, the author attempts to observe things from the points of view of all three participants in the procedure (consumers of insurance, the insurance company and the National Bank of Serbia) and to realistically perceive to what extent the right of complaint contributes to the resolution of disputes on the insurance market. Finally, the author concludes that although the right of complaint produces certain results as an out-of-court mechanism of settling disputes on the insurance market, its importance is currently much more pronounced in the area of conflict prevention.

Keywords: *contract of insurance, protection of consumers of insurance services, complaint, National Bank of Serbia, alternative dispute resolution.*

Стефан КОВАЧ*

АРБИТРАЖА У РЕОСИГУРАЊУ

Резиме

Дјелатност реосигурања је изузетно значајна за финансијски сектор, а интереси осигуравача, реосигуравача, осигураника и државе су међусобно „испреплитани“. Ови субјекти су директно или индиректно заинтересовани да се спорови из реосигурања окончају на пријатељски начин, а арбитража је идеална за ту сврху. *Ad hoc* арбитража је традиционални механизам рјешавања спорова из реосигурања, а уговори о реосигурању најчешће садрже компромисорну клаузулу која може имати ужи или шири домаћај, у зависности од воље странака. Арбитри у спору из реосигурања су стручњаци за осигурање и реосигурање, обично са дугогодишњим искуством у наведеним дјелатностима. Арбитражни трибунал обично доноси одлуку на основу обичаја и праксе реосигурања, али странке често предвиђају и одлучивање „по правичности“, што „отвара врата“ евентуалним злоупотребама. Иако су арбитри стручњаци за реосигурање, они не морају бити правници, те је препоручљива имплементација арбитражних правила UNCITRALA или ARIASA, којима се ефикасно регулише арбитражни поступак. У процесу вертикалне „атомизације“ ризика, поред осигуравача и реосигуравача, често учествују ретроцесионари, брокери и пулови реосигурања. Уколико је осигуравач „економски јача страна“, могао би да наметне стандардизовану компромисорну клаузулу, којом би обезбједио вишестраначку арбитражу и консолидовани арбитражни поступак.

Кључне ријечи: реосигурање, арбитража, арбитражна клаузула, специјализовани арбитри, обичаји реосигурања и одлучивање „по правичности“, вишестраначка арбитража и спајање поступака.

* Дипломирани правник - мастер

I Реосигурање

I Појам и значај реосигурања

Реосигурање је осигурање осигурања.¹ Другим ријечима, реосигурање представља поновно осигурање, а сама ријеч садржи префикс „ре“, који у већини европских језика значи још једном, опет, поново. „Реосигурање је у ствари уговорни однос између једног осигурача и осигураника са аспекта осигураника“.² Према широко прихваћеној дефиницији у нашој литератури, уговор о реосигурању се одређује као правни посао према којем реосигуравач преузима обавезу да другој страни, осигуравачу, плати дио износа или чак читав износ који је овај платио, или треба да плати осигуранику или осигураницима, а осигуравач преузима обавезу да реосигуравачу плати одређену премију.³ Предмет уговора о реосигурању је уговорна одговорност осигуравача према осигуранику, те накнада из реосигурања увијек има одштетни карактер, без обзира да ли је у питању осигурање имовине или лица.

Закључено реосигурање омогућава осигуравачу да се заштити од великих и неочекиваних ризика, а посебно оних који прелазе његов самопридржај по полиси или портфељу осигурања. Захваљујући реосигурању, осигуравач може да преузима ризике које иначе не би, чиме развија своје портфеље и повећава конкурентост на тржишту. Реосигурање је лукративан привредно - правни посао изразито међународног карактера.⁴ Осим финансијског мотива, реосигуравачи преузимају ризике из раз-

1 Јанковец критикује овај термин истичући да се под „осигурањем осигурања“, може сматрати и осигурање солвентности осигуравача од стране осигураника. Ивица Јанковец, *Уговор о реосигурању*, Институт за упоредно право, Београд, 1968, 7, 44 - 45; Термин „осигурање осигурања“ су сковали познати француски правници *Picard* и *Beson*. Наташа Петровић Томић, „Реосигурање - суштина, домашај и значај“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)*, 2/2015, 79 фн 3.

2 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 1996, 281.

3 И. Јанковец, 10; Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 513; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2014, 189; Драган Мркшић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2006, 156 - 157; Владимир Марјански, *Правна природа уговора о осигурању (мастер рад)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2006, 121; Н. Петровић Томић, 79; Владимир Петрановић, *Осигурање и реосигурање*, Информатор, Загреб, 1984, 126; Стефан Ковач, *Уговор о реосигурању са посебним освртом на Директиве Европске уније (мастер рад)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 6.

4 И. Јанковец, 20.

личитих земаља ради заштите и диверзификације својих портфеља, а истовремено улазе на нова тржишта и проширују клијентелу. У случају остварења катастрофалних ризика, попут поплава и земљотреса, развијено тржиште осигурања и реосигурања умањује обавезу државе приликом ангажовања буџетских средстава за испомоћ становништву.

Данас је степен вјероватноће остварења великих природних и технолошких ризика већи него икада у историји човјечанства, те је повјерење осигураника у осигурање, а осигуравача у реосигурање, изузетно значајно, не само са аспекта уговорних страна, већ и друштва у цјелини. Из тог разлога, наведени субјекти су директно или индиректно заинтересовани да се спорови из реосигурања окончају на пријатељски начин, брзо и ефикасно, а арбитража је идеалан механизам за то.

2. Арбитража и реосигурање

Традиционално посматрано, реосигурање је представљало „часни споразум“ (енг. *honourable engagement*) између два или више „дентлмена“ (енг. *gentleman's agreement*), заснован на узајамном повјерењу и поштовању. Први уговори о реосигурању су се ослањали на струковне (вертикалне) обичаје, били су кратки и тајанствени, а спорови су се углавном рјешавали обичним руковањем. Стога, не треба да чуди што поједини аутори пореде тадашњи концепт реосигурања са браком.⁵ Ипак, уколико уговорне стране нису могле споразумно да ријеше своје несугласице, одлуку о томе су препуштали арбитрау појединцу, стручњаку за осигурање и реосигурање.⁶ Захваљујући традицији, данашњи уговори о реосигурању су углавном дугорочни правни послови, базирани на узајамном повјерењу, а арбитража је главни механизам рјешавања спорова. За разлику од других *B2B* (енг. *business to business*) трансакција, спорови који проистекну из реосигурања се најчешће ријешавају пред *ad hoc* арбитражама.⁷ У

5 Kyriaki Noussia, *Reinsurance Arbitrations*, Springer, 2013, 14.

6 Познати француски правник, *Emerigon*, одлучивао је давне 1759. године као арбитар у спору из реосигурања. И. Јанковец, 141.

7 Вид. К. Noussia, 2; Супротно појму *B2B*, данас су све актуелније *B2C* (енг. *business to consumer*) трансакције, посебно у дјелатности осигурања. Стога, не треба да чуди све већа популарност потрошачких арбитража, имајући у виду предности које пружа у односу на државни судски апарат. Ипак, постоји велика опасност злоупотребе од стране осигуравача, који намеће своје услове пословања осигураннику - потрошачу, без опције преговарања; „Преваљивањем спорова мале вредности на арбитражу растерећује се државни судски апарат и стварају претпоставке за суђење у разумном року“. Наташа Петровић Томић, „Решавање

зависности од угла посматрања, повјеравање спорова *ad hoc* трибуналу може бити предност или мана, а странке бирају одговарајућу врсту арбитраже у складу са својим потребама.⁸ Арбитража је идеалан начин за рјешавање спорова из реосигурања на основу следећих разлога: 1) Уговор о реосигурању обилује техничким терминима и обичајима струке, које могу правилно разумјети и примијенити само лица која су стручњаци за реосигурање, односно специјализовани арбитражи;⁹ 2) Аутономија воље и аутономно трговачко право су главни извори материјалног права реосигурања;¹⁰ 3) Реосигурање је најчешће међународни трговински уговор, тј. странке имају сједиште у различитим земљама, што иде у прилог арбитражном рјешавању спорова; 4) Класичне предности арбитраже у односу

потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду (анали ПФБ)*, вол. 62, бр. 2 (2014), 89.

- 8 *Ad hoc* арбитража омогућава максималну флексибилност странкама у погледу креирања самог поступка. Према неким ауторима, највећа мана ове врсте арбитраже јесте њена зависност од сарадње странака и њихових адвоката, те је потребно да исти сарађују, не би ли се поступак окончао ефикасно и без одлагања. Carita Wallgren - Lindholm, „*Ad hoc* arbitration v. institutional arbitration“, *International Commercial Arbitration* (ed. Giuditta Cordero – Moss), Cambridge University Press, New York, 2013, 70; „*Ad hoc* арбитража нема свој „дом“, нема сталне просторије у којима ради, нити има особље које ће опслуживати административне потребе трибунала“. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и ADR*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 23; Највише цитирани разлози због којих се трговци одређују за институционалну арбитражу су: репутација, искуство, предвидљивост трошкова (посебно накнада арбитра) и „уходан“ арбитражни поступак. Према неким истраживањима, око 86 % арбитражних одлука доносе арбитражне институције. С. Wallgren - Lindholm, 66-67; Према појединим ауторима, највећа мана институционалне арбитраже јесте њена „бирономија“, тј трошкови особља и сложени правилници који могу довести до одуговлачења поступка. *Ibid.*, 67, 80; Други додају и недостатак објективне тајности поступка. Слободан Јовановић, *Уговор о реосигурању*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2002, 75.
- 9 Вид. Н. Петровић Томић (2015), 87 фн. 33.
- 10 Специфичност реосигурања, потреба што је могуће веће слободе у области реосигурања, мањи број уговора, висока стручност уговорних страна, оскудност судске праксе услед арбитражног рјешавања спорова, а која би евентуално могла послужити законодавцу као извор за сазнавање проблема из праксе, разлози су због којих реосигурање није материјално правно регулисано законима и међународним уговорима. Вид. И. Јанковец, 34; За разлику од осталих уговора у привреди, хијерархијски највише мјесто код реосигурања заузима аутономија воље уговорних страна. Борис Маровић, Слободан Јовановић, *Реосигурање*, ДДОР Нови Сад, Нови Сад, 2004, 146; „Аутономно право чини скуп правила трговачког уговорног права која не потјечу од законодавца, у оквир тога права спадају, осим формуларног права, трговачки (пословни) обичаји, узанце, трговачки термини, и клаузуле“. Александар Голдштајн, *Уговори аутономног привредног права*, Загреб, 1974, 12.

на државне судове попут неутралности, брзине и ефикасности¹¹, флексибилности, тајности поступка и олакшаног признања и извршења одлука.

У тексту који следи, посебну пажњу ћемо посветити пракси судова у САД, пред којима се примјењују два извора арбитражног права. Федерални закон о арбитражи (енг. *Federal Arbitration Act*; у даљем тексту: *FAA*) је примарни извор арбитражног права у САД, а односи се на међуфедералне и међународне поморске и трговинске трансакције.¹² Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука (енг. *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) се примјењује на међународне трговинске уговоре.¹³ Ипак, уколико се уговор или арбитражна одлука односе искључиво на држављане (корпорације) САД, који имају сједиште (теорија инкорпорације) или главно мјесто пословања на територији САД, предност има *FAA*.¹⁴

II Уговарање надлежности арбитраже

1. Арбитражна клаузула

Арбитража је творевина аутономије воље уговорних страна, те је потребно унапријед, или након настанка спора, уговорити надлежност арбитражног суда. Уговори о реосигурању, а посебно оквирни, готово увијек садрже арбитражну клаузулу.¹⁵ За разлику од појединачних

11 На лондонском тржишту реосигурања, арбитража је скупа, често долази до одуговлачења поступка, а арбитражне одлуке понекад не изражавају истинску вољу уговорних страна. Вид. С. Јовановић, 76; Према подацима СБ, просјечан привредни судски поступак у Србији траје 525 дана (од подношења тужбе до правоснажне одлуке), док према подацима СТА при ПКС, арбитражни поступак траје 3 до 5 пута краће. Мирко Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса“, *Право и привреда*, Београд, 2017, 24.

12 К. Noussia, 84; Вид. *FAA*, поглавље 1, одјељак 1, www.sccinstitute.com.

13 *FAA*, поглавље 2, одјељак 202.

14 Овај изузетак се дерогира уколико се нека имовина ових корпорација налази у иностранству, ако се уговор или одлука имају извршити у иностранству, те ако постоји нека разумна веза се једном или више страних држава. Вид. *FAA*, поглавље 2, одјељак 202.

15 Вид. К. Noussia, 1; Пророгациони споразум је такође процесно – правни уговор, који је исто вјетан арбитражном по следећим карактеристикама: форми, забрани генералне пророгационе клаузуле, могућности избора страног материјалног права (инкорпорацијом мјеродавног права кроз уговорну клаузулу, а зашто не и у самој пророгационој клаузули) и начелу сепарабилитета пророгационе клаузуле. Вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 351 - 352; Вид. Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 65, ст. 3; Ипак, пророгациони споразум показује крупне недостатке у односу на арбитражни: а) Странке не могу по сопственом нахођењу да креирају поступак, нити да иза-

(факултативних) реосигурања, оквирни уговори су комплекснији, вриједнији и закључују се у циљу успостављања трајније пословне сарадње, што може бити разлог због којег их странке радије повјеравају арбитражи.¹⁶ Арбитражну клаузулу треба формулисати на јасан и недвосмислен начин, без примјеса „патологије“,¹⁷ да би се избјегли непотребни спорови око арбитрабилности. Компромисорна клаузула код реосигурања треба да посједује следећу садржину: прецизно формулисан домашај, врсту арбитраже и њено сједиште, квалификације арбитра, мјеродавно материјално и процесно право, као и језик поступка.¹⁸ У зависности од воље

беру страном процесно право, већ се примјењује право државе суда – *lex fori* б) Државни судови не могу да одлучују по основу правичности, већ само на основу неког субстантивног права, што представља проблем за дјелатност реосигурања. Такође, ако је изабрано неко страном материјално право, поставља се питање његовог сазнања и примјене пред домаћим судом в) У пророгационом споразуму, осигуравач и реосигуравач не могу да одреде његов „домашај“, будући да државни судови имају надлежност да одлучују о свим споровима проистеклим из трговинско – правног посла г) Оптирањем за државни суд, странке анулирају све предности арбитраже. Имајући у виду горе изнесено, сматрамо да пророгациони споразум није, нити ће икада бити конкурентан арбитражном рјешавању спорова; Неки аутори истичу да је арбитражна клаузула у потрошачком уговору, чији је циљ принуда потрошача на рјешавање спорова искључиво путем арбитраже, ништава, односно неважећа. Супротно овоме, клаузуле медијације и миреења не искључују право потрошача – осигураника на судску заштиту, те се не сматрају ништавим и неправичним. Такође, компромисорни споразум настао након избијања спора, не може се наметнути потрошачу, те је он валидан. Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 382 - 383, 395 - 396.

16 Факултативни (појединачни, опциони, добровољни) уговор о реосигурању је такав правни посао, који се односи на један, или више тачно одређених уговора о осигурању. И. Јанковец, 71; Вид. Б. Маровић, С. Јовановић, 205 - 206; Оквирни уговор о реосигурању (општи, генерални, облигаторни) аутоматски протеже своје дејство на сва директна осигурања одређене врсте, која осигуравач накнадно закључи. Вид. В. Петрановић, 129; Б. Маровић, С. Јовановић, 208.

17 Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 65 - 68.

18 Арбитражна клаузулу конципирану за двостраначку арбитражу можемо формулисати на следећи начин: *Уговорне стране су сагласне да све спорове који проистекну из овог уговора, или су у вези са њим, повјере ad hoc арбитражи са сједиштем у Београду. Свака Уговорна страна бира по једног арбитра, а ови трећег „коцком“, који предсједава арбитражним вијећем. Арбитри морају бити стручњаци за осигурање и реосигурање, активни или у пензији, и то: особе на руководећим положајима у осигуравајућим и реосигуравајућим друштвима, адвокати, професори права, актуари или судије у пензији. Овај Уговор се према вољи Странака сматра часним споразумом, те су арбитри слободни да одлучују по правичности, тј ослобођени су стриктног поштовања закона и правних формалности приликом доношења арбитражне одлуке. Арбитражни поступак ће бити спроведен према UNCITRAL - овим*

странака, компромисорна клаузула може бити шире (енг. *broad clause*) или уже (енг. *narrow clause*) одређена. За разлику од уже постављене арбитражне клаузуле, шира „ужива“ презумпцију арбитрабилности свих будућих спорова из конкретног уговора.¹⁹ Ово становиште потврђује и *FAA*, према којем су арбитражни споразуми у писменој форми пуноважни, неопозиви и извршиви.²⁰ При том, арбитрабилни су сви имовинскоправни захтјеви којима странке могу слободно располагати, уз поштовање ограничења које поставља јавни поредак.²¹ Приликом испитивања арбитрабилности, судови прво истражују постојање следећих чињеница: 1) писаног споразума о арбитражи 2) његов домаћај.²² Такође, судови у САД су ради утврђивања арбитрабилности развили тзв. тест

арбитражним правилима за ad hoc арбитраже. Радни језик поступка, комуникација између учесника, докази и арбитражна одлука ће бити на српском и енглеском језику.

- 19 John Nonna, Jonathan Strassberg, „Reinsurance arbitration: Boon or bust?“, *Tort & insurance law journal*, vol. 22, no. 4 (summer 1987), 590; K. Noussia, 83.
- 20 *FAA*, чл. 2; K. Noussia, 84; У праву САД, слично важи за компромисорне клаузуле из потрошачких уговора, тј претпоставља се њихова пуноважност и правичност. Супротно овоме, у ЕУ важи претпоставка неправичности и ништавости, што преноси терет доказивања на „плећа“ економски јаче стране, осигуравача. Н. Петровић Томић (2014), 90; Супротно овоме, у нашем праву се за „потрошачку“ арбитражну клаузулу, укључујући ту и уговоре о осигурању, везује неоторива претпоставка неправичности и ништавости! Наиме, наш Закон о заштити потрошача прописује да потрошач има право на судску заштиту, без обзира на покретање и вођење вансудског процеса, чиме је обесмишљен сам институт арбитраже. Заправо, ова норма представља највећу сметњу развоју арбитражног рјешавања потрошачких спорова у Србији. Н. Петровић Томић (2015 б), 395 - 396; Закон о заштити потрошача – 33П, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 – др. закон, чл. 143.
- 21 J. Nonna, J. Strassberg, 594; Потрошачки арбитражни споразуми испуњавају захтјеве субјективне и објективне арбитрабилности, будући да их закључују физичка и правна лица о имовинскоправним захтјевима којима слободно располажу, а искључива надлежност суда није прописана. Н. Петровић Томић (2015 б), 395.
- 22 K. Noussia, 83; Пуноважност арбитражног споразума у потрошачком уговору би требала да се цијени према следећим критеријумима: а) Он мора бити садржан у посебном писмену и потписан, што неће бити случај ако је исти инкорпорисан у опште услове или ако се они позивају на њега. Кључно је обезбједити слободан пристанак осигураника, те његово упознавање са сврхом арбитражне клаузуле/компромиса. Такав терет информисања треба да сноси „јача“ страна, осигуравач б) Правно обавезујући за обе стране, што тренутно није случај у нашем праву в) Садржина споразума треба да буде уређена законом, уз прописивање минимума стандарда ради заштите потрошача г) Најзад, *ad hoc* арбитражу треба забранити, будући да је осигураник – потрошач обично правни лаик. Међутим, Стална арбитража при ПКС не посједује надлежност за рјешавање потрошачких спорова, те се поставља питање ко има? Н. Петровић Томић (2014), 93, 102 - 104; Због наведених разлога, поједини аутори виде рјешење у доношењу закона о алтернативном рјешавању потрошачких спорова и формирању *sui generis* потрошачке арбитраже. *Ibid.*, 92 - 93, 113.

сумње (енг. *doubt test*).²³ Уколико суд нађе да је захтјев за утврђивање арбитрабилности вјероватан, могућ, или да постоји „оправдана сумња“, спор је арбитрабилан (претпоставка арбитрабилности).²⁴

Једини начин рјешавања спорова из уговора је арбитража,²⁵ или Сви спорови који проистекну из овог уговора, или у вези са њим, рјешаваће арбитража, формулације су које недвосмислено указују да је ријеч о клаузули која у себе „апсорбује“ све евентуалне спорове из уговора.²⁶ Под овако постављеном клаузулом, арбитрабилни су и спорови проистекли из уговорних превара (уколико се не тврди да је сама арбитражна клаузула начињена преварно), вануговорне одговорности, раскида, обнављања и истека уговора.²⁷ Исто резонување се примјењује на ништавост, осим ако једна страна тврди да је уговор фалсификован, или да из неког разлога није ни настао.²⁸ У оваквим ситуацијама, о арбитрабилности и сопственој надлежности углавном одлучују арбитражи (енг. *kompetenz - kompetenz*), иако овакво рјешење има своје противнике у САД.²⁹ Са друге стране, уже постављена компромисорна клаузула не ужива презумпцију арбитрабилности, већ је то питање потребно ближе испитати.³⁰ Најчешће се под ову клаузулу повјеравају само спорови проистекли из тумачења и/или извршења уговора.³¹ Стога, спорови око неплаћања салда³² и гре-

23 J. Nonna, J. Strassberg, 590.

24 *Ibid.*

25 Вид. *Security Life Insurance Company vs Hannover Life Reassurance Company of America*, 167 F. Supp. 2 d 1086, 1089 (D. Minn. 2001), www.mondaq.com; „Упркос било којој другој клаузули из уговора, странке су сагласне да све спорове подвргну арбитражи ...“, *Boghos vs Certain Underwriters at Lloyd's at London*, 36 Cal. 4th 495 (Cal. 2005), www.mondaq.com.

26 Раније је било довољно да у слипу стоји само „арбитражна клаузула“, без икакве конкретније формулације, а сам уговор о реосигурању доцније није ни настајао. K. Noussia, 5.

27 J. Nonna, J. Strassberg, 591 - 592.

28 *Ibid.*, 592.

29 *Ibid.*, 593.

30 *Ibid.*, 591.

31 У једном случају, суд је заузео становиште да се спор око ништавости уговора (цртификата реосигурања) мора рјешавати пред државним судом, уколико компромисорна клаузула „покрива“ само спорове проистекле из тумачења уговора о реосигурању. *Gerling Global Reinsurance Company vs ACE Property and Casualty Insurance Company*, 42 Fed. Supp. 522 (2d Cir. 2002), www.mondaq.com.

32 И. Јанковец, 141; У српској правној теорији, прихваћена је могућност закључења општег уговора о текућем рачуну између два привредна субјекта, без обзира да ли се баве банкарским услугама (или услугама платног промета). Мирјана Радовић, *Платни промет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 229.

шке приликом фактурисања и наплате између цедента и реосигуравача,³³ нису арбитрабилни. Исто важи за несугласице поводом ништавости уговора, деликтне одговорности и несавјесности, које се могу/морају расправити пред државним судом.³⁴

2. Арбитри

Арбитри су стручњаци за осигурање и реосигурање, а могу бити: особе на руководећим положајима (активни/у пензији),³⁵ адвокати, актуари, професори права и судије у пензији. Према правилима *ARIASA*, препоручљиво је да арбитри посједују најмање 10 година искуства, али је ова норма диспозитивна, имајући у виду да је стручњаке са таквим квалификацијама тешко пронаћи.³⁶ У једном примјеру из судске праксе, другостепени суд је заузео став да се арбитар са богатим искуством у реосигурању не може дисквалификовати, ако је након именовања за арбитра дао отказ на мјесту правника у реосигуравајућем друштву.³⁷ Неки аутори истичу да треба бити опрезан приликом навођења имена арбитра у компромисорној клаузули, јер може настати проблем ако та лица одбију именовање, а механизам за отклањање тог проблема није прописан истом.³⁸ Интересантно је напоменути да Трговински суд (Апелациони трговински) у Лондону посједује богату судску праксу у реосигурању, а његове судије одлично познају обичаје и праксу осигурања и реосигурања.³⁹

33 Вид. *Gerlin Global Reinsurance Company vs The Home Insurance Company*, No. 2125 N, 2002 N.Y. App. Div. LEXIS, 12519, (N.Y. App. Div. Dec. 12, 2002), www.mondaq.com.

34 J. Nonna, J. Strassberg, 595.

35 Препоручљива је примјена опште фразеологије у арбитражној клаузули приликом одређивања арбитра, која омогућује састављање довољно широке листе арбитра, укључујући и оне који више нису на руководећим положајима. С. Јовановић, 82.

36 K. Noussia, 130; *ARIAS* је непрофитна организација, основана са циљем побољшања националних и међународних арбитража из осигурања и реосигурања. „Вид.“ www.arias-us.org.

37 *Pan Atlantic Group Incorporated vs Hassneh Insurance Company of Israel Ltd*, *Ibid.*, 166-167.

38 С. Јовановић, 82-83; Према Федералном закону о арбитражи, државни судови имају помоћну улогу при избору арбитра, уколико из неког разлога дође до „блокаде“ у именовању, а странке не предвиде механизам за њено „разбијање“. FAA, одјелак 5.

39 K. Noussia, 134; Овај суд ужива велико повјерење у интернационалним трговинским споровима, а једна анализа из 1995. године је утврдила да у преко 50% случајева, странке нису из Велике Британије, а у преко 80%, макар једна је из иностранства. Cornel Quinto, „Reinsurance arbitration from Swiss law perspective“, 2008, 4, www.jusletter.ch; Више о Трговинском суду у Лондону на www.gov.uk/courts-tribunals/commercial-court; У САД, судови у Њујорку су се највише бавили споровима из реосигурања. K. Noussia, 81.

Поред неопходних квалификација, арбитраи морају бити независни и непристрасни у односу на странке које су их изабрале. Ипак, ова два појма су релативна, а посебно непристрасност, имајући у виду да арбитрае постављају странке. Људи су рационална бића, те постоји могућност да неки арбитраи од „старта“ буду наклоњени интересима стране која их је именovala, надајући се некој пословној сарадњи *in futuro*. Код *ad hoc* арбитраже, странке могу непосредно преговарати са арбитрама о њиховој накнади, која није повезана са вриједношћу спора, што указује на могућност формирања пристрасности.⁴⁰ Према једној судској одлуци, *ex parte* комуникација арбитра са осигуравачем који га је изабрао, не представља пристрасност, нити валидан основ за дисквалификацију.⁴¹ Исто резонување се односи на арбитра који учествује у два арбитражна поступка из реосигурања, који уследе један за другим, без обзира на информације које посједује из првог.⁴² У једном прецеденту, амерички суд је заузео став да не постоји пристрасност уколико арбитраи не открију информацију да врше исту функцију у другом поступку, са сличном материјом, између повезаних странака, иако такво понашање није препоручљиво.⁴³ Приликом одлучивања, примјенио је тест за утврђивање „очигледне пристрасности“, а према којем се цијени: 1) домашај и природа личног интереса арбитра 2) непосредност односа између арбитра и странке 3) степен јачине таквог односа са арбитрам 4) временска дистанца између такве везе и арбитражног поступка.⁴⁴

Механизам именовања се најчешће састоји у томе да свака странка бира по једног арбитра, а они трећег „коцком“, који предсједава и/или одлучује у случају подјељених гласова (енг. *umpire system*). У последње вријеме, тренд је да се арбитражна одлука детаљно образлаже, те је трећи арбитар обично правник.⁴⁵ Уколико дође до блокаде приликом именова-

40 C. Wallgren - Lindholm, 69.

41 Employers Insurance of Wausau vs National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, 933 F. 2d 1481 (9th. Circ. 1991), Kate Woodall, Larry Schifer, „Arbitration“, 50 *Reinsurance Cases Every Risk Professional Should Know* (ed. Bonnie Rogers), IRMI, Dallas, 2014, 80 - 81.

42 Вид. Trustmark Insurance Company vs John Hancock Life Insurance Company, 631 F. 3d, 869 (7th circ. 2011), *Ibid.*, 122-123.

43 Вид. Scandinavian Reinsurance Company vs St Paul Fire and Marine Insurance Company, 668 f. 3d. 60 (2d circ. 2012), *Ibid.*, 112-113.

44 *Ibid.*

45 K. Noussia, 134; Препоручљиво је да у потрошачкој арбитражи одлучује вијеће сачињено од правника, те да се одлука донесе у писменој форми, уз обавезно образложење. Н. Петровић Томић (2014), 108.

ња арбитра, нпр код вишестраначке арбитраже или када арбитар одбије именоване, као орган именовања се јавља Стални арбитражни суд у Хагу, уколико су странке оптирале за *UNCITRAL* - ова арбитражна правила у компромисорној клаузули.⁴⁶ Ипак, арбитраже специјализоване за реосигурање је не само тешко пронаћи, већ је и њихово ангажовање поприлично скупо.⁴⁷ Такође, арбитраже везују прецеденти, али они немају „моћ“ да их стварају.⁴⁸

3. Мјеродавно право – материјално и процесно

Реосигуравач и реосигураник су слободни да креирају уговор према свом нахођењу, а најчешће га регулишу у складу са обичајима и праксом реосигурања. Неки аутори истичу да су истовјетност судбина, самосталност осигуравача у својим пословима, истовјетност акција, право реосигуравача на информације и обавеза осигуравача да сноси дио самопридржаја, основни обичаји реосигурања.⁴⁹ Сматрамо да је и реципроцитет код реосигурања обичај, јер је увијек присутан код закључења уговора, али се никада не регулише уговорним клаузулама.⁵⁰ Посебна обавеза осигуравача је да реосигуравачу укаже на све обичаје, локалну пословну праксу и његове опште и посебне услове пословања, који одударају од међународно признатих и општеприхваћених обичаја у тој грани осигу-

46 C. Wallgren - Lindholm, 80.

47 Уколико арбитража засједа у Лондону, накнада арбитра обично износи 1.800 \$ по сату. Jerry Stempel, „Notes From a Quiet Corner; Users Concerns About Reinsurance Arbitration – And Attendant Lessons for Selection of Dispute Resolution Forums and Methods“, 9 *Arbitration Law Review* 93 (2017), UNLV William S. Boyd School of Law Legal Research Paper, 13.

48 K. Noussia, 131.

49 Б. Маровић, С. Јовановић, 148; Вид. С. Quinto, 2; У неким правима, истовјетност субина се мора предвидјети уговором, тј представља уговорно начело (клаузулу). Д. Мркшић и други, 158 - 159; Наташа Петровић Томић, „Клаузуле о истовјетности судбине осигуравача и реосигуравача“, *Harmonius*, 2015, 187 – 189; Самосталност осигуравача се може „дерогирати“ клаузулама контроле, чиме се ствара својеврсна дихотомија „самосталности и зависности осигуравача“. Истовјетност акција би се могла јавити код зависних друштава за реосигурање (енг. *captive reinsurance companies*), која оснивају осигуравајућа друштва ради изравнања сопствених ризика. Реосигуравач има право на релевантне информације од осигуравача, и то прије, у току и након истека уговора о реосигурању. Према нашем Закону о осигурању, осигуравач и реосигуравач су у обавези да носе одређени дио ризика у самопридржају, да се не би претворили у пуке посреднике (ре) осигурања. Вид. Закон о осигурању - ЗО, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013, и 139/2014, чл. 15, ст. 3.

50 Према принципу *do ut des*, јер се многи осигуравачи баве и реосигурањем.

рања.⁵¹ Хармонизација и развој међународног трговинског права је довела до „рађања“ новог извора права, названог *lex mercatoria*.⁵² Ријеч је о међународним трговачким обичајима, у које спадају и обичаји реосигурања имајући у виду његов међународни карактер.⁵³ У оквиру *UNIDROAT-a*, тренутно се ради на изради „Начела уговорног права реосигурања“ (енг. *Principles of Reinsurance Contract Law*), који теже обједињавању обичаја и праксе реосигурања на једном мјесту, тј у једном правном акту.⁵⁴

Спорови из реосигурања се неријетко рјешавају „по правичности“ (енг. *equity clause*). Уколико странке изричито предвиде ову клаузулу, арбитри су ослобођени формалности и стриктне примјене закона приликом одлучивања, али се морају придржавати општих правних начела, јавног поретка и обичаја реосигурања. Ова клаузула је потенцијално опасна, јер је „лукава“ уговорна страна може искористити као разлог за побијање арбитражне одлуке.⁵⁵ Вјероватно из овог и сличних разлога, клаузула „једнакости“ је давно проглашена ништавом у Енглеској, али се тај прецедент није „примио“ у пракси.⁵⁶ Ипак, ништа не спријечава уговорне стране да изаберу неко национално право као мјеродавно, уколико је то дозвољено.⁵⁷

51 Б. Маровић, С. Јовановић, 149.

52 Арбитри не могу према свом нахођењу да одлучују према овом извору права, али постоји контроверзан изузетак пред ICC арбитражама, који просто изазива парничење. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 143 фн 380.

53 *Ibid.*

54 Овај правни акт ће представљати специјални дио „UNIDROIT- ових начела међународних трговинских уговора“ (енг. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), а на реализацији пројекта учествују стручњаци са свих континената. Посебна пажња ће бити посвећена следећим ставкама: клаузула истовјетности судбина (енг. *follow the fortunes/settlements*), клаузула сарадње, клаузула „грешке и омашке избачене“ (прим. аут. вид. *infra* фн 66), обавеза информисања, задоцнело обавјештење, избор права, вануговорне обавезе осигуравача (прим. аут. *ex grata* плаћања), застарјелост права на покретање арбитражног захтјева (енг. *time – bar rule*) и раскид и обнављање уговора о реосигурању. Вид. на www.unidroit.org; J. Stempel, 4.

55 Вид. С. Јовановић, 80; С. Quinto, 9.

56 *Orion Compania Espanola de Seguros vs Belfort Maats, Lloyd’s Rep* 257, 1962. С. Quinto, 3 фн 15; Арбитражне и реосигуравајуће институције не препоручују инкорпорисање овакве клаузуле. *Ibid.*, 3.

57 Ако је предмет реосигурања уговор о осигурању брода (у изградњи), робе, превознине и трошкова хаварије, онда се одредбе о осигурању, према нашем праву, могу примјенити и на реосигурање. Закон о трговачком бродарству – ЗТБ, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015, чл. 522, ст. 5; Материја Закона о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају, аналогно се примјењује на ваздушно транспортно реосигурање. Закон о

Странке су слободне да саме креирају арбитражни процес, а могу изабрати и правила неке институционалне арбитраже, *UNCITRAL*, *ARI-ASA* или неко национално процесно право. Уколико арбитражна клаузула „ћути“, примјениће се процесно право сједишта арбитраже – *lex arbitri*. Стварање процесних правила одузима доста времена и труда, а при том не гарантује квалитетан арбитражни поступак.⁵⁸ Неки аутори истучу да се правила институционалних арбитража не могу ефикасно и квалитетно примјенити без учешћа исте.⁵⁹ *UNCITRAL* - ова арбитражна правила су прилагођена *ad hoc* арбитражама, што наводи поједине ауторе да им дају примат у односу на друга процесна правила.⁶⁰

4. Вишестраначка арбитража и спајање поступака

Арбитражно рјешавање спорова је традиционално конципирано за двије странке. Ипак, због специфичности правног посла реосигурања, обично постоји више потенцијалних учесника арбитраже: два или више реосигуравача, ретроцесионара, брокера, реосигуравајућих пулова или стечајних управника. Због множине субјеката, најчешће се јавља проблем приликом избора арбитра, вођења и спајања поступака.

Ако два сареосигуравача закључе уговор о реосигурању са једним осигуравачем, не би било практично и поштено да они бирају два арбитра, а осигуравач једног. Ипак, постоји неколико начина за превазилажење овог проблема. Прво, компромисорном клаузулом је могуће предвидјети да ће се сви реосигуравачи рачунати као једна странка приликом именовања арбитра.⁶¹ Ипак, ово не одговара интересима реосигуравача, јер они морају да се усагласе око избора заједничког арбитра. Ситуацију додатно компликује уколико се поред више реосигуравача, јаве ретроце-

облигационим и својинскоправним односима у ваздушном саобраћају – ЗОСОВС, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011 и 66/2015, чл. 115 – 118; У потрошачкој компромисорној клаузули, материјално право би требало обавезно одредити, а заштита осигураника се може обезбједити уговарањем права државе пребивалишта потрошача. Н. Петровић Томић (2014), 108.

58 У *ad hoc* арбитражи треба примјењивати стандардизована правила, а не „измишљати“ нова за сваки други поступак. С. Wallgren - Lindholm, 79; Ипак, уколико су арбитраи искусни стручњаци, а посебно правници, поступак пред *ad hoc* трибуналом може бити ефикасан као и код реномираних арбитражних институција.

59 *Ibid.*, 69.

60 *Ibid.*, 78.

61 С. Јовановић, 83; J. Nonna, J. Strassberg, 598; Hui - Ju Hsieh, *Reinsurance: Bad faith considerations or insolvency dilemma*, The University of Georgia, Athens (Georgia), 1992, 67 - 68.

сионари и пулови реосигурања. Стога, оваквом или сличном стандардизованом клаузулом, потребно је предвидјети и консолидовану арбитражу.⁶² Арбитражни суд нема овлашћење да сам одлучује о спајању различитих поступака, уколико не постоји сагласност свих странака о томе,⁶³ макар и накнадна.⁶⁴ Наравно, ништа не спријечава уговорне стране да прећутно пристану на вишестраначку арбитражу, односно спајање различитих арбитражних поступака, ако су проистекли из истог чињеничног и правног стања.⁶⁵

Брокер реосигурања је лице специјализовано за послове посредовања, који може бити овлашћен да прима премије и ликвидира штете.⁶⁶ Самим тим, може бити одговоран за доцњу у наплати, утају, грешке и превару.⁶⁷ Да би брокер учествовао у арбитражном поступку свог принципала, потребно је такву обавезу предвидјети у тзв. клаузули посредовања (енг. *intermediary clause*).⁶⁸ Овакво рјешење одговара његовом принципалу (најчешће осигуравачу), али не и брокеру, јер обично нема право гласа приликом именовања арбитра.⁶⁹ Изузев овога, брокер нема обавезу

62 J. Nonna, J. Strassberg, 599; HJ Hsieh, 68 - 69; Thomas Crittenden, „Is arbitration a viable alternative to litigation? What may or must be arbitrated? A reinsurance perspective“ *The Forum* (Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, American Bar Association), Vol. 13, No. 1 (fall 1977), 230; C. Quinto, 5; Слип реосигурања није саставни дио уговора о ретроцесији, осим ако не постоји изричит споразум о инкорпорацији у слипу (прим. аут. или у уговору/слипу о ретроцесији). С. Јовановић, 78; Вид. К. Woodall, L. Schiffer, 67 – 68.

63 С. Јовановић, 83 - 84.

64 У случају *Universal Marine Insurance Company Ltd vs Beacon Insurance Company*, 588 G. Supp 735 (W. D. N. C. 1984), државни суд је упутио странке да се накнадно договоре око спајања различитих арбитражних поступака. HJ Hsieh, 67.

65 Неки аутори су заузели интересантно становиште према којем су странке које су у тренутку склапања уговора знале, или морале знати да све спорове неће моћи ријешити у више одвојених поступака, заправо прећутно уговориле вишестраначку арбитражну клаузулу. C. Quinto, 6.

66 И. Јанковец, 111.

67 Ипак, брокер се може оградити од одговорности за сопствене грешке и омашке, уколико се у слип реосигурања унесе клаузула „грешке и омашке избачене“ (енг. *errors and omissions excepted*). Institute of insurance sciences, *An introduction to reinsurance*, Fundacion Mapfre, 2013, 20, www.fundacionmapfre.org.

68 J. Nonna, J. Strassberg, 597; HJ Hsieh 66; Постоје двије врсте клаузула о посредовању: Према првој, сва комуникација и плаћања се врше преко брокера, а према другој, непосредно између осигуравача и реосигуравача. Владимир Његомир, „Брокерски посао све захтјевнији и ризичнији“, *Свијет осигурања*, 2007, 55.

69 J. Nonna, J. Strassberg, 597.

учешћа у поступку, осим у случају прећутне сагласности.⁷⁰ Уколико је брокер тужен пред државним судом, исти може донијети рјешење о прекиду поступка, јер ће исход арбитраже између уговорних страна утицати на исход литигације.⁷¹

Најзад, чланови пула реосигурања имају обавезу учествовања, односно прихватања исхода арбитражне одлуке, само ако су према „лидеру“ преузели обавезу „истовјетности судбина“ (енг. *follow the fortunes/settlements/claims*).⁷² Такође, у реосигурању се поставило питање „уступања“ арбитраже пред јавним интересом, уколико се покреће поступак против осигуравача или реосигуравача у стечају.⁷³

V Закључак

Традиционалне предности арбитраже у односу на државно судство, комбиноване са надлежношћу *ad hoc* трибунала, омогућавају осигуравачу и реосигуравачу широку флексибилност приликом креирања арбитражног споразума и вођења спора. Ради избјегавња непотребних спорова око арбитрабилности, препоручљиво је да компромисорна клаузула садржи прецизно одређен домашај, врсту арбитраже и њено сједиште, квалификације арбитра, мјеродавно материјално и процесно право, као и језик поступка. „Шире“ формулисана арбитражна клаузула ужива претпоставку арбитрабилности свих спорова из конкретног уговора, укључујући ту и спорове по основу вануговорне одговорности. У најразвијенијој економији свијета, САД, *B2B* трансакције се одвијају свакодневно у масивним размјерама, те не треба да чуди што *FAA* прописује да су арбитражни споразуми у писаној форми пуноважни, неопозиви и извршиви (претпоставка арбитрабилности). Арбитри из реосигурања су стручњаци за осигурање и реосигурање, а најчешће доносе одлуку на основу обичаја и праксе реосигурања, тј. мјеродавног права које странке саме изаберу. Процесни дио арбитраже се најчешће одвија према правилима које су „скројиле“ саме странке, или пак *UNCITRAL* - овим прави-

70 НЈ Hsieh, 66.

71 *Ibid*; J. Nonna, J. Strassberg, 597.

72 Вид. С. Quinto, 5, 10; Сврха пула реосигурања је постизање што шире вертикалне дисперзије ризика између његових чланова. Ради поједностављења закључења уговора, чланови пула бирају између себе лидера - заступника, који ће предузимати радње у име и за рачун пула.

73 J. Nonna, J. Strassberg, 595; Вид. НЈ Hsieh, 60 – 61; Вид. више код John Binning, Timothy Moll, „Arbitration of Reinsurance Disputes in Liquidation of Insurance Companies“, *Tort & Insurance Law Journal*, Vol. 32, No. 4 (Summer 1997), pp. 937 – 960.

лима за *ad hoc* арбитраже. Множина субјеката реосигурања често отвара проблем вишестраначке арбитраже и спајања арбитражних поступака. Овакав проблем се може предвидјети и ријешити стандардизованом арбитражном клаузулом, према којој се сви реосигуравачи (ретроцесионари, „лидер пула“) у односу на осигуравача „рачунају“ као једна странка приликом избора арбитра, уз обавезу да учествују у консолидованом поступку ако је спор проистекао из истог чињеничног и правног основа.

Stefan KOVAČ

LL. M. at Commercial Law

REINSURANCE ARBITRATION

Summary

Business of reinsurance is exceptionally important for the financial sector, and interests of insurer, reinsurer, insured and state are mutually „intertwined“. This subjects are directly or indirectly interested for the resolving of reinsurance disputes at amicable way, and arbitration is ideal for that purpose. Ad hoc arbitration is traditional mechanism for resolving reinsurance disputes, and reinsurance contracts most often contain compromisory clause which can have narrow or wider reach, which depends on parties consent. Arbitrators in reinsurance dispute are specialised for insurance and reinsurance, and usually possess long – time experience in above named businesses. The arbitral tribunal usually brings the award based on reinsurance customs and practice, but parties frequently opt for „equity clause“, which „opens doors“ to potential misuse. Even though arbitrators are experts for reinsurance, they don't have to be lawyers, so it's advisable to implement UNCITRAL or ARIAS arbitral rules, which regulates arbitration proceeding. In the process of vertical risk „atomization“, besides insurer and reinsurer, often participants are retrocessionaires, brokers and reinsurance pools. If insurer is the „financially stronger side“, he could impose a standardized compromisory clause, by which he could secure multiparty arbitration and consolidated arbitral proceeding.

Keywords: *reinsurance, arbitration, arbitration clause, specialised arbitrators, reinsurance customs and deciding based on „equity“, multiparty arbitrations and consolidation of proceedings.*

*Милош РАДОВАНОВИЋ**

УПОТРЕБА ТРАКТОРА И ОСИГУРАВАЈУЋЕ ПОКРИЋЕ

Резиме

Овај чланак бави се питањем осигуравајућег покрића за штету проузроковану трактором. Најпре се разматра да ли прописи Европске уније захтевају од држава да власницима трактора наметну обавезу осигурања од одговорности исто као имаоцима других моторних возила.

Недоумице да ли су штете проузроковане трактором покривене осигурањем могу се јавити у земљама у којима трактори морају бити осигурани од одговорности. Двоумљења нема у случају кад штета буде изазвана на путу приликом употребе трактора као превозног средства. Дилему изазива питање да ли би ризик настанка штете на површинама које нису намењене ни прикладне за обављање саобраћаја, а трактори се користе и на таквим површинама, требало да буде покривен обавезним осигурањем. Осим као превозно средство, трактор се може користити и као самоходна радна машина, али и као извор кинетичке енергије који покреће друге статичке уређаје у пољопривреди. Постојање осигуравајућег покрића у ситуацији када се трактор користи као самоходна радна машина и као погонско средство за друге уређаје може бити спорно. Аутор ће, полазећи од праксе Суда правде Европске уније, покушати да уклони наведене недоумице.

Кључне реч: *осигурање, осигурање од аутоодговорности, употреба моторног возила, трактор, Суд правде Европске уније.*

І Увод

Пољопривреда је значајна грана у привреди Републике Србије.¹ Употреба трактора учестала је у савременој пољопривредној производњи

* Докторанд, правни заступник у Удружењу осигуравача Србије

у Србији.² Опасне ствари јесу покретне и непокретне ствари чији положај, или употреба, или особине, или само постојање представљају повећану опасност штете за околину.³ Трактор се према давно установљеној судској пракси може квалификовати као опасна ствар.⁴

Трактор се може користити као превозно средство у друмском саобраћају, као самоходна радна машина за извођење пољопривредних и других радова или као погонско средство – извор кинетичке енергије за друге машине које се не крећу. У сва три случаја трактор јесте извор повећане опасности наступања штете.

Штета потекла од радне машине као што је трактор, врло лако може изазвати дилему да ли је реч о штети која је покривена, односно која мора бити покривена обавезним осигурањем. Поставља се питање да ли обавеза осигурања од одговорности за штету проистеклу из употребе моторног возила важи и за трактор. Након потврдног одговора на ово питање јавља се ново питање – питање када се штета проузрокована трактором може сматрати штетом насталом услед употребе моторног возила. Проблем у тумачењу појма употребе моторног возила у пракси се најчешће јавља управо код самоходних радних машина као што су трактори.⁵

Штете настале услед употребе трактора као превозног средства на јавним путевима изазивају најмање дилеме. У таквим ситуацијама може бити спорно једино да ли се власник трактора осигурао од одговорности за штету коју проузрокује употребом трактора као моторног возила,

1 Пољопривреда, шумарство и рибарство, према подацима Републичког завода за статистику учествују са 8,3% у формирању бруто домаћег производа Републике Србије. Републички завод за статистику, Бруто домаћи производ Републике Србије 2012, доступно на: <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PublicationView.aspx?Key=41&Level=1&pubType=2&pubKey=2114>, 10.2.2018.

2 Према подацима Републичког завода за статистику у Републици Србији има 597.816 трактора. Републички завод за статистику, *Попис пољопривреде 2012. - Пољопривреда у Републици Србији, Књига I*, Београд, 2013, стр. 13, доступно на: <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/Popis2012/PP-knjiga1.pdf>.

3 Михајло Константиновић, *Облигације и уговори - Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, Београд 1969, члан 136.

4 Вид. Драгослав Вељковић, „Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима“, Пословни биро, Београд 2005, стр. 198.

5 Милан Виршек, „Појам употребе моторног возила у осигурању од аутоодговорности – пресуда Суда правде ЕУ у предмету Внук – Заваровалница Триглав, д.д.“, у: *Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности* (ур: Слободан Јовановић, Јован Славнић, Пјерпаоло Марано), Палић 2015, стр. 240.

односно да ли се по прописима морао осигурати од те одговорности. Штета произашла из саобраћајне незгоде, која је настала због тога што возач трактора није поштовао прописе о безбедности саобраћаја на путевима, несумњиво јесте штета произашла из употребе трактора као превозног средства.

Недоумице се могу јавити када је трактор употребљен као радна машина за извођење пољопривредних радова ван површина на којима се обавља саобраћај, као и у случају када је трактор у мировању употребљен као погонско средство – извор кинетичке енергије за друге пољопривредне машине. Да ли штете настале на површинама које нису намењене и нису прикладне за обављање саобраћаја могу бити покривена обавезним осигурањем моторних возила? Да ли се штета проузрокована трактором при обављању пољопривредних радова може квалификовати као штета настала услед употребе моторног возила?

Суд правде Европске уније одлучивао је о овим питањима. Тумачење Европског суда правде појашњава правила из комунитарних прописа. На тај начин тумачење европског суда може се разумати као саставни део тих правила. Интерпретативне пресуде Европског суда правде фактички имају *erga omnes* дејство, које се може упоредити са *erga omnes* дејством пресуда врховних националних судова у континенталним правним системима. Национални судови требало би да их поштују, имајући у виду ауторитет суда који их је донео. Судови држава чланица Европске уније по правилу уважавају тумачења која су дата у пресудама Суда правде Европске уније.⁶

Европске интеграције Републике Србије захтевају усклађивање домаћих закона са правом Европске уније. Постоји схватање да би одредбе домаћих прописа, које су у складу са прописима Европске уније, требало да се примењују онако како се примењују у Европској унији, тј. да приликом њиховог тумачења треба узети у обзир праксу Суда правде Европске уније.⁷ Није довољно да у домаћем закону буду употребљени термини које користе директиве Европске уније. Императив европских интеграција тражи да се предузме један корак више. Потребно је да домаћи судови правне стандарде коришћене у европским прописима схватају

6 Небојша Раичевић, “Дејство одлуке Европског суда правде о претходном питању”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68/2014, стр. 900-901.

7 Маја Станивуковић, “Право Европске уније и судови у Србији”, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2012, стр. 212.

на сличан начин као и европски суд. Тако ће се постићи суштинско усклађивање права, а не само термилошко усклађивање прописа.

Овај рад ће покушати да одговори на питање када би штета проузрокована трактором требало да буде покривена обавезним осигурањем. Пре него што се упусти у то питање, аутор ће размотрити да ли се за трактор мора закључити уговор о осигурању од одговорности. Одговор на постављена питања биће тражен у праву Европске уније.

II Обавеза осигурања трактора

1. Обавеза осигурања трактора у Европској унији

Важећи пропис Европске уније који утврђује обавезу осигурања од грађанскоправне одговорности за штету у погледу употребе моторних возила јесте Директива Скупштине и Савета 2009/103 од 16. септембра 2009. године која се односи на осигурање од грађанскоправне одговорности у вези са употребом моторних возила и установљавањем обавезе да се осигура од те одговорности, *Службени лист Европске уније* Л 263/11 (даље: Кодификована директива). Под појмом возило у смислу Кодификоване директиве подразумева се свако моторно возило намењено за копнени саобраћај, које покреће механичка снага, али које се не креће по шинама, као и свако прикључно возило било прикључено или не.⁸ Кодификована директива дефиницију возила преузела је из Директиве Савета 72/166/ЕЕЗ од 24. априла 1972. године о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанске одговорности у погледу употребе моторних возила, *Службени лист Европске заједнице* Л 103/72 (даље: Прва директива).⁹

Комунитарни пропис Европске уније дефинише моторно возило независно од тога за шта се употребљава или за шта се може употребљавати. Чињеница да се трактор може употребљавати као пољопривредна машина нема утицај на тачност тврдње да трактор одговара појму возило из Прве директиве, односно Кодификоване директиве. Пољопривредни трактор требало би сматрати возилом у смислу наведених прописа Европске уније.¹⁰

8 Члан 1. тачка 1) Кодификоване директиве.

9 Члан 1. тачка 1) Прве директиве.

10 Суд правде Европске уније, пресуда C-162/13 од 4. септембра 2014. године, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0162&from=EN>, 15.02.2018. (даље: пресуда C-162/13) тачка 38. и Суд правде Европске уније, пресуда C-514/16 од 28.

Држава чланица дужна је да предузме све одговарајуће мере како би обезбедила да грађанскоправна одговорност за штету насталу услед употребе моторног возила, које се уобичајено налази на њеној територији, буде покривена обавезним осигурањем.¹¹ Пропис Европске уније допушта државама да уведу одређене изузетке од ове обавезе. Држава националним прописом може предвидети да одређени субјекти јавног права (па чак и субјекти приватног права) нису дужни да се осигурају од одговорности за штету проузроковану моторним возилом.¹² Изузимање од обавезе закључивања уговора о осигурању може се учинити и с обзиром на врсту возила. Чланица Европске уније овлашћена је да пропише да одређене врсте возила или возила за која се издају посебне регистарске таблице, не морају бити осигурана од одговорности.¹³ Војна возила, односно возила оружаних снага, јесу најчесталији пример изузимања од обавезе осигурања у праву европских држава.¹⁴

Држава која постави изузетке од обавезе осигурања моторних возила, без обзира на то да ли је изузетак учињен с обзиром на субјекта који је ималац возила или с обзиром на врсту возила, односно регистарске таблице, има одређене обавезе према Европској комисији и другим чланицама Европске уније. Држава је дужна да сачини попис субјеката (правних лица или физичких лица) који нису дужни да осигуравају своја возила. Ако је изузетак учињен с обзиром на врсту возила држава је дужна да сачини списак врста возила која се не морају осигурати. Чланица Европске уније те спискове, односно пописе мора доставити Европској комисији ради објављивања, као и другим државама чланицама.¹⁵

новембра 2017. године, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197180&pageIndex=0&dodang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=959966>, 15.02.2018 (даље: пресуда C-514/16) тач. 28. и 29.

11 Члан 3. став 1. Кодификоване директиве и члан 3. став 1. Прве директиве.

12 Члан 5. став 1. Кодификоване директиве и члан 4. тачка а) Прве директиве.

13 Члан 5. став 2. Кодификоване директиве и члан 4. тачка б) Прве директиве.

14 Према списку изузетака од обавезе осигурања моторних возила, доступном 14. фебруара 2018. године на интернет сајту Европске комисије на адреси: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/insurance-and-pensions/motor-insurance_en 19 држава чланица Европске уније изузело је војна возила, односно возила која припадају војсци, из обавезног осигурања. Према члану 11. домаћег Закона о обавезном осигурању у саобраћају („Службени гласник РС“, бр. 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13) (даље: ЗООС), обавеза осигурања не важи за превозна средства Војске Србије.

15 Вид. 5. ст. 1. и 2. Кодификоване директиве и члан 4. тач. а) и б) Прве директиве.

Трактор се несумњиво може подвести под дефиницију возила из комунитарних прописа Европске уније. Међутим, то још увек не значи да је држава дужна да пропише обавезу осигурања од одговорности за штету проузроковану трактором. Одређене чланице Европске уније, нпр. Република Финска и Република Малта, искористиле су могућност да пољопривредна возила, односно тракторе, као врсту возила посебно искључе из обавезе осигурања.¹⁶ Суд правде Европске уније сматра да за трактор који се уобичајено налази на територији државе чланице постоји обавеза осигурања од одговорности, осим када та држава, у складу са европским прописима, трактор као тип возила изузме из обавезног осигурања.¹⁷

2. Обавеза осигурања трактора у Републици Србији

Обавезно осигурање од одговорности ималаца моторних возила уведено је у домаће право 1976. године.¹⁸ Позитивни пропис који у Републици Србији уређује обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штету проузроковану тим возилима, јесте ЗООС. Моторно возило је једно од превозних средстава за које се у Републици Србији мора закључити уговор о осигурању од одговорности. Питање да ли се неко возило сматра моторним возилом од одлучујућег је значаја за обавезу осигурања. ЗООС непосредно не дефинише ни једно превозно средство. Дефинисање појединих врста превозних средстава која морају бити осигурани (моторно возило, ваздухоплов и чамац), ЗООС препушта законима који уређују одговарајућу област саобраћаја.¹⁹ Обављање саобраћаја на путевима, односно безбедност саобраћаја на путевима, уређује Закон о безбедности саобраћаја на путевима („Службени гласник РС, бр. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13, 55/14, 96/15 и 9/16) (даље: ЗОБС).

ЗОБС дефинише моторно возило као возило које се покреће снагом сопственог мотора, које је по конструкцији, уређајима, склоповима и

16 Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi, delivered on 26 February 2014, Case C-162/2013 *Damijan Vnuk vs Zavarovalnica Triglav d.d.*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d50530e398f14249dba7b5a0113061ad65.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNqLe0?text=&docid=148241&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=80709>, 15.2.2018. (даље: Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi C-162/13), тачка 15.

17 Пресуда C-162/13 тачка 40. и пресуда C-514/16 тачка 30.

18 Јасна Пак, *Право осигурања*, Универзитет Сингидунум, Београд 2013, стр. 248; Катарина Иванчевић у: Драган Мркишић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2014, стр. 303.

19 Члан 3. тачка 2) ЗООС.

опреми намењено и оспособљено за превоз лица, односно ствари, за обављање радова, односно за вучу прикључног возила, осим шинских возила.²⁰ Дефиниција моторног возила из важећег домаћег закона у битном се поклапа са дефиницијом возила из Прве, односно Кодификоване директиве. Такође, ЗОБС је дефинисао трактор као врсту моторног возила.²¹ По позитивним прописима трактор несумњиво јесте моторно возило.

Српски прописи ни једну врсту моторних возила не изузимају из обавезног осигурања од аутоодговорности, иако основ за такво изузимање постоји у праву Европске уније. Ималац трактора, исто као и власник било ког другог моторног возила, мора се осигурати од одговорности за штету која његовом употребом буде причињена трећим лицима.

Штета проузрокована трактором у саобраћајној незгоди на путу у Србији мора бити покривена обавезним осигурањем од одговорности. Ако ималац трактора противно пропису није закључио уговор о осигурању, накнада штете оштећеном лицу ипак ће бити финансијски извесна. Оштећено лице моћи ће да накнади штету из средстава гарантног фонда, јер се та средства користе ради накнаде штете проузроковане употребом моторног возила за које није био закључен уговор о обавезном осигурању.²²

Штета која буде проузрокована на јавном путу приликом употребе трактора као превозног средства треба *de lege lata* да буде покривена обавезним осигурањем од одговорности. Таква штета несумњиво се може квалификовати као штета настала услед употребе моторног возила. Међутим, трактор се може користити и ван саобраћајних површина, као радна машина за извођење радова у пољопривреди или као погонско средство - извора кинетичке енергије за неке друге уређаје. Одговор на питање да ли би штета која у таквим ситуацијама настане требало да буде покривена осигурањем од аутоодговорности, може се тражити у пракси Суда правде Европске уније.

III Штете настале ван саобраћајних површина

Трактори пољопривредне радове по природи ствари, врше ван јавног пута. Трактори радове најчешће обављају на различитим пољопривредним површинама које нису намењене ни прикладне за саобраћај

20 Члан 7. став 1. тачка 33) ЗОБС 2009.

21 Вид. члан 7. став 1. тачка 48) ЗОБС 2009.

22 Члан 76. став 1. тачка 1) и члан 91. став 1. ЗООС.

моторних возила. Штете проузроковане на таквим површинама изазваће више недоумица него штете проузроковане у саобраћају на путу.

Суд правде Европске уније у предмету C-334/16 разматрао је да ли обавезно осигурање возила покрива и штету насталу на терену који није прикладан за саобраћај. José Luís Núñez Torreiro, официр шпанске војске, учествовао је 28. јуна 2012. године у ноћним војним вежбама на војном полигону у шпанској покрајини Albacete. Он се као путник превозио у теренском возилу копнене војске типа Aníbal.²³ То возило се преврнуло, па је José Luís Núñez Torreiro задобио телесне повреде. У време незгоде предметно возило није се кретало површином намењеном за саобраћај возила с точковима, него по полигону за вежбу тенкова.²⁴

Ради накнаде штете настале услед телесних повреда José Luís Núñez Torreiro поднео је тужбу по основу обавезног осигурања од одговорности за штету проузроковану предметним возилом.²⁵ Суд првог степена одбио је тужбени захтев с образложењем да штета није настала услед употребе моторног возила, јер се возило Aníbal критичном приликом није кретало по површини која је намењена за саобраћај моторних возила. Материјалноправни основ за овакву одлуку представљао је члан 2. Краљевске уредбе 1507/2008 којом се одобрава Уредба о обавезном осигурању од грађанскоправне одговорности у области употребе моторних возила (*Real Decreto 1507/2008, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor*) објављене у шпанском службеном гласилу (*Boletín Oficial del Estado*) бр. 222 од 13. септембра 2008. године. Према тој одредби, штете су покривене обавезним осигурањем моторних возила, ако су произашле из ризика који настаје приликом вожње на јавним и приватним путевима,

23 Возило типа Aníbal јесте теренско војно возило које се креће на точковима, односно које нема гусенице. У колоквијалном говору за таква и слична возила често се каже „цип“. Детаљне карактеристике возила Aníbal доступне су на сајту Министарства одбране Краљевине Шпаније на адреси: <http://www.ejercito.mde.es/en/materiales/vehiculos/Anibal.html?locale=en>.

24 Opinion of Advocate General Yves Bota, delivered on 14 June 2014, Case C-334/16 José Luís Núñez Torreiro vs AIG Europe Limited, Sucursal en España and Unespa — Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CC0334&from=LV>, 15.2.2018. (даље: Opinion of Advocate General Yves Bota C-334/16), тачка 13.

25 Краљевина Шпанија, за разлику од неких других европских земаља, возила која припадају војсци није изузела од обавезног осигурања од одговорности. Вид. сиписак изузетака од обавезе осигурања моторних возила у чланицама Европске уније доступан на сајту Европске комисије: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/insurance-and-pensions/motor-insurance_en.

гаражама и на паркиралиштима и површинама које су прикладне за саобраћај, као и на површинама које се често користе за саобраћај иако за то нису прикладне.²⁶

Тужилац је против првостепене пресуде изјавио жалбу. Другостепени суд, Провинцијски суд у Албасетеу (*Audiencia Provincial de Albacete*), посумњао је у сагласност цитиране одредбе шпанског прописа и члана 3. Кодификоване директиве. Провинцијски суд у Албасетеу сматрао је да национално право изузетке од обавезног осигурања возила може да пропише само под условима из члана 5. Кодификоване директиве.²⁷ Тај суд изнео је мишљење да по европском праву није дозвољено да место на коме је дошло до штете, буде критеријум на основу ког се искључује осигуравајуће покриће.²⁸

Провинцијски суд у Албасетеу, на основу члана 267. Уговора о функционисању Европске уније²⁹ обратио се Суду правде Европске уније ради тумачења одредаба чл. 3. и 5. Кодификоване директиве. Суштинско питање у овом поступку било је питање да ли је одредба националног прописа, која из покрића обавезног осигурања моторних возила искључује штете проузроковане на површинама које нису прикладне за саобраћај, усклађена са Кодификованом директивом.³⁰

Суд правде Европске уније пошао је од неспорне околности да је возило Aníbal критичном приликом коришћено као превозно средство. Таква употреба несумњиво се квалификује као „употреба возила“ у смислу члана 3. став 1. Кодификоване директиве. Европски суд имао је у виду чињеницу да се у конкретном случају возило кретало на војном полигону, где је забрањен приступ свим возилима осим возилима војске,

26 Opinion of Advocate General Yves Botta C-334/16, тач. 13, 24, и 16.

27 Члан 5. Кодификоване директиве признаје два критеријума на основу којих национално право може прописати изузетак из обавезног осигурања возила. Став 1. овог члана дозвољава државама чланицама да одређене субјекте (било да је реч о субјектима приватног или јавног права) ослободе обавезе осигурања возила. Ставом 2. прописано је да се националним правом може предвидети да одређене врсте возила, односно одређена возила која имају посебне регистарске таблице, не морају бити осигурана од одговорности.

28 Суд правде Европске уније, пресуда C-334/16 од 20. децембра 2017. године, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198066&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=964083>, 15.02.2018. (даље: пресуда C-334/16) тач. 15, 16. и 17.

29 Уговор о функционисању Европске уније, доступно на: http://www.azzk.me/1/doc/Ugovor_o_funkcionisanju_EU.pdf, 15.2.2018.

30 Пресуда C-334/16, тачка 19.

као и чињеницу да површина по којој се возило кретало није прикладна за кретање возила с точковима (него само возила с гусеницама). Међутим, суд правде оценио је да се по прописима Европске уније на основу тих чињеница не може ограничити обавеза осигуравача. Национални пропис који из обавезног осигурања искључује штете проузроковане моторним возилима на површинама које нису прикладне за саобраћај, у супротности је са наведеном одредбом Кодификоване директиве.³¹

Европски суд у пресуди С-334/16 није се изјашњавао о могућности да се из обавезног осигурања искључе штете проузроковане приликом обављања пољопривредних радова.³² Ипак, на основу те пресуде може се закључити да штете које буду проузроковане на пољопривредним површинама, тј. ван саобраћаја, могу бити покривене обавезним осигурањем моторних возила. Чланица Европске уније и земља која тежи чланству у Унији, не би смела да донесе пропис који штете искључује из покрића обавезног осигурања возила само зато што су настале на површинама које нису прикладне за саобраћај. Судови држава чланица Европске уније, а и судови држава које теже чланству, домаће прописе требало би да тумаче у складу са ставовима Суда правде Европске уније. Национални судови због тога не би требало да прихвате тумачење права, по коме су штете настале на пољопривредним површинама искључене из обавезног осигурања од аутоодговорности.

Штета настала услед употребе моторног возила мора бити покривена обавезним осигурањем од одговорности, без обзира на место где је изазвана. Штета проузрокована трактором може бити покривена обавезним осигурањем и у случају када се штетни догађај одиграо на пољопривредној површини која није намењена ни прикладна за обављање саобраћаја.

IV Штете проузроковане трактором као самоходном радном машином

Трактор се на разне начине може употребљавати и као средство за рад. Врло је тешко разлучити када се такво возило „мешовите употребе“ користи као возило, а када само као средство рада. Та разлика може ути-

31 *Ibid*, тач. 32, 33, 34 и 36 и изрека пресуде.

32 Провинцијски суд у Албасетеу предложио је да се Суд правде Европске уније изјасни и о томе да ли национални пропис из обавезног осигурања може искључити штете проузроковане моторним возилом приликом вршења пољопривредних активности. Међутим, европски суд одбио је да се изјасни о том питању, јер оно није од утицаја на одлучивање у парници коју је покренуо José Luís Núñez Torreiro. Вид. пресуду С-334/16 тач. 37, 39. и 40.

цати на оцену да ли је штета настала приликом употребе возила у смислу директиве, тј. на одлуку о постојању осигуравајућег покрића.³³

Директиве о осигурању од аутомобилске одговорности не дефинишу појам употреба возила.³⁴ Употреба возила у смислу прописа о обавезном осигурању, јесте правни стандард чије се значење одређује кроз судску праксу.³⁵ Потреба за уједначеном применом комунитарног права и начело једнакости, указују на то да би појмове из прописа Европске уније требало тумачити на уједначен и аутономан начин у целој Унији, осим када комунитарни пропис изричито упућује на национално право. Директиве Европске уније које се односе на обавезно осигурање возила, нису дале слободу државама чланицама да националним правом дефинишу појам употреба моторног возила. Одређивање значења појма, односно правног стандарда употреба моторног возила не може се препустити схватању сваке поједине државе чланице.³⁶

Суд правде Европске уније пресуду C-162/13 донео је поводом штетног догађаја који је изазвао трактор. Штету је претрпео Внук Дамијан 13. августа 2007. године, приликом складиштења бала сена у поткровље штале. Внук Дамијан се налазио на мердевинама, а трактор који је учествовао у складиштењу, крећући се ходом у назад, ударио је у те мердевине. Внук Дамијан је пао и задобио тешке телесне повреде.³⁷

Внук Дамијан тужио је осигуравајуће друштво код кога је предметни трактор био осигуран од аутоодговорности. Словеначки судови сматрали су да је полисом обавезног осигурања покривена штета која настане при употреби трактора као превозног средства, али не и штета која настане при употреби трактора као радне машине или погонског средства. Тужбени захтев Внук Дамијана због тога је био одбијен и у првом и у другом степену. Тужилац је изјавио ревизију. Врховни суд

33 Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi C-162/13, тачка 17.

34 *Ibid*, тачка 32.

35 Нпр. Врховни суд Републике Словеније (*Vrhovno sodišče Republike Slovenije*) у разлозима решења (*sklep*) II Ips 415/2011 од 11. марта 2013. године, навео је како је „употреба возила“ правни стандард чије се значење одређује кроз судску праксу. *Vrhovno sodišče Republike Slovenije*, *sklep* II 415/2011, http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/2012032113073270/, 15.2.2018.

36 Пресуда C-162/13 тач. 41. и 42.

37 *Vrhovno sodišče Republike Slovenije*, *sodba* II 415/2011 од 20. октобра 2014. године, [http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2012032113073270&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2012032113073270](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:2012032113073270&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=2012032113073270), 15.2.2018.

Републике Словеније прекинуо је поступак по ревизији и обратио се Суду правде Европске уније ради тумачења Прве директиве. Словеначки суд поставио је питање да ли се употреба трактора која је у конкретном случају довела до повреда Внук Дамијана, може квалификовати као употреба возила у смислу директиве.³⁸

Приликом утврђивања правог значења одредбе која се тумачи мора се узети у обзир и њен циљ. Међународни општи акти о осигурању од аутоодговорности, укључујући ту и директиве Европске уније, имају за циљ једноставно и правично обештећење оштећених лица.³⁹ Суд правде Европске уније приликом одлучивања у предмету Внук пошао је од тога да директиве о обавезном осигурању моторних возила, осим либерализације саобраћаја лица и робе, имају за циљ и заштиту жртава у случају незгода проузрокованих моторним возилом. Развој комунитарних прописа из области обавезног осигурања потврђује да ти прописи теже заштити оштећених лица из саобраћајне незгоде. Увођење директне тужбе против осигураваача од аутоодговорности, прописивање и подизање минималних сума осигурања, као и оснивање тела надлежног за накнаду штете проузроковане неосигураним или непознатим возилом (гарантни фонд), јесу докази који потврђују да је европски законодавац приликом доношења и измена директива тежио да појача економску заштиту оштећених лица у случају саобраћајне незгоде.⁴⁰

Суд правде Европске уније циљним тумачењем директива, дошао је до закључка да законодавац Европске уније из обавезног осигурања моторног возила није хтео да искључи штете које су проузроковане „приликом употребе моторног возила током које је оно обављало своју уобичајену функцију.“ Члан 3. став 1. Прве директиве требало би тумачити тако да употреба моторног возила обухвата сваку употребу возила која је у складу с уобичајеном функцијом тог возила.⁴¹

Национални судови држава чланица и држава које теже чланству у Европској унији, појам употреба моторног возила не би требало да схватају уже него Суд правде Европске уније. Рестриктивно схватање тог појма противно је циљу комунитарних прописа о обавезном осигурању моторних возила. Штета која настане приликом уобичајене функције

38 *Ibid.*

39 Владимир Чоловић, *Међународно осигурање аутоодговорности*, Досије, Београд 2007, стр. 104.

40 Пресуда C-162/13, тач. 49 - 55.

41 *Ibid.*, тачка 56. и изрека пресуде.

моторног возила јесте штета настала услед употребе тог возила и требало би да буде покривена обавезним осигурањем од одговорности.

Пресуда С-162/13 потврђује да употреба трактора као пољопривредне машине може бити покривена обавезним осигурањем од одговорности за штету проузроковану моторним возилом.⁴² Уобичајена функција трактора, као једне самоходне радне машине, јесте и обављање радова у земљорадњи и другим гранама пољопривреде. Штете које настану услед употребе трактора као самоходне радне машине у пољопривреди, јесу штете причињене употребом моторног возила. У државама у којима обавезно осигурање важи и за тракторе, такве штете требало би да буду покривене осигурањем.

V Штета настала приликом употребе трактора као погонског средства

Трактор у стању мировања може бити извор кинетичке енергије који покреће неке друге уређаје. Професор Шулејић, штету која настане у тренутку када се трактор користи као погонска машина за неку другу машину (у конкретном примеру циркуларну тестеру за сечење дрвета), наводио је као случај у коме штета не би требало да буде покривена обавезним осигурањем моторних возила.⁴³

Питање да ли обавезно осигурање покрива штету која настане када се трактор у мировању користи у циљу погона других статичких уређаја, Суд правде Европске уније разматрао је приликом доношења пресуде С-514/16.

Наведена пресуда донета је поводом несреће која се догодила 18. марта 2006. године у месту Sabrosa у Португалу. У незгоди је погинула Maria Alaves, радник у винограду. Она је критичном приликом хербицида прскала винову лозу. Хербицид се налазио у spremнику уређаја за прскање који је био причвршћен на задњем делу трактора. Трактор је био у мировању, али је његов мотор био укључен ради погона пумпе за распршивање хербицида. Виноград се налазио на косом и терасастом тере-

42 Nicholas Beaven, „Vnuk: End of the Road?“, *The Personal Injury Brief Update Law Journal*, октобар 2014, доступно на: <http://www.pibriefupdate.com/content/pibulj-sec/2711-vnuk-end-of-the-road-nicholas-bevan-solicitor-mediator-consultant-and-trainer>, 15.2.2018.

43 Предраг Шулејић, „Појам употребе моторног и прикључног возила у обавезном осигурању од одговорности“, у: Јован Славнић, Предраг Шулејић (уредници), *Привреда и право осигурања у транзицији*, Палић, 2004, стр. 283.

ну. Због тежине трактора и због подрхтавања које су изазивали укључени мотор и пумпа за прскање, дошло је до клизања тла. Трактор је пао с тераса, преврнуо се и згњечио Mariu Alaves.⁴⁴

Супруг пок. Marie Alaves тужио је ради накнаде штете власнике винограда и осигуравајуће друштво код кога је предметни трактор био осигуран од аутоодговорности. Суд првог степена обавезао је власнике винограда да плате накнаду штете, али је одбио тужбени захтев према осигуравачу. Првостепени суд сматрао је да уговор о обавезном осигурању закључен за предметни трактор не покрива спорну штету, зато што трактор критичном приликом није учествовао у саобраћајној незгоди. Власници винограда изјавили су жалбу Жалбеном суду у Гумарешу (*Tribunal da Relação de Guimarães*). У жалби су истакли да је штета наступила током рада трактора у вршењу пољопривредног посла, због чега мора бити покривена обавезним осигурањем од одговорности. Чињеница да ли је трактор био у мировању, паркиран или се кретао на пољопривредном газдинству, по жалбеним наводима, није од утицаја на постојање осигуравајућег покрића.⁴⁵

Tribunal da Relação de Guimarães обратио се европском суду ради тумачења комунитарног прописа. Португалски суд био је у дилеми да ли се у описаној ситуацији може сматрати да је штета настала услед употребе возила у смислу одредбе члана 3. став 1. Прве директиве. Жалбени суд указао је како је Суд правде Европске уније у пресуди C-162/13 оценио да појам „употреба возила“ подразумева сваку употребу возила која је у складу с уобичајеном функцијом тог возила.⁴⁶

Суд правде Европске уније у разлозима пресуде C-514/16 позвао се на своју пресуду донету у предмету Внук. Међутим, европски суд приликом доношења пресуде C-514/16 резонувао је на донекле другачији начин. Навео је како „појам употреба возила у смислу члана 3. став 1. директиве обухвата сваку употребу возила као превозног средства.“ Код возила која се, попут трактора, могу користити и као превозна средства и као радне машине, потребно је разлучити да ли је при настанку штете возило коришћено као превозно средство или као радна машина. Штета проузрокована приликом употребе моторног возила као превозног средства сматра се штетом услед употребе моторног возила. Суд правде Европске уније у пресуди C-514/16,

44 Пресуда C-514/16, тач. 9. и 10.

45 *Ibid*, тач. 16.

46 *Ibid*, тач. 19. и 26.

ра залику од пресуде у предмету Внук, закључио је да се штета настала приликом употребе моторног возила као радне машине, не може подвести под одредбу члана 3. став 1. Прве директиве.⁴⁷

Очигледно је да се трактор, у тренутку када у стању мировања покреће други пољопривредни уређај, не користи као превозно средство. Суд правде Европске уније у пресуди C-514/16 оценио је да се употреба трактора у описаној ситуацији не може квалификовати као „употреба возила“ у смислу наведене одредбе европског прописа. Главна функција трактора у тренутку наступања незгоде у којој је страдала Maria Alaves није била функција превозног средства. Напротив, предметни трактор у том тренутку коришћен је као машина која даје погонску снагу пумпи за распршивање хербицида.⁴⁸

Суд правде Европске уније приликом доношења пресуде C-514/16 није се круто држао става из раније пресуде C-162/13. Уобичајена функција возила, по пресуди у предмету Внук, требало би да буде критеријум на основу кога се оцењује да ли је реч о штети која је покривена обавезним осигурањем моторних возила. Пресуда C-514/16 није донета применом тог критеријума. По схватању из пресуде C-514/16 штета проузрокована трактором покривена је обавезним осигурањем, ако је у моменту штетног догађаја главна функција трактора била функција превозног средства. Може се рећи да је Суд правде Европске уније у извесној мери променио сопствену праксу.

У периоду између доношења пресуде C-162/13 и пресуде C-514/16 могла је постојати дилема да ли су штете које настану када се трактор користи као погонско средство – извор кинетичке енергије за друге пољопривредне уређаје, покривене осигурањем или не. Међутим, сада је јасно да прописи Европске уније не траже да национална права оштећеним лицима признају право на накнаду из обавезног осигурања у таквим ситуацијама.

Недоумица о праву на накнаду штете проузроковане трактором као самоходном радном машином у пољопривреди, и даље се може јавити. Директивама Европске уније прописан је минимум права који се оштећеним лицима мора обезбедити. Дозвољено је да оштећени по националном праву буде у повољнијем положају.⁴⁹ Државе које као Република Србија теже чланству у Европској унији, у случају сумње да ли је одређе-

47 *Ibid*, тач. 31, 38. и 40.

48 *Ibid*, изрека пресуде.

49 Вид. члан 28. став 1. Кодификоване директиве.

ни степен заштите неопходан по европском праву или не, требало би да оштећене ставе у повољнији положај. Такво резонување јесте у интересу европских интеграција, али и у интересу домаћих пољопривредника којима је штета нанета трактором при обављању радова. У неким споровима о накнади штете проузроковане трактором, могло би се сматрати да осигуравајуће друштво или гарантни фонд (ако се ради о неосигураном трактору) одговара за штету проузроковану трактором као самоходном радном машином.

Међутим, штете које су изазване трактором у стању мировања који покреће неки други уређај, не би требало сматрати покривеним обавезним осигурањем. Ни осигуравач од аутоодговорности ни гарантни фонд не би требало да одговарају за штете које у таквим приликама настану.

VI Закључак

Право Европске уније не тражи од држава чланица да установе обавезу закључивања уговора о осигурању од одговорности за штету проузроковану трактором. Европски прописи дозвољавају државама да националним правом искључе тракторе из обавезног осигурања моторних возила. Међутим, актуелни прописи Републике Србије захтевају од власника трактора да се осигурају исто као и други имаоци моторних возила.

У државама које тракторе укључују у обавезно осигурање моторних возила, врло лако може доћи до дилеме да ли је штета проузрокована трактором покривена осигурањем или не. Чињеница да је штета настала ван пута, тј. на површини која није намењена ни прикладна за обављање саобраћаја, више не би требало да буде разлог за недоумицу. Место на коме је дошло до незгоде, по изричитом ставу Суда правде Европске уније, није критеријум на основу кога се штета може искључити из покрића обавезног осигурања.

Штете које настану када се трактор у стању мировања користи ради погона других статичних пољопривредних уређаја, не би требало да буду покривене обавезним осигурањем.

Постоји ризик да трактором који се користи као самоходна пољопривредна машина буде проузрокована штета. Суд праве Европске уније одлучио је да је штета настала услед употребе трактора, која је у складу са уобичајеном функцијом тог возила, покривена обавезним осигурањем. Могу се јавити дилеме приликом тумачења појма употреба моторног возила и уобичајена функција возила, који се користе у комунитарном

праву, односно пракси европске правосудне институције. Правом Европске уније утврђен је минимум заштите који се мора обезбедити оштећеним лицима. Национални прописи и национална судска пракса могу обезбедити већи степен заштите. Шире тумачење наведених појмова у интересу је оштећених лица. Домаћи судови, приликом одлучивања да ли је штета проузрокована трактором покривена обавезним осигурањем, не смеју бити сувише рестриктивни. Штету која настане приликом кретања трактора као самоходне радне машине, можемо прихватити као штету која треба да буде покривена обавезним осигурањем.

Miloš RADOVANOVIĆ, Ph.D. Candidate
Legal Advisor in Association of Serbian Insurers

USE OF TRACTOR AND INSURANCE COVERAGE

Summary

This paper refers the issue of insurance coverage for a damage caused by a tractor. First of all it will consider if the law of the European Union requires from a member state to enact compulsory liability insurance for the owners of tractors, as for the owners of other motor vehicles.

In some countries owners of tractors shall be required to enter into a contract providing insurance against liability for damage caused to third parties. In that countries there are dilemmas about insurance coverage. There are no doubts if a tractor was used as a means of transport on a public road. There are dilemmas for the damages occurred on terrain that is not suitable for use by motor vehicles. Considering the fact that tractor can be used as means of transport, but also as a self-propelled agricultural machine or propulsion device for other farm machinery, the insurance coverage may be disputable in the cases when tractor was used as a self-propelled agricultural machine or propulsion device for other farm machinery. Bearing in mind the practice of the Court of the European Union, the author will try to solve those dilemmas.

Keywords: *insurance, motor liability insurance, use of motor vehicle, tractor, Court of justice of the European Union.*

Бојана БИЛАНКОВ*

ФИНАНСИЈСКИ ОМБУДСМАН - ПРЕДЛОГ УВОЂЕЊА НОВОГ МЕХАНИЗМА РЕШАВАЊА ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА ИЗ ОСИГУРАЊА

Резиме

У овом чланку аутор анализира институт финансијског омбудсмана, као оптималног механизма решавања потрошачких спорова из осигурања. Аутор анализира само оне уговоре о осигурању који по својој природи представљају потрошачке уговоре, а које ће, у улози класичног потрошача, закључити уговарач осигурања који приступа општим условима пословања конкретног осигуравача који се, у делатности осигурања којом се бави, приказује као прави професионалац. Улога потрошача осигурања овде је крајње занемарљива – његов избор ће се свести на могућност да уговор који му буде понуђен у целости прихвати или одбије. У том смислу, тежиште анализе заснива се на положају потрошача осигурања и нужности интервенције правног поретка која би омогућила увођење новог механизма његове целовите и свеобухватне заштите. Кроз цео рад аутор даје предлоге у циљу увођења и креирања финансијског омбудсмана, посебно наглашавајући предности које би се вођењем конкретних спорова из осигурања пред овим органом оствариле. На крају, аутор чланка даје своју оцену да простор за увођење финансијског омбудсмана у правни систем Републике Србије у сваком случају постоји, те да посебну пажњу треба поклонити проучавању система који овакав механизам решавања спорова већ познају.

Кључне речи: финансијски омбудсман, потрошач услуга осигурања, решавање потрошачких спорова из осигурања

I. Уводна разматрања

Двадесет први век је век заштите потрошача услуга осигурања. У време када се осигурање готово свакодневно „купује“ и његово тржиште

* Мастер правник, Правни факултет Универзитета у Београду

развија великом брзином, оправдано је рећи да се савремени живот данас без осигурања не може замислити.

При обезбеђивању себи или неком трећем лицу покрића за случај остварења осигураног случаја, потрошач осигурања, међутим, не ступа у уговорни однос са себи равноправним партнером. Као друга уговорна страна ће се појавити осигуравач, махом оличен у великом привредном друштву. Оваквим постављањем ствари, долази се до онога што је, у сваком случају, специфичност уговорног права осигурања – неједнакост уговорних страна. И док се на страни потрошача осигурања налази лице које информационо, правно и финансијски инфериорно, на страни осигуравача налази се пословни субјект са читавим апаратом иза себе који му омогућава да свој положај злоупотреби. Имајући ово у виду, уговор о осигурању представља типичан пример потрошачког уговора¹.

Потребно је, стога, креирати читав сплет норми материјалног и процесног карактера, који ће омогућити потрошачу осигурања целовиту и свеобухватну заштиту. И док се наша држава начелно приклања тренутно атрактивној политици заштите потрошача, дотле о конкретној заштити потрошача услуга осигурањаскоро да нема помена. Другим речима, до овог тренутка, позитивно законодавство и пракса не познају такав метод решавања спорова који би у највећој могућој мери уважаио учешће утоварача осигурања као инфериорније уговорне стране. Имајући у виду да се српска правна наука већ у довољној мери бавила питањем недостатака како судског, тако и постојећег вансудског оквира решавања потрошачких спорова из осигурања, у овом раду неће бити речи о наведеној тематици, већ ће фокус бити на давању предлога за решење конкретног проблема.

Узимајући у обзир све наведено, аутор овог рада се залаже за увођење једног сасвим новог института у постојећи правни систем – *института финансијског омбудсмана*.² Мишљења смо да би његово увођење подигло заштиту потрошача осигурања на битно значајан ниво, те улило додатно поверење потрошачима осигурања, који би знали да пред собом

1 Наташа Петровић-Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2015, 81 – 82.

2 Термин „финансијски омбудсман“ може означавати омбудсмана који би био надлежан за шири спектар финансијских делатности. Међутим, аутор овог чланка термин финансијски омбудсман користи искључиво као назив за омбудсмана за област осигурања.

имају могућност решавања спорног односа у поступку креираном са примарним циљем заштите њихових интереса.

Објашњење института финансијског омбудсмана биће започето приказом самог појма овог института (II.), да би се потом изложиле предности које би се вођењем поступка пред овим телом оствариле (III.).

II. Појам института финансијског омбудсмана

На почетку приказа института финансијског омбудсмана указује мода финансијски омбудсман представља *вид вансудског, односно алтернативног начина решавања спорова*, оличеног у трећој особи, заинтересованој за постизање обема странама прихавтљивог решења.³

С тим у вези, излагање започињемо најпре давањем општих напомена о институту финансијског омбудсмана (1.), као и анализом његове функције у правном поретку једне државе (2.)

1. Опште напомене о финансијском омбудсману

Темин „омбудсман“⁴ датира из 19. века. Међутим, седамдесетих година прошлог века, појавом покрета конзумеризма, омбудсман као дотада познати орган заштите права грађана почиње да се доводи у везу

3 Н. Pauković, S. Dobrić, 363.

4 Институција омбудсмана долази из Шведске (првобитни назив овог органа био је „Treuhaender“), а уведена је уставом из 1809. године. Тада је он био специјални повереник парламента, задужен за контролу примене закона. Његова овлашћења подразумевала су право да тражи објашњење од власти зашто се одређени закони или нису примењивали или су се лоше примењивали. Иако је у својој сржи остао повереник парламента задужен да прати како управна и извршна власт примењују законе, данас је омбудсман орган чија је примарна дужност заштита права грађана, и то пре свега од незаконитог и неправилног рада управе. Задатак омбудсмана представља разматрање притужби које уложи појединац или група појединаца на рад конкретног органа управе, а његова надлежност може се простирати како на целокупну управу, тако и на само неке њене одређене секторе. Својим деловањем, омбудсман заправо јача одговорност органа управе и подиже квалитет њеног деловања на један озбиљнији ниво. Ову тековину скандинавског права убрзо су у своје правне системе преузеле и све остале државе, будући да се омбудсман показао као сјајна институција када је реч о заштити и унапређењу основних људских права и слобода. Детаљније о овоме, види: Стеван Лилић, *Европско управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2011, 32-34; Младенка Гргић, „Омбудсман у осигурању – значај и улога“, *Зборник са 13. савјетовања о обради и ликвидацији међународних аутомобилских штета*, Опатија 2005, 57, 58; К. Иванчевић, „Алтернативно решавање потрошачких спорова на подручју финансијских услуга“, *Измене Закона о парничном поступку, накнади штете и осигурању*, Златибор 2008, 259.

са удружењима за заштиту права потрошача.⁵ Тако су омбудсмана задуженог за заштиту потрошачких права прво увеле скандинавске земље, да би се тај тренд потом проширио и на остале државе.⁶ Када је у питању оснивање института финансијског омбудсмана задуженог за делатност осигурања, Швајцарска се у том смислу, 1972. године, појављује као пионир.⁷ Њен пример следиле су Финска, Холандија, Велика Британија и многе друге државе, док је Немачка међу последњим чланицама Европске Уније увела омбудсмана за осигурање.⁸

На овом месту напомињемо следеће: финансијски омбудсман, као метод алтернативног решавања спорова какав данас постоји у државама широм света, суштински нема никаквих сличности у области деловања и организације са омбудсманом као органом задуженим за контролу аката јавне власти.⁹ Док је први задужен за решавање индивидуалних спорова

5 Заправо, покрет конзумеризма је од својих почетака „патио“ од недостатка адекватног механизма за спровођење права потрошача за која су се залагали његови носиоци, те је излаз пронађен у повезивање са институцијом омбудсмана. Види: М. Гргић, 58; К. Иванчевић, 259; Eike-Hippel, *Besserer Rechtsschutz des Verbrauchers?*, Mohr, Tübingen 1986, 268-283.

6 К. Иванчевић, 259; М. Гргић, 58.

7 *Ibid.*

8 Разлог овакве незаинтересованости немачког правосудног система за увођење омбудсмана за осигурање као алтернативног метода решавања спорова лежи у чињеници да је Немачка одувек поседовала добар и ефикасан правосудни систем, те суштинске потребе за алтернативама истом није ни постојала. Немци су испрва покушали да заштиту потрошача осигурања инкорпоришу у судски систем. До тада вплетлајуће мишљење, пак, било је да је правда пред судом доступна али по изузетно високој цени, те су је само имућнији људи могли приуштити. Да би решили овај проблем, Немци су осмислили нови поступак који је прво носио назив *Armenrecht* („сиромашко право“). Пошто овај назив никако није био прикладан, осмишљен је нови – *Prozesskostenhilfe* („поступак уз помоћ у трошковима“) који је био неутралнији и коректнији. Међутим, ни ово се није показало као добра опција, будући да је у овај посебан поступак био скопчан са високим трошковима поређењу са богателном вредношћу предмета самог спора. На крају је немачки законодавац дошао на становиште да је за ту врсту спорова најбоље решење предвиђање неког од алтернативних метода, те је излаз из ситуације пронађен у креирању омбудсмана за осигурање. Види: Jürgen Basedow, *Small Claims Enforcement in a High Cost Country: The German Insurance Ombudsman*, Stockholm 2010, 51; I. Benohr, 5, 6.

9 Изузетак представљају финансијски омбудсмани у скандинавским земљама – шведски, дански, фински и норвешки омбудсман, чија је искључива брига заштита колективних интереса потрошача осигурања. Ови омбудсмани неће се бавити конкретним жалбама појединачних потрошача, нити ће расправљати у индивидуалним споровима, већ ће покретати поступке пред надлежним државним органима када приметите да су одређена општа права или интереси потрошача угрожени. Изузетак представља само фински омбудсман, који ће помагати појединачним потрошачима, али само у случају да се у конкретном спору индиректно ради о угрожа-

између потрошача услуга осигурања и осигуравача, други има задатак да разматра притужбе грађана на рад органа управе. Међутим, као што ће бити касније речено, у циљу промовисања финансијског омбудсмана као целисходног механизма за решавање спорних односа, извесна сличност између ова два тела ипак се може наћи.

Данас је финансијски омбудсман у земљама Западне Европе веома заступљен вид алтернативног решавања спорова у области заштите потрошача услуга осигурања.¹⁰ При томе, међутим, треба имати у виду да се њихови облици организовања међу собом битно разликују. Наиме, највећи број држава је почео са предвиђањем по једног омбудсмана за конкретну област, те су тако упоредо постојали омбудсмани за осигурање, за банкарство, итд.¹¹ Овакво решење било је сасвим логично јер је сам институт био на почетку свог развоја те је требало оставити простора за сагледавање ефеката које ће он у пракси оставити. Међутим, након постизања добрих резултата, јавила се нова тенденција обједињавања свих финансијских сектора под окриље једног финансијског омбудсмана, који је био надлежан за сваки спор из области пружања финансијских услуга.¹² Један од главних разлога за ово било је брисање граница између осигурања, банкарства, страних улагања и осталих сегмената финансијског деловања на глобалном финансијском тржишту. Што се тиче потреба нашег правног окружења, за сам почетак би било довољно увести финансијског омбудсмана за област осигурања. Уколико се поступак пред њим буде показао као делотворан начин решавања потрошачких

вању колективних потрошачких интереса. Види: К. Иванчевић, „ 260; David Thomas, Francis Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6, 24.

- 10 D. Thomas, F. Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6, 7, 24; Feliksas Petrauskas, Aida Gasiunate, *Alternative Dispute Resolution in the Field of Consumer Financial Services*, Vilnius 2012, 187.
- 11 Чешка је нпр. променила функцију омбудсману надлежном за банкарске услуге, тако да је он постао надлежан само за осигурање, а не више за банкарство. Види: D. Thomas, F. Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6, 7, 24; David Thomas, Francis Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Current arrangements in central and eastern Europe*, Washington 2012, 7.
- 12 Тај тренд започела је Велика Британија, обједињавањем омбудсмана задуженог за област осигурања и оног задуженог за област банкарства. То се догодило 2001. године, 20 година након увођења првог омбудсмана надлежног за осигурање. Види: D. Thomas, F. Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6, 7, 24, 25.

спорова из осигурања, следећи потенцијални корак било би размишљање у правцу увођења истог механизма за решавање спорова и у осталим областима финансијског деловања.

2. Функција финансијског омбудсмана

Механизам пред финансијским омбудсманом треба да обезбеди бржу, јефтинију, ефикаснију, неформалнију и праведнију процедуру у решавању потрошачких односа из осигурања, на начин који би интересе потрошача уважио у највећој могућој мери.

Идеја јесте следећа: иако финансијски омбудсман мора бити непристрасан у циљу доношења правичне одлуке, при конципирању одредби самог поступка, посебна пажња би се морала усмерити на оне одредбе које ће уважити слабији уговорни положај потрошача осигурања.¹³

С тим у вези, финансијски омбудсман мора поседовати, поред општег, и посебна стручна знања из области алтернативног решавања спорова, као и права заштите потрошача услуга осигурања. Иако смо свесни да је ово код нас недовољно развијена дисциплина, добро осмишљеним системом обука и едукација овај проблем би могао да буде превазиђен. Додатно, финансијски омбудсман би морао отићи даље од решавања појединачних спорних односа, те својим одлукама утицати на озбиљне пословне субјекте, законодавца и државу у обликовању адекватног правног окружења за потрошаче.¹⁴ Тај циљ би могао остварити објављивањем извештаја о свом раду, у којима би указивао стручној јавности на потен-

13 Када је у питању тражење правде од суда у овим споровима, понашање потрошача осигурања може се описати као „рационална индиферентност“. Они једним делом осећају инфериорност и страх од додира са судско-адвокатском апаратуром која им улива велико неповерење, док другим делом осећају да је, због трошкова који ће овде често бити већи од вредности самог предмета спора, поступак пред судом непотребно потрошен новац. Штавише, у свакој земљи ЕУ и потрошачи осигурања, подједнако као и осигуравачи, рекли су како би увек пре изабрали да поведу поступак пред финансијским омбудсманом као алтернативним методом решења спора, него пред судом. Види: D. Thomas, F. Frizon, *Resolvingdisputesbetweenconsumers andfinancialbusiness: Fundamentalsforafinancialombudsman*, Washington 2012, 14; F. Petruskas, 180, 181; LewisShandSmith, NialVivian, “HarmonizingtheOmbudsmanLandscape”, *FLJS*, Oxford 2014, 2; Hans-BernardSchaefer, “AnreichwirkungenbeiderClassActionundderVerbandsklage”, *DieBundelunggleichgerichteterInteressenimProzess*, Tübingen 1999, 67.

14 К. Иванчевић, 260; D. Thomas, F. Frizon, *Resolvingdisputesbetweenconsumers andfinancialbusiness: Fundamentalsforafinancialombudsman*, Washington 2012, 6, 24.

цијалне проблеме и тенденције натржишту осигурања, како би се потрошачко окружење у целини побољшало.

Додатно, мишљења смо да ће и сама реч „омбудсман“ *a priori* улити поверење потрошачима осигурања када се ради о увођењу института финансијског омбудсмана у наш правни поредак. Ово због тога што је свима мање или више познато да постојећи омбудсман код нас, иако задужен за контролу органа јавне власти, има заправо функцију *заштитника грађана*. У време када потрошачи осигурања не поседују ни сва неопходна знања о осигурању које купују, а камоли о алтернативним методима решавања спорних односа који одатле могу произаћи, мишљења смо да им оваква асоцијација термина *омбудсман* може значити у смислу да знају да ће о њиховим правима расправљати неко ко има интерес да их заштити.

III. Предности вођења поступка пред финансијским омбудсманом

Имајући наведено у виду, аутор чланка ће у наставку дати начелни предлогосновних принципа у оквиру којих би будући поступак пред финансијским омбудсманом требало да буде успостављен. Додатно, дефинисањем наведених принципа уједно се приказују и главне предности које би се вођењем поступка пред овим телом остваривале.

И даље доступна судска заштита. Као и код свих осталих алтернативних метода решавања спорова,¹⁵ претходно обраћање финансијском омбудсману и спровођење поступка пред њим ни на који начин не би требало да утиче на судску заштиту. Касније обраћање суду, за случај да одлука финансијског омбудсмана не буде задовољавајућа, за потрошача биувек требало да буде могуће. Разлог лежи у чињеници да је право на правну заштиту пред судом једно од фундаменталних људских права које ни један алтернативни механизам одлучивања не може искључити.¹⁶ Оно чему такви механизми служе јесте омогућавање још једног, додатног приступа правди.¹⁷ Управо је то разлог зашто супротстављене стране увек претходно треба да покушају да своје размирице реше уз помоћ финан-

15 Осим, наравно, када је у питању арбитражно решавање спорова. Када је у питању медијација, њено покретање и вођење не смета покретању судског поступка.

16 ЕКЉП чл. 6; УДЉП чл. 10

17 Наташа Петровић-Томић, „Медијација у осигурању“, Зборник Правног факултета у Риједи, в. 31, бр. 1, Ријека 2010, 477 - 478; Гордана Ајншпилер-Поповић, „Медијација у трговинским споровима“, База података Paragraflex, Београд 2007, 11

сијског омбудсмана. Иако ће суд увек имати пресудну улогу у сваком правосудном систему, њега ипак треба посматрати као *ultimaratio* средство, односно последњи излаз из конфликта.¹⁸

Аутономија воље потрошача услуга осигурања. Једна од основних карактеристика алтернативних метода решавања спорова јесте аутономија воље странака у питању.¹⁹ Овде би се, међутим, радило о ограниченој аутономији воље, будући да би она требало да постоји у том облику само на страни потрошача. У том смислу, једно од потенцијалних решења било би „обавезивање“ осигураваача да, самим приступањем телу при којем је финансијски омбудсман основан, пристане да се поступак поведе пред њим сваки пут када потрошач услуга осигурања то затражи. Додатно, требало би предвидети решење по којем би потрошачу осигурања било омогућено покретање поступка извршења на основу одлуке финансијског омбудсмана, уколико би потрошач истом био задовољан. У том случају, осигураваач би се са овим морао сложити, јер би за њега поменута одлука омбудсмана имала обавезујуће дејство. Овако постављено, ово решење би могло деловати исувише строго према осигураваачу. Међутим, идеја увођења поступка пред финансијским омбудсманом јесте управо олакшање потрошачевог иницијално неједнаког уговорног положаја, што би предвиђање оваквог решења, поред осталих, и могло да обезбеди.

Непристрасност. Иако идеја креирања поступка пред финансијским омбудсманом представља уважавање интереса потрошача услуга осигурања, овако нешто ни у једном моменту не треба да сугерише да би сам финансијски омбудсман био пристрасан.²⁰ Управо супротно – попут судије, и он мора бити независан и неутралан.²¹ Правила самог поступка су та која треба формулисати на начин да се уважи потрошачев слабији положај, док би у свему томе финансијски омбудсман мораостати до краја непристрасан, односно „аутсајдер“ у односу на предметни спор.

18 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2013, 189, 190.

19 *Ibid.*, 207.

20 Извесне одредбе поступка које би олакшале положај потрошача осигурања никако се не смеју поистоветити са самим финансијским омбудсманом, као лицем које је ангажовано да конкретни спорни однос реши „по праву“, односно апсолутно независно и непристрасно. Он не сме бити креиран тако да буде адвокат потрошача осигурања јер би тако нешто нарушило замисао целокупне ове процедуре као најсврнисходније за расправљање спорова из потрошачког права осигурања.

21 D. Thomas, F. Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6.

Стручност. С обзиром на то да би се поступак пред финансијским омбудсманом увео као одговор на потребе решавања специфичних спорних односа из потрошачког права осигурања, само по себи је јасно да ово лице мора бити признати стручњак у конкретној области. Ипак, свесни смо околности да потрошачко право осигурања, као засебна грана права, још увек није у довољној мери познато, те се у овом моменту не могу полагати велике наде у то да ће финансијски омбудсман бити довољно специјализован баш за ову конкретну област. У том смислу, сматрамо да биза сада његово поседовање стручних знања у области права осигурања, потрошачког права, као и области алтернативног решавања спорова, било довољно.

Ефикасност поступка. Време је новац.²² С тим у вези, поступак пред финансијским омбудсманом требало би да се одликује посебном ефикасношћу у погледу брзине, што уосталом представља и карактеристику сваког од алтернативних механизма решавања спорова у поређењу са судским поступцима.²³ Из тог разлога, поступак пред финансијским омбудсманом требало би да представља брзу алтернативу потрошачима осигурања и осигуравачима спремним на сарадњу, те се махом, у законодавствима у којима овај поступак већ постоји, може наићи на решење које подразумева окончање поступка у року од 90 дана.²⁴ Овакво решење је свакако похвално, те би у сваком случају законом требало прописати максималну дужину трајања поступка пред овим телом.

Трошкови поступка. Предности процедуре пред финансијским омбудсманом можда би се најбоље виделе када је реч о нужним трошковима поступка. Наиме, потрошачки спорови из осигурања су пример спорова мале вредности. У јурисдикцијама који познају институт финан-

22 За осигуравача као професионалца и пословног субјекта овако нешто је посебно значајно, можда чак и значајније од материјалних уштеда које ће, као и уговарач осигурања, у овом поступку остварити. На његово пословање се изузетно штетно могу одразити дуготрајне парнице, у зависности од чијег исхода може имати озбиљне трошкове. Види: Н. Петровић-Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2015, 388.

23 За разлику од судског поступка који карактеришу дилаторне тактике странака, ометање достављања, поступци по редовним правним лековима, итд, алтернативни механизми решавања спорних односа умногоме су ефикаснији. Види: Г. Кнежевић, В. Павић, 21; Г. Ајншпи-лер-Поповић, 6.

24 *Report- Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation*, Dublin 2010, 159; http://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf, приступљено 9.4.2018.

сијског омбудсмана, решавање ових поступака организовано је тако да исти буду или бесплатни или скопчани уз минималне трошкове за потрошача осигурања.²⁵ Подразумева се да би за потрошача најопипљивија предност овог поступка била уколико би он био бесплатан, за које решење се у сваком случају залажемо.²⁶ Уколико се ово има у виду, само по себи је јасно да се судско решавање ових спорова не чини се као најбоља могућа опција, будући да најчешће са собом подразумева и скупа вештачења, високе судске таксе, као и још више накнаде ангажованим пуномоћницима.²⁷ Чак и сама чињеница да се предузимањем прве радње пред судом – подношењем тужбе, постаје дужник обавезе у висини судске таксе за ову радњу, требало би само по себи да сутерише потрошачима услуга осигурања да би првенствено требало да покушају да спор реше пред финансијским омбудсманом, па тек уколико тај покушај не би уродио плодом, требало би отићи пред суд.²⁸

Нејавност. Суд доноси одлуке у име народа, а судски поступак је, осим у законом предвиђеним случајевима, јаван.²⁹ Насупрот томе, алтернативни механизми решавања спорних односа представљају приватну правду, те је искључење јавности апсолутно могуће.³⁰ У складу са тим би и поступак пред финансијским омбудсманом требало предвидети тако да исти буде затворен за јавност. Овакво решење би имало најмање две позитивне консеквенце за осигураваача. Прво, *очување пословне тајне.* Будући да је затворен за јавност, поступак пред финансијским омбудсманом би иницијално спречио да било која откривена информација доспе у погршне руке. Стога би за осигураваача, коме вођење своје пословне политике представља информацију од највећег значаја, вођење поступка пред овим органом донело неупоредиво више користи од вођења поступка пред судом. Друго, *очување пословне репутације осигураваача.* С обзиром на то да осигураваач послује као озбиљан пословни субјект, само по себи је јасно да у његовом интересу није да допусти да му било који спор

25 Максималан износ који ће потрошач осигурања платити махом не прелази суму од 50 евра. Види: *Report- AlternativeDisputeResolution: MediationandConciliation*, Dublin 2010, 159; http://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf, приступљено 9.4.2018.

26 Н. Петровић-Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2015, 388.

27 Г. Ајншпилер-Поповић, 12; Г. Кнежевић, В. Павић, 21.

28 Г. Ајншпилер-Поповић, 14.

29 Г. Кнежевић, В. Павић, 20.

30 *Ibid.*, 208.

са потрошачем осигурања наруши дуго грађени углед у пословном свету.³¹ Подразумева се, наравно, да је по репутацију осигуравача много боље да до спорова никада ни не дође, али уколико се тако нешто ипак догоди, по њега је много боље да конкретан спорни однос са потрошачем осигурања покуша да реши у поступку пред финансијским омбудсманом – због принципа искључења јавности, заштита осигуравачевог пословног угледа биће у највећој могућној мери заштићена.³²

Фокусираност на интересе. Differentia specifica процедуре покрене пред финансијским омбудсманом јесте уважавање неравноправног уговорног положаја потрошача услуга осигурања. Тако би, на пример, требало прописати дужност самог финансијског омбудсмана да се истински и ангажује у конкретном поступку, те да, у том циљу, чак и сам сазна релевантне чињенице и прибави потребне доказе. Овакво једно решење би потрошачу осигурања изузетно користило - будући да није стручњак за област поводом које води спор, не може се основано очекивати од њега да зна на које околности треба нарочито да обрати пажњу како би у потпуности заштитио своје интересе.³³ Насупрот томе, када је реч о осигуравачу, наведени проблем за њега не постоји јер иза њега углавном стоји читав правни тим са капацитетом да његове интересе у највећој могућој мери заштити - знање о томе које чињенице и доказе треба приложити за осигуравача у сваком случају не представља никакав проблем, те би предвиђање једног оваквог решења за потрошача осигурања било од велике користи.

Неформалност поступка. Добро је познато да је поступак пред државним судом строго формалан - он ће се одвијати према процедури коју је меродавни закон за ту материју предвидео,³⁴ а било каква одступања у том смислу нису могућа. С друге стране, одлика свих алтернативних метода решавања спорова јесте неформалност и еластичност процедуре.³⁵

31 Потребне су свакако године како би конкретни пословни субјект задобио адекватну репутацију и поверење својих клијената. Није, стога, претеривање рећи да једна погрешна информација може све да уништи. Не само да сви будући потенцијални уговараћи осигурања могу бити одвраћени од закључења уговора, него осигуравач може доћи и у опасност да изгуби постојеће клијенте. Све ће то, наравно, директно ићи у користи његовим конкурентима на тржишту осигурања. Види: Г. Ајншпицер-Поповић, 12, 13; Г. Кнежевић, В. Павић, 20, 21.

32 *Ibid.*, 13.

33 Осим, наравно, уколико не ангажује адвоката, што у овом случају не би требало предвидети као обавезу.

34 Реч је, наравно о Закону о парничном поступку.

35 Г. Кнежевић, В. Павић, 20, 207; Г. Ајншпицер-Поповић, 7, 8.

То би требало да важи и за поступак пред финансијским омбудсманом, те би исти, стога, требало да буде дизајниран на један битно слободнији начин, који би допустио процесну аутономију како странака у питању, тако и самог финансијског омбудсмана.

Флексибилност одлуке. За разлику од суда који одређени спор мора решити позивањем на конкретну законску норму,³⁶ односно који суд суди по праву, а не по правди,³⁷ одлука финансијског омбудсмана би, попут одлука и осталих тела која се баве алтернативним решавањем спорова,³⁸ могла да буде изразито флексибилнија. У том смислу, његова одлука би могла изаћи из оквира конкретних законских норми, те би се могла заснивати и на приципу правичности (*ex aequo et bono*). Другим речима, он би могао донети одлуку разматрајући шта је најправичније у сваком конкретном случају.³⁹ Уколико се има у виду да би циљ увођења финансијског омбудсмана у наш правни систем било приближавање правде потрошачима услуга осигурања, мишљења смо да би предвиђање решења по којем би ово тело имало овлашћење да своју одлуку донесе по принципу правичности, битно допринело наведеном циљу.

Очување пословне сарадње и поверења. Коначно, на овом месту указујемо и на ефекат који би се могао постићи вођењем поступка пред финансијским омбудсманом. Наиме, при одабиру суда као форума за решење спорног односа, странке морају бити свесне чињенице да суд није истински заинтересован за решавање корена проблема, те су потенцијални сукоби у даљој будућности готово сасвим извесни.⁴⁰ Штавише, неретко се дешава да један спор даље проузрокује читав низ следећих спорова, те последично, прекид дотадашње пословне сарадње и међусобни губитак поверења.⁴¹ Насупрот томе, поступак пред финансијским

36 Г. Ајншпицер-Поповић, 10.

37 Ханс Келзен, *Општа теорија државе и права*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2010, 57.

38 Г. Кнежевић, В. Павић, 20, 197; Г. Ајншпицер-Поповић, 10.

39 Такво решење предвиђено је, на пример, у Великој Британији. Види: Iris Benohr, *Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Services Sector: A Comparative Perspective*, Stockholm 2013, 9.

40 Г. Ајншпицер-Поповић, 9, 11.

41 Посматрано из угла осигураваача, губитак једног спора од потрошача осигурања њему неће нанети толико штете колико би му нанео губитак самог потрошача, као свог клијента. Томе треба додати и околност да ће незадовољни потрошач своје негативно искуство засигурно поделити и са другима, те осигураваач може очекивати како недостатак будућих клијената, тако и губитак постојећих.

омбудсманом био би усмерен на конструктивно решавање спора, које не би требало да доведе до даљих спорова или међусобног губитка поверења. Међутим, да би тај циљ могао да се обистини, кооперација странака у поступку је неопходна. Оне су те од којих на крају зависи да ли ће спорни однос бити окончан пред омбудсманом или ће се даље расправљати пред судом, при чему би обема странама значила спремност друге стране да се упусти у расправљање пред финансијским омбудсманом, будући да би то биосигуран сигнал њихове спремности на конструктивно разрешење спора.

IV. Закључци и препоруке

Може се, дакле, аргументовано тврдити да би од увођења финансијског омбудсмана сви имали користи. Потрошачи би бити сигурни да, уколико нешто пође по злу, имају коме да се обратe – независном телу које ће брзо, ефикасно и правично решити њихов проблем, што би самим тим, довело и до повећања поверења које поклањају својим осигуравачима. С друге стране, осигуравачиби, управо због уливања поверењапотрошачима осигурања, бележили пораст тражње за закључивањем уговора о осигурању.⁴²

Мишљења смо, стога, да је увођење финансијског омбудсмана у постојећи правни систем Републике Србије неопходно како би она могла да се похвали истинском заштитом коју обезбеђује потрошачима услуге осигурања, с обзиром на то да таква замисао до данас није реализована. Као земља која тежи чланству у Европској Унији, која константно улаже напоре да заштиту потрошача осигурања подигне на значајан ниво, наша држава не сме себи допустити само пуко прокламовање овог принципа. Без увођења поступка специјално креираног да уважи посебне интересе потрошача услуга осигурања, наша држава неће бити у прилици да уђе у трку са озбиљним државама које су институт финансијског омбудсмана још одавно детаљно уредиле. Речено утолико више стоји ако се зна да су чак и скоро све државе у региону на исти или сличан начин решиле ово питање. У том смислу, потребно је детаљно проучити постојећа искуства држава које већпоседују овај механизам решавања спорова, при чему се, наравно, не сме прибећи пуком „копирању“ њихових решења, већразмотрити кључне упоредноправне идеје и принципе на којима институт

42 D. Thomas, F. Frizon, *Resolving disputes between consumers and financial business: Fundamentals for a financial ombudsman*, Washington 2012, 6.

финансијског омбудсмана почива, те га уклопити у постојећи позитивно-правни систем.

Такође, потребно је формирати „климу“ за увођење механизма финансијског омбудсмана у постојећи правни систем, пре свега креирањем свести свих учесника у осигурању о постојању и важности оваквог једног механизма решавања њихових спорова. Одговорност у том смислу лежи на више субјеката – од осигуравача којима се мора прописати обавеза пружања информације својим уговарачима да спорне односе могу решити пред овим специјалним телом, преко медија, до саме службе финансијског омбудсмана. Идеја је, дакле, упутити потрошаче која је омбудсманова функција, како му приступити и како ће се поступак пред њим одвијати.

Дакле, потреба и простор за увођење финансијског омбудсмана, у сваком случају, постоји, док ће питање његовог уређења, односно улоге коју би му наш правни систем поверио остати, наравно, у ингеренцији самог законодавца.

Bojana BILANKOV
LL.M. (Faculty of Law University of Belgrade)

**FINANCIAL OMBUDSMAN - PROPOSAL
FOR INTRODUCING A NEW MECHANISM FOR RESOLVING
INSURANCE CONSUMER DISPUTES**

Summary

In this article, the author analyzes the institution of the financial ombudsman as the most appropriate mechanism for resolving insurance consumer disputes. Namely, the basic logic of the insurance contract implies that it represents a typical consumer contract, which an insurance contractor, being a typical consumer, would conclude by approaching the general terms and conditions of a particular insurer who, in the field of insurance he is engaged in, is shown as a true professional. The role of the insurance consumers is highly unfavorable here - his choice will be reduced to the possibility that he may accept or reject the contract offered to him. In this respect, the focus of the analysis is based on the position of the insurance consumer and the necessity of the judicial system intervention that would enable the introduction of a new mechanism for his comprehensive and comprehensive protection. Throughout this article, the author makes suggestions for the introduction and creation of the financial ombudsman, especially emphasizing the advantages that would be achieved by resolving the specific insurance disputes before this body. Finally, the author of the article gives her assessment that the space for the introduction of the financial ombudsman into the legal system of the Republic of Serbia most certainly exists, and that the special attention should be paid to examining the systems that already possess this mechanism of resolving insurance consumer disputes.

Keywords: *financial ombudsman, consumer of insurance services, solving insurance consumer disputes.*

*Мирјана ГЛИНТИЋ**

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД ОМБУДСМАНОМ У ОСИГУРАЊУ

- с посебним освртом на омбудсмана у осигурању
Савезне Републике Немачке -

Резиме

Поједини национални правни системи, укључујући и Србију, не познају институт омбудсмана пред којим би се решавали спорови између осигураваача и уговараача осигурања. Потребу за овим видом решавања спорова препознала је и Светска банка, што је истакла у својим извештајима о побољшању поверења потрошача у пружаоце финансијских услуга. Из тога разлога се у раду расправљају предности и мане овог начина решавања спорова, што би требало да допринесе академској расправи о потреби увођења овог института.

Како упоредноправна искуства значајно доприносе целокупној слици о неком институту, у раду су представљене и карактеристике омбудсмана за осигурање у Немачкој. Иако он постоји и у другим правним системима, за рад је изабрана Немачка, јер је у овој земљи обудсман надлежан искључиво за расправљање уговора о осигурању. У већини других земаља ради се о финансијском омбудсману, пред којим се може водити поступак у вези са различитим правним пословима. Приликом представљања немачког омбудсмана скренута је пажња и на одређена правна питања, која још увек нису добила свој коначни одговор и која остављају празнине у регулисању овог института. Тиме су се настојале дати што јасније смернице за регулисање омбудсмана за осигурање..

Кључне речи: *омбудсман, одлука, препорука, неформалност, независност, заштита потрошача.*

* Мастер, Истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду.

І Увод

Обезбеђивање вишег нивоа заштите потрошачима као слабијој уговорној страни не треба посматрати као луксуз, већ као саставни део правног поретка. Међутим, неки фактори као што су одмеравање шанси за „победу“ у поступку, трошкови поступка и за заступника, као и недо-вољно познавање правила игре одвраћају потрошаче од тражења зашти-те својих права пред судовима.¹ У судском поступаку неминовно долази до сукоба мишљења и расправе услед којих уговор губи шансу да остане на снази. Као „трећи талас приступа правди у модерном друштву“,² поче-ли су се развијати модели алтернативног решавања спорова (у даљем тек-сту, АДР) у циљу поспешивања заштите слабије стране на тржишту. Међу најпознатијима су арбитража, медијација и омбудсман.³ Иако међу-собно различите, овим методама је заједничко охрабривање потрошача да свој случај реше у мање ригидном и мање формалном поступку.⁴ Како би се поспешило деловање тела установљених за потребе АДР-а и обезе-дила њихова независност и делотворност, на нивоу ЕУ је донет читав низ прописа.⁵ Међу последњима је Директива о алтернативном решавању

-
- 1 Eike von Hippel, „Besserer Rechtsschutz des Verbrauchers“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Nr. 37/1973, 268-283.
 - 2 Mauro Cappelletti, „Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement“, *Modern Law Review*, Nr. 3/1993, 282-296.
 - 3 Када се погледа на нивоу држава чланица, постоји преко седамсто шема АДР, које се међу-собно различите у погледу својих процедура и њихове сврхе. Iris Benöhr, „Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Service Sector: A Comparative Perspective“, *European Policy Analysis*, Nr. 6/2013, 1. Такође, DG SANCO, Study on the Use of Alternative Dispute Reso- lution in the European Union, Berlin 2009, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers_en, 07.04.2018.
 - 4 Naomi Creutzfeldt-Banda, „The Origins and Evolution of Consumer Dispute Resolution Systems in Europe“, *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims* (ed. Christopher Hodges, Astrid Stadler), Cheltenham 2013, 235, Michael Mendelowitz, „Resolving Consumer Insurance Complaints in the UK-The Financial Ombudsman Service“, *Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance*, Istanbul 2014, 70.
 - 5 Recommendation 98/257/EC on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of- Court Settlement of Consumer Disputes, *OJ L* 115/31; Recommendation 2001/310/EC on the Principles for Out-of-Control Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer ADR, *OJ L* 109/56; Directive 2002/92/EC on Insurance Mediation *OJ L* 9/3; Directive (EC) 2004/39 on Markets in Financial Instruments *OJ L* 145/1.

спорова потрошача, којом се желео обезбедити приступ квалитетним телима за АДР свим потрошачима у ЕУ.⁶

Што се тиче уговора о осигурању, иако се спорови у вези са њим могу решавати путем арбитраже и медијације,⁷ одређене земље су се одлучиле за увођење омбудсмана за осигурање. Основни принципи овог АДР-а су „решавање спорова између припадника одређеног привредног сектора и потрошача у неформалном процесу и то без наплаћивања накнада... Пристиглим приговорима потрошача треба да буде удовољено, треба да буду решене или споразумно повучене доношењем одлуке или препоруке од стране омбудсмана...“⁸ Такав начин одлучивања поклапа се са идејом неформалне правде, сходно ком се спорови решавају избегавајући адвокате и без директног позивања на законске и подзаконске прописе.⁹ У неким земљама омбудсман има и саветодавна овлашћења, било у фази припреме уговора о осигурању, било када већ дође до неслагања, али пре него што се покрене спор пред арбитражним судом или медијатором.¹⁰

II Развој института омбудсмана

Институт омбудсмана првобитно је био усмерен на контролисање моћи државних органа.¹¹ Настао је у Шведској, када је 1809. године уставом постављен парламентарни омбудсман.¹² Његова функције била је да да контролише поступање судова и државних служби у одсуству краља, односно

6 Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165 of 18 June 2013.

7 О разлозима незаступљености арбитраже у споровима из осигурања, вид. Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања, анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Београд 2015, 393-395.

8 Review Committee, *Banking Services: Law and Practice*, London 1989.

9 Сматра да одлуке које омбудсман доноси представљају неку врсту меког права, које се налази између тврдог права и онога што представља здрав разум. Fritz Reichert-Facilides, „Der Versicherungsombudsman im Ausland-Ein vergleichender Überblick“, *Anleger- und objektgerechte Beratung, Private Krankenversicherung, Ein Ombudsman für Versicherung* (hrsg. Jürgen Basedow, Roland Donath, Ulrich Meyer, Dieter Rückle, Hans-Peter Schwintowski), Baden Baden 1999, 171.

10 F. Reichert-Facilides, фн. 41-43, Alfred Maurer, „Ombudsman der Privatversicherung“, *Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1977, 69.

11 Bell Veghan, „The Building Societies Ombudsman: A Customers' Champion?“, *Solicitors Journal*, Nr. 132/1989, 1478-1480.

12 Реч омбудсман води порекло из шведског језика и у преводу значи представник.

за време његовог боравка у рату.¹³ Пратећи пример Шведске, идеја посредника између грађана и владиних институција постала је све популарнија широм Европе.¹⁴ Током двадесетог века грађани се све више почињу обрађати омбудсменима за решавање одређених конкретних проблема.

У складу са утицајем скандинавских земаља и на право заштите потрошача, институт омбудсман је прешао и у област приватног права, нарочито у банкарски сектор и област осигурања.¹⁵ Првенствено у Уједињеном краљевству, а потом и у Немачкој.

Упоредноправно посматрано, може се рећи да данас постоје три начина организовања омбудсмана у осигурању. С једне стране налазе се скандинавске земље, који омбудсмана и његове задатке посматрају као део јавног права. Омбудсман делује у оквирима неке јавне институције усмерене на заштиту потрошача.¹⁶ Њихова највећа предност је што имају велику моћ убеђивања странака у спору.

На другој страни се налазе они правни системи у којој су обумдсмани субјекти чисто приватног права и где одговорност за поступање омбудсмана носе удружења осигуравача. Ради се о Холандији, Белгији, Француској.¹⁷ Омбудсман се, према неким, неутемељеним схватањима, тада посматра као суд удружења.¹⁸

Трећу категорију чине омбудсмани за осигурања Швајцарске и Немачке, који представљају неку средишњу опцију, а која ће бити представљена у следећим редовима.

III Омбудсман у Немачкој

Како у Немачкој постоји пракса решавања спорова пред судовима, била је присутна тенденција да се и потрошачки спорови решавају на

13 Вид. детаљније, N. Creutzfeldt-Banda, 226.

14 На нивоу Европске уније постоји ЕУ Омбудсман, који решава спорове покренуте од стране грађана против администрације ЕУ. <https://www.ombudsman.europa.eu/en/home.faces>, 04.05.2018.

15 Друга област права у којој је присутан скандинавски утицај је саобраћајно право. Jürgen Basedow, „Small Claims Enforcement in a High Cost Country: The German Insurance Ombudsman”, *Scandinavian Studies in Law*, Nr. 50/2007, 50.

16 F. Reichert-Facilides, 173-174.

17 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Paris 1995, 134; F. Reichert-Facilides, 177-178.

18 Пред омбудсманом се не расправља о правима произашлим из чланства у удружењу осигуравача, већ само о правима и обавезама из уговора о осигурању. Thomas Hoeren, *Der englische Versicherungs-Ombudsman ein Modell auch für die deutsche Versicherungswirtschaft*, Münster 2003, 496.

тај начин. Чак је и за једну од главних препрека, високи трошкови поступка, нађено решење у виду субвенција.¹⁹ Међутим, временом се испоставило да тако предузете мере у великој мери отежавај рад судова и да решавање спорова мале вредности захтева нека друга решења.²⁰ На основу искустава са банкарским омбудсманом и скупљеним упоредно-правним искуствима покренута је и академска расправа о потребама увођења и омбудсмана у осигурању.²¹ Поред тога, дерегулација тржишта осигурања крајем прошлог века утицала је на пораст конкуренције међу осигуравачима. Они су морали да смисле нове начине за придобијање нових клијената и њиховог поверења.

Немачким Законом о уговору о осигурању прописано је да се решавање спорова може пренети на приватна тела, па је у складу са тим и Савезна влада прененела овај задатак на омбудсмана.²² У неким покрајинама омбудсман је изједначен са телима за медијацију, пред којим је неопходно првобитно водити поступак, пре обраћања судовима.²³ Организација и рад институције омбудсмана засновани су на подзаконским прописима удружења основаног од стране осигуравача за потребе деловања омбудсмана.²⁴ Сви осигуравачи могу се пријавити за чланство у удружењу.²⁵ Поставши члан удружења, осигуравач пристаје да његови осигура-

19 Правна помоћ је претворена из финансијске помоћи за сиромашније тужиоце у средство које олакшава приступ правди за велики део становништва. Ранији назив овог правног инструмента био је „*Armenrecht*“, а потом је промењен у „*Prozesskostenhilfe*“, што је прилично неутрално. На тај начин избегнуте су претходно постојеће индиције да је намењен сиромашнијим слојевима становништва. За трошкове настале пре почетка судског поступка уведена је друга врста субвенције под називом „*Beratungshilfe*“. За она лица која нису била погодна за наведене субвенције уведено је осигурање трошкова судских поступака.

20 О предузетим мерама, вид. детаљније J. Basedow, 53.

21 Knut Hohlfeld, „*Überlegungen zur Einführung eines Ombudsmanns im Versicherungsbereich, Anleger- und objektgerecht Beratung-Private Krankenversicherung-Ein Ombudsmann für Versicherungen*“, Baden Baden 1999, 223.

22 Немачка Уредба о арбитражном решавању потрошачких спорова из уговора о осигурању закључених на даљину из 2005. године (*Verordnung über die Schlichtungsstelle für die Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten bei Fernabsatzverträgen über Versicherungen*). Тиме је испуњена и обавеза државе према Директиви о трговини на даљину финансијским услугама, која предвиђа обавезу држава чланица да оснују несудско тело за решавање спорова.

23 Немачки Законик о кривичном поступку из 1987. године (*Strafprozeßordnung*), пар. 15.

24 Текстови се могу наћи у оквиру Ombudsmann für Versicherungen, Jahresbericht 2015, доступно на <https://www.versicherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/2017/01/Jahresbericht-2015.pdf>, 116-122, 06.04.2018.

25 Око 95% осигуравача Немачке чланови су овог удружења, иако је чланство добровољно. I. Benöhr, 5; Jens Gal, „The German Insurance Ombudsman“, 13, доступно на <https://www.versi>

ници могу поднети приговор омбудсману, као и да ће прихватити одлуку донету у поступку пред омбудсманом.²⁶ Од 2007. године омбудсман може да саслуша приговоре и на рад посредника, заступника и консултаната, који раде у области осигурања, па чак и оних који нису чланови удружења.²⁷

Први извор финансија удружења су годишње накнада који су чланови у обавези да плаћају.²⁸ Оне се одређује у складу са потребама удружења и сваки појединачни осигуравач плаћа различити износ те накнаде, у зависности од његових прихода у односу на приходе осталих осигуравача. Други извор прихода удружења су накнаде које осигуравач плаћа у фиксном износу за поступак покренут против њега.²⁹

IV Поступак пред омбудсманом

Потрошач незадовољан статусом својих права из уговора о осигурању може или поднети приговор Омбудсману или покренути судски поступак. Избор Омбудсмана не искључује право на обраћање суду по окончању поступка пред омбудсманом. Како би се ово право потрошача очувало и како не би наступила застарелост његовог захтева, док тече поступак пред омбудсманом, не теку рокови застарелости.³⁰

Правила поступка пред омбудсманом су флексибилнија у односу на правила судског поступка. Ограничена су на једноставне спорове који се лако могу решити у оквиру скраћеног поступка.³¹ Подношење приговора је првобитно било резервисано за физичко лице које има статус потрошача у складу са схватањима Европског суда правде и комунитар-

cherungsombudsmann.de/wp-content/uploads/2016/10/The_German_Insurance_Ombudsman_System.pdf, 07.04.2018.

26 J. Gal, 13.

27 Günter Hirsch, „The German Insurance Ombudsman“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 2011, 564, Christian Duvé, „Arbitration and Alternative Dispute Resolution in Insurance Law- a Practitioner’s Approach“, *Academy of European Law*, Trier 2009, 184.

28 У УК је принцип финансирања омбудсмана исти. При том, осигуравач не плаћа накнаду за првих 25 поступака против њега у току финансијске године. M. Mendelowitz, 69.

29 G. Hirsch, 564.

30 J. Basedow, фн. 22.

31 Могу се наћи статистички подаци о значајно краћем трајању поступка пред омбудсманом него него пред националним судовима. Према неким подацима, поступак пред омбудсманом у УК траје у просеку 170 дана; у Француској се одлука мора донети у року од три месеца. F. Reichert-Facilides, 176.

ним правом.³² Тиме је надлежност омбудсмана ограничена, иако је основна идеја овог института била да се пружи могућност за решавање што је могуће више једноставних спорова. Сада су правила промењена у смислу да омбудсман може, али и не мора да одлучује и о захтевима трговца онда када се њихово пословање по обиму, организацији и врсти може сматрати малим, чиме се приближавају потрошачима.³³

Осим што мора имати статус потрошача, подносилац захтева мора бити и уговарач осигурања, односно држалац полисе. Захтев мора бити у вези са правима која проистичу директно из уговора о осигурању или из другог уговора са којим је уговор о осигурању повезан у економском смислу.³⁴ У вези са оваквим одређивањем круга захтева који се могу расправљати пред омбудсманом покренут је читав низ питања. Само нека од њих су да ли уговарач осигурања може покренути спор пред омбудсманом када је уговор о осигурању у корист трећег.³⁵ Потом, да ли је овлашћено на покретање захтева лице на које је уговорач цедирао захтев из уговора о осигурању.

Сам поступак има три фазе. Прву фазу поступка, по подношењу приговора телефоном или маилом, чини обрађивање захтева од стране стручних лица са знањима из области осигурања. Ако ова лица не успеју установити шта је предмет поднетог захтева ни по накнадном обраћању осигуравачу и подносиоцу захтева, омбудсман има право да одбије вођење поступка.³⁶ Што се тиче доказа, дозвољено је користити само писане исправе, док су сведоци, вештачења, усмена саслушања искључени.³⁷ До вештачења долази изузетно и то ако обе стране доставе извешатаје стручњака, која

32 Ако би се пошло од оваквих искључења постојања потрошачког уговора и код уговора о осигурању, онда се пољопривредник који закључи уговор о осигурању за случај пожара не може сматрати потрошачем у случају да се у оквиру истог објекта налази, на пример, и штала и његов лични простор за живот. Према логици Суда правде сматрало би се да је пољопривредник закључио уговор у комерцијалне сврхе. До истог решења би се дошло и у случају када неко осигура свој стан, а при том и свој посао обавља из тог стана.

33 Wolfgang Römer, „Der Ombudsmann für private Versicherung“, *Neue juristische Wochenschrift*, 2005, 1253.

34 Упорд. Jens Scherpe, „Der deutsche Versicherungsombudsmann“, *Neue Zeitschrift für Versicherungsrecht*, 2002, 99.

35 Wolfgang Römer, „Offene und beantwortete Fragen zum Verfahren vor dem Ombudsmann“, *Neue Zeitschrift für Versicherungsrecht*, 2002, 290

36 Немачки Правилник о приговорима против осигуравача из 2016. године (*Verfahrensordnung für Beschwerden gegen Versicherungsunternehmen*), пар. 7.

37 Писане исправе се поимају прилично широко, тако да обухватају и писане изјаве сведока и странака.

су међусобно супротна, или једна страна достави извештај који је неуједначен. Тада омбудсман може захтевати спровођење вештачења.³⁸

У другој фази поступка осигуравачу се оставља одређени временски рок да одговори на приговор.³⁹ Ако то не учини, омбудсман доноси одлуку на основу навода из поднетог захтева. У овој фази, поступак се може окончати постизањем договора осигуравача и држаоца полисе. Или бар делимичног споразума, када зависи од воље подносиоца захтева да ли ће пристати на „понуду“ осигуравача и окончати поступак.⁴⁰

Ако дође до треће фазе поступка, приговор разматра правно одељење удружења и доноси одлуку у име омбудсмана. И даље постоји могућност да странке самостално постигну сагласност о поднетом захтеву, уз подршку омбудсмана. Омбудсман надзире рад одељења и прописује која су то питања о којима он, услед њихове сложености, мора лично да одлучи.

V Основи искључења надлежности омбудсмана

Ако се испостави да извођење потребних доказа представља превелико оптерећење за сам поступак, омбудсман може прекинути поступак у било којој фази. Или ако треба да расправи неко правно питање, које је контроверзно, у смислу да виши судови о њему раније нису одлучивали. Тиме се настоји оставити нетакнута надлежност судова у вези са питањима, која захтевају детаљнију правну анализу.⁴¹

Из надлежности омбудсмана искључено је расправљање приговора у вези са споровима који су већ покренути пред судовима или арбитражним трибуналима.⁴² Искључени су и поступци који трећа лица хоће

38 W. Römer (2002), 293. У теорији се могу наћи и супротна схватања о томе да омбудсман може остварити своју сврху у потпуности само ако би имао могућност да самостално изводи доказе. Присутна су и мишљења да правила о извођењу доказа треба да се заснивају на правилима грађанског процесног права, као и да та правила за потребе поступка пред омбудсманом треба да буду флексибилнија Упор. Bericht über die Diskussion zum Vortrag von Fritz Reichert-Facilides, *Anleger- und objektgerechte Beratung, Private Krankenversicherung, Ein Ombudsmann für Versicherung* (hrsg. Jürgen Basedow, Roland Donath, Ulrich Meyer, Dieter Rückle, Hans-Peter Schwintowski), Baden Baden 1999, 188-189.

39 Рокови за одговор омбудсмана се утврђују како би се трајање поступка што више скрагило. Claus von Rintelen, „§23 Prozessuale Typizitäten und Besonderheiten sowie ausßergerichtliche Streitbeilegung“, *Versicherungsrechts-Handbuch* (hrsg. Roland Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann), C. H. Beck, München 2009, 1156. Тако је и у УК, М. Mendelowitz, 70.

40 C. von Rintelen, 1176.

41 Упор. J. Scherpe, 100; G. Hirsch, 565.

42 J. Gal, 32.

да покрену против осигуравача. По правилу је реч о уговорима о осигурању од одговорности. Како је у тим случајевима реч о сложеним односима, који захтевају утврђивање грађанске или кривичне одговорности, ови спорови нису подобни да се решавају пред омбудсманом. Нарочито када се узму у обзир да су питања у вези са осигурањем у оваквим случајевима од споредног значаја.⁴³

VI Одлука обудсмана

За разлику од омбудсмана у енглеском праву, омбудсман у немачком праву не може донети одлуку по основу сопственог осећаја шта је правично и правдено, нити на основу правних начела.⁴⁴ То је резервисано за судове више инстанце или за тумачење општих принципа, иако то можда није у складу са легитимним и субјективним очекивањима уговарача осигурања.⁴⁵

Ако је реч о споровима чија је вредност до 10 000 евра, омбудсман доноси обавезујућу одлуку, а ако је вредност спора преко 100 000 евра, омбудсман може само донети необавезујућу препоруку, у складу са којом често и поступе зарад окончања поступка.⁴⁶ За спорове преко 100 000 евра омбудсман нема надлежност да поступа.⁴⁷

43 Потребно је напоменути да искључење надлежности омбудсмана у погледу захтева трећих лица према осигуравача има и ову последицу: када је закључен колективни уговор о осигурању лица, на пример у корист запослених, они немају могућност да се обрате омбудсману. Како је послодавац уговарач осигурања, он је једино лице које је овлашћено да се обрати омбудсману. Осим тога, послодавац се не поима као потрошач нити је посебно заинтересован за спорове између осигуравача и његовог запосленог. Међутим, у стручној литератури могу се наћи и другачији ставови, нарочито после промене процесних правила поступка. Упор. W. Römer (2002), 290.

44 Thomas von Hippel, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen-Eine rechtsdogmatische und -vergleichende Untersuchung*, Tübingen 2000, 127; Hans-Bernd Schäfer, „Kein Geld für die Justiz-Was ist uns der Rechtsfrieden wert?“, *Deutsche Richterzeitung*, 1995, 461. О разлозима против одлучивања на основу осећаја шта је праведно и правично, вид. Peter Tyldesley, „The Reform of Insurance Contract Law-Why Have Consumers Waited So Long?“, *Journals Insurance Research and Practice*, Nr. 2/2008, 2, доступно на http://www.peterjtyldesley.com/publications/2008_The_reform_of_insurance_contract_law.pdf, 11.04.2018.

45 T. von Hippel, 251. Peter Tyldesley, „The Insurance Ombudsman Bureau-the early history“, *Journal of Insurance Research and Practice*, 2003, 39.

46 У том погледу се институт омбудсмана за осигурање разликује од скандинавских сличних института. Ради се о шведском *Allmänna Reklamationsnämnd* и данском *Forbrugerklagenævnet*, који се баве решавањем спорова, али у вези са свим врстама потрошачких уговора. Њихове одлуке немају никада обавезујуће дејство. Вид. детаљније Peter Dopffel, Jens Scherpe, „Grup-

Оно што је суштински спорно у вези са одлукама које доноси омбудсман јесте како правно образложити њено асиметрично обавезујуће дејство.⁴⁸ Одлука има обавезујуће дејство само за једну страну, осигуравача, који се не може обратити суду.⁴⁹ Немогућност обраћања суду чини да некуи аутори у томе виде сличност са арбитражним поступком.⁵⁰ Међутим, држалац полисе није везан одлуком омбудсмана, што се не може рећи за дејства арбитражне одлуке. Осим тога, оно што чини велику разлику између ова два поступка је што арбитражни суд своју надлежност заснива на арбитражном споразуму или клаузули. Сличног споразума као основа надлежности омбудсамана нема. Чланство у удружењу је то које води успостављању надлежности омбудсмана. Такође, велики број поступака чини нереалним да се надлежност омбудсмана заснива на неком сличном споразуму, нарочито услед великог броја поступака. Остаје ли као једина опција да се позове у помоћ магична синтаagma *sui generis* како би се објаснио правна природа ове одлуке?

VII Предности решавања спорова пред омбудсманом

Решавање спорова пред омбудсманом саставни је део социјалне државе, који је допуна постојећем судском решавању спорова утемељеном у уставу. Институт омбудсмана у сагласности је са модерним разумевањем заштите потрошача, а који истовремено показује да трговци испуњавају своје друштвене обавезе.⁵¹ Суштина овог АДР-а је помирење сукобљених интереса и заштита права слабијег. Чак и у оним случајевима када ни једна

ptalan- Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im schwedischen Recht“, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß* (hrsg. Jürgen Basedow, Klaus Kötz), Tübingen 1999, 429, 437-439. У УК, такође, када је износ спора преко одређеног износа, омбудсман доноси необавезујућу препоруку на захтев држаоца полисе.

47 Иако је износ постављен као прилично висок, на овај начин су, у складу са економским приликама у Немачкој, искључени уговори о осигурању од аутоодговорности и од професионалне одговорности за расправљање пред омбудсманом. Поступак пред омбудсманом је углавном резервисан за спорове у вези са осигурањем живота.

48 Упор. Jürgen Prölss, „Vorbemerkungen“, *Versicherungsvertragsgesetz* (hrsg. Jürgen Prölss, Anton Martin), München 2010, 148; Klaus Peter Berger, „Schiedsgerichtsbarkeit und Bankengeschäfte-Eine Zeitenwende“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2012, 1701. Roman Jordans, „Der rechtliche Charakter von Ombudsmann-Systemen und ihre Entscheidungen“, *Verbraucher und Recht*, 2003, 260.

49 У другим правним системима ово правило не важи. Вид. аустралијске Правила поступања аустралијског Финансијског омбудсмана (*Terms of Reference of Australian FOS*), чл.8. Али, упор. M. Mendelowitz, 71.

50 T. Hoeren, 496.

51 G. Hirsch, 563.

страна није у потпуности задовољна предложеним исходом, може доћи до окончања спора. Нарочито, јер омбудсман сматра битним да саопшти разлоге за своју одлуку на уверљив и што поједностављенији начин уз вођење рачуна о појединачним околностима обе стране. Реч је о лицу које поседује уско специјализована знања из области права осигурања, већа у односу на судије.⁵² Осим тога, одсуство јавности за време поступка пред омбудсманом елиминише притисак са којим се носе странке у поступку пред судом. Тиме се омогућава мирно и студиозно разматрање предмета.⁵³

Да не постоји овакав начин решавања спора, већина потрошача не би покренула ни судски поступак, који неминовно дуго траје и много кошта. У поступку пред омбудсманом подношење приговора омбудсману је бесплатно, а не постоји ни обавеза да се ангажује адвокат. Неформалност поступка га чини лакшим за разумевање и пријемчљивијим потрошачу. Осим тога, могућност непосредне комуникације са стручним лицем, које осигуранику може указати на позитивне и негативне стране његовог положаја у вези са приговором је још један олакшавајућа околност за потрошача.⁵⁴ Тиме се и значајно доприноси унапређењу законске регулативе. На основу питања потрошача омбудсману, стиче се јасан увид о недостацима прописа, што може бити добра основа за њихове будуће измене.

Из угла осигураваача основна предност овог поступка је стицање поверења потрошача. Студије су показале да је управо свест уговараача осигурања да постоји могућност једноставног решавања спора и да постоје позитивна искуства у вези са тим кључни фактор лојалности према осигураваачу.⁵⁵ Тиме се потрошачима шаље порука да трговац води рачуна о заштити права потрошача.⁵⁶ Следеће предности за осигураваача су финансијска и временска ефикасност. Накнаде које су у обавези да плаћају омбудсману нижи су од накнада које би морали да издвоје за адвокате.⁵⁷ Уштеда времена се постиже тако што се омбудсман директно

52 Т. Hoeren, 492.

53 Т. Hoeren, 492.

54 Према резултатима истраживања спроведеним у свакој чланици ЕУ, потрошачима је значајно лакше да спор реше са пружаоцима роба и услуга или неком од АДР метода, него да се обрате судовима. https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers_en, 13.04.2018.

55 Иста истраживања показују да је за осигураваача далеко већа корист да задржи потрошача на овај начин него да стекне нову муштерију. G. Hirsch, 568.

56 David Thomas, Francis Frizon, *Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman-A Practical Guide Based on Experience in Western Europe*, World Bank 2012, 11.

57 I. Benöhr, 1.

обраћа осигуравачу у вези са пристиглим приговором, што може решити спор и пре покретања поступка.

VIII Недостаци поступка пред омбудсманом

Можда највећи недостатак поступка пред омбудсманом представља његова нестабилност у односу на редовне судове. Ова мана се огледа у томе да успешност овог АДР-а зависи од спремности странака у поступку да прихвате тако донету одлуку и да поступе у складу са њом. Као следећа мана института омбудсмана истиче се његова недовољна независност у одлучивању. Идеја о недостатку његове непристрасности произилази из чињеница да омбудсман често делује у оквиру удружења које су основали и финансирају осигуравачи.⁵⁸ Због тога постоји сумња да ће одлучивати у корист својих финансијера. Да би се тај недостатак елиминисао, нужно је прецизно одредити начин и услове избора омбудсмана,⁵⁹ начин гласања приликом одлучивања, као и услове под којим омбудсман може напустити функцију.⁶⁰ Непостојање јасних стандарда не може се надоместити личношћу и стручношћу омбудсмана.

Други недостатак који захтева прецизно регулисање, јер може угрозити правну сигурности, је ризик од застарелости захтева.⁶¹ Међутим, како би се та мана пренебрегнула потребно је предвидети да током поступка пред омбудсманом, рокови застарелости не теку.⁶² Тада захтев може застарити једино у периоду између омбудсмана и судског поступка.⁶³

IX Закључак

Одлука за увођење омбудсмана у осигурања захтева регулисање неколико питања. У првом реду, да ли увести омбудсмана за појединачне области или за читав финансијски сектор? Организовање омбудсмана само за једну област (у овом случају за осигурање) свакако је једноставније и фокусираније. Како би се постигао пун ефекат овог института,

58 О начинима регулисања питања независности, вид. детаљније F. Reichert-Facilides, 177-178.

59 J. Basedow, 55-57.

60 Реч је углавном о случајевима тежих повреда обавеза омбудсмана из уговора или обавеза предвиђених правилима удружења. J. Gal, 13.

61 Hanns Prütting, „Schlichten statt Richten“, *Juristenzeitung*, 1985, 266, 270.

62 У теорији се истиче да се осигуравач може одрећи позивања на застарелост захтева у форму *pactum de non petendo*. T. Hoeren, 494.

63 Püschel, *Die Auswirkungen schuldernischen Verhaltens und der Einfluß von Verhandlungen auf die Verjährung*, Hamburg 1982, 188, наведено према Т. Hoeren, фн. 30.

потребно је да тај омбудсман буде надлежан за све спорове до одређене вредности који могу настати у тој области. Надлежност само за чланове одређеног удружења водила би неконзистентној пракси. Нарочито онда када сва привредна друштва из те области нису чланови тог националног удружења. У томе се огледа квалитет немачког омбудсмана. Сами осигуравачи су основали удружење које је основа деловања омбудсмана. Такође, готово сви осигуравачи су добровољно приступили том удружењу, прихватили да се спорови у вези са уговорима о осигурању које су закључили, решавају пред омбудсаном. Тиме су показали своју спремност да прихвате одлуке донете на овај начин.

Потом, надлежност омбудсмана у осигурању не би требало ограничити само на осигураваче, већ и проширити на посреднике и заступнике у осигурању. То се може објаснити једноставним практичним примером. Када се незадовољство односи на одбијен захтев од стране осигуравача, спорно је да ли је одговорност на посреднику који је продао полису без одговарајућег покрића или је терет одговорности на осигуравачу који је неосновано одбио захтев. Осим тога, заштита потрошача тако добија на вредности, јер је немачко искуство показало да се приговори у вези са радом посредника и заступника у већини случајева односе на повреду обавезе саветовања и информисања.⁶⁴

Однос који захтева нарочито прецизно регулисање јесте однос омбудсмана и судских органа. Под тим се подразумева утицај поступка пред омбудсмана на поступак пред судом и обрнуто, однос њихових одлука и застарелости. Добро уређени односи могу значајно допринети растерећењу судова и, последично, подизању нивоа правне сигурности.

Међутим, кључни фактор који се мора узети у обзир у оквиру ових разматрања су специфичности једне земље и правног система. Разлике и посебности у националним културама решавања спорова могу бити основна препрека прихватању омбудсмана као ефикасног метода решавања спорова у осигурању. Ако је у складу са националном правном културом да се спорови решавају путем преговарања, као што је случај у Скандинавији, јасно је зашто АДР има велики успех.⁶⁵ С друге стране налазе се земље где је уобичајан начин решавања спорова судским путем, па чак и када је реч о споровима мале вредности. Потом је ту питање и свести, културе и степена

64 C. Duve, 184.

65 Thomas Anton, „Policy-Making and Political Culture in Sweden“, *Scandinavian Political Studies*, Nr. 4/1969, 88-102.

обавештености потрошача о алтернативним путевима решавања спорова, који ће учинити неку методу успешном иле не.

Mirjana GLINTIĆ

Research assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade

**RESOLVING DISPUTES IN FRONT THROUGH
INSURANCE OMBUDSMAN**

**- with a special emphasis on Insurance Ombudsman
in Federal Republic of Germany -**

Summary

A need for implementation of legal institute of insurance ombudsman to national legal systems has been recognized by the World Bank that emphasized it in its reports related to enhancing customers' trust in providers of financial services. Some national legal systems, including Serbia, do not contain insurance ombudsman, as alternative dispute resolution method between insurer and consumer.

On that account this paper presents advantages and disadvantages of this dispute resolution system that should contribute to academic discussion about introducing this institute. Certain shortcomings are also pointed out, but also the methods for their overcoming.

Since comparative experiences always make a considerable contribution to a overall image of a certain institute, features of insurance ombudsman in Germany have also been given. Even though some other countries are familiar with insurance ombudsman, a role model from Germany has been picked for several reasons. But first of all, because in Germany it is a ombudsman in charge of resolving insurance disputes exclusively. In most of the other countries we speak about financial ombudsman, authorizes to resolve different kinds of legal acts. While presenting german Insurance ombudsman certain, legal unanswered questions and gaps have been pointed out. The main aim was to provide as precise guidelines as possible for establishing insurance ombudsman in other legal systems.

Keywords: *ombudsman, decision, recommendation, informal, independency, consumer protection.*

Тамара РАДОЈЧИЋ*

УТИЦАЈ ИНФОРМАЦИОНЕ ПАРАДИГМЕ НА УГОВОРНО ПРАВО ОСИГУРАЊА

Резиме

Овај чланак је посвећен побољшању положаја потрошача осигурања, његова улога је да покаже одређене сличности које постоје између уговора о осигурању и потрошачког уговорног права и да са уважавањем разлика између њих покуша да се унапреди положај потрошача. Након дефинисања појма потрошача услуга осигурања, ауторка намерава да објасни принцип „информационе парадигме“ у потрошачким уговорима и на који начин он утиче на регулисање уговора о осигурању. Посебну пажњу ћемо посветити обавези информисања и саветовања, видети како је она уређена у српском праву и који је утицај директива ЕУ био пресудно одлучујући. У којој форми и на који начин морају бити извршене ове обавезе и да ли постоји могућност одрицања од ових права? Осим тога, видећемо да ли има разлога за њихово унапређивања по угледу на европско право и принципе европског уговорног права осигурања, све са циљем побољшања положаја потрошача, али и хармонизације права са ЕУ. Размотрићемо идеју увођења финансијског образовања и предности које би оно могло да има. У закључку изнећемо идеју о регулисању потрошачког права осигурања посебним законом.

Кључне речи: појам потрошача осигурања, принцип „информационе парадигме“ обавеза информисања, обавеза саветовања и финансијско образовање.

I Потрошачки уговори и право осигурања

Потрошачки уговори се дефинишу као уговори између две стране у којима једна страна потрошач само приступа уговору за личне потребе,

* Мастер права

а друга страна је професионалац који стручно обавља свој посао. Код уговора о осигурању логично осигуравач је увек професионалац, а уговарач осигурања је често економски слабија страна која закључује уговор са циљем заштите сопствених потреба.¹ Многи уговори о осигурању² су специфични уговори, који испуњавају услове да буду третирани као потрошачки уговори. У наредним редовима видећемо које то су основне сличности и разлике између ова два уговора.

Почећемо од аутономије воље које једно од основних начела уговорног права. Она се може појавити у свом ограниченом и неограниченом облику. У првој варијанти се огледа у могућности да уговорна страна само приступи или не приступи уговорном односу, док у ширем смислу подразумева потпуну слободу уговарања садржине уговорних односа. Ограничена аутономија воље долази до изражаја код адхезионих уговора, у које спадају и уговори о осигурању, као и потрошачки уговори.³ Предност уговора по приступу из угла потрошача огледа се у брзини њиховог закључивања, а брзо и масовно закључење уговора такође представља и велику предност за трговце, која доводи до уштеде трошкова који у крајњој линији утичу и на смањење коначне цене производа, што опет одговора потрошачима. Они нису свесни негативних последица форумуларних уговора, који често садрже неправичне клаузуле, које су потпуно на штету потрошача, и на које иначе не би пристали да су имали могућност преговарања.⁴

Међутим без обзира на адхезиони карактер оба уговора, не смемо занемарити круцијалне разлике између њих. Основна улога потрошачког права огледа се у побољшању положаја потрошача и решавању конкретних проблема који се јављају у пракси. За разлику од облигационог права које полази од равноправности уговорних страна, потрошачко право полази од супротне претпоставке и делује искључиво на превазилажењу те постојуће неравноправности у корист слабије стране. Код уговора о

1 Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања- Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Београд 2015, 62.

2 Мислимо на потрошачко право осигурања, нећемо се бавити реосигурањем и комерцијалним уговорима у осигурању, пошто код њих и не постоји потреба за посебним видом заштите слабије стране.

3 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 47.

4 Силвија Петрић, „Концепт непоштених уговорних одредби с посебним освртом на потрошачке уговоре“ *Зборник радова: Непоштене уговорне одредбе Еуропски стандарди и хрватска provedба*, Правни факултет свеучилишта у Риједи 2013, (ур. Весна Томановић, Силвија Петрић, Емилиа Мишћеновић), 19.

осигурању немогуће је применити овакав принцип, зато што се поред заштите потрошача осигурања мора водити рачуна о осигуравачу као и самом институту осигурања. Тако можемо закључити да је право осигурања јединствен систем, а да потрошачко право може да представља само његов коректив.⁵ Право осигурања тежи заштити потрошача, али оно традиционално не може да одустане од заштите самог осигуравача и индустрије осигурања, зато се у појединим законодавствима не може јасно видети кога оно тачно штити.⁶

Уговори о осигурању регулисани су комбинацијом императивних и полупринудних норми. У самом ЗОО у чл. 900. ст. 1 одлучено је у корист начела импреативности, од тих норми није могуће одступити чак ни када су у интересу потрошача зато што нису прописани због њега. Њихов циљ спречавање манипулисања осигуравача од стране осигураника (нпр. осигурање изнад вредности ствари, лица која нема економски интерес да се штета не догоди итд.). Полупринудне норме су специфичност права осигурања, од којих је могуће одступити искључиво када је то у интересу осигураника, оне престављају минимум права које он мора да има.⁷ Можемо рећи да су императивне норме вертикално-прописујуће од њих никако није могуће одступити, док су полупринудне норме хоризонтално-забрањујуће, дозвољено је одступање једино у корист осигураника. Ове друге су пронашле свој пут и у друге гране права, тако су оне данас главни метод регулисања: потрошачког права, директива, регулатва итд.⁸

Из свега приложеног видимо да је право осигурања старије од потрошачког права и да је битно утицало на његов развој. Међутим данас потрошачко право повратно делују на осигурање и има значајан утицај, то се огледа у смањењу обавеза код осигураника и њиховом сразмерном повећању на страни осигуравача. Најочигледнији пример огледа се управо у обавези информисања и саветовања које су директно преузете из потрошачког права.⁹ Пре него што се детаљније посветимо овим обавезама прво ћемо покушати да дефинишемо појам потрошача осигурања.

5 Н. Петровић Томић (2015а), 49-59.

6 Наташа Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања путем одговарајућег међународног приватног права у европској унији- о ограниченој аутономији воље код уговора о осигурању масовних ризика који се налазе у ЕУ“, *Зборник радова: Усклађивање пословног права Србије са правом европске уније* 2017. (ур. Вук Радовић), 418-419.

7 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд 2005, 50-52

8 Н. Петровић Томић (2015а), 234-235.

9 *Ibid*, 42, 79

II Појам потрошача осигурања

„Потрошач је физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој делатности.“¹⁰

Мана ове дефиниције огледа се у томе што је преуско постављена и односи се само на физичко лице. Закон о потрошачима не дефинише посебно потрошача осигурања него се мисли у уопштено на све врсте уговора. Из тог разлога у овом раду прво ћемо почети од његове дефиниције за коју сматрамо да би требало да се налази у закону, том приликом ослањаћемо се на упоредно правна решења из европских држава и ЕУ.

Почећемо од ПЕУПО¹¹ принципа који прихватају знатно шире тумачење. По њима осим физичких лица која набављају робу и услуге за сопствене потребе спадају и мала и средња предузећа, једино су искључена осигурања „великих ризика“. Због хармонизације права са ЕУ, требало би узети у обзир ову дефиницију која предвиђа шири појам потрошача осигурања и унапредити садашње законодавно решење, поготово имајући у виду преспективе стварања јединственог европског тржишта осигурања.¹² У Француској је усвојен принцип директне везе, тако да ће се правила потрошачког права осигурања, примењивати и на правна лица, осим када је уговор у директној вези са пословном делатношћу. У Великој Британији су на сличан начин поступили и пружили посебну заштиту малим предузећима, уколико се јављају потрошачки елементи.¹³

По угледу на европско право и ПЕУПО принципе треба усвојити шири појам потрошача осигурања, са обзиром да је осигурање сложена материја и да су уговарачи осигурања чак и када нису физичка лица и даље су неинформисани у односу на осигуравача који је професионалац.

У српском праву не постоји јединствен став ни о терминолошком појму који се користи за обележавање корисника услуга осигурања. Последица тога је да у нашем законодавству различити прописи користе другачије називе, што доводи до конфузије. Поставља се питање који би назив највише одговарао српском праву. Да ли је то „корисник услуге осигурања“ или „потрошач осигурања“? У Закону о облигационим одно-

10 Закон о заштити потрошача –ЗЗП, *Службени гласник РС* бр. 62/2014, чл. 5.

11 Принципи европског уговорног права осигурања.

12 Наташа Петровић Томић, „Непарвичне уговорне клаузуле и принципи европског уговорног права осигурања“ *Европска ревија за осигурање* 2/2014, 44-45.

13 Н. Петровић Томић (2015а), 72.

сима се тремин „корисник осигурања“ односи на лице у чије се корист закључује уговор о осигурању, док назив „корисник финансијских услуга“ се појављује у Закону о заштити потрошача и одговара тремину потрошача. Са друге стране сам Закон о осигурању је недоследан и контрадикторан зато што у једном месту користи назив „корисник услуге осигурања“ уместо „уговарач осигурања“.¹⁴

Сматрамо да је овај несклад и термиминолошки хаос плод недовољног познавања самог института осигурања и да доводи до једне „шизофреније“ супротности, која мора бити усклађена и регулисана. Термин „потрошач осигурања“ би највише одговарао нашем законодавству и правној традицији пошто се у исто време односи и на уговорача осигурања, осиграника, као и корисника накнаде осигурања.

Тачно дефинисање лица која имају заштиту као слабија страна огледа се у прихватању екстензивног појма потрошача, на тај начин лица која немају заштиту са аспекта права потрошача имаће на основу осигурања. Односно потрошачи код осигурања чине шири круг лица то су: уговарач осигурања, корисник накнаде и осигураник и штите се и по прописима потрошачког законодавства као и права осигурања.¹⁵

Сматрамо да би по узору на европско право и ПЕУПО принципе требало дефинисати и само потрошачко право осигурања на следећи начин: оно обухвата све уговоре које једно лице као потрошач осигурања, мислимо и на физичко и правно лице, закључује са осигуравачем или посредницима и заступницима осигурања, изузев осигурања „великих ризика“¹⁶

III Информациона праридигма и финансијско образовање

Обавеза информисања или обавештавање је прво настала у потрошачким законима, у нашем ЗЗП она гласи: „Обавештеност – располагање тачним подацима који су непоходни за разуман избор понуђене робе и услуга“.¹⁷

Како би се избегла асиметрија информација између две уговорне стране настаје обавеза да се потрошач информише, не би ли направио

14 Озрен Узелац, „Општа и посебна правила о заштити интереса корисника услуге осигурања у српском и упоредном праву“, *Европска ревија за осигурање* 1/2016, 43-44.

15 Н.Петровић Томић (2014), 45-46.

16 Н. Петровић Томић (2015а), 136.

17 ЗЗП, чл 2.

правилан избор приликом куповине робе или услуга који одговара његовим потребама. Ова обавеза је из потрошачког законодавства, нашла своју примену и праву осигурања. Пошто је уговарач осигурања економски слабија неука страна, осигуравач односно посредник осигурања или заступник мора да га упозна са чињеницама како би превазишли управо ту асиметрију информација, и побољшали његов положај.¹⁸ Према ПЕУ-ПО принципима ова обавеза произилази из осигуравачевог познавања тржишта и чињенице да он познаје боље ситуацију и прилике од уговарача осигурања. Са друге стране уговарач мора да упозна осигуравача са својим потребама и жељама не би ли пронашли одговарајућу полису осигурања.¹⁹

Морамо нагласити да ова обавеза на први поглед подсећа на једну обавезу која је била специфична за осигурање, реч је о обавези пријаве околности од значаја,²⁰ њих две не треба мешати пошто је њихова сврха потпуно различита. Једина њихова сличност се огледа у томе што су обе настале из начела савесности и поштења, ово начело иначе значајно је за осигурање због његове основне карактеристике да је то уговор међусобног поверења.²¹ Можемо рећи да је на неки начин обавеза информисања увек постојала код свих уговора, и да је њена улога да спречи штету која би настала да се на време није уочила непрофитабилност потенцијалног договора. Само је код осигурања она посебно наглашена имајући у виду мало пре поменути карактеристику међусобног поверења. Стога ова обавеза мора да постоји приликом: закључења уговора, продужења полисе и промене неке од околности.²²

Поставља се питање које су то тачно информације које морају бити саопштене потрошачима. Приликом испуњења ове обавезе, треба водити рачуна да се потрошач не преоптерети небитним информацијама. Због повећања обима непотребних и компликованих података, потрошач се доводи у забуну, а истовремено се повећавају трошкови на другој стра-

18 Наташа Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма, *Право и привреда* 2016 7-9, 556-559.

19 Angelo Borselli, „*Cognosceat emptor* о обавези осигуравача на давање информација потенцијалном осигуранку“, *Европска ревија за осигурање* 2/2012, 47.

20 Обавезу је први пут увео у англосаксонско право лорд Мансфилд, потиче од начела *utmost good faith*, види више, John Birds, *Birds Modern insurance Law*, London sweet & Maxwell, 114.

21 Наташа Петровић Томић (2016), 556-557.

22 Angelo Borselli, 45-46.

ни што на крају доводи и до повећања цене услуга, што опет није у најбољем интересу потрошача.²³

Како би то избегли дефинисаћемо које су то најважније информације и послужићемо се принципом „информационе парадигме“. Оно произилази из данас преовладавајућег схватања о обавезном информисању о свим битним околностима које су значајне за доношење одлука, за разлику од претходног принципа, у коме се свако сам информише о ономе што га занима. Да ли је тај принцип могуће применити и код уговора о осигурању и на који начин?²⁴

Информациона парадигма код потрошачких уговора чини скуп следећих информација које се могу поделити у три групе то су : 1) подаци о квалитету робе и услуга 2) о цени робе и услуга 3) о начину решавања спорова. Мало модификована ова парадигма се појављује у осигурању у следећем облику, прва група података се односи на статусна обележија како осигураваача тако и посредника и заступника осигурања. Друга група се односи на саму трансакцију осигурања и уговорни однос између уговараача и осигураваача, а последња група информација је идентична њу чине подаци о начину решавања спорова.²⁵

Подједнако важно као и обавештавање потрошача је и питање да ли је он разумео у потпуности ове информације, поводом тога све чешће се чује идеја о увођењу финансијског образовања. Идеја полази се од става да је финансијски образован потрошач, добар потрошач и да је он сам неопходан за даљи развој привреде. Многи аргументују позивајући се на развој технологије, да је оно већ ствар опште културе као и да многе осигуравајуће куће организују радионице тако да је оно већ заживело у пракси.²⁶

Међутим поставља се питање да ли је то баш тачно? Односно имајући у виду претходни аргумент да је добар потрошач финансијски образован, можда би било боље и одговорније да држава уведе, финансијско

23 Хрвоје Пауковић, „Непоштене одредбе у уговорима у осигурању“, *Зборник радова: Непоштене уговорне одредбе : Еуропски стандарди и хрватска provedба*, Правни факултет свјецилишта у Риједи, Ријека 2013, (ур. Весна Томановић, Силвија Петрић, Емилиа Мишћеновић), 88.

24 Н. Петровић Томић (2015а), 142.

25 Н. Петровић Томић (2016), 557.

26 Катарина Иванчевић, „Финансијско образовање потрошача и делатност осигурања“, *Зборник радова: Реформе и нови изазови у праву осигурања* 2016, (ур. Слободан Јовановић, Јован Славнић, Пјерпаоло Марано), 237.

образовање, као део редовног школовања а не да га пресусти вољи појединаца.

Многа законодавства као и Европска комисија се залажу управо за увођење посебног предмета „Финасије“, како би потрошачи били у стању да препознају који производ или услуга највише одговара њиховим потребама.²⁷ Предност и корист оваквог решења би била вишеструка, које би довело до стварања функционалних појединаца који су у стању да разумеју економске промене и издвоје се на тржишту радне снаге.

У следећој глави ћемо видети како је дефинисана обавеза информисања и саветовања и које су директиве ЕУ су највише утицале на њу.

IV Директиве ЕУ и улога информационе парадигме

Директива која је највише одредила обавезу информисања је Директива о осигурању живота 2002/83, одредбе о датле можемо поделити у две групе, прву групу чине информације о статусу осигураваача, а другу о самој уговорној обавези.²⁸ Наш Закон о осигурању, иако статусни закон, под утицајем ове директиве први пут уводи ову обавезу у српско право.

Приликом регулисања закона примењен је управо принцип „информационе парадигме“, који се огледа у следећем. Информације о статусу осигуравајућег друштва: о „свом пословном имену, правној форми, седишту, адреси седишта, правној форми седишта друштва за осигурање са којим закључује уговор“²⁹ одговарају управо подацима о „квалитету робе и услуга“. На тај начин потрошач се упознаје са осигураваачем и његовим пословним угледом, начину пословања, солвентности. Што је пресудно приликом одабира конкретног осигураваача.

Са друге стране подаци о „цени и услугама“ су заправо информације о самој уговорној обавези и трансакцији: „о условима осигурања и праву које се примењује на уговор, времену важења уговора, ризицима

27 Наташа Сасерет- Алберти, „Најновије тенденције у области заштите потрошача у Европи и Немачкој“, *Зборник радова: Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања* 2013 (ур. Пјерпаоло Марано, Слободан Јовановић, Јасмина Лабудовић Станковић), 133.

28 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“ *Ревизија за право осигурања* 3 /2008, 28.

29 Закон о осигурању – ЗО, *Службени гласник РС* бр. 139/2014, чл. 82 ст.1.

покривеним осигурању и искључењима у вези са њима, висини премије осигурања, начину плаћања премије висини доприноса пореза и других трошкова, праву на раскид уговора и условима за раскид, року у коме понуда обавезује друштво, начину подношења и року одштетног захтева за остваривање права по основу осигурања.³⁰ Ове обавезе улазе у сам уговор о осигурању, али је нужно да потрошач буде упознат и пре да би упоредио различите полисе осигурања. На тај начин му се пружа могућност да одабере управо ону која одговара његовим потребама.

Том приликом заправо долази до двоструке обавезе информисања, први пут као вид предуговорне обавезе а други пут код закључења самог уговора.³¹ Тако на пример у немачком праву уведена је једна новина, а то је „листа са информацијама“ која садржи информације које су значајне за одлучивање потрошача. Оне су заправо одређени орјентир и помажу да се после упозна и са осталим битним подацима.³²

Осим Директиве о осигурању живота видимо и значајан утицај још једне директиве, у питању је Трећа директива неживотног осигурања 2002/92, која садржи информације о телу надлежном за надзор над пословањем друштва за осигурање. Код нас је та улога поверена Народној банци Србије (НБС), али то није једини вид заштите као што на први поглед изгледа. Поред права на приговор, увек постоји судска заштита, а приликом подношења приговора, потрошач сазнаје и на право на медијацију коју спроводи НБС бесплатно. Овакво решење није најбоље зато што се стиче утисак да је право на приговор једини начин решавања спорова, оно је неоправдано пренаглашено у односу на остала права.³³ Тек након подношења приговора потрошач сазнаје за могућност алтернативних начина решавања спорова, имајући у виду да су у Србији она на почетку развоја, неопходно је посветити им више пажње. Осим чињенице да НБС поступак спроводи бесплатно, овакво решење није уопште повољно за потрошаче. Медијатор треба да буде особа или институција прихватљива за обе стране и у коју оне имају поверења. Много би адекватније било решење да улога припадне Привредној комори Србије или Удружењу за заштиту потрошача.³⁴

30 *Ibid.*

31 Н. Петровић Томић (2015а), 148.

32 Наташа Петровић Томић, Информисање корисника услуга осигурања у немачком праву“, *Токови осигурања*, Београд 2015 / број 4 година XXXI, 14.

33 Н. Петровић Томић (2016), 562.

34 *Ibid.*, 571-575.

Главне мане Треће директиве су што осим претходно поменутог надлежног тела, као обавезна информација помиње се још само обавеза одређивања меродавног права. Не садржи остале податке о статусу осигураваача и уговорним обавезама које чине заправо „информациону парадигму“. Проблем је превазиђен тако што су државе приликом доношења закона за оба осигурања применили ипак тај принцип и нису правили разлику између животног и неживотног осигурања, него су јединствено прописали обавезе осигураваача. Међутим савесност држава не мења чињеницу да је сама директива садржи премали број информација и да би је требало проширити по угледу на Директиву о животном осигурању. Имајући у виду да су у оба случаја потрошачи физичка лица, и није оправдан ни смислен мали број информација које она садржи.³⁵ Дужност информисања је иначе универзалана за све уговоре о осигурању, тако нпр. у немачком права она је иста без обзира да ли је посреди правно или физичко лице на месту уговараача осигурања. Једино је смањена код осигурања „великих ризика“, код њих постоји само ако су посреди физичка лица.³⁶

V Начин информисања и могућност одрицања

„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 уговараачу 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 уговараачима осигурања преко средства јавног информисања морају бити тачне, целовите и јасне, морају се заснивати на поузданим информацијама, не смеју прикривати праву сврху таквог информисања, нити на било који начин доводити у заблуду примаоце тих информација“.³⁷

Као што видимо утицај Директиве осигурања живота 2002/83 огледа се у нашем закону тако у складу са њом све информације морају бити у писаној форми, уколико су дате у усменом облику морају бити у што краћем року потврђене писмено. Оне морају бити на званичном језику државе чланице или уколико њихови прописи дозвољавају на језику на коме су се стране договориле да ће бити. Директиве не регули-

35 J. Славнић, С. Јовановић, 30, А. Boraselli, 47.

36 Н. Петровић Томић (2015b), 16-17.

37 ЗО чл. 84 ст. 1. и ст. 2.

шу последице пропуштања обавезе информисања, него остављају државама чланицама да саме одреде у складу са њиховом традицијом које су санкције адекватне.³⁸

Тако нпр. у немачком праву уколико осигуравач не достави потребне информације не тече рок за одустанак од уговора, такође може да се захтева поништај уговора. Услов је да се докаже да су биле оне биле значајне за закључење уговора, поред тога постоји и право на накнаду штете.³⁹ У српском праву у складу са ЗЗП има право да се захтева поништај уговора, у року од годину дана без обзира да ли је до пропуштања дошло намерно или случајно. У складу са ЗОО чл. 268. предвиђено је право на накнаду штете, која је настала пропуштањем обавештавања о битним чињеницама везаним за међусобни однос уговорних страна. Можемо аргументовати да на неки начин овај члан представља претечу обавезе информисања и да се сада они међусобно допуњују.⁴⁰

У немачком праву иако је супротно директивама предвиђена је могућност одрицања потрошача од права на информисање слично као и код саветовања. Поставља се питање оправданости тог решења, пошто се заправо потрошач унапред одриче права која су му непозната. Критике истичу да он заправо и не зна чега се одриче, док са друге стране присталице овог решења истичу да оно може да буде само под одређеним условима и да се на тај начин пружа заштита потрошачу и спречава свака врста злоупотребе, као и да је ово вид уважавања принципа аутономије воље.⁴¹ Сматрамо да би увођење права на одрицање информација било супротно циљевим заштите потрошача осигурања. Последице увођења могле би да буду поражавајуће, имајући у виду даљи напредак и развој осигурања, што представља корак у назад.

V Саветовање

Поред обавезе информисања јавља се и обавеза саветовања, иако наизглед слична она је суштински различита, док обавеза информисања представља прост пренос података, обавеза саветовања представља давање мишљења у складу са жељама, потребама и могућностима потрошача, стога је обавеза саветовања облигација средстава.⁴²

38 Ј. Славнић, С. Јовановић, 28-30.

39 Н. Петровић Томић (2015b), 15.

40 Н.Петровић Томић (2015a), 194, 190.

41 Н. Петровић Томић (2015b), 16-17.

42 Н. Петровић Томић (2015a), 202-203.

Директива која је највише утицала на обавезу саветовања је Директива о посредовању 2002/92, она користи јединствен термин посредник: за зависне и независне заступнике осигурања, подређене заступнике осигурања, брокере осигурања и подређене брокере осигурања. У њој се одређује да је посредник осигурања дужан да саопшти две групе информација, прва се односи на статусна питања делатности осигурања, а друга на обавезе које посредник преузима према клијенту. Као што видимо и овде долази до принципа „информационе парадигме“ који смо раније помињали. У прву групу спадају подаци везани за његов идентитет, адресу, регистар у који је уписан, подаци везани за учешће у капиталу или праву гласа већем од 10% и о праву на жалбу и вансудском начину решавању спорова. Друга група садржи информације које су добијене на основу фер и објективне анализе полиса на тржишту, он може да посредује искључиво за једну или више осигуравајућих кућа, али са друге стране нема обавезу да посредују за клијента код једне осигуравајуће куће.⁴³

Смисао Директиве је почива на идеји да су посредници дужни да непристрасно дају савете свом клијенту као и образложење истих, у питању су стручна лица која су регистрована код надлежног органа и која делују на слободном тржишту и уједно доприносе његовом даљем развоју и залажу се за вансудски начин решавања спорова.⁴⁴

Посредовање се врши као и информисање, искључиво у писаној форми, све информације које су усмено дате морају бити потврђене писмено, односно документоване. Док је код информисања, право на његово одрицање спорно и контраверзно, код саветовања нема непомирљивих ставова и оно се сматра допуштеним. Тако у немачком праву оно је дозвољено у одређеним условима, та изјава мора бити дата у посебној писаној форми и не сме бити на унапред припремљеном обраци или самом уговору.⁴⁵

Главна мана ове Директиве је што обавезује само посреднике осигуравајућих кућа, а не и њих саме, на тај начин су потрошачи који закључују уговор директно са осигуравачем дискриминисани и налазе се у знатно лошијем положају. Имајући у виду да осигуравач има дужност само информисања, а не и саветовања, обавезе коју обухвата фер и објек-

43 *Ibid*, 150-153.

44 Јован Славнић, „Директива европске уније о посредовању у осигурању од 2002 године“, *Ревивија за право осигурања* 1/2/2005, 2.

45 Н. Петровић Томић (2015а) ,220, 225.

тивну анализу полиса са циљем да се нађе она која најадекватније одговора положају потрошача.

У српском праву праву је прихваћена обавеза саветовања само за посреднике. У чл. 94. ЗО одређене су импертивним прописима њихове дужности које се своде на: одређивање потреба потрошача, посредовање ради преговарања о закључењу уговора, анализу опасности и предлагање одговарајућег покрића, образложење савета, понуда конкретне полисе осигурања и упознавање са начином обрачунавања премије, проверавање садржине полисе осигурања, понуде помоћи потрошачу за време трајања уговора, праћење приликом извршавања уговора као и израде предлога за измену уговора ради веће сигурности свог клијента.⁴⁶ Због све веће конкуренције на тржишту многе осигуравајуће куће труде се да обезбеде што бољи квалитет саветовања. Тако на пример у првој фази треба да се изврши индивидуално саветовање како би потрошач уочио потенцијалне опасности. У другој фази се врши селекција ризика, које је неопходно осигурати и оних које је за потрошача боље да их не осигурају (нпр. агресивног пса у гостионици исплативије је склонити него осигурати). У трећој последњој фази се нуди одговарајући производ који најбоље одговара потребама потрошача.⁴⁷ Важно је да потрошач добије довољно информација везано за статус посредника, о стању на тржишту, о фер и објективној анализи како би стекао поверење у посредника и сам одлучио да ли жели да закључи уговор.⁴⁸

За разлику од нашег права које обавезује на саветовање само посредника осигурања, компромисно решење пронађено је у ПЕУПО принципима, у њему осигураваач има обавезу да укаже на разлику између жељеног покрића и оног који му се нуди. Ова обавеза може да буде и шира и ужа у зависности од околности, уколико се постави специјални захтев за даљим образложењем биће шира, а са друге стране уколико иде преко брокера осигурања или је на даљину биће ужа.⁴⁹ По угледу на ово решење би требало унапредити постојућу обавезу саветовања у српском праву.

46 *Ibid*, 228, ЗО чл. 94.

47 Wolfgang Rohrbach, „Размишљање о појму квалитета осигурања“, *Европска ревија за осигурање* 4/2014, 39-41.

48 Ј. Славнић, С. Јовановић, 31.

49 А. Boraselli, 51.

VI Закључак

Из свега приложеног видимо колики је заправо значај и утицај потрошачког права на право осигурања и која је улога информационе парадигме при његовом регулисању. Адхезиозност као главна карактеристика оба уговора са собом повлачи одређене обавезе на страни осигуравача, мислимо првенствено на обавезу информисања и саветовања. Оне су под утицајем директива ЕУ први пут уведене Законом о осигурању, међутим није најсрећније решење да се уговорне обавезе уређују статусним законом, али је свакако корак напред. Не можемо негирати потрошачке особине које постоје код уговора о осигурању, али у исто време морамо водити рачуна о праву осигурања у целини имајући у виду и заштиту осигуравача као и сам смисао осигурања. Сматрамо да би постојећа решења требају бити унапређена у складу са ПЕУПО принципима, који представљају полазну основу за стварање јединственог европског тржишта осигурања. Због тога би најадекватније решење било доношење посебног Закона о потрошачком осигурања у коме би били дефинисани следећи појмови: прво сам појам потрошачких уговора осигурању, након тога појам потрошача услуга осигурања који би се односио на сва поменута лица: осигураника, уговарача осигурања, као корисника накнаде осигурања. Осим уговорних обавеза из ЗОО, евентуално унапређених, на истом месту би се нашле обавезе информисања и саветовања које су сада садржане у ЗО. Обавезу саветовања би требало проширити и на осигуравајуће куће како потрошачи који са њима директно закључују уговор не би били дискриминисани. Закон би такође требало да подстиче могућност вансудског решавања спорова и одреди непристрасну институцију која би вршила медијацију која је сада у надлежности НБС. Такође треба размислити о могућности увођења финансијског образовања, чије предности би биле вишеструке за даљи развој привреде. Због константног унапређивања права осигурања и утицају других права на њега, оно мора да буде регулисано посебним законом. Управо како би се оставила могућност за његове даље измене и допуне ради додатног, усавршавања самог осигурања. Као што се види из примера директива ЕУ, оне су врло честе и непходне како би одговориле времену и изазовима који би се пред њим појављивали.

Tamara RADOJČIĆ
LL. M. at Commercial Law

INFLUENCE OF INFORMATION PARADIGM ON CONTRACT INSURANCE LAW

Summary

This article concerns the improvement of position of consumer in insurance law. Its aim is to highlight certain similarities between insurance contract and consumer contractual law and, with taking into consideration the differences between them, to try to improve the position of consumer. Following the analysis of the notion of consumer in insurance law, the author attempts to explain the “informational paradigm” principle in consumer contracts and its impact on insurance contract regulation. Special attention will be drawn to the obligation to inform and consulting, their regulation in Serbian law and the impact of EU directives. The article also analyses the form and the course of meeting these obligations. The author considers whether these obligations in Serbian law should be modeled upon European law and principles of European contractual law of insurance in order to improve the position of consumer and to reach higher level of harmonization with EU law. Also, the author considers the idea of compulsory financial education and its potential benefits. In conclusion, the author pleads for different regulation of consumer law of insurance in Serbia and separate statute which would cover this field of law.

Keywords: *notion of consumer in insurance law, “informational paradigm” principle, obligation to inform, obligation of consulting, financial education.*

Андреа ЂУРОВИЋ*

О ПОКРИВЕНИМ ШТЕТАМА КОД ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ У ДРУМСКОМ ТРАНСПОРТУ РОБЕ

Резиме

Како вредност робе у транспорту може бити од велике вредности, у случају наступања штете, трошкови накнаде били би једноставно неиздрживи за превозиоца. С тим у вези, неопходно је и постојање адекватних осигурања, како би се штитили сви учесници у транспорту, а нарочито интерес лица на чији ризик се роба превози, имајући у виду бројне ризике који је прате док је у превозу. Као инструмент заштите појављује се транспортно осигурање, а прва идеја о таквој расподели ризика на све учеснике у транспорту се проналази још у Хамурабијевом Законнику. На основу тога, ову врсту осигурања можемо сматрати најстаријом и то са улогом од огромне важности у редовном одвијању трговине. Сходно томе, у овом раду, ауторка се бави питањем покривених штета код осигурања од одговорности у друмском превозу, које спада у врсту транспортног осигурања. Кроз представљене основне карактеристике осигурања од одговорности се објашњава сам појам ове врсте транспортног осигурања, анализирајући појам одговорности друмског превозиоца, ширину покрића, као и накнаду штете. Осим тога, у раду се указује и на појаву одређених проблема у овој области и могућа решења.

Кључне речи: *одговорност превозиоца, осигурање од одговорности, друмски транспорт, штете*

1. Уводна разматрања

Током вршења своје основне делатности, обављања превоза робе, превозилац је изложен бројним ризицима. Стога, превозилац, као меру заштите, закључује уговор о осигурању своје одговорности, на основу

* Ауторка је мастер правних наука

кога осигуравач преузима обавезу накнаде износа штете лицима, којима је нанета штета у превозу, у име превозиоца (на основу његове одговорности), услед остваривања неког од осигураних ризика. Тако се осигуравач обавезује да накнади износ штете лицима којима је нанета штета у превозу, у име превозиоца, на основу његове одговорности. У складу са проценом свих података о потенцијалним ризицима у одређеном периоду, осигуравач одређује премију, а полиса је прилагођена специфичним условима превоза и интересима конкретног превозиоца.¹ Осигурање од одговорности је врста имовинског осигурања и представља заштиту од ризика изазивања штете и губитка робе која му је поверена на превоз. Ова врста гаранције је неопходна због постојања режима стриктне одговорности која се намеће превозиоцу.

2. О одговорности друмског превозиоца

Из уговора о превозу друмом произилази одговорност превозника, која се огледа у његовој обавези да надокнади штету наручиоцу превоза (или неком другом овлашћеном лицу) у случају настанка штете на роби или њеног губитка (потпуног или делимичног), као и у случају доцње испоруке. Битно је разликовати одговорност у домаћем превозу од одговорности у међународном превозу, пре свега због различитог положаја превозиоца. Дакле, у међународном превозу робе друмом, превозилац одговара за штету на роби по правилима *објективне одговорности* (без кривице), док у домаћем превозу, за њега важи *претпоставка одговорности* за губитак и оштећење робе, као и за кашњење (субјективна одговорност).²

Према правилима CMR конвенције³, која представља најважнији извор права у међународном превозу робе друмом, превозилац ће се сматрати одговорним за све врсте штета, које настану за време превоза робе, осим за оне за које је његова одговорност изричито искључена.

1 Nikoleta Radionov, "Odgovornost cestovnog prijevoznika za robu i poslovi osiguranja", *Dani hrvatskog osiguranja*, Опатја 2008.

2 Наташа Петровић Томић, "Одговорност и осигурање друмског превозиоца по CMR конвенцији," *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 346.

3 Конвенција о уговору за међународни превоз робе друмом је закључена у мају 1956. године у Женеви, на француском језику, а ступила је на снагу 2. јула 1961. године, и до данас је ратификована од стране 55 држава. Србија ју је ратификовала 12. марта 2001. године, доношењем Уредбе о ратификацији о конвенцији о уговору за међународни превоз робе друмом (Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр.11/58).

Губитак и оштећење робе у превозу изазивају нестанак или умањење њене вредности за корисника превоза и с обзиром на то да се испољавају на самој ствари називају се штетама на ствари (непосредним штетама).⁴ У случају настанка неке друге штете услед повреде обавезе превозиоца сматра се посредном штетом, и таква штета обухвата поред изгубљене користи и сваку стварну штету која није штета на ствари која се превози (штета на другим стварима превозиоца).⁵ Превозилац у случају даљње штете неће одговорати осим ако је таква штета проузрокована закашњењем. Међутим, уколико је превозилац даљњу штету изазвао губитком или оштећење ствари у превозу, биће одговоран у случају када је такав губитак или оштећење проузроковано са намером или грубом непажњом и када је то уговорио са пошаљиоцем или му је таква одговорност наметнута од стране пошаљиоца једностраном изјавом воље.⁶

У пракси се често наилази на проблем утврђивања тачног момента настанка штете с обзиром на бројне радње које чине превоз или су са њим повезане.⁷

2.1. Губитак робе

Губитак робе настаје када је дошло до потпуног физичког нестанка робе која је осигурана због наступања осигураног случаја, заправо, превозилац након обављеног транспорта робе је не може предати јер је престала да постоји. Губитак се разликује према:⁸ *начину утврђивања губитка* (стварни и претпостављени) и *према обиму губитка* (потпуни и делимични).

Према правилима Конвенције CMR, до губитка је дошло у случају да роба није достављена у року од 30 дана од истека рока уговореног рока. Уколико нема уговореног рока, рок од 60 дана од дана преузимања робе ће се сматрати важећим доказом о губитку робе.⁹

4 Небојша Јовановић, Саобраћајно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 275.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 Irène Nzoyem, *Les remèdes apportés par l'assurance pour protéger le transporteur routier des risques de perte et d'avarie*, Faculté de Droit et de Science politique D'Aix-Marseille, 2007-2008, 7.

8 Н. Јовановић, 278.

9 CMR конвенција, чл.20. ст. 1.

2.2. Оштећење робе

Под оштећењем се подразумева погоршање (физичког) стања ствари, које је настало током превоза, чиме се умањује његова вредност, али не престаје да буде врста ствари која је осигурана. Овај појам се разликује у односу на делимичан губитак (мањак) јер се код оштећења ради о ваљаности, односно квалитету ствари.¹⁰ Према уочљивости за примаоца у тренутку пријема ствари од превозиоца, разликује се *видљиво* и *скривено* оштећење.¹¹

2.3. Закашњење

Под закашњењем (доцњом) испоруке се подразумева ситуација када роба није испоручена у уговореном року или у случају да он није био уговорен, када ефективно трајање превоза прелази време, које је под нормалним околностима, потребно за превоз и предају робе, које се оправдано може одобрити превозиоцу. Дакле, поред губитка и оштећења робе, превозилац је одговоран и за штете настале као директна последица прекорачења рока испоруке и тада има дужност накнаде даљње штете (као што је напоменуто у питању је штета која је настала на осталој имовини корисника превоза, а не само на роби која је предата на превоз).¹²

2.4. Ограничење и ослобођење од одговорности

Као што је напоменуто, у међународном превозу робе, превозилац одговара по основу објективне одговорности (без кривице). Наиме, превозилац одговара за штету коју корисник претрпи у превозу само због тога што је та штета настала у току превоза. Његова кривица је ирелевантна и биће одговоран и ако није крив или је узрок штете остао неутврђен.¹³ Међутим, ако је штета настала током одвијања превоза на територији републике Србије, превозилац ће одговорати на основу субјективне одговорности, односно одговараће за штету кориснику јер је крив за њен настанак.¹⁴ Посматрајући из теоријског аспекта, то значи да је превозилац под мањом одговорношћу од оне прописане правилима CMR конвенције (субјективна одговорност отежава положај корисника превоза јер он мора доказати кривицу превозиоца, у супротном сам ће сносити

10 Н. Јовановић, 281.

11 *Ibid.*

12 Н. Петровић Томић, 346-347.

13 Н. Јовановић, 288.

14 *Ibid.*, 297.

штету). Заправо, у стварности је другачије, јер CMR конвенција експлицитно садржи и појам посебних опасности које такође доводе до ослобођења одговорности (клаузуле егзонерације). Тако да, постојање 4 основна разлога за ослобођење, као и појам посебних опасности, ублажава стриктни став објективне одговорности превозиоца у међународном превозу. Превозилац мора доказати постојање узрочне везе између неког од штетних догађаја и конкретне штете уколико жели да се ослободи одговорности, дакле на њему је терет доказивања.¹⁵

*Основни (општи) разлози за искључење одговорности превозиоца су:*¹⁶

- 1) кривица учињена радња или непажња наручиоца превоза;
- 2) упутства наручиоца превоза која нису дата као последица грешке превозиоца;
- 3) природне мане на роби, односно природна својства робе;
- 4) виша сила.

Осим тога, превозилац и стварни превозилац се могу ослободити одговорности када су губитак, штета или кашњење, настали као последица једне или више посебних опасности наведених у CMR конвенцији. Ове *посебне опасности*, су првобитно биле уведене Бернском конвенцијом о железничком саобраћају, и таксативно су наведене:¹⁷ употреба отвореног возила, непокривеног цирадом, када је то било изричито уговорено и наведено у товарном листу; неупотреба или употреба лоше амбалаже за робу која је по својим својствима подложна кварењу ако није запакована или је неадекватно запакована; руковање, утовар, слагање или истовар робе од стране пошалоциоца, примаоца, или лица која делују у њихово име; природа робе која је својим својствима подложна потпуном или делимичном губитку, оштећењу, нарочито услед лома, рђања, цурења, нормалног растура или напада инсеката или глодара;¹⁸ непотпуност или неисправност ознака или бројева колета; и превоз живих животиња.

У складу са одредбама Конвенције, превозилац се може ослободити своје одговорности ако докаже постојање једног од наведених посеб-

15 *Ibid.*

16 CMR конвенција, чл.17. ст. 2.

17 CMR конвенција, чл.17. ст. 4.

18 Овде се ради о производима исте врсте која је истоветно изложена већим ризицима због њихових генеричких карактеристика.

них разлога у случају утврђеног губитка, односно штете. Оваква претпоставка важи само у одсуству чињеница које утврђују узрок губитка или оштећења.

3. Ширина покрића

Како би штета на пошилици била покривена осигурањем од одговорности, односно, да би оштећени користио ово осигурање, потребно је да предузме одређене радње:¹⁹ изврши преглед робе, и да упути превозиоцу резерве са назначењем губитка или штете најкасније у тренутку испоруке када је реч о видљивим недостацима или у року од 7 дана када су у питању невидљиви недостаци.

Један од проблема код осигурања од одговорности друмског превозиоца се огледа у виду неусклађености суме осигурања и износа ограничења одговорности превозиоца према домаћем праву или CMR конвенцији.²⁰ Дакле, осигурана сума мора бити одређена тако да може покрити највиши могући износ одговорности превозиоца. У супротном, осигуравајућа заштита биће само делимична. У таквим случајевима, превозилац може да: сам плати накнаду штете, иако је осигуран, или да се одлучи на допунско покриће, а самим тим и на већи износ премије.²¹

Такође, узимајући у обзир да се домаћи превозилац углавном не одлучује на плаћање високих премија, покриће које тиме добија је прилично мало и засигурно не покрива његову целокупну одговорност.²² Овде се може уочити неповољан положај превозиоца. Узрок тога је неусклађеност начина дефинисања искључених штета са разлозима особођења, због чега превозилац остаје у сфери своје одговорности и имаће дужност наканде штете (али без права на накнаду из полисе осигурања)²³. Такви ризици су на пример свих врста крађа и отимачине тертета или возила са теретом, које су се догодиле на одређеном подручју (државе бишег СССР-а, Пољске, Румуније, Бугарске, Албаније), ако је до штете дошло због паркирања возила на неадекватно чуваном осветљеном месту током прекида путовања због одмора возача и слично, штете због преоп-

19 Н. Петровић Томић, 355.

20 Н. Петровић Томић, 367.

21 *Ibid.*, 368.

22 *Ibid.*

23 N. Radionov, Opatija 2008.

терећења возила, због тог што је рок превоза био краћи од уобичајног за ту врсту робе на тој релацији.²⁴

Ширина осигураног покрића подразумева обезбеђење осигураника уговором на основу кога осигуравач има могућност да надокнади последице наступања неког штетног догађаја. У домаћем превозу важе иста правила као и у правилима које предвиђа CMR конвенција у вези са трајањем и ширином покрића, ограничењем осигурања, премије осигурања и надлежности суда. Међутим, наилази се на неусклађеност у виду три елемента:²⁵

1) право на директну тужбу се не признаје за штете произашле из одговорности према трећим лицима са којима осигураник није у уговорном односу;

2) покриће које пружају домаћи осигуравачи исто је за домаћи и међународни превоз, упркос разликовању прописа;

3) проблем неусклађености суме осигурања и износа ограничење одговорности према меродавним прописима.²⁶

Када је у питању ширина обима покрића штете, разликују се две врсте уговора:²⁷ **уже покриће** (покрива ризике од саобраћајних незгода, пожара, експлозија, осим штете настале као последица самозапаљења или експлозије саме робе, ризике од провалничких, разбојничких крађа, и сл.), када осигуравач покрива све износе које превозилац треба да плати по основу одговорности ако је штета настала као последица наведених узрока, и **шире покриће**, на које чешће наилазимо у пракси, када осигуравач надокнађује све износе које превозилац треба да плати или их је већ платио за штете за које је одговоран (all risks осигурање).

У првом случају, терет доказивања је на осигуранику, односно превознику, који мора да докаже да је штета настала као последица наступања једног од наведених осигураних ризика, док је у другом случају, терет доказивања на осигуравачу, који треба да докаже да је штета настала због наступања ризика искљученог из покрића. Осигуравач има обавезу да осигуранику надокнади све износе који су основани и које

24 N. Radionov, Opatija 2008.

25 Ива Тошић, "Основне карактеристике CMR конвенције", *Страни правни живот*, Београд 2016, 273-274.

26 Н. Петровић Томић, 368-370.

27 Н. Петровић Томић, 358-359.

осигураник треба да плати на основу своје одговорности ако је до штете дошло услед наступања наведених околности.

Покриће које пржају домаћи осигуравачи за домаћи и међународни превоз је врло уско и подразумева само: основне ризике (саобраћајна незгода и пожар и/или експлозија) и допунске ризике (провална крађа, разбојничка крађа и крађа целог возила са робом)

Потребно је посебно обратити пажњу на прецизно дефинисање покрића, јер се у пракси често дешава да, осигуравајућа друштва која пружају осигурање одговорности превозиоца, покривају само наведене ризике, дакле од пожара, саобраћајне незгоде и крађе. Овакво покриће није у складу са правилима CMR конвенције, иако се називају CMR осигурањем.²⁸

Дакле, евидентно је зашто се покриће, које нуде осигуравајућа друштва, сматра веома уским, имајући у виду да ризици од крађа спадају у допунске ризике. Имајући у виду се наведено, јасно је зашто превозилац треба да води посебно рачуна, о ширини покрића током закључивања уговора о осигурању од одговорности.

4. Накнада штете

Како би оштећени корисник превоза остварио своје право на накнаду штете, неопходно је да утврди њено наступање и то *заједничким прегледом или истицањем приговора*. Накнада штета подразумева радњу којом превозилац као штетник отклања штету коју је проузроковао оштећеном кориснику.

Када, као последица наступања осигураних ризика, настане штета, осигураник је, чим сазна за постојање штете, пријављује осигуравачу наведеном у полиси осиграња. Да би осигураник остварио право на накнаду штете, неопходно је да приложи одговарајуће доказе. Дакле, мора доставити оригиналну полису и теретницу, фактуру за пошиљку као и записник о прегледу робе.²⁹ Пожељно је, као додатне доказе, приложити и фотографије оштећене робе, места несреће, и слично. Осигуравач утврђује да ли је штета која је настала покривена уговором о осигурању, а затим обрачунава штету и обавља исплату накнаде на основу приложе-

28 Кристина Бабић, "Important characteristics of carrier liability insurance", *Third Logistics International Conference*, Београд 2017, 168.

29 Милорад Килибарда, "Осигурање робе у транспорту," *Шпедиција и агенцијско пословање*, Саобраћајни факултет Универзитета у Београду, 2006.

них докумената уз одштетни захтев.³⁰ Заправо, сва неопходна упутства о констатацији штете и комплетирању одштетних захтева су редовно наведена у уговору о транспортном осигурању.³¹

У случају потпуног или делимичног губитка и оштећења ствари у превозу, наканда штете се одређује према цени која је уговорена (уговорена цена), у супротном, одредиће се према тржишној цени коју је предата ствар имала у време и у месту отпреме. Питање обима штете коју је превозилац дужан да надокнади разликује се у случајевима када је одговоран за губитак, оштећење или кашњење. Ипак, максимални износ накнаде је лимитиран на 25 жерминал франака по килограму бруто тежине.³²

У CMR-у су прописана два правила:

1) наканда штете се обрачунава према вредности робе у месту и у времену у време њеног преузимања на превоз;³³

2) вредност робе се одређује према берзанском курсу, према тренутној тржишној цени или ће се вредност одредити према уобичајној вредности робе исте врста и квалитета;³⁴

Осим тога, трошкови превознине, царине и остали трошкови се надокнађују у целости код потпуног губитка, док код делимичног такви трошкови надокнађују у односу према губитку.³⁵ Ако дође до доцње у испоруци, и лице овлашћено за располагање робом успешно докаже да је штета настала као последица кашњења, превозилац је дужан да плати наканду за такву штету. Али, она не може бити већа од превозне цене.

Дакле, под обавезом превозиоца се подразумева наканда две врсте штета: због доцње или оштећење које је настало на роби. У случају губитка робе, штета се обрачунава утврђивањем разлике између вредности робе у месту поласка и вредности робе, која недостаје на одредишту, и представља стварно насталу штету, односно, максимални износ одштетног захтева.³⁶ Из наведеног, превозиоци могу извести закључак да ће им се целокупна штета надокнадити. Међутим, у реалности то углавном није

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 CMR конвенција, члан 23.ст. 3.

33 CMR конвенција, члан 23.ст. 1.

34 CMR конвенција, члан 23.ст. 2.

35 CMR конвенција, члан 23.ст. 4.

36 Н. Петровић Томић, 361.

случај због прописаног новчаног ограничења од 25 франака по килограму недостајуће бруто тежине килограму бруто тежине. Наиме, новчано ограничење одговорности превозиоца детаљно је описано у члану 23. који је измењен Протоколом Конвенције CMR-а, закљученом у Женеви 1978. године, а који је ступио на снагу 1980. године³⁷ Протокол, наравно, има утицаја само на оне земље које су га ратификовале. Првобитним чланом 23. став 3. је било предвиђено да износ накнаде не прелази 25 жерминал франака по килограму недостајуће бруто тежине", а жерминал франака означава "златни франака" тежине од 10/31 грама финоће 0,900.³⁸ Међутим, Протоколом промењен члан 23. став 3. прописује да износ накнаде не може прећи 8.33 СПВ³⁹ по килограму бруто тежине, која представља највећи могући износ. Вредност СПВ-а се, свакодневно, обрачунава од стране Међународног Монетраног Фонда, и представља просек на бази корпе валута пет држава, највећих извозника, (у последњих пет година) на свету.⁴⁰ Данас, би наведено ограничење износило око 10 EUR/kg по килограму недостајуће бруто тежине. Као што смо напоменули, Србија није ратификовала Протокол, тако да се, у овом случају, узима у обзир стара одредба, дакле "златни франака". Овде, пак, долази до настајања неколико проблема. Као прво, начин израчунавања износа ограничења, с обзиром на то да се овакав начин израчунавања захтева у јединици која није деценијама у употреби.⁴¹ Као друго, колико до ког износа ће се тако доћи, имајући у виду раст цене злата у последњих неколико година (цена злата знатно одксаче од СПВ-а).⁴² Страна која је претрпела штету мора доказати вредност штете до тог износа и тек када се тај износ прекорачи, на снагу ступа наведено ограничење.⁴³ Складно томе, и осигурање је по висини ограничено на наведени лимит одговорности превозиоца из CMR конвенције, премда се такав лимит се може повећати уговарањем допунског осигурања.⁴⁴

37 Takis Kalogerakos, Compensation due from the carrier under C.M.R. Convention, <https://www.linkedin.com/pulse/compensation-due-from-carrier-under-cmr-convention-takis-kalogerakos>, 20. новембар, 2017.

38 Н. Јовановић, 325.

39 „Специјална Права Вучења“ служи као обрачунска јединица лимита одговорности превозиоца код међународног друмског превоза робе.” Н. Јовановић, 325.

40 К. Бабић, 168.

41 N. Radionov, *Opatija* 2008.

42 *Ibid.*

43 T. Kalogerakos, 2017.

44 Н. Петровић Томић, 360.

Такође, треба напоменути и изузетак, када за превозиоца не важи начело ограничења одговорности. Наиме, у случају изазивања штете са намером или грубом непажњом, превозилац ће одговорати неограничено.⁴⁵ Поред тога, пошаљиоцу је дозвољено да може тражити већи износ од максималног износа надокнаде, изјавом своје воље или у споразуму са превозиоцем. Када се ради о оваквом случају, заинтересована страна је дужна да достави доказе да претрпљена штета достиже висину уговорене вредности.

Правилима CMR конвенције је формулисано да “у случају оштећења, превозилац плаћа износ умањења обрачунат према вредности одређене робе, али да накнада не може да пређе:⁴⁶ износ који би се добио у случају потпуног губитка робе; и износ који би се добио у случају губитка дела чија је вредност умањена.”

Према нашем праву, у домаћем превозу превозилац је у случају кашњења у превозу и предаји робе, дужан да плати 1/10 превознине за сваки дан закашњења, а највише до 1/3 укупне превознине (ипак у уговору о превозу може се назначити и већи износ накнаде штете од прописаног износа) и у случају да овлашћено лице докаже да му је закашњењем проузрокована штета, превозилац је дужан да је надокнади, у износу који не може бити већи од износа трошкова превоза.⁴⁷ У пракси није ретко да се деси да превозилац толико касни са отпочињањем превоза да пошаљилац изгуби свој интерес и тада му је дозвољено да одустане од уговора о превозу, а може да захтева и накнаду штете. Такође, Законом је регулисан и рок за подношење захтева за накнаду штете у случају потпуног или делимичног губитка или оштећења ствари који траје 60 дана од дана сазнања за штету, док се захтев за накнаду штете у случају закашњења у превозу и предаји ствари примаоцу подноси се у року од 30 дана од дана предаје ствари примаоцу.⁴⁸

Дакле, осигурана сума наведена у полиси осигурања, представља максималну обавезу осигуравача за сваку штету, али и укупну накнаду за све штете током осигураног периода, за свако возило.⁴⁹

45 Н. Јовановић, 327.

46 CMR конвенција, чл. 25. ст. 2.

47 Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају, чл. 96.

48 Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају, чл. 97.

49 К. Бабић, 168.

4.1. Искључене штете и искључене обавезе осигуравача

Уговором о осигурању се одређује максимална обавеза осигуравача по једном штетном догађају и по превозном средству. Осигуравач неће надокнадити штете које су искључене из осигурања, а могу се поделити на:⁵⁰ *објективна искључења* (штете настале независно од воље осигураника, и које нису покривене осигурањем), и *субјективна искључења* (штете на чији је настанак осигураник могао да утиче).

Обавеза осигуравача је да поред накнаде штете, накнада и свих трошкова за радње које је превозицац предузео у циљу смањења или спречавања настајања штета на роби, (за коју би био одговоран), у случају да такви трошкови су виши од његове редовне обавезе извршења превоза. Осим тога, осигуравач, на основу уговора о осигурању, има обавезу да наканди трошкове спорова, као и осталих правних радњи.

4.2. Тужбе и рекламације

На основу закљученог уговора о осигурању, лице која претрпи штету због губитка или оштећења или због доцње у испоруци, може поднети директну тужбу према осигуравачу превозиоца (лица која имају интерес у операцији превоза немају право на директну тужбу, изузев лица које је закључило уговор о превозу).⁵¹ Наиме, за све спорове у вези са превозом који је регулисан CMR конвенцијом, тужилац може поднети тужбу и покренути поступак не само код сваког суда Државе уговорнице о чему су се странке споразумеле, већ и код судова земље на чијој територији.⁵² тужена страна има своје редовно место боравка, или има пословно седиште, или огранак или заступништво преко кога је уговор о превозу закључен, или где је место преузимања робе или где се налази место предвиђено за испоруку.

5. Закључак

Да резимирамо - уговарањем осигурања од одговорности у вршењу своје делатности, учесници у међународној трговини и транспорту осигуравају свој положај у случају настајања штете.

Код осигурања од одговорности друмског превозиоца робе, уочљиви су проблеми у виду неусклађености домаћих правила са CMR кон-

50 Н. Петровић Томић, 363.

51 Н. Петровић Томић, 365.

52 CMR конвенција, чл. 31.

венцијом. Наиме, искључене штете нису усклађене са разлозима за ослобођење одговорности (покриће је исто за домаћи и међународни превоз, иако се прописи разликују), па је због тога је покриће које нуде домаћа осигуравајућа друштва прлично уско. Последица тога је велика могућност да превозилац остане без покрића, упркос томе што је закључио уговор о осигурању.

Поред тога, потребно је нагласити да Србија није ратификовала Протокол CMR из 2011. године, којима су модернизована правила Конвенције. Одредба, која се тиче максималног износа накнаде штете, узрокује недоумице код превозиоца. Разлог томе су превисоки износи ограничења одговорности превозиоца, због, као што смо напоменули, пораста вредности злата помоћу које се обрачунава "златни франак." Тако да ће, у неким случајевима, превозилац бити одговоран за целокупни износ штете када вредност роба не прелази одређени износ. Положај друмског превозиоца у домаћем превозу је прилично незавидан, када се пореди са превозиоцем, који има закључен уговор на основу правила CMR конвенције, са одговарајућим покрићем. Наиме, превозилац у домаћем друмском превозу, неретко, може остати без права на наканду из полисе осигурања. Међутим, превозилац има интерес за осигурањем своје одговорности и поред закљученог карго осигурања, јер се тиме обезбеђује за штете за које је одговоран и које могу утицати на његово вршење делатности.

Као решење за проблеме код осигурања одговорности друмског превозиоца намеће се потреба осавремењивањем правила одговорности, како би домаћа правила ишла у корак са међународним. Пре свега, најважније је прилагодити суму осигурања износу ограничења према CMR-у, како би превозиоцу била пружена одговарајућа заштита. Поред тога, важно је и ускладити широко одређене искључене штете из уговора са одредбама о ослобођењу одговорности из CMR конвенције како превозилац не би остајао без покрића у прилично великом броју случајева у пракси. Осим тога, потребно је и размишљати о усвајању Протокола CMR, чиме би се увео е-CMR, чија је улога стандардизација и хармонизација товарног листа. Користећи се наведеним предлозима, дефинитивно би се модернизовао начин пословања, превозилац би се осећао заштићенијим, чиме би се створили подстицаји за превозиоца да редовно закључује уговоре о осигурању одговорности.

Andrea DJUROVIĆ

DAMAGES IN ROAD CARRIER'S LIABILITY INSURANCE

Summary

As the goods in transport can be of great value, in the event of damage, the cost of compensation would simply be untenable for the carrier. In this regard, the existence of adequate insurance is necessary in order to protect all transport participants. In particular, the interest of persons responsible for transport, bearing in mind the numerous risks that accompany it while in transport. Transport insurance is emerging as a mean of protection, and the first idea of such a risk allocation for all transport participants is found already in the Hamuraby Code. On this basis, this type of insurance can be considered as one of the oldest types of insurance, with enormous importance in the world trade. Consequently, in this paper, the author deals with the issue of damages in the road carrier's insurance liability insurance. Through the presented basic characteristics of road carrier's liability insurance, this type of transport insurance is explained, analyzing the road carrier's responsibility, the coverage and the damages. In addition, the paper also points to the emergence of specific problems in the field and possible solutions.

Keywords: *carrier's liability, liability insurance, road transport, damage.*

РАДНО ПРАВО И АРБИТРАЖЕ

Др Јован ЂИРИЋ*

ДЕМОГРАФИЈА И ПЕНЗИЈЕ

Резиме

У овом чланку аутор говори о Бизмарковом моделу финансирања пензија. У том моделу, они који су тренутно запослени, финансирају тренутне пензионере. То је систем међугенерациске солидарности. Постоји такође и систем који је увео британски лорд Бевериџ 1942. То је систем класичне осигуравајуће компаније. Особа која уплаћује доприносе у том систему, штеди новац за своју будућност, за своју будућу пензију. Бизмарков модел гарантује континуитет, али постоји демографски проблем. Бизмарков систем може бити ефикасан ако 4 запослена финансирају једног пензионера. Дакле, ако се смањи број младих људи, а повећа број старих људи, јављају се проблеми и систем може доћи у колапс. Највећи проблем Бизмарковог система, какав је и српски систем, јесте однос између младе и старе генерације. Данас у српском друштву постоји велики проблем јер не постоји довољан број младих људи који плаћају доприносе за пензионере. Постоје три могућности које би могле разрешити генералан проблем демографије и пензија. Једна могућност је смањење пензија, а друга да се повећају доприноси за пензије. Трећа могућност је увођење приватних пензионих фондова. С друге стране, приватни фондови по моделу лорда Бевериџа, могу се суочити са разним тржишним

* Судија Уставног суда Републике Србије

изазовима. Посебан проблем у том смислу је тај да у Србији мало људи зна како функционишу ти приватни фондови. Аутор у овом чланку говори о свим тим друштвеним, правним, економским и демографским проблемима.

Кључне речи: демографија, пензије, Бизмарк, Бевериц, приватни пензионери фондови.

Наизглед, демографија и пензије међусобно нису повезане. Пензионери који су незадовољни тиме што им је смањена пензија, рећи ће једноставно: „ја сам годинама уплаћивао своје пензијско осигурање, то су моје паре, то је моја имовина!“ Ипак, ако на Google-у укуцате: „демографија и пензије“, пронаћи ћете чланак који каже: „Демографија ограничава пензије“, а такође и текст који каже да је све мање младих људи који би старије становништво издржавали својим радом.² Како год, тек много је нераумевања у вези функционисања пензионог система у Србији. Једна од најчешћих заблуда јесте и заблуда да је пензијски фонд уништен током 90-их година.³

Ово није тачно, иако би ови ставови могли бити веома убедљиво оправдање да се приступи мерама за смањење пензија, којима су власти у Србији приступиле у последњих неколико година. Јер, заиста, на први поглед делује сасвим убедљиво ако би се рекло да су ратови у окружењу, затим бомбардовање Србије и уништење инфраструктуре, стотине хиљада избеглица, хипер-инфлација, морали имати своје негативне реперкусије и на пензиони систем. Проблем лежи у нечем сасвим другом.

О чему је овде реч? Најраспрострањенији облик пружања социјалне сигурности (па самим тим и пензијскоог осигурања) данас представља социјално осигурање које се заснива на принципу међугенерациске солидарности, по ком сваки од осигураника редовно доприноси подршци других осигураника које је погодио неки од предвиђених социјалних ризика.⁴ То значи, да социјални осигураници уплаћујући доприносе за своје будуће социјално осигурање финансирају тренутне кориснике

1 www.021.rs/story/info/Biznis-i-ekonomija/167123/Demografija-ogranicava-penzije.html, 21.3.2018.

2 „Пензионере у Србији од 2021. неће имати ко да издржава“, доступно на адреси: <https://www.blic.rs/vesti/ekonomija/penzionere-u-srbiji-od-2021-nece-imati-ko-da-izdrzava/3bd42et>, 24.3.2018.

3 Гордана Матковић, „Најчешће заблуде о пензијском систему у Србији“, доступно на адреси: www.csp.org.rs/sr/assets/publications/files/Goga-FOKUS.pdf, 24.3.2018, 13.

4 Драгана Петраковић, „Реформа система пензијско-инвалидског осигурања у Србији“, *Индустрија*, бр. 2/2007, 30.

социјалне сигурности.⁵ Јасно је да су паре које су данашњи пензионери уплаћивали током свог радног века у виду доприноса, „потрошене“ на тадашње пензионере, као и да све генерације пензионера деле судбину тренутно запослених.⁶ Нису ратови и инфлација деведесетих потрошили пензије. Реч је о специфичном систему текућег финансирања пензија PAYG-систему (Pay As You Go), који подразумева да се пензије финансирају из доприноса које уплаћују садашње генерације запослених, а које на тај начин стичу право да њихове пензије касније буду финансиране из доприноса будућих генерација.⁷

Могло би се с тим у вези поставити питање зар није боље и целисходније да свако уплаћује доприносе не за другога, већ за самог себе. На пример, у некакав фонд који би функционисао као осигуравајуће друштво из којег се не би финансирале пензије неких других корисника, већ би се исплаћивале будуће пензије оних који данас директно, непосредно уплаћују доприносе, а пензије би се исплаћивале у будућности, онда када наступи осигурани случај. Можда би систем требало потпуно реформисати и либерализовати, тако да сваки појединац за своју будућу пензију уплаћује ако хоће и онолико колико хоће. Овакав систем у једном одређеном виду био је предлаган, као што ћемо још говорити од стране британског лорда Бевериџа. Проблем је међутим у томе што многи појединци не брину за сопствену будућност, па троше све, или готово све што зараде „данас“ током радног века. Они би у старим годинама или пали на терет држави, или би живели у крајњој беди. У том смислу, законска обавеза пензијског осигурања не представља само израз некакве апстрактне друштвене солидарности са потенцијалним сиромашним старим људима, већ и заштиту друштва од оних појединаца који не штеде добровољно за старост и који би пали на терет осталима.⁸ Или би живели поред тих других, као клошари, просјаци, потенцијални делинквенти. Без обзира колико један систем, једно друштво и једна држава били либерални и прихватили законе слободног тржишта, основни интерес сваког друштва је ипак да његови појединци, грађани не живе у беди и сиромаштву и да не буду на терет некоме другоме. У супротном, такво друштво које не би водило рачуна о својим старима, већ би свој пензиони систем заснивало само на

5 Д. Петраковић, 31.

6 Г. Матковић, 13.

7 Г. Матковић, 13.

8 Бошко Мијатовић, Драгор Хибер, *Капитализација пензијског осигурања у Србији*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2008, 17-18.

принципу ко колико лично уплати, такво друштво би постало друштво врло изразитих, великих социјалних разлика, са свим негативним последицама, првенствено на плану криминала и других негативних појава.

РАУГ систем, познат је и као тзв. Бизмарков систем. Он је, настао осамдесетих година XIX века у немачкој царевини, за време владавине познатог немачког канцелара. Овакав систем је такође познат и под називом „систем међугенерациске солидарности“. Ради се о финансијском трансферу од текуће запослене популације ка пензионерској популацији.⁹ Сам Бизмарк је предвидео границу до које ће такав систем успешно функционисати, након чега наступа колапс. Наиме, систем може успешно функционисати у земљама са економијом у успону и већим бројем младог становништва, све док је број запослених и пензионера у односу 4 према 1, тј. док 4 запослена уплаћују доприносе за једног пензионера.¹⁰

Бизмарков модел финансирања, био је критикован од стране енглеског лорда Бевериџа, као што смо већ помињали, па је он 1942. године британском парламенту изнео предлог новог начина пензијског, уопште социјалног осигурања и фактички успоставио нов модел финансирања пензионих фондова.¹¹ Лорд Бевериџ је том приликом предложио и изградио и систем здравственог осигурања, који се такође заснива на добровољности и приватно-тржишној оријентисаности.¹² И здравство и пензије су вид осигурања, као и сваки други и ту треба да се примењују општи тржишни принципи. Бевериџов модел за разлику од Бизмаркових фондова (РАУГ -Pay as you go), представља вид тзв. капиталних фондова. Ти фондови располажу новчаним средствима која прикупљају, улажу их у одговарајуће (инвестиционе) пројекте и из њих извлаче, располажу и акумулирају одређене приходе, профите. Насупрот томе, српски Фонд ПИО је пример Бизмарковог – РАУГ фонда.

Према Бевериџовом, у основи (нео)либералном моделу, држава обезбеђује само најосновнији егзистенцијални минимум, а сам појединац

9 Иван Радојковић, Бобан Гајић, „Развијеност добровољних пензијских фондова у Србији“, *Токови осигурања*, бр. 4/2017, 34.

10 Јелена Лазовић, „(Не)одрживост пензионог система“, чланак доступан на адреси: www.nedeljnik.rs/moj-nedeljnik/mojevesti/jelenalazovic90/neodrzivost-penzionog-sistema, 25.3.2018.

11 Д. Петраковић, 30.

12 Светлана Јовановић, Срђан Миловановић, Јелена Мандић, Синиша Јововић, „Системи здравствене заштите“, *Енграми*, Vol. 37, бр.1/2015, 65-82.

себи обезбеђује, уплаћује све остало што је више од тога, заправо онолико колико може и хоће.¹³ Капитални фондови су заиста једна врста осигуравајућег друшта и послују попут банака, па средства која се налазе у капиталним фондовима, која су уплаћена на рачунима појединаца, остају све време приватна својина појединаца који по том моделу не финансирају садашње пензионере.¹⁴ Они финансирају сами себе за неки будући случај.

Суштинска разлика између ове две врсте фондова јесте у томе што „Pay As You Go“ фондови гарантују то да ће им будуће пензије бити исплаћиване од стране будућих запослених, али нема гаранције колико ће им бити исплаћивано. Такав је и српски фонд ПИО, који је карактеристичан по томе што уплаћујући доприносе за своје пензијско и инвалидско осигурање, људи финансирају не своје будуће пензије, него тренутне кориснике социјалног осигурања. Они који су седамдесетих и осамдесетих година уплаћивали доприносе, нису уплаћивали доприносе за своје будуће пензије, већ су уплаћивали доприносе за пензије оних којима су пензије исплаћиване тада тих година. Највећи број пензијских система данас у свету функционише на том PAYG систему, а то значи да пензије које се тренутно исплаћују садашњим пензионерима, су финансиране од стране садашњих, тренутно запослених радника.

Да би се одржала равнотежа таквог система, нарочито уколико дође до неповољних демографских кретања, каже једна стручњакиња из Велике Британије, потребно је или повисити доприносе актуелних радника, или смањити пензије.¹⁵ Бизмарков модел, PAYG систем финансирања је одржив у условима повољних демографских кретања, а његова предност је у томе што онемогућава да „штедња за старост“ пропадне на тржишту, што увек постоји као опасност код обичних, класичних банака, осигуравајућих друштава и капиталних пензионих фондова по Бевериџ моделу. Бевериџов тржишни модел, подразумева све оно што тржиште као такво уопште подразумева, а то значи и могућност да се пропадне на тржишту. На тржишту се, као што знамо може зарадити, онда када се догађају нека повољна тржишна кретања, међутим, не треба сметнути с

13 Гордана Матковић, Јуриј Бајец, Бошко Мијатовић, Бошко Живковић, Катарина Станић, *Изазови увођења обавезног приватног пензијског осигурања у Србији*, Центар за либерално демократске студије у сарадњи са USAID, Београд, 2009, 25-27.

14 Д. Петраковић, 31.

15 Sarah Smith, „UK state pensions(2)“, доступно на адреси: https://www.ifs.org.uk/economic_review/fp184.pdf, 30. 10. 2017.

ума да се на тржишту може и доста изгубити, понекад услед објективних разлога, кретања на тржишту, а не ретко и услед погрешних тржишних потеза и инвестиција оних који одлучују о томе где, када и како ће се инвестирати. Да се вратимо на почетак наше приче о Србији деведесетих година. Да су тада постојали капитални пензиони фондови, они би свакако пропали услед објективних тржишних кретања, ратова, санкција, инфлације, а пропали би можда и услед свесно, а понекад несвесно лоше пословне политике руководства тих капиталних фондова. Бизмарков РАУГ систем, ипак није пропао онако и онолико колико је могао пропасти да је функционисао по тржишним принципима, као што су пропале „Беобанка“, „Дафимент“ банка, „Југоскандик“ и остале финансијске институције.

Међутим, код Бизмарковог модела се појављују два основна проблема: старење становништва и смањење броја осигураника као резултат раста незапослености, или пореске евазије, односно избегавања плаћања доприноса за пензијско осигурање.¹⁶ Бизмарков систем РАУГ фондова, гарантује финансијску сталност, односно то да неће попут банака или осигуравајућих друштава тај фонд пропасти на тржишту. Капитални фондови, између осталог, другима позајмљују средства да би увећали стопе приноса, али, ту се појављује ризик од погрешног инвестирања. Фондови за финансирање из текућег дохотка (РАУГ) не суочавају се са таквим опасностима, опасностима од потпуне пропасти на тржишту. Ипак, кретање старосне структуре становништва је основна детерминанта, како броја пензионера, тако и свеукупног финансирања пензија у систему текућег финансирања пензија (РАУГ).¹⁷ Ствар је у основи математички једноставна, у мери у којој је младих људи у једном друштву мање, биће мање уплата пензионих доприноса, а то ће значити да ће и пензије морати бити мање. С друге стране, у мери у којој је старијих људи, корисника пензија више, у тој мери ће пензије морати бити мање. То практично значи да пензије првенствено зависе од тога колико и у којем броју млади, запослени људи уплаћују доприносе у пензиони фонд, односно од броја старих, пензионера, који повлаче средства из пензионог фонда, тј. од односа између броја запослених и броја пензионера, од односа броја младих и броја старих.

Имајући све то у виду, треба рећи да становништво Србије спада у групу изразито старих популација, где је учешће младих генерација

16 Д. Петраковић, 31.

17 Б. Мијаговић, Д. Хибер, 7.

ниско и опадајуће.¹⁸ Просечна старост у Србији је 2002. била 40,7 година, а само још четири земље у свету имају просечну старост изнад 40 година. То су Јапан, Италија, Немачка и Швајцарска.¹⁹

Још један демографски податак овде заслужује да буде посебно поменут, када говоримо о Србији. Ради се о учешћу старих људи, оних од преко 65 година у укупном становништву. Године 1981. у Србији је таквих било 10,4%, док их је у 1991. било 12,7%, односно 2002. их је било 16,6%. Демографске процене су да ће их 2032. бити 20,8%, а 2052. 24,4%.²⁰ Дакле, све је мање оних који ће плаћати, а све је више оних који ће тражити да им буде плаћано.

Са сличним демографско-пензионим проблемима суочавају се и друге европске земље, па тако и савремена Русија. У земљи од 144 милиона становника, трећина становника, 42,7 милиона су пензионери, који одлазе релативно рано у пензију – жене са 55 година, а мушкарци са 60 година старости. Бивши руски министар економије Алексеј Кудрин, је предлагао подизање старосне границе за одлазак у пензију на 63 године за мушкарце.²¹ Такве мере нису политички популарне, али, нису популарне ни мере смањивања пензија. Све у свему, пензије увек представљају посебно осетљиво политичко питање, питање које побуђује пажњу најшире јавности.

Подизање старосне границе за одлазак у пензију један је од начина за решавање демографско-пензионих проблема. Други начин решавања овог општег проблема је подизање доприноса који запослени, тј. њихови послодавци морају да уплаћују у пензионе фондове. Тако би се могли превазилазити демографско-пензиони проблеми, па би се за проценат за који расте број старијег становништва, могао повећавати проценат уплаћивања доприноса у пензионе фондове. Али, ту се могу појављивати други проблеми. Уколико доприноси за пензионо осигурање, буду посебно високи, онда се појављује опасност да у већој мери дође до изигравања законских обавеза.

Ако је законска обавеза плаћања, било пореза, било неких других социјалних давања, 100, онда се може предвидети, прорачунати, да ће ту

18 Б. Мијаговић, Д. Хибер, 7.

19 Б. Мијаговић, Д. Хибер, 8.

20 Б. Мијаговић, Д. Хибер, 9.

21 „Ахилова пета Русије – економске муке – четири нерешива изазова пред Путином“, *Блиц недеље*, 1.4. 2018, 6-7.

обавезу, плаћати на пример, осамдесет одсто обвезника. Ако обавезу повећамо са 100 на 120, онда је врло вероватно да ће стопа оних који поштују ту законску обавезу, опасти са осамдесет на седамдесет, или можда још и више процената. Тада смо као друштво чак и изгубили, макар не толико у економском, колико у једном социо-психолошком смислу, јер смо и запослене и њихове послодавце натерали да се сналазе „како знају и умеју“, тј. да изигравају законске обавезе, што све води свеопштем снижавању ауторитета права. Најгоре од свега јесте не само у томе што се појединци понашају на тај начин, него и сама држава почиње да резонује на такав начин, па почиње да „гледа кроз прсте“ и толерише одређена изигравања закона до једне одређене мере. Само је питање која је то мера и може ли се уопште одредити мера до које се закони не морају поштовати? Може ли држава на пример да казни једно велико предузеће које изиграва неке законске прописе и тиме можда доведе у питање његов даљи опстанак на српском тржишту? Држава која је принуђена да субвенционише стране инвестиције није довољно јака и фактички независна да сада том неком страном инвеститору наплаћује казне ако овај изиграва пореске обавезе, односно у овом случају обавезе из социјалних давања тј. пензионог осигурања. Јер, увек постоји реалан страх и опасност да тај велики страни инвеститор „побегне“ у другу државу, на неку нову дестинацију где ће плате, али и доприноси бити мањи.²² Односно, онај појединац који нема никакву плату, никакво запошлење, прихватиће и најгоре могуће услове што се тиче уплаћивања доприноса за пензију, само да добија какву-такву плату. Уосталом, велики број људи који раде „на црно“ пристају на било шта и не размишљају о томе да ли су и колико су закинути тиме што им послодавци не уплаћују доприносе на пензијско осигурање. Велики број радника пријављен је да прима „минималац“, а „на руке“ у кешу им се исплаћује остатак. У земљи у којој је незапосленост изузетно висока, у таквој земљи, они који су незапослени пристају на све, па и на минималне уплате за пензијско осигурање. Ово је још више разумљиво, ако се има у виду да уплаћујући данас доприносе пензијског осигурања, људи не уплаћују за себе и своју сутрашњу пензију, већ уплаћују за пензије неких данашњих пензионера, „а када ја дођем на ред да примам пензију, неко други ће тада уплаћивати за мене.“ Када виде да су „велики страни инвеститори“ фактички зашти-

22 Јован Ђирић, „Стране инвестиције – новац не смрди“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, 552—562.

ћени, онда и „мали, домаћи инвеститори“ почињу да резонују по сличном принципу. Кад могу они, зашто не бисмо могли и ми?

Показује се да повећање стопе доприноса није добра мера за превазилажење демографско – пензионих проблема, већ се решења морају потражити на некој другој страни. Та друга страна, односно друга мера, може на пример бити „увоз“ младих миграната, радне снаге из иностранства да би се поправила демографска слика једног друштва. Ово делује као добро решење. Зар читава суштина и историја економско-социјалног и политичког напретка не само појединих земаља, већ и читавих континената, не показује да се успех може направити, између осталог и на бази увоза младе популације, радне снаге. Мислимо ту превасходно на САД, Канаду, Аустралију, итд. Садашња мигрантска криза у Европи, актуелизује многа питања, па и питање демографског старења Европе, те потребе да се „увозом“ младих миграната, овај проблем макар делимично „држи под контролом“. Благонаклон став према мигрантима, који исказују и немачка држава и актуелна канцеларка Меркел, сигурно је једним делом последица и сагледавања демографских проблема са којима се савремена Европа, а нарочито Немачка суочавају. Тај проблем има и те какву економску димензију, коју свакако треба имати у виду. Србија међутим у психолошком смислу није спремна за такву врсту „експеримента“, за увоз миграната из других земаља који би побољшали њену демографску ситуацију. О томе се у Србији може говорити само у неким појединачним случајевима и то везано пре свега за бизарне ситуације у вези са „увозом“ невести из Албаније и других земаља. Основни приговор који се у вези са тим може чути јесте да „увоз“ младих радника, младе популације из других земаља, пре свега оних са Блиског истока и из Африке, може угрозити идентитет нације. За српско друштво се никако не може рећи да је клаустрофобично, те да у њему доминира негативан став према онима који нису српске националности. Напротив, Србија, а нарочито Београд су, рекли бисмо једини са простора бивше СФРЈ, који су задржали отвореност и мултикултурни, мултиетнички састав и став. Међутим, није баш извесно да би тако остало и уколико би се у једном краћем периоду, у већој мери у Србију доселило на десетине хиљада младих људи, који припадају некој другој раси, нацији или религији. У питању је нешто што би се могло окарактерисати као непознавање и страх од непознатог, а што у социопсихолошком смислу, представља почетни основ за формирање различитих предрасуда и антагонизама.²³ Усуђујемо се дакле

23 Никола Рот, *Основи социјалне психологије*, Београд, 2009, 491.

да констатујемо да српско друштво у овом тренутку није опхрвано расистичко-дискриминаторским предрасудама, али, нико не може са сигурношћу знати, шта и како ће бити уколико се у Србији у краћем временском периоду досели већи број оних који су друге вере, другог језика, друге расе, другачијих навика. Ми овде морамо да подсетимо на констатацију Ангеле Меркел да концепт „мултикултурализма“ није успео.²⁴ Актуелна мигрантска криза отвара низ озбиљних социо-психолошких проблема идентитетске природе.²⁵ Овде треба имати у виду потпуно другачији религијско – цивилизацијски однос према женама, што је карактеристично за мигранте који долазе из арапско – исламског света. Концепт „подмлађивања“ нације, становништва, путем „увоза“ младих људи, младих радника, више је него дубиозан у читавој Европи, па тако и у Србији. Посебан проблем су проблеми економске природе. Хајде да замислимо стране квалификоване младе раднике, који су спремни да не бирају послове и плате и исто тако спремни су да раде без да им послодавац уплаћује икакве доприносе за пензијско осигурање. Као такви они лако постају значајна конкуренција домаћим радницима Србима. Тада тек може доћи до не само латентних, него и отворених сукоба са домаћим становништвом.

Ако дакле одбацимо решење демографских проблема у виду увоза младе радне снаге из иностранства, исто као и решење које се тиче повећања стопе доприноса за пензијско осигурање, онда остају практично још само две могућности за превазилажење демографско-пензионих проблема у Србији. Једна се тиче подизања старосне границе за одлазак у пензију, а друга се тиче смањивања пензија, било да је реч о тренутном смањењу пензија, или смањењу за дуже време. Ова мера је као што знамо примењена у Србији, али, овде такође треба рећи и то да је своју примену оваква мера пронашла и у још неким европским земљама, које су се такође суочавале и суочавају се са сличним демографско-пензионим проблемима.²⁶

24 16. октобра 2010 године Ангела Меркел је на једном скупу подмлатка њене партије изјавила да је концепт мултикултурализма пропао. Џорџ Фридман, „Немачка и пропаст мултикултурализма“, доступно на адреси: www.nspm.rs/savremeni-svet/nemacka-i-propast-multikulturalizma.html, 20.3.2018.

25 Зоран Гудовић, „Имигрантска криза и европски идентитет“, *Мигранти на раскрићу или беспућу земље Србије* (уредници Јован Ђирић и Бранислава Кнежић), Београд, 2016, 93-110.

26 Опширније код: Дарко Симовић, „Смањење пензија у Републици Србији у светлости јуриспруденције европских уставних судова“, *Правни живот*, бр. 12/2016.

Без жеље да овде даље коментаришемо правну основаност и оправданост мере смањивања пензија, ми можемо констатовати да тренутни успеси и резултати постигнути овом мером смањивања пензија, врло брзо могу бити обезвређени, уколико се негативни демографски трендови у Србији наставе. Због тога је потребно извршити и додатне реформе читавог система пензијског осигурања, а пре свега у смислу увођења допунског добровољног пензијског осигурања, што је за сада, за највећи број грађана једна потпуна непознаница. Ради се о томе да систем добровољних пензијских фондова у Србији тек треба да се развија, односно да искуства других земаља, пре свега оних из окружења, као Хрватска и Македонија, треба да буду посебно сагледавана и анализирана код нас.²⁷ Држава треба благовремено да грађанима укаже да они на време почну да размишљају о улагању у приватне пензионе фондове као виду штедње за лагоднију будућност.²⁸ Могло би се ићи у том правцу да поједина струковна удружења, као што су адвокати, лекари, новинари, полицајци, војници, почну да оснивају сопствене добровољне пензионе фондове.²⁹ Такође би се могло размишљати и ићи и у правцу да држава почне да обавезује одређене категорије становништва, на пример оне који су стари двадесет година (рођени 1997, или 1998. године) на штедњу у приватним пензионим фондovima.³⁰

Према неким показатељима у Србији расте интересовање за добровољне пензионе фондове. Наиме, све се више родитеља одлучује да своју децу већ од прве године живота, преко уплате у добровољним пензијским фондovima, осигура за треће доба.³¹ Држава може кроз пореске олакшице да стимулише послодавце и физичка лица да уплаћују у добровољне пензионе фондове.³² Тиме би се постигло и то да се држава ипак постепено повуче из области пензијског осигурања и да пензијско осигурање постане као однос између банке и штедише. Међутим, ствари ипак нису баш тако једноставне. Да би један (пензиони, или осигуравајући) фонд уопште био функционалан, он наравно не може дозволити да средства која су му поверена, стоје тек тако на рачуну, а без да та средства

27 И. Радојковић, Б. Гајић, 37-42.

28 И. Радојковић, Б. Гајић, 42.

29 И. Радојковић, Б. Гајић, 42.

30 И. Радојковић, Б. Гајић, 42.

31 Доступно на адреси: [www.telegraf.rs/vesti/\(874880-dobrovoljno-penzioni-fondovi-da-li-se-isplate-sve-prednosti-i-mane-ove-stednje\)](http://www.telegraf.rs/vesti/(874880-dobrovoljno-penzioni-fondovi-da-li-se-isplate-sve-prednosti-i-mane-ove-stednje), 30.3. 2018.

32 [www.telegraf.rs/vesti/\(874880-dobrovoljno-penzioni-fondovi-da-li-se-isplate-sve-prednosti-i-mane-ove-stednje\)](http://www.telegraf.rs/vesti/(874880-dobrovoljno-penzioni-fondovi-da-li-se-isplate-sve-prednosti-i-mane-ove-stednje)

буду „обртана“, тј. улагана, инвестирана негде даље у неке друге профитабилне пројекте, где би се даље увећавала. Ту се међутим, отвара неколико проблема. Пре свега, питање је да ли у Србији уопште постоје пројекти у које се могу уложити средства, а који су довољно профитабилни, гледано на дуже стазе. С тим у вези је и следеће питање: да ли средства из тих фондова треба улагати у куповину државних обвезница, те да ли се тако држава опет укључује у функционисање тих пензионих фондова. Може се дакле догодити да на други, заобилазан начин, држава ипак преузме контролу над тим добровољним пензионим фондovima. Јер, инвестирање у државне, капиталне, инфраструктурне пројекте, за које држава може издавати обвезнице, гарантују можда нешто мању, али зато ипак сигурну зараду, али је питање шта се тиме постиже. Ту је и питање, да ли средства из добровољних пензионих фондова треба улагати у неке пројекте у иностранству? Ако већ живимо у једном потпуно глобализованом свету поставља се питање због чега један добровољни пензиони фонд из Србије, не би улагао своја средства у неке инвестиционе пројекте у Италији или Немачкој, ако је ту могућност зараде врло велика. То је наравно скопчано са бројним могућим проблемима, а један од највећих се састоји у питању: да ли ће наши фондови и пре свега њихов менаџмент бити у стању да успешно послују на великим светским тржиштима. О евентуалним злонамерностима менаџмента тих фондова, те могућим преварама, овде не треба посебно говорити, али, треба ипак рећи да су сећања на „Дафинмент“ банку и „Југоскандик“, у јавности још увек свежа те да то може бити ограничавајући фактор за развој добровољних пензионих фондова. Тржишно пословање само по себи подразумева и ризик од погрешних калкулација и инвестиција, без обзира да ли је до тих грешака дошло услед неке више силе, услед нечијег незнања, или услед нечијег преварног понашања.

Било како било, тек тема пензијског осигурања доспела је у жижку интересовања најшире јавности након недавног смањивања пензија. Проблем пензија у Србији није међутим краткорочног карактера који се једном мером смањивања или повећања пензија може превазићи. Ствар је у томе што сами демографски проблеми српског друштва никако нису краткорочног карактера. Они су проблем сами по себи, али су и узрок многих додатних социјалних и економских проблема. Пензије су директно повезане са тим демографским проблемима и о томе смо овде желели да кажемо неколико речи више.

Jovan ĆIRIĆ, PhD
Judge of the Constitutional Court of Serbia

DEMOGRAPHY AND PENSIONS

Summary

In this article the author talks about Bismarck model of financing pensions. In that model those who are currently employed pay contributions to finance current pensioners. That is a system of inter-generation solidarity. There is also a system that was introduced by British Lord Beveridge in 1942. That system is a classical insurance company. A person who pays contributions in that system, saves a money for his future, for his future pension. Bismarck model guarantees the continuity, but there are some problems with the demography. Bismarck's system can be efficient if 4 of employes finance one pensioner. So, if the number of young people goes down and the number of old people goes up, there could be some problems and the system could be collapsed. So, the most significant problem in the Bismarck's system, like the Serbian system is, is the relation between young and old generations. In Serbian society nowadays there is a big problem because there are not sufficient number of young people who pay contributions for pensioners. There are three possibilities that could resolve that general problem of demography and pensions. One possibility is to reduce pensions and the second is to raise contributions for pensions. The third solution is to introduce private funds for pension's. On the other side, Beveridge private funds could face with market challenges. The special problem in that sense is that in Serbia people do not know very much how those funds are functioning. The author of this article speaks about all of those social, legal, economic and demographic problems in this text.

Keywords: *demography, pensions, Bismarck, Beveridge, private pension funds.*

др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ*

др Слободанка КОВАЧЕВИЋ – ПЕРИЋ**

ПОСТУПАК ИЗВРШЕЊА РАДИ ВРАЋАЊА ЗАПОСЛЕНОГ НА РАД

Резиме

Враћање запосленог на рад представља једно од законом регулисаних средстава извршења ради принудног остваривања неновчаног потраживања извршног повериоца. У ситуацији када запослени располаже извршном исправом на основу које је послодавац дужан да га врати на рад или распореди на одговарајуће радно место а послодавац није поступио по одлуци суда, постоји потреба за принудним извршењем и тада запослени, као извршни поверилац, покреће поступак извршења ради враћања на рад. Аутори у раду анализирају специфичности овог посебног поступка извршења који је у искључивој надлежности извршног суда који одређује и спроводи принудно извршење. Пажња је у раду посвећена специфичној садржини решења о извршењу које суд доноси и начину спровођења извршења које се састоји у новчаном кажњавању послодавца и одговорног лица послодавца све док не поступе по налогу суда садржаном у решењу о извршењу – док не врате запосленог на рад или га распореди на одређене послове. У раду су анализирани и услови под којима суд у току спровођења извршења може донети решење које има дејство решења о извршењу, којим се послодавцу налаже да намири потраживање извршног повериоца по основу накнаде изгубљене зараде и којим се одређују средство и предмет извршења у случају да послодавац у року то не учини.

Кључне речи: *право на рад, враћање на рад, извршни суд, спровођење извршења, накнада изгубљене зараде.*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

** Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

I Уводна разматрања

Право на рад представља једно од основних људских права које је загарантовано Уставом Републике Србије.¹ Уставом је прописано да свако има право на слободан избор рада, да су свима под једнаким условима доступна сва радна места и прописани су посебни модалитети права на рад.² Како у пракси врло често долази до повреде права на рад, до његовог угрожавања или ускраћивања, неопходно је да постоје механизми којима се ово фундаментално људско право штити. Механизми правне заштите права на рад и права у вези са радом предмет су и одредаба Закона о раду Републике Србије³ и Закона о парничном поступку Републике Србије.⁴

Питање заштите права на основу незаконитог престанка радног односа, које је у вези са централном темом овог рада, регулисано је одредбама ЗОР. Под рубрумом „Правне последице незаконитог престанка радног односа“,⁵ у одредби из чл. 191. ст. 1. ЗОР, законодавац прописује да ће суд, на захтев запосленог, одлучити да се запослени врати на рад⁶ у случају да је у току поступка утврдио да је запосленом престао радни однос без правног основа.⁷ То фактички значи да је запослени који сма-

1 Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

2 Према одредби из чл. 60. ст. 4. Устава „свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа“ и нико се тих права не може одрећи.

3 Закон о раду – ЗОР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017.

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

5 Ранији наслов „незаконити отказ“ промењен је новелама ЗОР-а из 2014 године.

6 Враћање на рад само је једна од правних последица незаконитог престанка радног односа. Остале последице су накнада штете и уплата припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Детаљније у: Горан Обрадовић, Слободанка Ковачевић-Перић, „Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 67/2014, 203.

7 Поступање суда ће бити различито, у зависности од захтева запосленог, односно послодавца. Наиме, уколико запослени не захтева да се врати на рад, суд ће на захтев запосленог наложити послодавцу да му исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице. ЗОР, чл. 191 ст. 5. С друге стране, иако је суд у току поступка утврдио да је запосленом престао радни однос без правног основа, послодавац може у току поступка да докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа није могућ и тада ће суд одбити захтев запосленог да се врати на рад

тра да му је послодавац или надлежни орган послодавца решењем или фактичком радњом ускратио право на рад дужан да се обрати суду и затражи судску заштиту свог повређеног права, уколико се определио за овај облик његове заштите.⁸

Запослени је дужан да поступак у парницама из радних односа покрене у законом прописаном року. Рок за покретање поступка је 60 дана од дана достављања решења којим је повређено право запосленог односно од дана сазнања за повреду права⁹ и рок је материјалноправни, субјективни и преклузиван.¹⁰ Пошто запослени покрене поступак пред судом, суд у поступку у парницама из радних односа, након што утврди да је дошло до повреде права запосленог, доноси пресуду којом послодавцу налаже да запосленог коме је радни однос престао без правног основа, врати на рад или распореди на одређене послове.¹¹ У основној класификацији пресуда према садржини правне заштите, пресуда коју суд доноси је кондемпнаторне правне природе јер се послодавцу налаже испуњење одређене чинидбе – враћање запосленог на рад.

Само доношење ове пресуде, међутим, није и гаранција да ће послодавац поступити по налогу суда и вратити запосленог на рад у

али ће му досудити накнаду штете у двоструком износу од износа предвиђеног за случај да не жели да се врати на рад. Детаљније у: Слободанка Ковачевић-Перић, „Незаконит преста-
нак радног односа: правне последице пресуде у радном спору“, *Тематски зборник радова Начела добре владавине – начело начело правне сигурности и начело правичности*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 420-423. Притом, треба констатовати да накнада штете у оба случаја не искључује право запосленог на изгубљену зараду за период у коме није радио. У том смислу: и: Г. Обрадовић, С. Ковачевић-Перић, 205.

8 Судска заштита само је један од механизма заштите права на рад. Ради заштите појединачних права из радног односа запослени може да се обрати органима послодавца у поступку интерне заштите, инспекцији рада у поступку управне заштите, арбитру и посебној арбитражи за радне спорове преко и у оквиру Агенције за мирно решавање радних спорова у поступку арбитражне заштите, као и Заштитнику грађана, Поверенику за информације од јавног значаја и за заштиту података о личности и Поверенику за заштиту равноправности у поступку квазисудске заштите. Тако: С. Ковачевић-Перић, 416; Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, „Арбитража за радне спорове“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 645-646.

9 ЗОР, чл. 195 ст. 2.

10 Тако: Гордана Станковић, *Грађанско процесно право, прва свеска, парнично процесно право*, Мегатренд универзитет, Београд, 2013, 559.

11 Поред враћања на рад, суд послодавцу налаже и да запосленом исплати накнаду штете и уплати припадајуће доприносе за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио.

париционом року који је наведен у пресуди.¹² Послодавац је дужан да предузме фактичке и правне радње како би у париционом року омогућио запосленом да се врати на рад и укључи у процес рада.¹³ Непоступање послодавца по налогу суда садржаном у пресуди у добровољном року за испуњење чинидбе, доводи до потребе за принудним извршењем.

II Поступак извршења ради враћања запосленог на рад

По правилима поступка извршења, као облика грађанскоправне заштите, поступа се у случају да постоји потреба за принудним остваривањем потраживања извршног повериоца. У случају да извршни дужник није добровољно поступио по налогу суда садржаном у диспозитиву кондемпнаторне пресуде, извршни поверилац има право да покрене поступак извршења ради намирења свог потраживања. У поступку спровођења извршења ради намирења потраживања извршног повериоца користе се различита средства извршења која су предвиђена и регулисана одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије.¹⁴ Једно од регулисаних средстава извршења ради остваривања неновчаног потраживања¹⁵ извршног повериоца је и враћање запосленог на рад, које је и непосредни предмет овог рада. Одредбама ЗИО предвиђена су специфична правила по којима се поступа у поступку извршења ради враћања запосленог на рад.

До поступка извршења ради враћања запосленог на рад долази у случају да извршни поверилац располаже извршном исправом на основу које је послодавац дужан да га врати на рад или распореди на одговарајуће радно место а послодавац није поступио по одлуци суда. Дужност је послодавца да спроведе одлуку суда о враћању запосленог на рад или распоређивању на одређене послове, доносећи неопходне одговарајуће

12 Према дикцији законодавца, у поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова. ЗПП, чл. 438. У том смислу, и парициони рок у овом посебном парничном поступку је краћи у односу на правила опште парничне процедуре и износи 8 дана. ЗПП, чл. 440 ст. 1.

13 Видети: Зоран Ваван, „Извршење судских одлука о реинтеграцији запослених“, *Правни живот*, бр. 12/2017, 217-218.

14 Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење.

15 Сва средства извршења класификована су на средства извршења ради остваривања новчаног потраживања извршног повериоца и средства извршења ради остваривања неновчаног потраживања извршног повериоца.

одлуке и у року који је одређен судском одлуком.¹⁶ Међутим, када послодавац не донесе одлуку о враћању на рад или распоређивању на одговарајуће радно место, настала је потреба за принудним извршењем и запошлени, као извршни поверилац, има право да покрене поступак извршења код месно надлежног суда.

1. Надлежност суда

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад је у искључивој надлежности суда. Суд је надлежан и за одређивање извршења и за спровођење извршења ради враћања запосленог на рад. Поступак извршења ради враћања запосленог на рад је и у време важења претходног закона¹⁷ у области извршне судске процедуре био у искључивој надлежности суда, иако су управо његовим одредбама у наш правни систем уведени приватни (сада јавни) извршитељи који су, према закону, били надлежни да спроводе извршење у великом броју поступака извршења.¹⁸

Према ЗИО, за одлучивање о предлогу за извршење и спровођење извршења ради враћања запосленог на рад, месно је надлежан и суд на чијем подручју се налази седиште послодавца.¹⁹ Очигледно је да законодавац предвиђа изборну месну надлежност јер је поред опште месно надлежног суда надлежан и суд на чијем се подручју налази седиште послодавца. Поједини аутори износе критике на рачун ове одредбе сматрајући да је ова одредба бесмислена, имајући у виду да је послодавац уједно и извршни дужник те да извршни поверилац и нема између чега да бира

16 Тако: Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, прво издање, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 287.

17 Видети: чл. 3 ст. 2. Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године – ЗИО 2011, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 - одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

18 Према тада важећим законским нормама, од воље извршног повериоца је зависило да ли ће извршење спроводити судски или јавни (тада приватни) извршитељ, јер је он био дужан да у предлогу за извршење означи да ли ће извршење спроводити судски или приватни извршитељ (ЗИО 2011, чл. 35 ст. 6), осим у извршним процесним стварима које су и тада биле у искључивој надлежности суда. Важећи ЗИО изричито прописује у којим извршним процесним стварима извршење спроводи суд а у којима јавни извршитељ и на тај начин су укинати паралелан систем спровођења извршења и систем алтернативне надлежности у поступку спровођења извршења. Детаљно о томе: Владимир Боранијашевић, *Јавноизвршитељско право*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 16.

19 ЗИО, чл. 381.

јер су општа и изборна месна надлежност у том случају увек идентичне.²⁰ Међутим, констатујући да се ради о незаменљивој радњи послодавца, аутори сматрају да извршни поверилац може да бира између суда опште месне надлежности и надлежности суда на чијем подручју он треба да се врати на радно место.²¹

2. Ток поступка извршења ради враћања запосленог на рад

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад покреће се предлогом запосленог као извршног повериоца. Предлог за извршење, као иницијална радња којом се покреће поступак извршења, мора да има садржину предвиђену законом.

Извршни поверилац, најпре, у предлогу за извршење означава извршни суд, суд који је стварно и месно надлежан да дозволи извршење у конкретној извршној ствари која је у искључивој надлежности суда. Након означања суда, у предлогу за извршење се означавају идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику, означава се извршна исправа која представља основ за одређивање извршења, означава се потраживање извршног повериоца као и средство и предмет извршења.²² Извршни поверилац је дужан да наведе средство извршења из спектра средстава извршења предвиђених законом ради намирења неновчаног потраживања, као и предмет извршења на коме треба да се спроведе извршење.

Запослени као извршни поверилац који захтева враћање на рад принудним путем, у предлогу за извршење истиче и свој захтев за извршење. Иако у законским одредбама није изричито предвиђено да је захтев за извршење саставни део садржине предлога за извршење, извршни поверилац је дужан да истакне захтев за извршење као процесни захтев којим од суда захтева да му дефинитивно буде пружена правна заштита. Захтев за извршење представља правозащитни захтев извршног повериоца којим он врши своје право на правну заштиту, који садржи тражење извршног повериоца којим он од суда захтева да се одреди и спроведе поступак извршења ради остваривања његовог неновчаног потраживања.²³

20 Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Приручник за полагање правосудног испита, тринаесто допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2017, 639 – 640.

21 Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 639-640.

22 ЗИО, чл. 59 ст. 1. Предлог за извршење садржи и остале податке који су потребни за спровођење извршења.

23 Тако: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 97.

Запослени, као извршни поверилац, предлог за извршење може подићи у законом предвиђеном року. Према закону, предлог за извршење запосленог не може да се поднесе кад истекне 60 дана од када је извршни поверилац стекао право да поднесе предлог.²⁴ То фактички значи да запослени има право да покрене поступак извршења ради враћања на рад у року од 60 дана од дана када је истекао рок у коме је послодавац био дужан да спроведе судску одлуку којом му је наложено да запосленог врати на рад. Чини се да се запослени, као извршни поверилац и лице које покреће поступак принудног извршења, може наћи у две ситуације. Најпре, постоји могућност да је суд донео одлуку којом налаже послодавцу да запосленог врати на рад или распореди на одговарајуће радно место у року који је одређен судском одлуком. Тада запослени може да покрене поступак извршења у року од 60 дана од дана истека рока који је судском одлуком био одређен као рок у коме је послодавац био дужан да поступи по налогу суда. Друга ситуација се односи на случај када одлуком суда није одређен рок у коме послодавац треба да поступи по налогу суда и тада протеклом париционог рока, пошто је одлука кондемпнаторне природе, почиње да тече рок од 60 дана у коме запослени може да захтева принудно извршење.²⁵

Пошто суд прими предлог извршног повериоца којим покреће поступак извршења ради враћања на рад и утврди да је стварно и месно надлежан за одлучивање о предлогу за извршење, он испитује формалну уредност предлога за извршење, као и да ли су испуњени услови за одлучивање. Када суд у поступку извршења ради враћања запосленог на рад утврди да је предлог уредан, потпун, благовремен и дозвољен као и да постоји извршна исправа која је снабдевена клаузулом извршности, суд одлучује о предлогу за извршење ради враћања запосленог на рад. Онда када утврди да је захтев за извршење основан, он доноси решење о извршењу.²⁶

24 ЗИО, чл. 382. Рок за подизање предлога за извршење ради враћања запосленог на рад био је, историјски посматрано, одређиван у различитом трајању. Нпр. према Закону о извршном поступку из 2000. године (*Службени лист СРЈ*, бр. 28/2000, 73/2000, 71/01) рок је износио шест месеци (чл. 212), док је према Закону о извршном поступку из 2004. године (*Службени гласник РС*, број 125/2004) тај рок био одређен у трајању од 30 дана (чл. 228).

25 Детаљније: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 97.

26 У случају да је предлог неблаговремен, непотпун или недозвољен, суд доноси решење о одбацивању предлога за извршење. Онда када је захтев неоснован, суд доноси решење о одбијању захтева за извршење. Законодавац у случају када је захтев за извршење неоснован говори о „одбијању предлога“, што је последица не разликовања предлога за извршење као поднеска којим се поступак покреће и захтева за извршење који уствари представља главни

3. Начин спровођења извршења

Начин спровођења извршења у поступку извршења ради враћања запосленог на рад је специфичан и посебан, адекватан радњи коју треба да предузме извршни дужник – послодавац. Законодавац прописује да се извршење ради враћања запосленог на рад или ради његовог распоређивања на одређене послове спроводи изрицањем новчане казне послодавцу и његовом одговорном лицу, према одредбама о изрицању новчане казне ради предузимања радње коју може предузети само извршни дужник.²⁷ Законодавац нас упућује на одредбе о поступку за извршење обавезе на чињење, нечињење или трпљење и то на део који се односи на извршење незаменљиве радње – радње коју може предузети само извршни дужник.

У поступку извршења ради враћања запосленог на рад, суд решењем о извршењу које доноси налаже послодавцу и његовом одговорном лицу да запосленог врати на рад или га распореди на одговарајуће радно место. У самом решењу се послодавцу одређује и „примерени рок“ за извршење радње. Примерени рок је онај рок у коме ће послодавац и његово одговорно лице предузети правне и фактичке радње које су неопходне како би запослени био враћен на рад или распоређен на одговарајуће радно место.

Истим решењем о извршењу, зарад ефикасности поступка, послодавцу и његовом одговорном лицу, као извршном дужнику, се изриче новчана казна²⁸ у случају да радњу не предузму у року²⁹ и не поступи по налогу суда. Онда када послодавац не изврши радњу, односно не врати запосленог на рад или га не распореди на одговарајуће радно место, суд по службеној дужности доноси решење о извршењу новчане казне.

На овом месту треба приметити да у поступку извршења ради враћања запосленог на рад, приликом спровођења извршења долази до одступања од начела формалног легалитета које је једно од основних начела на којима се поступак извршења заснива. Значај овог начела је велики јер законодавац настоји да обезбеди правну извесност и правну

предмет судског одлучивања. Суд уствари одбија захтев за извршење као материјалноправно неоснован а не предлог за извршење као поднесак. Предлог за извршење се не може одбити већ само одбацити у раније описаним ситуацијама.

27 ЗИО, чл. 383 ст. 1.

28 Према одредби из чл. 131. ст. 4. ЗИО, физичком лицу, физичком лицу које обавља делатност, предузетнику и одговорном лицу у правном лицу или у државном органу, изриче се новчана казна од 10.000 до 200.000 динара, а правном лицу или државном органу од 100.000 до 2.000.000 динара.

29 ЗИО, чл. 363 ст. 1.

сигурност у погледу исправа које представљају основ за извршење.³⁰ У том смислу, суд је везан за садржину извршне или веродостојне исправе на основу које спроводи извршење и дужан је да донесе решење о извршењу када су испуњени услови за одређивање извршења на основу тих исправа јер су њима одређене странке у поступку извршења и потраживање које треба намирити принудним путем.

Управо у поступку извршења ради враћања запосленог на рад одступа се од начела формалног легалитета и садржине извршне исправе која је основ за одређивање извршења. Тачније, парнични поступак у коме је настала извршна исправа, вођен је само према послодавцу. У осуђујућој пресуди парничног суда налаже се послодавцу да запосленог врати на рад или распореди на одговарајуће радно место. Онда када послодавац то не учини и настане потреба за принудним извршењем, извршни суд на основу пресуде као извршне исправе доноси решење о извршењу против извршног дужника кога чине и послодавац и његово одговорно лице. Иако одговорно лице није било странка у парничном поступку и није наведено у извршној исправи, решењем о извршењу које доноси извршни суд налаже се послодавцу и његовом одговорном лицу да у примереном року врате запосленог на рад или га распореде на одговарајуће радно место. Исто тако, извршење се спроводи изрицањем новчане казне и послодавцу и његовом одговорном лицу. Ово, законом предвиђено одступање од начела формалног легалитета је сасвим оправдано. Да би запослени био враћен на рад или распоређен на одговарајуће радно место, неопходно је да управо одговорно лице послодавца донесе одговарајуће одлуке о враћању запосленог на рад или његовом распоређивању на одређене послове.³¹ Из тог разлога, неопходно је да мера принуде буде уперена и против одговорног лица послодавца како би потребне одлуке и донео.

Могућа је ситуација у којој послодавац и његово одговорно лице у примереном року који им је остављен решењем о извршењу не врате запосленог на рад нити га распореде на одговарајуће радно место. Пошто се ради о радњи коју може да изврши само извршни дужник, односно послодавац и његово одговорно лице, а на други начин није могуће спровести извршење, поступак новчаног кажњавања се наставља.

Поступак кажњавања извршног дужника се наставља све док извршни дужник не испуни своју дужност, али под другачијим условима. Тач-

30 Тако: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 21.

31 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 288.

није, ако извршни дужник не изврши радњу у року, извршни поверилац подиже нови предлог а суд доноси ново решење о извршењу којим извршном дужнику одређује нови примерени рок за извршење радње – враћање запосленог на рад или распоређивање на одговарајуће радно место. Истим, новим, решењем о извршењу суд изриче извршном дужнику и нову новчану казну, у вишем износу од претходне, у случају да дуговану радњу не предузме у новом примереном року одређеном новим решењем о извршењу. У случају да послодавац и одговорно лице послодавца и у накнадно одређеном року не предузму радњу враћања запосленог на рад или његовог распоређивања на одређене послове, суд поново по службеној дужности доноси решење о извршењу новчане казне.³²

Новчано кажњавање послодавца и одговорног лица послодавца се понавља све док запослени не буде враћен на посао или распоређен на одговарајуће радно место. Сматра се да је битан циљни и системски моменат – сламање воље лица чија је воља једина у стању да доведе до испуњења наложене чинидбе.³³ Према закону, изрицање новчане казне престаје када суд утврди да је запослени почео да ради на одговарајућим пословима или да му је то омогућено иако је одбио да ради, односно да је распоређен на послове одређене у извршној исправи.³⁴ Пошто послодавац као извршни дужник приложи суду несумњиве доказе да је запосленог вратио на рад и на основу тога суд утврди да је запослени почео да ради, новчано кажњавање послодавца се окончава. С друге стране, суд ће са изрицањем новчаних казни престати и у случају да је на захтев послодавца утврдио да је запосленом омогућио да ради на одговарајућим пословима али да је запослени одбио да ради, односно да је послодавац запосленог распоредио на одговарајуће послове.

4. Накнада изгубљене зараде и доношење решења које има дејство решења о извршењу

Једно од нових законских решења које је донео ЗИО је свакако и могућност доношења решења које има дејство решења о извршењу, у току већ покренутог поступка извршења. Према дикцији законодавца, онда када је законом одређено, у току стадијума спровођења извршења,

32 ЗИО, чл. 363 ст. 2.

33 Р. Кеча, М. С. Кнежевић, 640.

34 ЗИО, чл. 383 ст. 2.

може бити донето решење које има дејство решења о извршењу.³⁵ У зависности од тога ко спроводи извршење, решење које има дејство решења о извршењу може донети суд или јавни извршитељ. С обзиром на чињеницу да се ради о новом институту извршног процесног права који има специфичну правну природу, укратко ће бити речи о самом решењу које има дејство решења о извршењу и правилима поступка у коме се доноси.

а) Решење које има дејство решења о извршењу

Решење које има дејство решења о извршењу се доноси на предлог извршног повериоца, и он је дужан да у предлогу захтева да суд, односно јавни извршитељ решењем наложи извршном дужнику да у прописаном року намири потраживање извршног повериоца и одреди средство и предмет извршења ако потраживање не буде намирено у року.³⁶ Суштински, извршни поверилац има овлашћење да захтева доношење решења које има дејство решења о извршењу и од његове воље и зависи да ли ће покренути посебан, адхезиони поступак за доношење овог решења. Извршни поверилац у предлогу кумулира два захтева за одлучивање који имају различиту правну природу, садржину и циљеве.³⁷ Први захтев, постављен као основни, има кондемпнаторну правну природу јер извршни поверилац од суда, односно јавног извршитеља захтева да извршном дужнику наложи испуњење одређене чинидбе, у случајевима када је доношење овог решења предвиђено законом. Усвајањем овог захтева и доношењем решења, уствари, креира се извршна исправа на основу које се може спровести принудно извршење у случају да извршни дужник не поступи по налогу суда. Из тог разлога, другим захтевом, који је постављен као евентуални захтев, извршни поверилац захтева од суда, односно јавног извршитеља да, уколико усвоји његов захтев за осуду на чинидбу, а извршни дужник у законом прописаном року не испуни дуготану чинидбу, одреди и спроведе извршење ради намирења потраживања које је настало у посебном поступку за доношење решења које има дејство решења о извршењу. Дакле, извршни поверилац захтева принудно извршење решења које је настало у поступку извршења и које пред-

35 ЗИО, чл. 61 ст. 1. Решење које има дејство решења о извршењу може бити донето у поступку извршења на заради и другим сталним новчаним примањима, у поступку извршења ради предаје индивидуално одређених покретних ствари, у поступку извршења ради испоруке заменивих ствари и у поступку извршења ради враћања запосленог на рад. Видети детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 116 - 118.

36 ЗИО, чл. 61 ст. 2.

37 Тако: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 103.

ставља нову извршну исправу,³⁸ и у свом евентуалном захтеву означава средство и предмет извршења.

Специфична садржина предлога за доношење решења које има дејство решења о извршењу резултира и специфичном правном природом и садржином решења које се доноси. Диспозитив решења које има дејство решења о извршењу има два става. Суд, односно јавни извршитељ може да одлучи да усвоји основни захтев кондемпнаторне природе који је извршни поверилац истакао у предлогу за доношење решења које има дејство решења о извршењу. Тада се доноси решење којим се извршном дужнику налаже да у року од осам дана од дана пријема решења намири потраживање извршног повериоца. Ова одлука осуђујуће природе, која уствари представља замену за осуђујућу пресуду, садржана је у првом делу диспозитива решења. У другом делу диспозитива се одређује извршење на основу извршне исправе која је настала у овом адхезионом поступку. Суд, односно јавни извршитељ у том делу диспозитива одређује и средство и предмет извршења којим ће бити спроведено извршење у случају да извршни дужник не намири потраживање извршног повериоца у законом предвиђеном року.

б) Доношење решења које има дејство решења о извршењу у поступку извршења ради враћања запосленог на рад

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад је један од поступака у коме може бити донето решење које има дејство решења о извршењу. Према закону, суд може на предлог извршног повериоца који је захтевао враћање на рад, донети решење које има дејство решења о извршењу којим се послодавац обавезује да извршном повериоцу исплати месечне износе зараде која је доспела од правноснажности пресуде до враћања извршног повериоца на рад.³⁹ У овом поступку извршења решење које има дејство решења о извршењу може донети само суд јер је поступак извршења ради враћања запосленог на рад у искључивој надлежности суда.

38 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 103.

39 ЗИО, чл. 384 ст. 1. Треба напоменути да запослени има право да захтев за накнаду изгубљене зараде кумулира са захтевом за извршење ради враћања на рад у предлогу за извршење као иницијалној радњи и тада суд одлучује о два захтева – једном за извршење неновчане чинидбе (враћање на рад) и другом за извршење новчане чинидбе (накнада изгубљене зараде).

У току спровођења извршења ради враћања запосленог на рад, извршни поверилац посебним предлогом захтева од суда да донесе решење које има дејство решења о извршењу и у предлогу кумулира два захтева. Првим захтевом извршни поверилац захтева од извршног суда да наложи извршном дужнику да му на име изгубљене зараде исплати утврђене месечне износе изгубљене зараде доспеле од правноснажности пресуде до тренутка поновног враћања на рад. Другим захтевом извршни поверилац захтева од извршног суда да одреди извршење у случају да послодавац не намири потраживање о коме је одлучивано и које се односи на износе утврђене изгубљене зараде.

Извршни суд доноси решење које има дејство решења о извршењу у случају да усваја захтев извршног повериоца истакнут у посебном предлогу. Тада извршни суд налаже послодавцу који је дужан да запосленог врати на рад или распореди на одговарајуће радно место, да намири потраживање извршног повериоца по основу накнаде изгубљене зараде, и то у року од осам дана од дана пријема решења. Истим решењем одређују се и средство и предмет извршења у случају да послодавац у року не намири потраживање по основу изгубљене зараде извршног повериоца.

Решење које има дејство решења о извршењу садржи и означавање висине накнаде изгубљене зараде. Тачније, решењем се утврђује и висина накнаде. Према закону, накнада изгубљене зараде се утврђује у износу који би извршни поверилац примио да је био на раду, са порезима и доприносима који се исплаћују на зараде.⁴⁰ У овој ситуацији када извршни суд одређује висину накнаде која припада извршном повериоцу, он уствари одлучује о субјективном праву извршног повериоца.⁴¹

Одлучујући о накнади изгубљене зараде, суд може да захтев извршног повериоца за накнаду изгубљене зараде одбије или делимично усвоји. У случају да одбија захтев запосленог за накнаду изгубљене зараде, запослени ће своје право на накнаду изгубљене зараде остваривати у парничном поступку.

У случају да суд делимично усвоји захтев за накнаду изгубљене зараде, ситуација је специфична. Према закону, извршни поверилац ће тада право на остатак зараде остваривати у поступку пред парничним судом.⁴² Тада извршни поверилац може и даље да остварује своје право

40 ЗИО, чл. 384 ст. 2.

41 Тако: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 289.

42 ЗИО, чл. 385.

на накнаду зараде у парничном поступку јер суд није у потпуности усвојио његов захтев за накнаду изгубљене зараде у поступку извршења. Може се закључити да у овом случају решење о извршењу које је донео извршни суд у поступку извршења не производи дејство материјалне правноснажности. Иако је суд уствари делимично одбио захтев за накнаду изгубљене зараде и да се тада ради о пресуђеној ствари, то неће представљати повреду правила *ne bis in idem* у парничном поступку.⁴³

И послодавац има право да реагује у одређеним ситуацијама у вези са решењем о накнади изгубљене зараде. Након доношења решења о одређивању накнаде изгубљене зараде могуће је да дође до промене околности на основу којих је решење донесено.⁴⁴ Тада послодавац као извршни дужник има право да предложи суду да стави ван снаге решење о одређивању накнаде изгубљене зараде.

III Закључна разматрања

Повреде права на рад и права у вези са радом врло су честе у фактичким животним односима. Када је право на рад запосленог повређено актима послодавца, запослени може и у судском поступку да захтева његову заштиту. Онда када је резултат парничног поступка пресуда којом се послодавцу налаже враћање запосленог на рад, он је дужан да га врати на рад или распореди на одговарајуће послове. Међутим, како добровољно испуњење налога из пресуде неретко изостане, запосленом не преостаје друга могућност него да покрене поступак извршења ради враћања на рад.

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад је посебан поступак извршења који запослени покрене својим предлогом, као иницијалном радњом, истичући захтев за извршење којим од суда захтева да донесе решење о извршењу и наложи послодавцу његово враћање на рад. Извршни суд, у чијој је искључивој надлежности одређивање и спровођење извршења у овом поступку, доноси решење о извршењу, налаже послодавцу враћање запосленог на рад и истовремено изриче новчану казну послодавцу и одговорном лицу послодавца у случају да не поступи у складу са решењем о извршењу.

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад одликује низ специфичности – у искључивој је надлежности суда, иако су у наш прав-

43 Тако: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 289.

44 Нпр. у случају да је обрачун вршен на основу погрешних података за обрачун, итд.

ни систем уведени јавни извршитељи који спроводе извршење у великом броју извршних правних ствари; долази до одступања од начела формалног легалитета јер се поред послодавца, извршење спроводи и према одговорном лицу послодавца које није било странка у парничном поступку; начин спровођења извршења је прилагођен суштини поступка и извршење се спроводи новчаним кажњавањем послодавца и одговорног лица послодавца јер враћање запосленог на рад или распоређивање на одређене послове зависи искључиво од њихове воље. Нови ЗИО отишао је и корак даље, прописујући могућност доношења решења које има дејство решења о извршењу, којим се у току спровођења извршења ради враћања запосленог на рад, у посебном адхезионом поступку, одлучује о накнади изгубљене зараде запосленог и ствара нова извршна исправа на основу које се може спровести принудно извршење у случају да послодавац као извршни дужник не намири потраживање извршног повериоца на основу изгубљене зараде у законом предвиђеном року.

Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, PhD

**Professor at the Faculty of Law of the University of Priština
with Temporary Headquarters in Kosovska Mitrovica**

Slobodanka KOVAČEVIĆ - PERIĆ, PhD

**Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Priština with
Temporary Headquarters in Kosovska Mitrovica**

THE ENFORCEMENT PROCEDURE FOR THE SAKE OF RETURNING AN EMPLOYEE TO WORK

Summary

Returning an employee to work represents one of the legally regulated enforcement instruments for the sake of a forced realization of non-monetary claims of the executive creditor. In a situation when an employee possesses an enforcement document in accordance with which the employer is obliged to return them to work or allocate them on an appropriate working position, and the employer has not acted according to the court decision, there is a need for a forced execution. In this case the employee, as an executive creditor, initiates an enforcement procedure for the sake of returning to work. In the paper the authors analyze the specificities of this special enforcement procedure which is in the exclusive authority of the executive court which orders and implements a forced execution. Special attention is devoted to the specific contents of the decision on enforcement that the court brings, and the way of implementing the enforcement that consists of financial punishment of the employer and responsible person of the employer until they act according to the court order contained in the decision on enforcement – until they return the employee to work or allocate them on an appropriate position. The authors also analyze the conditions under which the court in the course of the implementation of the enforcement can bring a decision which has the effect of the decision on enforcement, which orders the employer to settle the claims of the executive creditor based on the compensation of the missed earnings and which defines the instrument and subject of enforcement in case the employer has not done it in the defined deadline.

Keywords: *the right to work, returning to work, the executive court, the enforcement action, compensation of the missed earnings.*

Др Љубинка КОВАЧЕВИЋ*

Др Урош НОВАКОВИЋ**

МИРНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПОВОДОМ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ЗАПОСЛЕНИХ НА ОСНОВУ ПОРОДИЧНИХ ДУЖНОСТИ***

Резиме

У почетној фази, усклађивање породичног и професионалног живота запосленог имало је за циљ обезбеђивање једнаког учешћа мушкараца и жена у тржишту рада, док данас оно подразумева право запосленог на поштовање породичног живота, у светлу признавања права на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета или одраслог немоћног члана породице, увођења флексибилних услова рада и остваривања различитих социјалних престација. Делотворно остваривање ових права није могуће без заштите од дискриминације, која се може појавити приликом заснивања радног односа, као и у погледу остваривања било ког права из радног односа, укључујући довођење у неповољнији положај запосленог који је користио право на одсуство или ометање запосленог у његовом остваривању и коришћењу. Спорове поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности, притом, одликују медијабилност и арбитрабилност, будући да у нашем праву, за њихово решавање није предвиђена искључива надлежност суда или другог органа. Они се могу решавати у складу са Законом о посредовању - медијацији, Законом о раду, и Законом о мирном решавању радних спорова, чије је новелирање у току. И арбитража и посредовање имају одређене предности (брзина одлучивања, снижени трошкови, флексибилност, неформалност, нејавност, посебне вештине и знања арбитра и посредника, и др.) и недо-

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

** Доцент Правног факултета Универзитета у Београду

*** Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

статке (нпр. проблеми везани за двостепеност и извршење арбитражне одлуке) у поређењу са судским решавањем спорова насталих поводом оспоравања, угрожавања или повреде једнакости на раду. Стога ће у чланку бити размотрени предмет и природа ових спорова, као и методи њиховог мирног решавања, и то у светлу измена традиционалних породичних улога и потребе за помирењем различитих циљева социјалне, пронаталитетне и антидискриминационе политике.

Кључне речи: родитељ, запослени, породични живот, професионални живот, дискриминација на раду, посредовање, арбитража.

І Увод

Усклађивање породичног и професионалног живота представља један од циљева социјалне политике савремене државе. Питање поштовања породичног живота у светлу радног ангажовања чланова породице, односи се, између осталог, и на то како се рађање деце и неге зависног члана породице одражава на могућност заснивања радног односа и његово очување. Заштита жена и мајки, као и подстицање мера наталитетне политике један је од основних циљева друштва које хоће економски напредак, док, супротно, послодавци траже запослене који неће изостајати са посла и који ће имати максималан радни учинак. Са једне стране, одсуство запосленог са рада због трудноће, порођаја и неге детета има негативан ефекат на радни процес, продуктивност запосленог, али и профит послодавца, док, са друге стране, уколико запослени не оптирају за развој свог породичног живота, неће настати нови чланови друштва - деца, која ће, пошто одрасту, постати нова радна снага.¹

Оптималан однос приватног и професионалног живота услов је постојања задовољних чланова друштва. Утврђена је узрочно-последич-

1 Европска комисија истиче да без повећања популације - рађања деце, није могућ економски раст, као и да породица има значајну улогу као део економског сектора европског друштва. Вид. Trudie Knijn, Arnoud Smit, „Investing, facilitating, or individualizing the reconciliation of work and family life: Three paradigms and ambivalent policies“, *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, vol. 16, бр. 4/2009, 498; Clare McGlynn, „Reclaiming a feminist vision: the reconciliation of paid work and family life in European Union law and policy“, *Columbia Journal of European Law*, vol. 7, 2001, 253. О значају поштовања породичног живота запосленог и формирања нове радне снаге, сведочи, између осталог, и податак да се при међудржавном усвајању деце посебно истиче и радноправни аспект - држава из које се усваја дете губи радника, док држава у коју долази усвојено дете добија будућег продуктивног радника. Mary Eschelbach Hansen, Daniel Polack, „The regulation of intercountry adoption“, *Brandeis Law Journal*, vol. 45, бр. 1/2006, 107.

на веза између усклађивања породичног и професионалног живота, и психичког и физичког здравља појединца.² Имајући у виду да се у савременом (европском) друштву акценат ставља на професионалну сферу појединца, у односу на приватну и породичну, усклађивање породичних дужности са радним обавезама постаје императив, посебно на европском правном подручју. Послодавци имају обавезу да поштују породични живот запослених (примера ради, тако што ће им омогућити коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета, одсуства са рада ради неге болесних чланова породице) и да их не доводе у неповољнији положај због њихових породичних дужности, док се услед непоштовања ових обавеза јавља потреба за заштитом запослених чија су права повређена. Како је циљ послодавца да не буде кажњен за кршење права запослених (тј. за повреду обавезе да се уздржи од дискриминације и да створи услове за делотворно уживање права на једнакост у предузећу), а запосленог да, по повратку са одсуства или због коришћења других права везаних за испуњавање породичних дужности, буде враћен на исти или једнако плаћен посао, односно да због вршења дужности везаних за породични живот не буде доведен у неповољнији положај, мирно решавање радних спорова намеће се као пожељан вид решавања спорова поводом дискриминације на раду. Мирно решавање радних спорова посредовањем и/или арбитражом посматраћемо у светлу потенцијалних спорова који се у савремено доба могу јавити услед дискриминације запослених на основу породичних дужности и повреде њиховог права на поштовање породичног живота.

II Измена традиционалних породичних улога и утицај на радни процес

Током друге половине XX века отпочео је процес елиминисања неравноправности између жена и мушкараца у породици. Један од основних циљева законодаваца у уклањању наведених разлика тиче се вредновања ангажовања које жене имају око бриге о деци и немоћним одраслим члановима породице. Традиционално посматрано, „приватна“, домаћа сфера била је домен власти жене, док је „јавни“ део породичних активности био терен доминације мушкараца.³ Савремено доба доноси

2 Jennifer L. Glass, Sarah B. Estes, „Family responsive workplace“, *Annual Review of Sociology*, vol. 23, 1997, 294.

3 S. F. Appleton, „Family law's equality project in our empirical age“, *What is parenthood?* (ed. L. C. McClain, D. Cere), New York, 2013, 238.

нов породични модел - модел одговорног очинства и промењену функцију оца у којој очеви постају активни учесници васпитања деце и обављања послова у домаћинству.

Разматрање дискриминације запослених на основу пола није могуће посматрати одвојено од породичноправног и социолошког контекста измена улога супружника и родитеља у светлу поделе рада у оквиру породице. Традиционално се сматрало да је однос супружника такав да мушкарац обезбеђује материјална добра, а жена негу и одгајање деце у оквиру породице.⁴ Учешће жена-мајки у радном процесу директно је условљено ставом родитеља према томе да ли ће и у којој мери заједнички обављати послове везане за одгајање деце и кућне послове. Повећање стопе развода брака, броја самохраних једнородитељских породица где је мајка родитељ који одгаја дете, као и интензивније учешће жена у тржишту рада доводи до потребе усклађивања професионалних и породичних дужности. Начини на које норме радног права уважавају породични живот и породичне дужности запослених огледају се кроз рад са непуним радним временом, плаћено одсуство због трудноће и порођаја, флексибилне начине обављања посла, попут, рада од куће, прилагођавања радног места мајкама које имају децу и тсл. Позитивни ефекти равноправности мушкараца и жена у обављању професионалних обавеза одражавају се и у породичној сфери - равноправност родитеља приликом поделе послова вођења домаћинства доводи до тога да деца имају већу могућност да развију равноправан став у односу са својим будућим супружником.⁵

Потенцирање на заједничком вршењу родитељског права у породичном праву (енгл. *joint custody*), има своје отелотворење у погледу два аспекта радноправне равноправности супружника: једнаког плаћања за исти рад или рад једнаке вредности, и усклађивања породичног живота и радних обавеза при обављању неге детета и кућних послова. Приметно је да се у савремено доба, нега, како деце (као најзависнијих чланова породице), тако и других чланова породице (болесних, старих, особа са инвалидитетом), једним делом, а ређе у целисти, измешта из саме породице у јавни сектор (службе социјалне и здравствене заштите), али и приватне сервисе.

4 C. McGlynn, 244.

5 Cynthia L. Estlund, „Work and family: How women’s progress at work (and Employment Discrimination Law) may be transforming the family“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 21, бр. 3/2000, 470.

III Поштовање породичног живота, заштита запослених и дискриминација на основу породичних дужности

Питање усклађивања радних и породичних дужности постаје једно од централних питања у савременим породицама. Из аспекта савремених послодаваца идеални радник је онај који ради са пуним радним временом и не изостаје са посла, било услед боловања, било услед чињеница које се везују за његов породични живот (закључење брака, трудноћа, нега детета, нега старијих чланова породице).⁶ Јасно је да из угла савременог послодавца, запослени који има намеру да заснује породицу или запослени родитељ који савесно испуњава своје родитељске дужности - не могу бити идеални радници. Социјалним ризиком, у радноправном контексту савременог друштва, сматра се одлука појединца да заснује породицу.⁷ Намере за промовисањем заједничког вршења родитељског права⁸ своју еманацију имају и на пољу радног права - кроз инсистирање на томе да при усклађивању радних обавеза са породичним животом, оба родитеља учествују у одгајању детета,⁹ те да се социјалне користи односе на оба родитеља. При уобличавању радноправних и социјалноправних норми, законодавци треба да имају у виду запослене који се суочавају са прекидима у професионалној каријери везаним за њихов породични живот. Ипак, поред државе, на задатку усклађивања породичних и професионалних дужности неопходно је заједничко учешће запослених и послодаваца (и њихових професионалних организација). Посматрајући дужност запослених да пруже негу деци, не може се, као битна чињеница, изузети узраст детета. Наиме, различити су захтеви запослених у односу на тек рођено дете, дете старости две до три године и дете школског узраста. Као што се обим родитељског права мења са развојем детета,¹⁰ последично, долази до промене захтева запосле-

6 Sara Charlesworth, „Managing work and family in the shadow of anti-discrimination law“, *Law in Context: A Socio-Legal Journal*, vol. 23, бр. 1/2005, 95. О појму „идеалног радника“ вид. Belinda Smith, Joellen Riley, „Family-friendly work practices and the law“, *Sydney Law Review*, vol. 26, бр. 3/2004, 396.

7 Т. Книјн, А. Смит, 493.

8 Вид. Урош Новаковић, „Joint custody у упоредном праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (уредник Стеван Лилић), књига I, Београд, 2011, 261.

9 О равноправном учешћу очева при вршењу родитељског права вид. у: Урош Новаковић, „Најбољи интерес детета - заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот*, бр. 10/2011, 125.

10 О односу родитељског права и узраста детета вид. у: Jane Fortin, *Children's rights and developing law*, Cambridge, 2009, 108. и даље.

них везаних за поштовање њиховог породичног живота у вези са негом детета.

Дискриминација на основу породичних дужности ограничава слободу избора запослења, која чини саставни део права на рад, а, затим, и могућност запослених да кроз рад развијају своје способности и своју личност. Питање једнакости на раду уписано је и у листу најважнијих питања (циљева) политике запошљавања и социјалне политике, нарочито ако се има у виду да друштвене промене које су се догодиле последњих деценија утичу на продубљивање јаза између проглашене (формалне) једнакости и стварних могућности и воље да се она фактички обезбеди на тржишту рада.¹¹

Приликом одређења појма дискриминације на основу породичних дужности, могуће је уочити три његова основна елемента: а) *фактички елемент*, који се односи на успостављање различитог поступања (разликовање, искључивање или давање предности које настаје као последица одређеног чињења или нечињења); б) *основ* за различито поступање (породичне дужности и с њима повезани пол и брачни статус);¹² в) *објективне последице* различитог поступања (укидање или нару-

11 Наша држава је ратификовала већи број међународних инструмената за заштиту људских права од значаја за ову област. То, најпре, вреди за инструменте Организације уједињених нација (Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, Конвенција о правима особа са инвалидитетом), као и стандарде Међународне организације рада [Конвенција број 100 о једнаком награђивању мушкараца и жена, *Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ*, бр. 12/52 и Конвенција број 111 о дискриминацији у запошљавању и занимању, *Службени лист СФРЈ – Додатак*, бр. 3/61. Као чланица Савета Европе, наша држава је ратификовала и Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Ревидирану европску социјалну повељу, у којој заштита од дискриминације није потврђена као самостално право, већ се забрана дискриминације односи на остваривање неког од Повељом зајемчених права. Притом се у јуриспруденцији Европског комитета за социјална права, одредба Повеље која утврђује обавезу уговорница да „на делотворан начин заштите право радника да зарађује за живот обављањем посла који је слободно изабрао“ (чл. 1, тач. 2) тумачи на начин да су државе уговорнице дужне да елиминишу све облике дискриминације у запошљавању.

12 Породично мотивисана дискриминација, како се именује у теорији, или дискриминација на основу породичних дужности, јесте дискриминација запосленог који је посвећен нези и васпитању детета млађег узраста или детета са сметњама у развоју, дискриминација запосленог који се стара о старим или болесним члановима породице, као и дискриминација трудница, породиља и дојиља. Katelyn Brack, „American work-life balance: Overcoming family responsibilities discrimination in the workplace“, *Rutgers Law Review*, vol. 65, бр. 2/2013, 549.

шавање једнаких могућности или поступања у материји запошљавања и радних односа). Овако одређење предметног појма, притом, претпоставља поређење поступања према једном лицу са третманом другог лица, при чему је за квалификацију дискриминације потребно да резултати поређења покажу постојање разликовања, искључивања или давања предности једном лицу у односу на друго, а што може бити уведено на различите начине, нпр. правним прописима или мерама јавне политике, обичајима или праксом социјалних партнера или државних институција. С тим у вези ваља имати у виду да се заштита од дискриминације не везује само за одбијање запошљавања или забрану отпуштања лица која припадају одређеној категорији, већ „покрива“ и запослене који су дискриминисани због блиске повезаности са лицем које има одређено заштитено својство, а што је посебно значајно за запослене који се брину о детету или другом члану породице који је особа са инвалидитетом.¹³

Полазећи од захтева за једнаком расподелом могућности и оптерећења, Закон о раду забрањује дискриминацију, између осталог, и на основу породичних дужности, у погледу: 1) *условâ за запошљавање и избора кандидата* за обављање одређеног посла; 2) *условâ рада* и свих права из радног односа; 3) *образовања, оспособљавања и усавршавања*; 4) *напредовања на послу*; 5) *отказа уговора о раду*.¹⁴ Прва околност се, тако,

13 Реч је о заштити од тзв. дискриминације због повезаности (енгл. *'discrimination by association'*), чија је жртва била и запослена у једној лондонској адвокатској канцеларији која је била узнемиравана због обавезе да се брине о сину коме је, због урођеног инвалидитета, била неопходна посебна нега. Узнемиравање је започело тиме што је, по повратку са породичног одсуства, запосленој ускраћена могућност да обавља раније послове, а, затим, и могућност да користи одсуство ради неге детета, док је свака молба да јој се одобре слободни дани како би могла да се стара о детету, била повод да послодавац коментарише њену „лењост“. Послодавац је, коначно, одбио молбу запослене да јој омогући флексибилну организацију условâ рада, на коју су имали право и запослени чија деца немају инвалидитет. Све су то разлози које је запослена разумела и осећала као притисак да напусти посао, што је после три године и учинила, али је, по престанку радног односа, против послодавца поднела тужбу због дискриминације на основу инвалидитета. На захтев надлежног енглеског суда, који је имао дилему о основу дискриминације, Европски суд правде се изјаснио да у овом случају, истовремено постоје непосредна дискриминација и дискриминаторско узнемиравање, али да основ дискриминације *не* представља породично стање (породичне дужности) запослене, већ инвалидитет. Пресуда Европског суда правде у предмету C-303/06 (*Coleman v. Attridge Law*) од 17. јула 2008. године (*European Court Reports*, 2008, стр. I-05603); Andrea Eriksson, „European Court of Justice broadening the scope of European nondiscrimination law“, *International Journal of Constitutional Law*, бр. 4/2009, 749-750.

14 Закон о раду - ЗР (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17), чл. 18, 20.

тиче дужности послодавца да поштује лично достојанство кандидатâ за запослење и да према њима поступа с обзиром на њихове радне и друге способности, а не на основу стереотипа и предрасуда које се везују за одређена својства (нпр. сматра се да су запослени са породичним дужностима мање посвећени послу, да се теже прилагођавају променама у радној средини, да им неће одговорати ноћни и сменски рад, да је њихов рад „скупли“, због чешћих одсустава са рада због бриге о болесном члану породице и др.). У поступку запошљавања, ризик дискриминације се везује и за прикупљање података о личности који се тичу породичног живота кандидатâ за запослење и који, последично, нису у непосредној вези са понуђеним пословима.¹⁵ Такви захтеви послодавца су недопуштени, што потврђује и судска пракса, али и радно законодавство неких држава. Тако, примера ради, француски Законик о раду (чл. L.122-25), словеначки Закон о радним односима (члан 27, став 2) и хрватски Закон о раду (чл. 23) изричито признају запосленом *право на ћутање о чињеницама из породичног живота које нису у непосредној вези са радним односом*. Штавише, кандидати за запослење имају право да дају и *неистинит одговор на недозвољена питања послодавца*, што се у швајцарској доктрини назива „правном лажи у нужној одбрани“ и не може се сматрати повредом начела савесности и поштења. Ово стога што предметно начело налаже учесницима у преговорима да један другог обавесте само о чињеницама које имају одлучујући значај за закључење уговора, тако да се послодавац не може позивати на заблуду о битним својствима друге уговорне стране, а, у складу са тим, ни тражити поништај уговора о раду.¹⁶

Терминологија везана за дискриминацију запослених се, притом, кретала од дељења (енг. *sharing*) породичних дужности између родитеља,

15 Према се, приликом избора кандидатâ за запослење, ова питања, по правилу, постављају женама, ризиком дискриминације на основу чињеница из приватног живота угрожени су и кандидати мушког пола. О томе сведочи и предмет из праксе Повереника за заштиту равноправности, који се тичао пријаве на оглас за радно место професионални продавац – презентер, при чему је послодавац, током разговора за посао, кандидату постављао непримерна питања у вези са брачним и породичним статусом. Послодавац је, наиме, сматрао ова питања релевантним за избор кандидата за запослење због природе посла који обавља продавац у овој компанији, а нарочито због честих путовања и одсуства од куће. Како радник није хтео да одговори на ова питања, саопштено му је да није пожељан кандидат, што је Повереник квалификовао као дискриминацију (мишљење бр. 07-00-153/2015-02, од 15. јуна 2015. године).

16 Christophe Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, Paris, 1997, 128.

на почетку борбе за елиминисање дискриминације на основу пола, до усклађивања (енгл. *reconciliation*) породичног и професионалног живота, што нам говори да у савременим условима, жене и мушкарци на једнакој основи уживају заштиту од дискриминације на основу породичних дужности, као и да је предмет спорова поводом дискриминације услед породичних дужности - заштита права запослених на једнакост и недискриминацију.¹⁷ За разлику од прве фазе где је усклађивање подразумевало уклањање дискриминације између жена и мушкараца и веће учешће жена у радном процесу, усклађивање у другој фази има три циља: признавање права на више врста одсуства родитеља са ради ради извршења породичних дужности, обезбеђивање услуга за негу детета и афирмисање флексибилних облика радног времена и места рада. Када је у питању круг особа на које се односи усклађивање професионалних обавеза са породичним, он је проширен. Поред деце, сматра се да се усклађивање породичних дужности односи и на зависне чланове породице (старе или болесне родитеље и супружника запосленог, или друга лица која зависе од помоћи и неге запосленог). С тим у вези, ваља имати у виду да примена принципа једнакости и забране дискриминације не искључује свако прављење разлике између кандидата за запослење или запослених према породичним дужностима. Дискриминацијом се, наиме, не сматра *посебна заштита* коју законодавство гарантује родитељима, усвојитељима, старатељима, хранитељима и другим лицима која се брину о члановима породице.

Питање заштите запослених мајки је, тако, од нарочите важности имајући у виду да, са једне стране, постоји намера породичног¹⁸ и радног и социјалног законодавства да се (за)штите мајке и промовише једно од врховних начела - *посебна заштита мајке и детета*.¹⁹ Овај концепт има снагу уставног начела²⁰ и једног од основних начела породичног права. И у радном праву, разлог за посебну заштиту жена представља њихово посебно физичко и психичко стање за време трудноће, односно потреба

17 Питање дискриминације запослених на основу породичних дужности може се јавити као посебно деликатно на радним местима где искључиво или претежно раде жене, имајући у виду намеру запослених-жена за заснивањем породице или негом деце као облицима могућих извора дискриминације. S. Charlesworth, 93.

18 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 8/05, 72/11, 6/15, чл. 5, ст. 2, и чл. 6, ст. 1-3.

19 Марија Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2007, 159.

20 Устав Републике Србије – УРС (*Службени гласник РС*, бр. 98/06), чл. 28, ст. 1.

да им се обезбеди несметано испуњавање материнске улоге,²¹ која се налази у темељу сваког друштва.²² Запосленима се, у том смислу, признаје право на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, као и право да, по повратку са тих одсустава, буду поново интегрисани у радно место на којем су претходно радили, док им премештај на друго радно место може бити предложен на крају одсуства, само ако радно место на којем су радили више није расположиво.²³ Суспензија основних права и обавеза из радног односа за време одсуства са рада, притом, „не сме произвести никакву негативну последицу у односу на зараду“,²⁴ због чега гаранција заштите запослења запослених који користе породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, поред забране отпуштања, подразумева и право да се, по истеку одсуства, врате на исти или еквивалентни посао за који ће бити једнако плаћени.²⁵ У основи ове гаранције

-
- 21 И супротно, сматра се да нема оправданих разлога за посебну заштиту жена, ако се она тиче ризика који на исти начин угрожавају и жене и мушкарце, као што је то, нпр. случај са ноћним радом, који штетно утиче на здравље запослених, независно од њиховог пола. Ограничавање забране ноћног рада само у односу на запослене женског пола, отуд, не представља допуштени изузетак од забране дискриминације, већ повреду овог начела, осим ако се не тиче заштите трудница. О (не)допуштености отпуштања запослене која је, због трудноће, привремено спречена да обавља послове који се обављају ноћу, а, приликом заснивања радног односа није обавестила послодавца да је у другом стању вид. у Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Београд, 2016, 501-502.
- 22 Одговарајућа начела и гаранције садржане су у више конвенција које је наша држава ратификовала, почевши од Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ–Међународни уговори*, бр. 7/71, који гарантује право на заштиту мајке, детета и породице, укључујући посебну заштиту мајке за разумно време пре и после рођења деце (чл. 10), право на рад (чл. 6) и право на правичне и повољне услове рада (чл. 7), и обавезује уговорнице да обезбеде уживање ових права, без икакве дискриминације засноване на полу (чл. 2, ст. 2). Са друге стране, Конвенција Међународне организације рада број 111, *Службени лист ФНРЈ – Додатак*, бр. 3/61 забрањује дискриминацију запослених на основу пола (члан 2), што се у пракси Комитета за примену конвенција и препорука Међународне организације рада тумачи и као забрана дискриминације на основу породичног стања, трудноће и материнства (ILC, 75th Session, 1988, Report III /Part 4B/, *Equality in employment and occupation*, став 37).
- 23 „По повратку са породилског одсуства организација (послодавац) дужна је да омогући радници рад на пословима које је радила пре одсуства, осим у случају када су ти послови укинати“. Одлука Суда удруженог рада Србије, број 2655/84, нав. према Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка I*, Београд, 2009, 349.
- 24 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27e édition, 2013, 369.
- 25 Гаранција права на повратак на исти или једнако плаћени посао, значи право на реинтеграцију, чак и ако је послодавац извршио измене у организацији послова због одсуства запослене, укључујући премештај другог лица на њен посао. Штавише, послодавац је и у случају престан-

налази се, наиме, идеја да коришћење породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, само по себи, не сме представљати главни критеријум за погоршање радноправног статуса и услова рада запослене, већ одсуство мора производити исте радноправне последице као и сваки други прекид рада, који је скопчан са суспензијом основних права и обавеза из уговора о раду.²⁶

Право на посебну заштиту запослених са породичним дужностима укључује и *заштиту од отказа због трудноће и порођаја*, а имајући у виду потребу да им се обезбеди несметано испуњавање материнске улоге и економска сигурност за време спречености за рад из ових разлога. То, нарочито, вреди за спречавање последица које отказ уговора о раду може имати по физичко и ментално здравље жене, укључујући, чак, и нарочито озбиљан ризик намерног прекида трудноће не би ли се сачувало запоглење, као извор средстава за издржавање.²⁷ У том смислу се могу уочити

ка потребе за обављањем одређених послова, дужан да понуди запосленој склапање уговора о раду за обављање других одговарајућих послова, чији услови рада не смеју бити неповољнији, као што то предвиђа радно законодавство неких држава (нпр. у Хрватској). То, даље, значи да се, чак и онда када се предузима зато што то захтевају објективне потребе процеса рада, премештај на други посао не сме вршити на штету премештеног радника. Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi I*, Zagreb, 1969, 240, 279.

26 У том смислу, интересантан је увид у праксу Повереника за заштиту равноправности, који се, као једино независно тело са активном процесном легитимацијом, одлучио на покретање тзв. стратешке парнице против једне комерцијалне банке. Овај послодавац је запосленој, првог радног дана по њеном повратку са породилског одсуства, упутио понуду за закључење анекса уговора раду због премештаја на друго, ниже и слабије плаћено радно место, иако за то нису постојали објективни разлози који се тичу процеса или организације рада (обављање посла породиле било је поверено њеној колегиници са одраслом децом). Повереник се одлучио на покретање парнице јер то није био једини случај посредне дискриминације на основу пола, односно брачног и породичног статуса запослених у банци које су користиле породилско одсуство (у последње три године, још 14 запослених је, по повратку са породилског одсуства, било премештено на ниже радно место, док је 18 запослених пре коришћења породилског одсуства радило на пословима са дна хијерархије послова, тако да после тога и нису могле бити премештене на ниже радно место), као и то да питање дискриминације запослених жена које се одлуче на материнство има шири друштвени значај (тужба Повереника за заштиту равноправности дел. бр. 1272, од 12. септембра 2012. године). Први основни суд је исте године одбио захтев Повереника за заштиту равноправности, две године касније Апелациони суд је одбио жалбу Повереника, док је у поступку по ревизији Врховни касациони суд у одлуци од марта 2015. године одбио захтев Повереника и потврдио одлуку Апелационог суда.

27 Тако пресуде Европског суда правде: пресуда у предмету C-32/93 (*Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo /UK/ Ltd.*) од 14. јула 1994. године (*European Court reports* 1994, стр. I-3567), ст. 21; пресуда у предмету C-394/96 (*Mary Brown v. Rentokil Initial UK Limited*) од 30. јуна 1998.

два важна аспекта забране отказа због трудноће и порођаја: први од њих тиче се забране отпуштања запослених због трудноће и коришћења породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, док се други аспект везује за привремену суспензију послодавчевог права на отказ за време трудноће запослене и остваривања одсуства са рада. Најважнији аспекти заштите од отказа због трудноће и порођаја потврђени су и универзалним међународним радним стандардима,²⁸ с тим што у њима забрана отказа није апсолутна, већ послодавац може иницирати престанак радног односа у случају озбиљне повреде радне обавезе, затварања предузећа или истека уговора о раду на основу којег је трудница или породиља ангажована.²⁹ Са друге стране, Европском социјалном повељом је, као битан елемент права на заштиту материнства, забрањено отпуштање запослених током породилског одсуства, као и отпуштање при коме би отказни рок истекао за време док запослена користи право на одсуство, док, по одредбама Ревидиране европске социјалне повеље, период ове заштите траје од тренутка када је послодавац обавештен о трудноћи запослене до истека њеног породилског одсуства (чл. 8, тач. 2). Реч је, наиме, о важној допуни права жене на плаћено одсуство пре и после порођаја, јер доприноси њеној заштити од негативних психоло-

године (*European Court reports* 1998, стр. I-4185), ст. 18; пресуда у предмету C-109/00 (*Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark /HKI*) од 4. октобра 2001. године (*European Court reports* 1994, стр. I-6993), ст. 26; пресуда у предмету C-460/06 (*Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL*), од 11. октобра 2007. године (*European Court reports*, 2007, стр. I-08511), ст. 30.

28 Тако је Конвенцијом о елиминисању свих облика дискриминације жена потврђена обавеза уговорница да предузму одговарајуће мере ради „увођења плаћеног породилског одсуства или сличних социјалних давања, без губљења права на раније радно место“ (чл. 11, ст. 2, тач. б). Слично, стандарди Међународне организације рада изричито прописују да „по истеку породилског одсуства, жена има право да се врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом платом“ (Конвенција број 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10, чл. 8, ст. 2), а, исто вреди и за захтев да се лицима са породичним обавезама која раде или желе да раде омогући да, без дискриминације, остваре право на рад, а, у мери у којој је то могуће, и без сукоба између њиховог запослења и породичних обавеза. То укључује, између осталог, и обавезу држава да предузимају све потребне мере како би се радницима са породичним обавезама омогућило да „буду или остану интегрисани у радну снагу, као и да поново буду део радне снаге након одсуства због тих дужности“ (Конвенција број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/87, чл. 3, ст. 1, и чл. 7).

29 Препорука Међународне организације рада бр. 95 о заштити материнства (1952), ст. 4, тач. 2.

шких и економских последица отказа.³⁰ Незаконито отпуштена радница, отуд, мора бити враћена на рад, а, само у изузетним случајевима, уместо реинтеграције, оствариће право на накнаду чија висина мора бити одређена тако да, у исто време, одвраћа послодавце од забрањеног отказа и запосленима пружа довољну компензацију.³¹ Право на заштиту од отказа због мотива који се везују за материнство зајемчено је и Повељом Европске уније о основним правима, и то у циљу усклађивања породичног и професионалног живота (чл. 33, ст. 2). Ипак, први темељ забране отпуштања запослених због трудноће на комунитарном нивоу био је постављен одредбама Директиве Савета 76/207/ЕЕЗ о једнаком поступању према мушкарцима и женама у области запослења, док је у јуриспруденцији Европског суда правде потврђено да „отказ дат запосленој због трудноће или због разлога који се суштински тиче тог стања може погодити само жене и због тога представља непосредну дискриминацију на основу пола“.³² За разлику од директива о забрани дискриминације, којима је трудноћа квалификована као забрањени отказни разлог (уз могућност запослене да, у случају спора, искористи предности примене правила о терету доказивања дискриминације), Директива Савета 92/85/ЕЕЗ уводи правило о привременој обустави вршења послодавчевог права на отказ, и то у циљу заштите здравља трудница, породиља и дојиља (због штетних последица које ризик од отказа може имати по њихово психичко и физичко здравље).³³ Њихово отпуштање је, прецизније, забрањено од почетка трудноће до краја породилског одсуства, али, оцену о солидности овако предвиђене заштите умањује могућност дерогације забране отказа. Реч је о изузетним случајевима, када послодавац може отпустити запослену (наравно, због разлога који нису повезани са њеним стањем), под условом да је писаним путем обавести о (ваљаном) разлогу који оправдава отказ и да за то добије сагласност надлежног тела.³⁴

30 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2e édition, Strasbourg, 2002, 234.

31 Ипак, и стандарди Савета Европе допуштају отпуштање запослене, ако је крива за повреду радне обавезе, ако је њен послодавац престао да постоји, као и ако је истекао период предвиђен уговором о раду (Додатак Ревидираној европској социјалној повељи, део II, чл. 8, ст. 2).

32 Уместо осталих, вид. пресуду у предмету C-394/96 (*Mary Brown v Rentokil Ltd*), од 30. јуна 1998. године (*European Court Reports* 1998, стр. I-04185), ст. 16.

33 Barbara Palli, Mélanie Schmit, “L’effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement. Réflexions à partir de l’arrêt CJCE 29 octobre 2009, *Pontin*, C-63/08”, *Droit social*, бр. 3/2010, 334–341.

34 У том смислу је интересантно указати и на скорашњу пресуду Европског суда правде у предмету C-103/16, од 22. фебруара 2018. године (*Jessica Porras Guisado v Bankia SA*), у којој је потврђе-

IV Спорови поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности

1. Правна природа спора поводом дискриминације на основу породичних дужности

Гарантија права на заштиту од дискриминације подразумева и успостављање и очување система грађанскоправне, радноправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите од дискриминације. Поред тога, заштиту од дискриминације обезбеђује и Повереник за заштиту равноправности, који је, између осталог, афирмисао посредовање за решавање дискриминационих спорова, као посебан модел вансудског решавања спорова, који се може користити и за заштиту од дискриминације на раду и у вези са радом. С тим у вези, ваља имати у виду и дилему да ли спор који настане између запосленог који сматра да је дискриминисан и послодавца треба сматрати радним спором или, пак, дискриминационим спором.

(Индивидуални) радни спор је спор који настане између запосленог и послодавца и који има за предмет права, обавезе и одговорности из индивидуалног радног односа. Сагласно одредбама Закона о раду, право на заштиту од дискриминације једно је од права из радног односа, због чега се спор због повреде овог права може сматрати радним спором. Овај закон, притом, не користи израз „радни спор“, док се у литератури прави разлика између радног спора и спора (заправо, парнице) из радног односа,³⁵ тако да се изразом *радни спор* означава само спор који настаје поводом повреде права запосленог, тј. спор у којем је запослени тужилац, а послодавац тужени. Са друге стране, појам *спора из радног односа* подразумева спор који запослени покреће против послодавца, али и спор који послодавац покреће против запосленог. Ово разликовање инспирисано је одредбама Закона о парничном поступку, који користи израз спор из радног односа, а слично решење садржано је и у Закону о мирном реша-

на изузетна могућност послодавца да, у случају колективног отпуштања, дерогира правило о "отказном имунитету" породиља. За свеобухватну и продубљену анализу ширења забране дискриминације трудница на запослене са породичним дужностима вид. у: Ivana Grgurev, „Diskriminacija trudnih radnica: kako uspješno pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta?“, *Perspektive antidiskriminacijskog prava* (ur. Željko Potočnjak et al.), Zagreb, 2014, 133-152.

35 Предраг Јовановић, *Радно право*, седмо издање, Нови Сад, 356-357; Зоран Ивошевић, *Радно право*, осмо издање, Београд, 2015, 308-309.

вању радних спорова, који под изразом индивидуални радни спор подразумева спор који могу покренути и запослени и послодавац.³⁶

Са друге стране, *дискриминациони спор* настаје поводом оспоравања, угрожавања или повреде права на заштиту од дискриминације. Ово је увек предмет дискриминационог спора, без обзира на то шта је конкретни предмет неслагања међу странама спора,³⁷ због чега се и спор због повреде права запосленог на заштиту од дискриминације може квалификовати и као дискриминациони спор. То додатно отежава поуздану квалификацију спора који постоји међу субјектима радног односа о одређеним правним или фактичким питањима која се могу отворити у вези са актом и последицама дискриминације на раду. Ово тим пре што меродавним законодавством *није* уређен однос између Закона о забрани дискриминације (и других антидискриминационих закона), са једне стране, и осталих закона (укључујући Закон о раду), који изричито забрањују дискриминацију, са друге стране, а, што је скопчано са ризиком повреде начела правне сигурности, па и ризиком појаве неправичних решења у пракси. Извесну помоћ у разрешењу дилеме која се везује за ову квалификацију пружају одредбе Закона о мирном решавању радних спорова, по којима се индивидуалним радним спором, у смислу овог закона, сматра и спор поводом дискриминације.³⁸ На истом фону је и домаћа судска пракса, у којој се спор поводом повреде права запосленог на заштиту од дискриминације сматра радним спором, односно неком врстом "техничке подгрупе радних спорова",³⁹ што може бити проблематично, ако имамо у виду особености радних

36 Закон о мирном решавању радних спорова – ЗМРПС (*Службени гласник РС*, бр. 125/04, 104/09), чл. 3, ст. 3. Предлогом закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова, од 29. децембра 2017. године (http://www.parlament.gov.rs/upload/archive_files/cir/pdf/predlozi_zakona/4356-17.pdf, 20.4.2018), предвиђена је измена овог правила, у смислу да ће се стране у спору поводом дискриминације и злостављања на раду "одређивати у складу са законом", дакле, у складу са Законом о раду, односно Законом о спречавању злостављања на раду.

37 Анђелија Н. Тасић, *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016, 167.

38 ЗМРПС, чл. 3, ст. 1.

39 О томе, примера ради, сведочи и пракса домаћих судова да код спорова чији је предмет била дискриминација на раду примењују правила Закона о раду, по којима се спор против решења којим је повређено право запосленог, односно спор поводом повреде права за коју је запослени сазнао - може покренути у року од 90 дана (у позитивном праву тај рок износи 60 дана) од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. У Закону о забрани дискриминације, одговарајући рок није предвиђен, што је имало за последицу одбацивање тужби поднетих по истеку рока утврђеног у Закону о раду. Вид. Марио Рељановић, *Студија о примени Закона о забрани дискриминације у Србији*, Београд, 2017, 7, 34. и 43.

и дискриминационих спорова и различите циљеве и начела ка којима је њихово решавање усмерено, односно на којима почива.

Посебно осетљиву категорију спорова поводом дискриминације на раду чине спорови поводом дискриминације запослених на основу породичних дужности. Они се могу тицати остваривања и коришћења права из радног односа, укључујући и права која су законом призната само у корист запослених са породичним дужностима. Поред спорова који настају онда када *послодавац доводи у неповољнији положај запосленог који је користио право на породичско одсуство или одсуство са рада ради неге детета*, постоји још једна врста спорова поводом дискриминације која се тиче остваривања ових права. Реч је о споровима који настају због *ометања запослених у остваривању и коришћењу права на одсуство*, као што је то нпр. случај са одбијањем послодавца да одобри коришћење овог права или обесхрабривањем запосленог да га користи.⁴⁰ Исто вреди и за *коришћење права на рад са непуним радним временом*, које припада запосленом који се стара о лицу са церебралном парализом, дечјом парализом, неком врстом пlegије или мишићном дистрофијом или осталим тешким обољењима, а чије коришћење не сме представљати пресудни разлог за погоршање услова рада или отпуштање. Осим тога, предмет спора може бити и одбијање послодавца да унапреди запослену која има дете и испуњава све услове за напредовање у каријери, док се запослене које се нису оствариле као мајке и запослени са децом премештају на више и боље плаћено радно место. Исто вреди и за неоправдано негативно оцењивање радних способности запослене након што је остала у другом стању или је родила дете, или, пак, отпуштање запослене која је остала у другом стању. Овај низ настављају и спорови против послодавца који доводе у неповољнији положај родитеље деце са инвалидитетом, о чему је раније било речи. Притом, ваља имати у виду и значајан пораст броја спорова поводом дискриминације на основу породичних дужности, посебно у односу на остале облике дискриминације на раду или у вези са радом.⁴¹ Тако је, примера ради, у Сједињеним Америчким Држа-

40 Joan Williams, *The next frontier: Preventing and litigating family responsibilities discrimination*, доступно на адреси https://www.dol.gov/wb/resources/the_next_frontier.pdf, 2.4.2018, 10. Ово може укључити и одбијање послодавца да одобри коришћење одсуства са рада ради неге детета запосленом мушког пола, а због уверења да се само жене могу бринути о тако малој деци (*Sigmon v. Parker Chapin Flattau & Klimpl*, 901 F. Supp. 667 /S.D.N.Y. 1995/, нав. према С. W. VonBergen, William T. Mawer, Robert Howard, "Family responsibilities discrimination: The EEOC guidance", *Employee Relations Law Journal*, vol. 34, бр. 1/2008, 17).

41 K. Brack, 547.

вама (САД), у последњој деценији, број ових спорова повећан за невероватних 400%, док је, у истом периоду, број спорова поводом дискриминације по другим основима повећан за 23%.⁴² Интересантно је уочити и то да у САД овој држави, запослени који сматрају да су дискриминисани због породичних дужности успевају да остваре судску заштиту у много већем броју случајева него запослени који су покренули радне спорове са другачијим предметом: вероватноћа за успешан исход прве врсте спора је, наиме, 50%.⁴³ То посебно забрињава послодавце, имајући у виду висину накнаде штете на коју има право тужилац у случају усвајања тужбеног захтева, а, што је и додатни разлог за све чешће прибегавање арбитражи и алтернативном решавању спорова ове врсте, па и за увођење обавезне арбитраже за спорове поводом дискриминације запослених који нису синдикално организовани, тј. нису "покривени" колективним уговором, о чему ће бити речи.

У нашем праву, није предвиђена искључива надлежност суда или другог органа за решавање спорова поводом дискриминације на раду, што значи да их одликује *медијабилност и арбитрабилност*. Они су, дакле, подобни да буде решавани путем посредовања и арбитраже, што је потврђено и Законом о посредовању - медијацији, који изричито предвиђа могућност решавања радних спорова посредовањем, док је арбитражно решавање радних спорова уређено Законом о раду и Законом о мирном решавању радних спорова. У том смислу, може се закључити да се спор који настаје поводом повреде права запосленог на заштиту од дискриминације може решити на један од следећих двају начина: а) *споразумом страна у спору*; б) *одлуком надлежног органа или другог субјекта*, у одговарајућем поступку.

2. Арбитражно решавање спорова поводом дискриминације на раду

а) Предности и недостаци арбитраже као метода за решавање спорова поводом дискриминације на раду

Попут посредовања, и арбитража омогућава странама у спору поводом дискриминације на раду да сачувају време, новац и енергију. Штавише, овај метод је, због своје неформалне или мање формалне природе, атрактиван и за лица која би могла себи да приуште судско решавање спорова, али дају предност арбитражи као поступку који је интимнији

42 J. Williams, 13.

43 Исто.

и интерактивнији и који се не одвија пред очима јавности.⁴⁴ Потоњи аргумент је посебно значајан за спорове поводом дискриминације, јер необелодањивање идентитета страна у спору и необјављивање одлуке одговара послодавцима због заштите пословне репутације, а запосленима омогућава да у поверљивој атмосфери и без „тешких речи“ представе своје потребе и интересе, што је изузетно значајно за наставак радног односа.⁴⁵ И поред ових предности, у домаћем правном животу, судско решавање радних спорова има превасходство. То се, најпре, може објаснити особеном правном културом, у којој се судско решавање спорова појављује као неприкосновени метод, и поред свих проблема који оптерећују његову примену (између осталог и због урушавања судске власти неуспелом реформом правосуђа и недовољног броја судија и изостанка њихове /иницијалне или континуиране/ обуке и специјализације за радноправна и антидискриминациона питања).⁴⁶ Овоме ваља додати и недовољну обавештеност субјеката радног односа о могућностима и предностима мирног решавања спорова, њихово неповерење у арбитраже, као и непрецизну уређеност мирног решавања радних спорова у нашој држави. На то се надовезују и непостојање двостепености у арбитражном одлучивању и дилеме које прате могућност остваривања права на правно средство пред судом, те проблеми који се везују за извршење арбитражног решења, посебно одсуство санкције за стране које не приступе извршењу споразума.⁴⁷

Арбитража може бити успешна замена за судско решавање спорова само ако њена примена може донети корист и послодавцу и запосленом.⁴⁸ Заједничка корист страна у спору огледа се у могућности да се спор реши на начин који је флексибилнији и неформалнији од пресуђивања и који може да се обликује тако да одговара њиховим потребама,

44 Sarah Johnston, "ADR in the employment discrimination context: Friend or foe to claimant", *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 2000-2001, 335.

45 Уп. са Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2009, 20-21.

46 Вид.: Снежана Андрејевић, "Шта ваља мењати у прописима о решавању спорова из области рада", *Криза и обнова радног законодавства* (уредник Зоран Ивошевић), Београд, 2014, 172-173; Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, "Арбитража за радне спорове", *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 654-660.

47 Вид. С. Андрејевић, 172-173.

48 Преовлађује, дакле, прагматички резон, по којем је најважније да се спор реши брзо и ефикасно, док утврђивање истине и правде по сваку цену (*fiat iustitia, pereat mundus*) овде нема превасходство. А. Uzelac, 16.

као и околностима конкретног случаја.⁴⁹ Ипак, као и посредовање, и арбитражно решавање спорова наткриљује ризик да буде злоупотребљено од стране послодавца, као јачег субјекта радног односа који по сваку цену настоји да избегне негативни публицитет због усвајања тужбеног захтева,⁵⁰ као и трошкове судског поступка и правног заступања, али и посредне трошкове учешћа у парници (у смислу настојања да радна средина настави да функционише без терета који прате дуготрајне поступке).⁵¹ Тежња за избегавањем високих трошкова судског решавања спорова, притом, може бити толико важна да у неким државама, послодавци, посебно они из групе тзв. великих послодаваца (дакле, послодаваца са великим бројем запослених) прибегавају увођењу обавезне арбитраже. То је, примера ради, случај у Сједињеним Америчким Државама, где послодавац има право да, "руку под руку" са условима рада, у радну средину уведе и обавезу покушаја арбитражног решавања спорова поводом дискриминације запослених који нису синдикално организовани, односно нису заштићени колективним уговором којим су послодавац и синдикат договорили арбитражно решавање индивидуалних радних спорова.⁵²

49 Roger S. Wolters, William H. Holley, Jr., "Arbitration of statutory employment discrimination claims in a nonunion environment: a guide to procedural fairness", *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol. 12, бр. 3/2000, 164.

50 David Sherwyn, "Arbitration of employment-discrimination lawsuits: Legalities, practicalities, and realities", *Cornell Hotel and Administration Quarterly*, бр. 12/2002, 65.

51 A. Uzelac, 23.

52 Најважнији разлози за увођење обавезне арбитраже су економски, док се као секундарни разлог појављује и настојање послодавца да на овај начин обезбеди релативно брзо (и опет јефтино) решавање спорова покренутих на основу неоснованих и неозбиљних захтева запослених. Потони мотив је у САД посебно значајан, ако се има у виду то да се запослени који сматра да је дискриминисан, најпре, обраћа независном телу за заштиту равноправности (*Equal Employment Opportunity Commission*), које ће настојати да убеди стране у спору да се споразумеју, а, ако му то не пође за руком - размотрити захтев запосленог и дати мишљење о томе да ли у одређеном спорном односу постоји разлог због којег је разумно веровати да је запослени био дискриминисан. Тек након тога, запослени може поднети тужбу суду, с тим што се изузетно, у посебно значајним случајевима за које процени да за то постоји друштвени интерес, тело за заштиту равноправности може одредити и за покретање поступка у име запосленог. Поступак испитивања разумности (и легитимности) захтева запосленог под окриљем тела за заштиту равноправности прате одређени трошкови, који постају посебно високи ако дође до покретања дискриминационе парнице. Послодавци, отуд, чак и у случају неоснованих захтева запослених, имају интерес да се спор реши применом метода мирног решавања, све док је он јефтинији од трошкова којима ће бити оптерећени у случају усвајања тужбеног захтева запосленог. При том је интересантно уочити да се у пракси америчких судова споразум о обавезном арбитражном решавању спорова сматра допуштеним само ако су јасно наведени услови прибегавања арбитражи (избор арбитра, гаранције поштеног поступка, питање трошкова итд.). А то није случај ако су услови утврђени у

Ова пракса се, притом, оправдава аргументом да се начело добровољности релативизује само инцијално, тј. само у погледу обавезе да се размотри могућност арбитраже, али да и ту постоји сагласност запосленог изражена приликом закључења уговора о раду.⁵³ Премда се, по мишљењу Врховног суда, оваква пракса сматра допуштеном, у литератури се она, с правом, критикује, посебно имајући у виду изостанак права запосленог на правно средство против арбитражне одлуке, као и чињеницу да се обавезна арбитража уводи арбитражним споразумом који запослени потписује приликом закључења уговора о раду (као уговора при чијем закључивању запослени, као слабија страна радног односа, нема исту преговарачку моћ као послодавац).⁵⁴ У том смислу се, у погледу овако уговорене обавезне арбитраже отвара дилема везана за поштовање правила да је арбитража допуштена само ако су се стране свесно и добровољно сагласиле о томе да се њихов спор изнесе пред арбитражу, а, што је доведено у питање ако су заснивање радног односа или његов опстанак условљени пристанком запосленог да се, у случају спора поводом дискриминације, уздржи од покретања судског поступка, јер се спор обавезно решава пред арбитражним већем.

Такође, као и у случају решавања спорова посредовањем, и у случају њиховог арбитражног решавања, постоји примедба да приватна

обимном послодавчевом правилнику (у једном предмету, правилник обима 60 страна садржао је две стране везане за арбитражу које је требало тражити у тексту безмало као "иглу у пласту сена" /*Trumbull v. Century Mktg. Corp.*, 12 F. Supp. 2d 683, N. D. Ohio 1988/). Нав. према: D. Sherwyn, 64, 72; R. S. Wolters, W. H. Holley, Jr., 163-164.

- 53 Као једно од основних начела мирног решавања радних спорова, *начело добровољности* претпоставља слободу страна у спору да одлуче о учешћу у поступку мирног решавања спорова, уз могућност да од њега, у сваком тренутку, одустану, без икаквих последица. На то се надовезује и слобода избора арбитра или посредника, а, у случају посредовања – и слобода да се изабере решење којим ће у највећој мери бити уважени интереси и потребе страна спорног односа.
- 54 D. Sherwyn, 66, 69. О предностима обавезне арбитраже у радним споровима вид. у: D. Sherwyn, 65; за став да арбитражни поступак није исплативији од судског вид. у: Michael Z. Green, „Debunking the myth of employer advantage from using mandatory arbitration for discrimination claims“, *Rutgers Law Journal*, vol. 31, 2000, 402; о штетном дејству обавезне арбитраже због немогућности коришћења правног лека вид. у: Lucy T. France, Timothy C. Kelly, "Mandatory arbitration of civil rights claims in the workplace: No enforceability without equivalency", *Montana Law Review*, vol. 64, број 2-2003, 458; за став да су код обавезне арбитраже у споровим поводом дискриминације на раду права запосленог слабије заштићена него у судском поступку, као и да арбитража не омогућава запосленом једнак приступ правди вид. у: Ariana R. Levinson, „What the awards tell us about labour arbitration of employment discrimination claims“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46, бр. 3/2013, 800.

атмосфера у којој се решавају спорови, колико год да може бити погодна за стране у спору, ускраћује широј јавности могућност увида у одлуке које могу утицати на промену односа јавности према дискриминацији. Мирно решавање спорова има, наиме, много мањи капацитет да допринесе изградњи праксе у области заштите од дискриминације на раду, него што то може судска пракса, нпр. у смислу прецизирања појмова непосредне и посредне дискриминације запослених, разграничења дискриминације од злостављања на раду, утврђивања драгоцених смерница за делотворно остваривање права и преузимање обавеза од значаја за обезбеђивања једнакости на месту рада и тсл.⁵⁵

б) Правни режим арбитраже за радне спорове и основне дилеме у Републици Србији

Споразумно, односно арбитражно решавање радних спорова уређено је Законом о раду и Законом о мирном решавању радних спорова. С тим у вези, ваља имати у виду да, сагласно одредбама Закона о раду, на овај начин могу бити решаване све врсте индивидуалних радних спорова, док је Законом о мирном решавању радних спорова уређено арбитражно решавање у оквиру и преко Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, и то само у погледу неколико врста индивидуалних радних спорова, међу којима је и спор поводом дискриминације.⁵⁶ На тај начин је успостављен својеврстан *дуални систем споразумног, односно арбитражног решавања индивидуалних радних спорова*: први колосек одређују одредбе Закона о раду, док је други колосек одређен одредбама Закона о мирном решавању радних спорова.

Први колосек заштите почива на правилу да се колективним уговором, односно правилником о раду и уговором о раду „може предвидети поступак споразумног решавања спорних питања између послодавца и запосленог“, при чему „спорна питања [...] решава арбитар“, кога стране у спору одређују споразумом из реда стручњака у области која је предмет спо-

55 L. T. France, T. C. Kelly, 490.

56 Од 2005. године до краја 2016. године, пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова покренута су 14.192 радна спора, од којих је мериторно решено 5.118 индивидуалних радних спорова и 126 колективних радних спорова. Према подацима добијеним од саветника Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, до сада су пред Агенцију изнета свега два индивидуална радна спора поводом дискриминације. Ни у једном од њих, основ дискриминације нису биле породичне дужности, нити је утврђена дискриминација, будући да су стране у спору као предмет одредиле и дискриминацију и злостављање, а Агенција их је квалификовала као спорове поводом злостављања на раду.

ра.⁵⁷ Сагласно одредбама Закона о раду, поступак пред арбитром може бити покренут у року од три дана од дана достављања решења запосленом, док је арбитар дужан да донесе одлуку у року од 10 дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорних питања. Одлука арбитра је коначна и обавезује послодавца и запосленог, с тим што у случају отказа уговора о раду (што укључује и отказ због породичних дужности запосленог), за време трајања поступка пред арбитром запосленом мирује радни однос.⁵⁸

Са друге стране, сагласно одредбама Закона о мирном решавању радних спорова, адјудикативни арбитражни поступак се покреће *предлогом* који стране у спору могу да поднесу *заједнички или појединачно* Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова.⁵⁹ Оне споразумно одређују арбитра из Именика миритеља и арбитра (у заједничком предлогу, односно у року од три дана од дана прихватања појединачног предлога), а, ако то не учине, одређује га директор Републичке агенције за мирно решавање радних спорова. Арбитар је дужан да закаже *расправу*, у којој узима изјаве, изводи доказе и стара се о томе да се изнесу све чињенице релевантне за одлучивање. Стране у спору, притом, имају право да се изјасне о предмету спора, да одговоре на наводе друге стране и да дају завршну реч на расправи. Ако арбитар сматра да је предмет спора расправљен тако да може да одлучи, закључује расправу и доноси решење о предмету спора у року од 30 дана од дана отварања расправе.

57 ЗР, чл. 194, ст. 1-2.

58 Ако арбитар не донесе одлуку у року од 10 дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорних питања, решење о отказу уговора о раду постаје извршно.

59 Уколико је предлог поднела једна од страна у спору, Агенција га, заједно са документацијом, доставља другој страни, уз позив да се, у року од три дана, изјасни да ли прихвата мирно решавање спора. Свака страна, притом, сноси своје трошкове у поступку, осим трошкова арбитра. Ако међу странама тече судски поступак из истог чињеничног и правног основа, суд ће застати са поступком, при чему су стране у спору дужне да суд обавесте о покретању арбитражног поступка, а ако је поступак пред судом прекинут - и о доношењу арбитражног решења о предмету спора. Премда су Законом о мирном решавању радних спорова прописана поједина правила поступка пред арбитром, остаје нејасно која би (општа) правила требало (супсидијарно) примењивати на процесна питања која овим законом нису уређена, што представља проблем у пракси. Као могуће решење предлаже се примена правила општег управног поступка (С. Андрејевић, 170), а има и предлога у којима се афирмише примена правила парничног поступка (С. Ковачевић-Перић, В. Боранијашевић, 658). Премда уређивање арбитражног решавања спорова нужно не претпоставља законски формализована правила поступка (Д. Ђук Миланков, 15), чини се да би било добро да ова дилема буде решена, баш као што би могло бити корисно и усвајање правила о раду арбитра.

Против решења арбитра није дозвољена жалба: оно је правоснажно и извршно даном достављања странама у спору (ако је у решењу одређено да се радња која је предмет извршења може извршити у остављеном року, оно постаје извршно истеком тог рока). С тим у вези, отвара се и питање могућности *подношења правног средства против одлуке арбитра*, у смислу уставне гаранције права на правно средство против одлуке којом се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу.⁶⁰ Од ступања на снагу Закона о мирном решавању радних спорова отворило се, наиме, питање (не)допуштености судске заштите поводом арбитражне одлуке донете у спору изнетом пред Републичку агенцију за мирно решавање радних спорова, будући да овај закон не садржи одредбе о правној заштити поводом арбитражне одлуке, док правило да је арбитражно решење правоснажно и извршно даном достављања странама у спору - значи да нема двостепеног одлучивања пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова. У пракси домаћих судова различито је поступано према овом питању, при чему је у првим годинама примене Закона о мирном решавању радних спорова странама у спору било ускраћивано право да траже судску заштиту поводом арбитражне одлуке, иако је Законом о арбитражи уведена могућност да се суду поднесе тужба за поништај против домаће арбитражне одлуке.⁶¹ Чини се да би ове одредбе Закона о арбитражи требало тумачити на начин да је судска контрола арбитражне одлуке могућа и онда када је арбитражна одлука донета у поступку пред арбитром из Именика миритеља и арбитра који се води код Републичке агенције за мирно решавање радних спорова (дакле, у складу са одредбама Закона о мирном решавању радних спорова). То, даље, значи да, и поред тога што се арбитражно решавање индивидуалних радних спорова заснива на споразуму странака и што нема двостепеног одлучивања у поступку пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова - арбитражно решавање индивидуалних радних спорова није неспојиво са могућношћу странака да против арбитражне одлуке користе правно средство, наравно, на начин утврђен законом (у прописаном року, из прописаних разлога, на прописан начин). У смислу Закона о арбитражи, као одговарајуће правно средство може се, наиме, користити тужба за поништај арбитражне одлуке, поводом које суд спроводи накнадну и ограничену контролу. То је потврдио и Врховни касациони суд када је одлучио да се ставом нижестепених судо-

60 УРС, чл. 36, ст. 2.

61 Закон о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46/06), чл. 57-63.

ва да се не може тражити судска заштита поводом арбитражне одлуке донете у спору изнетом пред Републичку агенцију за мирно решавање радних спорова - странкама неосновано ускраћује право на правно средство.⁶² Наравно, може се *de lege ferenda* учинити и предлог разматрања могућности да странама у спору изнетом пред Републичку агенцију за мирно решавање радних спорова буде обезбеђена и додатна заштита, који би подразумевала увођење двостепености арбитражног поступка, примера ради, посредством формирања другостепеног арбитражног већа на нивоу Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, а, по зору на слична решења из страних права.

У време писања овог чланка, Народној скупштини Републике Србије био је поднет Предлог закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова, којим је предвиђено новелирање поступка за решавање спорова поводом дискриминације. Реч је, прецизније, о предлогу да се поступак пред арбитром уреди тако да он убудуће има обавезу да "у току поступка указује странама у спору на могућност споразумног решавања спора", као и да се поступак окончава доношењем решења на основу споразума страна у спору, или, пак, доношењем решења којим арбитар одлучује о предмету спора или констатује да је арбитражни поступак постао немогућ или да се обуставља. То, дакле, значи да се спор може решити и споразумно, тј. да арбитар неће, у сваком случају, донети решење на основу изведених доказа који произлазе из утврђеног чињеничног стања. Најзначајнији *novum* представља правило да у споровима поводом дискриминације одржавање расправе није јавно, и да се спор поводом дискриминације (као и спор поводом злостављања на раду) окончава решењем арбитра донетим на основу споразума страна у спору. Потоње правило је, наиме, постављено

62 У овом предмету, запослени и послодавац су били учесници поступка пред арбитром, у циљу решавања радног спора поводом злостављања на раду. Арбитар кога је одредила Републичка агенција за мирно решавање радних спорова донео је решење (број 116-02-143/2011, од 22. марта 2012. године), након чега је послодавац Основном суду у Ужицу поднео тужбу за поништај арбитражног решења (тужба је *ad litteram* била тако насловљена). Овај суд, а, затим и Виши суд у Ужицу су закључили да преиспитивање арбитражног решења донетог у спору изнетом пред Републичку агенцију за мирно решавање радних спорова - не спада у судску надлежност. Врховни касациони суд је, међутим, био на другачијем становишту, закључивши да су нижестепени судови били дужни да расправљају о постављеном тужбеном захтеву аналогном применом одредаба чл. 57-63 Закона о арбитражи, посебно водећи рачуна да су разлози за поништај прописани чланом 58 тог закона. У том смислу је утврђена битна повреда парничног поступка, која постоји увек када суд одбије да одлучује о захтеву за који је надлежан, те су нижестепене одлуке укинуте. Решење Врховног касационог суда Рж 146/2014, Рев2 653/2014, од 10. септембра 2015. године, доступно на адреси: <http://www.vk.sud.rs>, 17.4.2018.

као изузетак од правила да се поступак пред арбитром окончава доношењем решења којим арбитар одлучује о предмету спора.⁶³ То значајно мења положај запосленог, будући да арбитар, у случају да не постоји споразум о решењу спора, обуставља поступак, тако да се о истој правној ствари може водити судски поступак.

3. Посредовање као метод решавања спорова поводом дискриминације на раду

Посредовање подразумева поступак у којем стране радног односа настоје да реше спор путем преговарања, а, уз помоћ трећег (трећих) лица која им пружају помоћ у постизању споразума. Будући да овај поступак, у начелу, није адверзијалан, стране у спору заједно раде на изналажењу прихватљивог решења које одговара интересима сваке од њих. Премда подељеност посредовања као метода за решавање спорова у великој мери зависи од околности сваког конкретног случаја, може се констатовати да посредовање може бити прикладан, а у неким случајевима, чак и моћан, метод за решавање радних спорова. То вреди и за спорове поводом дискриминације на раду, и то, пре свега, због чињенице да посредовање може допринети воспостављању добрих међуљудских односа, који су од пресудног значаја за добро функционисање сваке радне средине. Ово независно од чињенице да су спорови поводом дискриминације неретко праћени "горчином" и међусобним неразумевањем страна у спору, да је област заштите од дискриминације уређена когентним нормама и да се не тиче права којима стране могу слободно располагати, нити је област у којој би нагодба, схваћена у строго правном смислу те речи, могла бити допуштена. Упркос свему томе, спорови поводом дискриминације чине се подесним за решавање овим методом, јер се исход поступка може тицати отклањања узрокâ који су довели до погоршања односа запосленог и послодавца.⁶⁴ То је и разлог што независна тела надлежна за надзор над применом антидискриминационог законодавства (тела за заштиту равноправности) најчешће примењују поступак посредовања или упућују стране спорног односа на његову примену, управо, у случају дискриминације на раду и у вези са радом.⁶⁵ Искуство страних држава у примени овог метода је, притом,

63 Предлог закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова, чл. 35б).

64 Alan Uzelac, „Mirenje kao alternativa suđenju“, *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima* (ur. Alan Uzelac et al.), Zagreb, 2004, 24.

65 Ова пракса најпре је установљена у Великој Британији 1996. године, а, њен пример следиле су Белгија, Данска, Немачка, Португал и Холандија. Тако се, примера ради, у потоњој држави,

позитивно, осим када се као основи дискриминације појављују одређена уверења, попут вероисповести и других основа повезаних са вредносним системом запосленог.⁶⁶

За разлику од судског решавања спорова, који неретко продужавају, а, понекад и продубљују конфликт између запосленог и послодавца, посредовање, наиме, отвара врата за то да се, и након дискриминације, очува и настави комуникација и сарадња између запосленог и послодавца, а може деловати и превентивно, у смислу спречавања настанка нових конфликта.⁶⁷ Стране у спору могу, штавише, осетити неке од ових добробити чак и ако међу њима не буде постигнут договор, будући да већ и само приближавање ставова може допринети смањењу међусобних тензија (због решавања неких спорних питања и бољег разумевања сопственог положаја и положаја друге стране), док се (преостала) спорна питања могу решити и другим методама.⁶⁸ Такође, треба уочити и то да алтернативно решавање спорова не користи само странама у спору, већ се може очекивати да се чланови одређене радне средине успешније носе са сличним проблемима и у другим ситуацијама.⁶⁹ У том смислу се у литератури говори о преношењу и генерализацији позитивних последица посредовања, односно о "трансформативној и едукативној улози" посредовања.⁷⁰ А она је посебно важна у случају дискриминације на основу породичних дужности, будући да (непосредна и посредна) дис-

око 8% спорова поводом дискриминације на раду решава посредовањем. Више од 70% тих спорова бива решено успешно, и то у поступку који у просеку траје 4,5 месеца (уместо судског поступка који у просеку траје шест-девет месеци), и уз значајно снижење трошкова (за приближно 40%). Притом, ваља имати у виду да се у Холандији, поступак посредовања не спроводи под окриљем тела за заштиту равносправности, већ оно упућује посредницима спорове на решавање. Нав. према Kosana Beker, *Potencijal medijacije u slučajevima diskriminacije u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2017, 11.

66 К. Beker, 11-12.

67 Драгана Ђук Миланков (ур.), *Приручник за примену медијације у оквиру службе Повереника за заштиту равносправности*, Београд, 2014, 21.

68 Исто; А. Uzelac, 23.

69 Д. Ђук Миланков, 21.

70 Исто. У делу литературе указује се, међутим, и на *препреке за остваривање едукативне функције посредовања*, а, због чињенице да је посредовање приватан поступак из којег је јавност искључена, уз обавезу учесника поступка да чувају као тајну све податке које су сазнали. Управо та околност, која се означава и као начело приватности, сматра се сметњом за остваривање превентивне функције посредовања и утицаја који решавање радних спорова може имати на друштво (схваћено не само широко, већ и као заједницу која постоји у одређеној радној средини) и промену односа према дискриминацији. А. Тасић, 174.

криминација једног запосленог по том основу може бити схваћена и као „упозорење“ дато његовим колегама да не користе одсуство са рада ради неге детета или неко друго право које је признато у корист запослених са породичним дужностима.⁷¹

Са друге стране, основни недостатак посредовања везује се за ризик да овај метод буде злоупотребљен од стране послодавца, као јаче стране радног односа, будући да неки послодавци прибегавају посредовању не би ли прикрили одговорност за дискриминаторско понашање и избегли непосредне (трошкови поступка и правног заступања) и посредне трошкове учешћа у парници (рано остварење свог захтева, што, последично, омогућава да се настави функционисање радне средине без терета који је оптерећују у случају дуготрајних поступака)⁷².

Законом о посредовању - медијацији су, међу спорним односима који се решавају посредовањем, изричито наведени и радни односи (осим спорова поводом отказа уговора о раду и исплате минималне зараде), док је Законом о заштити од дискриминације (али не и осталим антидискриминационим законима) посредовање наведено као метод решавања дискриминационих спорова, у смислу правила да Повереник за заштиту равноправности "предлаже спровођење поступка мирне, у складу са законом којим се уређује поступак медијације, а пре предузимања других радњи у поступку".⁷³ То, даље, значи да нема формалних сметњи да се за решавање спорова поводом дискриминације на раду користи

71 Тако се, примера ради, премештај запослене на ниже, слабије плаћено радно место по повратку са одсуства са рада ради неге детета може разумети и као „поруча“ упућена свим запосленима у предузећу да ће им, у случају коришћења овог права, бити погоршани услови рада. Таква поруча се може разумети и као „упозорење“ женама, које се са својим партнерима одлуче на родитељство, да, по истеку породичног одсуства, не користе одсуство са рада ради неге детета или, макар не, у пуном трајању. Ово посебно стога што неповољније поступање према запосленима који користе право на одсуство много теже погађа жене, јер га оне чешће користе од мушкараца, иако је доступно родитељима оба пола. Све ове околности додатно продубљују неједнакост мушкараца и жена, нарочито у погледу напредовања на раду (и рада на вишим радним местима, која су редовно теже доступна женама), као и права на зараду (и делотворну примену начела једнаког награђивања мушкараца и жена за исти рад), због ризика плаћања на штету жена у поређењу са запосленима мушког пола, који се, између осталог, може објаснити и неспроведеном реди-стрибуцијом породичних улога. Весна Николић-Ристановић *et al.*, *Дискриминација жена на тржишту рада у Србији*, Београд, 2012, 43, 48-51. и 53-56.

72 А. Uzelac, 23.

73 Закон о посредовању – медијацији (*Службени гласник РС*, бр. 18/05), чл. 1, ст. 1, 3; Закон о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, бр. 22/09), чл. 38.

и поступак у којем странке решавају спор уз помоћ и савете посредника, који, притом, није ограничен предметом и висином захтева.

Основне предности овог метода везују се за његову неформалност, флексибилност, добровољност, ниску цену и брзину поступања, као и за интересну оријентацију и шири круг могућих решења. У поређењу са арбитражним, а тим пре са судским решавањем спорова поводом дискриминације на раду, посебно важну предност посредовања представља управо то што овај метод води помирењу супротстављених интереса и постизању договора који се темељи на потребама страна у спору, док код арбитражног и судског решавања спорова, уместо страна у спору, одлуку о спору доноси треће лице, на основу меродавних правних норми.⁷⁴ То има посебну тежину у споровима везаним за дискриминацију на раду, где су стране спорног односа сваког радног дана упућене једна на другу, и где запослени треба да послодавцу свакодневно ставља на располагање своје радне способности, док послодавац треба да управља његовим радом издавањем радних налога и упутстава.⁷⁵ Пријатељско решење спора, отуд, чини могућим добро функционисање предузећа, наравно, уколико послодавац не одриче то да се одређена радња догодила, и то на начин који је наведен у притужби запосленог и да је тиме повредио запосленог, због чега и прихвата одговорност за дискриминаторско поступање. Ово тим пре што је запосленом који сматра да је дискриминисан неретко најважније да добије моралну сатисфакцију кроз признање (и, својеврсно покајање) послодавца да га је дискриминисао. И супротно, посредовање није прихватљив метод решавања спорова уколико се стране не слажу око свих околности одређеног случаја или једна страна одбија да активно учествује у поступку или, пак, у њему учествује како би одуговлачила или блокирала поступак или на други начин повређује начело савесности и поштења.⁷⁶ Исто вреди и ако у конкретном случају дискриминације постоји изразита потреба да се хитно ауторитативно

74 У случају коришћења метода мирног решавања спорова, појам спора шире је постављен, тако да може обухватити и интересне конфликте који настану између субјеката радног односа. То, у случају колективних радних спорова, води и издвајању посебне врсте спорова који настају поводом закључења или новелирања колективног уговора, док се у случају индивидуалних радних спорова, под појам спора подводе правни спорови, тј. спорови о узajамним правима и обавезама страна радног односа. Остали конфликти могу бити разматрани само у контексту решавања правног спора, дакле, само узгред и само функционално (А. Uzelac, 17). Уп. са: Etelka Korpić - Horvat, "Medijacija – oblika alternativnega reševanja individualnih delovnih sporov", *Analiz PAZU*, бр. 1/2011, 93.

75 А. Uzelac, 23.

76 Исто, 24.

интервенише у погоршане односе запосленог и послодавца, пре свега у облику привремене мере, јер тада покретање поступка посредовања није корисно, а у неким случајевима би можда могло бити и штетно.⁷⁷ У погледу радних спорова, то представља посебан проблем, ако имамо у виду неравноправност субјеката индивидуалног радног односа, односно правну субординацију као његово битно обележје (у смислу обавезе запосленог да се подређује управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца). Отуд се у литератури, својство медијабилности одриче споровима у којима постоји експлоатација туђег рада, тј. ситуација у којој послодавац злоупотребава осетљиви положај у ком се радник налази да би ускраћивањем или сужавањем заштите радних права или погоршањем услова рада остварио профит.⁷⁸ Такође, као недостатак посредовања као метода решавања спорова треба навести и то да није искључено да ће у неким случајевима, квалитет постигнутог споразума зависити од способности запосленог да се "ценка" са послодавцем током поступка, што је проблематично у светлу начела правичности и поштења.⁷⁹

Решавање спора поводом дискриминације посредовањем особено је и због специфичног значења које има *начело неутралности* у случају примене овог метода. Посредник, наиме, треба да буде неутралан у односу на предмет спора, у том смислу да не сме имати неки скривени интерес поводом спорног односа, али не би требало да буде неутралан према дискриминацији. Уместо тога, од посредника се очекује да покаже да је реч о појави која је и морално неприхватљива и да, последично, одбије споразум који би био у супротности са основним начелима заштите од дискриминације.⁸⁰ Начело непристрасности се тиме не релативизује, нити се доводи у питање, већ се посреднику омогућава да обезбеди усаглашеност (будућег) споразума са вредностима које изражава начело заштите од дискриминације, нпр. тако што ће обавити одговарајући прелиминарни разговор са сваком страном спорног односа.

77 Исто.

78 Уп. са: К. Beker, 8.

79 А. Н. Тасић, 175; Tony Bennet, "The role of mediation: a critical analysis of the changing nature of dispute resolution in the workplace", *Industrial Law Journal*, vol. 41, бр. 4/2012, 480-481.

80 С тим у вези, ваља имати у виду и то да у неким државама, спорове поводом дискриминације не решавају типични медијатори, већ лица која су савладала различите обуке о заштити од дискриминације, а то су најчешће адвокати који су заступали интересе тела за заштиту равноправности. А. Н. Тасић, 173, уп. са: К. Beker, 10; Д Ђук Миланков (ур.), 19.

Ljubinka KOVAČEVIĆ, Ph.D.

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law

Uroš NOVAKOVIĆ, Ph.D.

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

AMICABLE RESOLUTION OF DISPUTES CONCERNING FAMILY RESPONSIBILITY DISCRIMINATION

Summary

The initial stage of harmonization of work and family life of employees was aimed at ensuring equal participation of men and women in the labour market, but today it entails the right of employees to family life in light of the recognition of the right to maternity leave, child care leave or sick leave to care for an incapacitated family member, introduction of flexible working conditions and the enjoyment of various social benefits. These rights cannot be effectively exercised without protection against discrimination that may arise during the employment relationship, as well as in the exercise of any employment rights, including putting employees who exercised their right to leave of absence in an unfavourable position or obstructing employees in exercising and using that right. Disputes over family responsibility discrimination are characterized by mediability and arbitrability, since the national law does not provide sole jurisdiction of the court or another authority for their resolution. They can be resolved in accordance with the Law on Mediation, the Labour Law and the Law on Amicable Resolution of Labour Disputes, whose revision is in progress. Both arbitration and mediation have certain advantages (quick decision making, low costs, flexibility, informality, non-publicity, special skills and knowledge of arbitrators and mediators, etc.) and disadvantages (e.g. problems related to the two-instance decision-making and execution of an arbitration decision) when compared to the court handled disputes arising from challenging, endangering or violating equality at work. Therefore, this article will discuss the subject and nature of these disputes, as well as the methods of their amicable resolution, in light of the changes of traditional family roles and the need to reconcile the different aims of social, pronatalism and anti-discrimination policies.

Keywords: *parent; employee; family life; professional life; discrimination at work; mediation; arbitration.*

Велисав МАРКОВИЋ*

ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА УСЛЕД ПРЕСТАНКА И ПРЕКИДА РАДА ПРЕДУЗЕТНИКА

Резиме

Запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца (по сили закона) у случају престанка рада предузетника као послодавца. Предузетник престаје са радом, односно губи својство предузетника брисањем из регистра привредних субјеката које се врши због престанка обављања делатности. Предузетник престаје са обављањем делатности одјавом или по сили закона. Поред тога, предузетник може и привремено да прекине обављање делатности када прекид региструје код Агенције за привредне регистре. Привремени прекид обављања делатности предузетника није прописан као основ за престанак радног односа по сили закона.

У раду је обрађен престанак радног односа запослених код предузетника услед престанка рада предузетника и права запослених, као и правни положај запослених услед прекида обављања делатности предузетника.

Кључне речи: *престанак радног односа, отказ уговора о раду, предузетник, престанак рада предузетника, прекид рада предузетника.*

I Увод

Предузетник (трговац) је правна форма организовања предузећа ради обављања одређене делатности ради стицања добити, под по правилу индивидуалним (личним) пословним именом од стране физичког

* Ванредни професор на Факултету здравствених, правних и пословних студија из Ваљева, Универзитет Сингидунум

лица и са неограниченом одговорношћу целом својом имовином. Индивидуални трговац – предузетник дакле може искључиво бити физичко лице (које има пословну способност) и никако правно лице.¹

У радним односима предузетник има статус samozапосленог и послодавца. Предузетник, када обавља делатност лично и нема запослених, има статус samozапосленог и на њега се не примењује Закон о раду. Када предузетник запошљава једног или више радника у вршењу предузетничке делатности има статус послодавца и на њега се примењује општи правни режим радних односа. Одредбом члана 5. став 2. Закона о раду² прописано је да је послодавц, у смислу овог закона, домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица.³

У раду је обрађен престанак радног односа запослених код предузетника услед престанка рада предузетника и права запослених, као и правни положај запослених услед прекида обављања делатности предузетника.

II Престанак радног односа због престанка рада предузетника

Закон о раду не уређује експлицитно престанак радног односа услед престанка рада предузетника већ прописује да запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца (по сили закона) у случају престанка рада послодавца, у складу са законом.⁴ С обзиром да предузетник има статус послодавца када запошљава раднике, те се ова одредба односи и на предузетника.

Престанак рада предузетника у нашем праву уређен је одредбом члана 91. Закона о привредним друштвима⁵ (у даљем тексту: ЗПД). Пред-

1 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник Београд, 2008, 17.

2 Закон о раду – ЗОР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

3 Велисав Марковић, „Примена раднонавних прописа на предузетника“, *Право и привреда*, број 4-6/2016, 688-703.

4 ЗОР, чл. 176. ст. 1. тач. 5. Исто решење предвиђа и Закон о раду Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/16, чл. 176. Закон о радним односима Словеније (*Службени гласник Словеније*, бр. 42/2002, 103/2007) прописује да ће уговор о раду престати са смрћу послодавца - физичких лица, осим ако се делатност непрекидно наставља са његовим наследником.

5 *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015.

виђено је да предузетник губи својство предузетника брисањем из регистра привредних субјеката. Брисање из регистра се врши због престанка обављања делатности.

Предузетник престаје са обављањем делатности одјавом или по сили закона.

Истом одредбом ЗПД уређено је да предузетник престаје са радом по сили закона:

- смрћу или трајним губитком пословне способности;
- истеком времена ако је обављање делатности регистровано на одређено време;
- ако му је пословни рачун у блокади дуже од две године, на основу захтева за брисање предузетника из регистра који поднесе Народна банка Србије или Пореска управа;
- ако је правоснажном пресудом утврђена ништавост регистрације предузетника;
- ако је правоснажном пресудом, извршном одлуком надлежног органа или суда части коморе у коју је учлањен изречена мера забране обављања делатности;
- у случају престанка одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа који је посебним законом прописан као услов за регистрацију.

Даном брисања предузетника из Регистра привредних субјеката запосленом по закону престаје радни однос код предузетника. „У случајевима престанка радног односа по сили закона није од значаја никакав акт воље субјекта тог односа, те ни одлука тј. решење послодавца о престанку радног односа. Таква одлука послодавца, ако је послодавац и донесе, има само декларативни карактер“.⁶ Основ за престанак радног односа је у престанку постојања послодавца.

Овај основ престанка радног односа не прави разлику између разлога за престанак рада предузетника (да ли је то одјава или по сили закона). Запосленом код предузетника престаје радни однос по сили закона и ако је предузетник престао да обавља делатност одјавом или по сили закона.

Последица престанка радног односа, по сили закона, како је у нашем праву уређено, је да запослени код предузетника приликом пре-

6 Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, 333.

станка радног односа услед престанка рада послодавца-предузетника нема право на отпремнину.⁷

Супротно, Закон о раду Хрватске⁸ прописије као посебан начин престанка радног односа смрт послодавца физичког лица или престанак обрта по сили закона, односно брисање трговца појединца из регистра. Остали разлози по захтеву трговца појединца а не по сили закона представљају разлоге за пословно условљен отказ што уједно значи и поштовање обавезе отказног рока и исплату отпремнине.⁹ Такође, Закон о радним односима Словеније прописује да запослени који су раскинули уговор о раду у стечајном поступку, поступку принудне ликвидације или у случају потврђеног принудног поравнања имају право на отпремнину у складу са законом. Послодавац који прекине уговор о раду из пословних разлога или из разлога неспособности дужан је да плати отпремнину запосленом.¹⁰

И у праву Француске када је раскид уговора о раду на иницијативи послодавца, послодавац је у принципу обавезан да запосленом исплати отпремнину. Закон предвиђа исплату отпремнине сваком запосленом са најмање 8 месеци службе или више, непрекидно у служби код истог послодавца (члан Л. 1234-9 Закона о раду).¹¹ Престанак компаније не ослобађа послодавца обавезе да плати отпремнину на основу члана Л 1234-9.¹²

7 Одредбом члана 158. Закона о раду је прописано да је послодавац дужан да пре отказа уговора о раду, ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла, запосленом исплати отпремнину у складу са овим чланом.

8 *Narodne novine Republike Hrvatske*, бр. 93/14, 127/17, члан 112 став 1 тачка 2. Отпремнина се може схватити као једнократна исплата готовине од стране послодавца запосленом. Она се јавља само у вези са престанком радног односа. Исплата отпремнина се схвата као накнада за губитак посла и одговарајући губитак зараде.

Доступно на адреси: <https://www.arbeitsrechte.de/abfindung/>, 15.3.2018.

9 „Радник којем послодавац отказује након двије године непрекидног рада, осим ако се отказује због разлога увјетованих понашањем радника, има право на отпремнину у износу који се одређује с обзиром на дужину претходног непрекидног трајања радног односа с тим послодавцем“. Закон о раду Републике Хрватске, члан 126 став 1.

10 Закона о радним односима Словеније, члан 106. и 108.

11 Доступно на адреси: <http://droit-finances.commentcamarche.com/contents/591-indemnitees-de-licenciement-calcul-et-montant>, 14.03.2018.

12 Члан Л 1234-10 Закона о раду Француске, последње измене од 22.09.2017. Доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsession->

1. Брисање предузетника одјавом и престанак радног односа

Правилником о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију¹³ прописано је да за брисање предузетника из Регистра одјавом, предузетник подноси пријаву брисања.

Са датумом брисања предузетника из Регистра привредних субјеката запосленом престаје радни однос по сили закона и исти нема право на отпремнину а има право на новчану накнаду за случај незапослености. Предузетник ће донети решење о престанку радног односа запосленом које има декларативни карактер а доноси се из практичних разлога ради даљег остваривања права запослених.

Запослени ће по престанку радног односа престанком рада предузетника остварити право на новчану накнаду, здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање као и друга права у складу са законом. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености¹⁴ прописује да незапослени има право на новчану накнаду у случају престанка радног односа или престанка обавезног осигурања, по основу: отварања стечаја, покретања ликвидационог поступка и у другим случајевима престанка рада послодавца, у складу са законом.

2. Брисање предузетника по сили закона и престанак радног односа

За брисање предузетника из Регистра по сили закона, прилаже се документ о наступању чињенице на основу које је дошло до престанка обављања делатности.

Смрт или трајни губитак пословне способности. Према одредби члана 91. став 6. ЗПД, предузетник престаје са радом по сили закона услед смрти. Ставом 7. овог члана је прописано да у случају смрти или губитка пословне способности предузетника, наследник односно члан његовог породичног домаћинства (брачни друг, деца, усвојиоци и родитељи) које је при том и сам пословно способно физичко лице, може наставити обављање делатности на основу решења о наслеђивању или међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви наследници, односно чланови породичног домаћинства. Ставом 8. овог члана, прописано је да лице из става 7. је дужно да у року од 30 дана

nid=60E682C35EBD1D3FCB80A1A626898DE4.tplgfr28s_1?idSection-

TA=LEGISCTA000006195623&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180314,14.3.2018.

13 Службени гласник РС, бр. 42/2016, члан 55.

14 Службени гласник РС, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 и 113/2017 - др. закон, члан 67.

од дана смрти предузетника пријави наставак обављања делатности регистру у складу са Законом о регистрацији.¹⁵

Из цитираног члана ЗПД произилази да уколико након смрти предузетника, у року од 30 дана, наследник односно члан његовог породичног домаћинства обавести регистар да наставља обављање делатности, у том случају он улази у права и обавезе које је имао претходни предузетник, па самим тим одговара и за све обавезе предузетника, својом имовином. У том случају нема прекида континуитета обављања делатности од стране наследника, па је лице – нови предузетник одговоран за сва права и обавезе претходног предузетника. У овом случају запосленима неће престати радни однос.

У супротном, брисање предузетника се врши са даном доношења решења о брисању из Регистра а као датум престанка обављања делатности регистроваће се датум смрти односно датум правоснажности решења о трајном лишењу пословне способности.¹⁶ Са наведеним датумом ће и запосленима престати радни однос по сили закона.

Закон не предвиђа прекршај у вези са непријављивањем чињенице смрти или губитка пословне способности.¹⁷

Губитак својства предузетника брисањем из Регистра на основу захтева НБС или Пореске управе због блокаде пословног рачуна дуже од две године. Брисање предузетника по овом основу врши се у складу са Инструкцијом о поступању Регистратора Агенције за привредне регистре који води Регистар привредних субјеката, као првостепеног регистрационог органа, у примени члана 91. став 6. тачка 3. ЗПД.¹⁸ Предузетник престаје са радом по сили закона у случају да му је пословни рачун у банци у блокади дуже од две године, на основу захтева за

15 „На основу поднете документације утврђено је да је предузетник преминуо дана 01.12.2014. године, а да је подносилац поднео пријаву за упис промене – континуитета предузетника дана 12.03.2015. године, по истеку рока од 30 дана од дана смрти оснивача, што је у супротности са наведеним законским одредбама.“ Из решења о одбачају регистрационе пријаве промене података Агенције за привредне регистре број БП 26552/2015 од 16.03.2015. године.

16 Тако, на пример, Агенција за привредне регистре је донела решење БПСЛ 1650/2015 од 15.04.2015. године: “Брише се по службеној дужности, из Регистра привредних субјеката: Д. Б. ПРЕДУЗЕТНИК РАДЊА ЗА БОЈЕЊЕ И ЗАСТАКЉИВАЊЕ БОКСИ ДЕЛУКС СУРДУЛИЦА, Регистарски/матични број: 63344656. Датум престанка обављања делатности: 01.12.2014. Разлог престанка обављања делатности: смрт”.

17 Види више о брисању предузетника у Велисав Марковић, *Индивидуални предузетник – правни оквир пословања*, Пословни биро, Београд, 2016, 84-92.

18 Инструкција Министарства привреде број 021-01-00089/2013-08 од 09.12.2013. године.

брисање предузетника из регистра који поднесе Народна банка Србије или Пореска управа.¹⁹

Брисање предузетника из Регистра на основу правоснажне пресуде којом је утврђена ништавост регистрације предузетника. Лице које има правни интерес може тужбом захтевати утврђење да је регистрација оснивања привредног друштва ништава: 1) ако су у пријави наведени неистинити подаци; 2) ако је регистрација извршена на основу лажног документа, документа издатог у незаконито спроведеном поступку или документа са неистинитим чињеницама; 3) ако постоје други законом предвиђени разлози.

Ако је правноснажном пресудом утврђена ништавост регистрације предузетника суд ће, у року од 15 дана од дана правноснажности, пресуду доставити надлежном регистру ради регистрације забележбе ништавости регистрације оснивања и брисања предузетника из регистра.

Брисање предузетника из Регистра на основу правоснажне пресуде којом је изречена мера забране обављања делатности. Предузетнику може правноснажном пресудом, извршном одлуком надлежног органа или суда части Привредне коморе бити изречена мера забране обављања делатности. Регистар ће по службеној дужности донети одлуку о брисању предузетника након што суд, односно надлежни орган, достави оригинал или оверени препис акта којим се утврђује мера забране обављања делатности.

Брисање предузетника из Регистра у случају престанка важења одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа који је посебним законом прописан као услов за регистрацију. По пријему акта, снабдевног клаузулом правноснажности, којим се утврђује престанак важења одобрења или сагласности за обављање одређене делатности чије је обављање или регистрација условљена одредбом посебног закона, регистратор обавештава предузетника писменим путем о наступању основа за брисање по службеној дужности. Поменути обавештењем се предузетнику, уколико намерава да обавља другу делатност, оставља могућност да у року од 8 дана од дана пријема обавештења достави Агенцији за привредне регистре регистрациону пријаву промене претежне делатности и предмета пословања у пословном имену уз коју мора бити приложен и доказ о извршеној уплати накнаде за тражену промену, као и одговарају-

19 О овом основу види више у: Велисав Марковић, „Брисање предузетника по сили закона услед блокаде пословног рачуна“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2014, 258-267.

ћу документацију, уколико је то одређено посебним прописом. Уколико у остављеном року не поступи по датом налогу, предузетник ће бити брисан из Регистра привредних субјеката, са даном доношења решења о брисању.²⁰

По свим наведеним основима запосленом код предузетника ће престати радни однос даном брисања предузетника из Регистра привредних субјеката. Исти немају право на отпремнину а имају права на новчану накнаду, здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање као и друга права у складу са Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

III Прекид обављања делатности предузетника и статус запослених

Одредбама члана 90. ЗПД прописано је да је предузетник у обавези да о периоду прекида обављања делатности истакне обавештење на месту у коме обавља делатност као и да прекид обављања делатности региструје у складу са законом о регистрацији. Произилази закључак да предузетник може привремено прекинути обављање делатности.

Законом није детаљно уређен институт прекида обављања делатности. Није прописано време за које прекид може трајати, нису прописани услови за прекид обављања делатности што значи да предузетник може да прекине са обављањем делатности слободном вољом без посебног разлога и на време које сам одреди. У пракси је то најчешће због коришћења годишњег одмора или због болести али, све чешће, и због немогућности брисања из Регистра услед неизмирених пореских обавеза.²¹

20 Доступно на адреси: <https://www.apr.gov.rs/Регистри/Предузетници/Унутштва/Предузетници/УнутштваБрисање.aspx>, 16.3.2018.

21 Наиме, за брисање предузетника из Регистра привредних субјеката одјавом, предузетник подноси пријаву брисања и потврде надлежних пореских органа о престанку обавеза јавних прихода у складу са законом, као и потврду надлежног пореског органа о брисању из евиденције ПДВ, ако је био обвезник ПДВ. Види члан 55. Правилника о садржини регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - др. закон, 62/2006 - др. закон, 63/2006 - испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016 и 108/2016, чл. 29. Више о томе у Велисав Марковић, „Примена Закона о пореском поступку и

Прекид обављања делатности се не може утврђивати ретроактивно. Прекид делује од одређеног датума који је наведен у пријави. Најранији моменат од када прекид може да отпочне јесте датум подношења пријаве.

У пријави о прекиду, предузетник може да наведе до када ће прекид трајати, али може да наведе да ће прекид трајати до подношења пријаве о настављању са обављањем делатности.

За време док прекид траје, предузетник нема право да обавља делатност, али може да закључује уговоре и предузима друге правне послове којима обезбеђује услове за обављање делатности. Он не може да се појављује на тржишту са понудом за продају роба или услуга, као ни да закључује нове уговоре, али нпр. може да купи или закупи пословни простор у коме ће радити после прекида обављања делатности, да закључује уговоре о раду, да измирује преузете обавезе које се састоје у плаћању, али и у неновчаним обавезама.²²

Време трајања прекида обављања делатности није законом одређено. Такође, није одређено ни колико пута предузетник може да врши прекид обављања делатности у нпр. једној години што значи да исти може вршити прекид обављања делатности више пута и у току једне године. Обавеза предузетника је само регистрација прекида у Агенцији за привредне регистре или код другог надлежног органа (нпр. адвокати у надлежној Адвокатској комори) и истицање обавештења на месту у коме обавља делатност.

Предузетник треба да о прекиду и наставку обављања делатности обавести и надлежну Пореску управу како би остварио право на умањење плаћања пореских обавеза.²³

У пракси се може поставити питање какав је правни статус запослених код предузетника као послодавца у случају привременог прекида обављања делатности?

Мишљења сам да овде треба правити разлику да ли до прекида долази у трајању до 45 дана у току календарске године или дуже. Наиме, чланом 116. Закона о раду прописано је да запослени има право на

пореској администрацији и брисање предузетника из регистра“, *Правни информатор*, бр. 9/2013, 60-63.

22 Златко Стефановић, „Правни положај и актуелна питања обављања делатности у статусу предузетника“, *Правни инструктор*, бр. 68/2014, Стручни коментар ParagrafLex, 8.

23 В. Марковић, *Индивидуални предузетник – правни оквир пословања*, 65-66.

накнаду зараде најмање у висини 60% просечне зараде у претходних 12 месеци, с тим да не може бити мања од минималне зараде утврђене у складу са овим законом, за време прекида рада, односно смањења обима рада до којег је дошло без кривице запосленог, најдуже 45 радних дана у календарској години. Изузетно, у случају прекида рада, односно смањења обима рада које захтева дуже одсуство, послодавац може, уз претходну сагласност министра, упутити запосленог на одсуство дуже од 45 радних дана, уз наведену накнаду зараде.

Пре давања сагласности, министар ће затражити мишљење репрезентативног синдиката гране или делатности основаног на нивоу Републике.

Одредбом члана 117. став 2. Закона о раду прописано је да општим актом и уговором о раду могу да се утврде и други случајеви у којима запослени има право на накнаду зараде.

Произилази да у наведеним случајевима, запослени код предузетника који је регистровао прекид обављања делатности, имају право на накнаду у висини 60% просечне зараде у претходних 12 месеци, с тим да не може бити мања од минималне зараде утврђене у складу са овим законом.

У ситуацији ако предузетник жели да запосленима престане радни однос или прекид траје дуже од 45 дана у календарској години, то може учинити по основу престанка потребе за радом запослених када има обавезу исплате отпремнине и поштовања приоритета у запошљавању у року од три месеца. Привремени прекид обављања делатности предузетника није прописан као основ за престанак радног односа по сили закона. С тим у вези је и став Врховног касационог суда Србије: „Даном брисања предузетника из Регистра привредних субјеката запосленом по закону престаје радни однос код предузетника - власника радње, али не и датумом када је радња само привремено престала са радом“.²⁴

IV Закључци

Предузетник губи својство предузетника брисањем из регистра привредних субјеката. Брисање из регистра се врши због престанка обављања делатности. Предузетник престаје са обављањем делатности

24 Из пресуде Врховног касационог суда Србије, Рев2 1322/2010 од 15.09.2011. године. Доступно на адреси: http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/1.%20RADNO%20PRAVO.pdf, 7.6.2017.

одјавом или по сили закона. Даном брисања предузетника из Регистра привредних субјеката запосленом по закону (независно од његове или воље послодаваца) престаје радни однос код предузетника. Предузетник као послодавац би, из практичних разлога, требао да донесе решење о престанку радног односа запосленом које има декларативни карактер.

Овај основ престанка радног односа не прави разлику између разлога за престанак рада предузетника (да ли је то одјава или по сили закона). Запосленом код предузетника престаје радни однос по сили закона било да је предузетник престао да обавља делатност одјавом било по сили закона.

Престанак обављања делатности предузетника одјавом (као и добровољна ликвидација привредног друштва), по мом мишљењу, а и по мишљењу других аутора²⁵, јесте пословно условљен разлог за давање отказа уговора о раду због чега би требало правити разлику да ли је престанак обављања делатности предузетника одјавом или је по сили закона. Посебно, мислим да треба правити разлику код правних последица по запослене, односно ако је престанак радног односа услед брисања предузетника одјавом запослени би требао да има право на отпремнину. Овакав став има упориште и у упоредном праву које сам навео. У том правцу би требало мењати законска решења.

Што се тиче запослених код предузетника који је привремено прекинуо обављање делатности мишљења сам да исти имају право на накнаду у висини 60% просечне зараде у претходних 12 месеци, с тим да не може бити мања од минималне зараде утврђене у складу са законом. Ако прекид обављања делатности траје дуже од 45 дана у календарској години, предузетник може отказати уговор о раду по основу престанка потребе за радом запосленог када има обавезу исплате отпремнине и поштовања приоритета у запошљавању у року од три месеца

25 Један од разлога за отпуштање услед престанка потребе за радом запосленог је економски разлог. „Разлог економске природе је валидан и кад је рад запосленог постао непотребан, тј. укида се одређено радно место због тога што послодавац престаје са производњом одређених роба, као и због тога што послодавац престаје са пословањем“. Наведено према: Бранко А. Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 228.

Velisav MARKOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Health,
Legal and Business Studies, Valjevo,
Singidunum University of Belgrade

TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP DUE TO LIQUIDATION OR INTERRUPTION OF ENTREPRENEURS

Summary

An employment relationship is terminated regardless of employee will or will of the employer (by force of law) in case of liquidation of an entrepreneur as an employer. The entrepreneur shall cease to operate or lose the status of the entrepreneur by deleting from the register of economic entities that is performed due to the termination of entrepreneurship activities. The entrepreneur shall cease performing the entrepreneurship activities by check-out or by force of law. In addition, an entrepreneur may temporarily suspend entrepreneurship activities when he registers the interruption with the Business Registers Agency. Temporary interruption of performing entrepreneurship activities is not prescribed as a basis for termination of employment by force of law.

In this article, the author deals with the termination of employment of the employees with entrepreneurs due to the termination of the entrepreneurship activities of the entrepreneur which leads to termination of the rights of the employees, as well as the legal position of the employees due to the termination of the entrepreneurship activities of the entrepreneur.

Keywords: *termination of employment, termination of employment contract, entrepreneur, termination of entrepreneurship, interruption of entrepreneurship activities.*

Др Михајло ЦВЕТКОВИЋ*

ОСНОВ НЕУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПОСЛОДАВЦА ЗА ШТЕТУ КОЈУ РАДНИК ПРОУЗРОКУЈЕ ТРЕЋЕМ ЛИЦУ¹

Резиме

Одговорност за другог је сложени троугао одговорног лица, зависног и потчињеног штетника и невине жртве. Тешко је објаснити основ одговорности тако да задовољи њихове супротстављене интересе без противречности. У француском праву се ради о објективној одговорности, али се кривица запосленог тражи као услов. У германским системима се полази од послодавчеве кривице, али је суд креативном применом прилагодио неадекватан пропис друштвеним потребама. У домаћем праву прописи се тумаче на четири различита начина. Аутор је покушао да идентификује узроке забуне, ослањајући се на основне појмове одштетног права, кривицу и противправност. Међутим, кривица је одређена и као ментално стање и као понашање. За противправност је некад довољно повредити правила струке, други пут се тражи напад на законску забрану. Упркос томе, понуђено је решење проблема који спаја Облигационо и Радно право.

Кључне речи: одговорност за другог, надокнада штете, кривица, противправност, основ одговорности, непажња.

І Увод

Ко од чега корист има, треба и терет да носи (ОИЗ чл. 1001). Послодавац одговара трећем зато што од пословања има већу економску корист него запослени, непосредни штетник. У упоредном праву су се

* Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

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

издвојила три услова одговорности: 1. веза између одговорног лица и штетника (најчешће радни однос), 2. деликт (противправност и/или кривица), 3. штета у функцији рада. Предмет рада је везан искључиво за други услов, тачније основ одговорности. У романским системима послодавац одговара објективно, у германским је наводно централна кривица, а домаћа доктрина је подељена.

Пошто су на дужничкој страни и послодавац и запослени, замишљиве су различите ситуације. Уколико нпр. послодавац не обучи и не опреми запосленог за рад, па дође до штете, више се ради о директној него о одговорности за другог. Слично, ако послодавац нареди раднику неко понашање (нпр. да убрза рад ради продуктивности) па зато буде оштећен трећи, нема кривице радника, али је он ипак поступао противправно. У обрнутој ситуацији, послодавац је уз сву дужну пажњу изабрао и надзирао радника, али је радник намерно нанео штету, коју послодавац никако није могао да спречи (нпр. запослени је фалсификовао диплому о квалификацијама).

Субјективна одговорност зависи од кривице. Као разлог одговорности кривица се оснива на личном укуру штетника. Њему се упућује прекор што се у датој ситуацији није понашао како је требало, што је погрешно. Кривица је и основ и услов субјективне одговорности. Штетник се ослобађа ако није крив. Са друге стране, суштина објективне (каузалне) одговорности је у томе што штетник одговара независно од кривице. Он је, најчешће, и крив за штету, али оштећени своје право на накнаду не изводи из кривице, већ зато што штетник сноси ризик штете. Кривица је ирелевантна, није ни основ ни услов одговорности па одговара и невин штетник.

Субјективна одговорност је оправдана када је реч о малим послодавцима, али је проблематична код великих система (ко је крив у сложе-ној организацији?). Поред тога, оставља оштећеног без накнаде тзв. случајне штете. Режим објективне одговорности нарочито је наклоњен оштећеном, на рачун дужника. Стимулише безбедност на раду, пружа процесну ефикасност, правичност, у интересу је оштећеног и запосленог. Пословна делатност је плодно тло за евентуалну штету, зато тај ризик сноси послодавац. Објективној одговорности се замера да занемарује личну одговорност штетника. Међутим, послодавчев регрес од запосленог и директан захтев оштећеног према запосленом зависе од степена његове кривице. Дакле, кривица има улогу и у режиму објективне одговорности.

Теоретски, могући су разни системи одговорности за штету у вези са радом: 1. радник одговара субјективно, јер је сам крив (међутим, штета редовно настаје без кривице, или услед лаке непажње; утемељена на унутрашњим психолошким елементима тешко се процењује; решење умањује иницијативу и радну активност јер запослени не жели да се излаже ризику); 2. послодавац по претпостављеној или доказаној кривици; 3. примарно радник, на основу доказане кривице, секундарно/супсидијарно послодавац, објективно са регресом од радника; 4. кумулативна или солидарна одговорност радника за кривицу и послодавца који одговара субјективно или објективно; 5. опција – оштећени бира кога тужи; 6. послодавац одговара објективно (довољна је узрочна веза између рада и штете, као и противправност, покривен је и случај); 7. допуна поменутих система осигурањем.²

Значај основа одговорности види се у следећим илустрацијама. Лекар даје погрешну дијагнозу на основу покварене дијагностичке опреме. Лекар није крив, али је пословање болнице испод захтеваног степена. Ако хирургу позли у току операције, када је одговорност болнице субјективна треба испитати по којим стандардима је поступала, да ли постоји нека небрига, да ли јој се нешто може пребацити. У систему објективне одговорности болница сноси ризик за хирурга, па се степен дилигенције не би утврђивао.³

II Code Civil и објективна одговорност послодавца

Code Civil прописује принцип каузалне одговорности послодавца, усвајајући теорију ризика. „Господари и послодавци су одговорни за штету коју проузрокују њихове службе, намештеници и радници, на дужностима на које су их запослили (чл. 1384-5).“ Старија доктрина сматрала је да се ради о скривљеној одговорности послодавца, те да се кривица необориво претпоставља. Тумачење је било резултат потребе да се каузална одговорност послодавца образложи са позиција тада владајуће субјективне теорије. С обзиром да се ради о претпоставци *iuris et de iure*, фактички се ради о каузалној одговорности.⁴ Послодавац одговара и када је приморан да запосли одређене раднике или кад је радник прекорачио

2 Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga 1, Zagreb, 1972, 650.

3 Стојан Цигој, „Чл. 170“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), Београд, 1995, 395.

4 Александар Голдштајн, „Каузална деликтна одговорност привредних организација за службенике и раднике“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 4/1952, 468.

упутства.⁵ У најстаријој верзији СС, чл. 1384-5 је једини предвиђао чисту објективну одговорност, тј. послодавцу није помагало негирање кривице. Још 1803. решење се правда аргументима да послодавац „јури профит“ и да је погрешно поклатио поверење запосленом штетнику.⁶ Објективна одговорност послодавца следи и из системског тумачења, односно ст. 1 чл. 1384, који је начелна општа одредба за објективну одговорност: Лице одговора не само за штету коју проузрокује својом радњом, него и за штету проузроковану радњом лица под његовом контролом, или стварима у његовом поседу. Послодавца ослобађа непредвидив или неотклоњив догађај (виша сила, радња трећег или оштећеног) као и доказ да је акт радника: 1. предузет без сагласности послодавца, 2. за лични рачун, 3. мимо оквира нормалних функција.⁷ Дакле, расположива одбрана није на пољу кривице.

Објективна одговорност решава тешкоће које настају код утврђивања одговорности великих предузећа, јер је у сложеним системима релативно лако пронаћи оправдање, односно отклонити кривицу. Рад запосленог доноси профит, али и пратећи ризик. Режим одговорности из чл. 1384-5 одговара модерним друштвеним потребама, указује ко треба да сноси трошкове осигурања, подстиче послодавца да предузме превентивне мере у складу са идејом о расподели губитка.⁸

Мада се ради о објективној одговорности, битна је кривица радника. Одговорност послодавца постоји уколико је радник штету проузроковао својом кривицом. Нужна су два услова: штета и кривица радника. Када су испуњени, послодавац безусловно одговара.⁹ Услов послодавчеве одговорности је кривица радника у смислу чл. 1382 и 1383 СС, постоји у случају повреде законског правила или дужне пажње, намерне или не. Када лице не поступа као разумна и обазрива особа, као *bonus pater familias*, не поступа са дужном пажњом.¹⁰ Одговорност по чл. 1384-5 се ослања на кривицу запосленог, иако је текст прописа изричито не помиње. Оштећени доказује деликт, у складу са чл. 1382 или 1383 (намера

5 А. Голдштајн, 469.

6 Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, 2013, 25.

7 P. Giliker, 185.

8 P. Giliker, 239.

9 Врлета Круљ, *Одговорност и накнада за штету у радним организацијама*, Београд, 1968, 135.

10 Siel Demeyere, „Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law“, *European Review of Private Law*, Nr. 3/2015, 392 и 395.

или непажња).¹¹ Послодавац одговара за кривицу радника, мада нема његове личне кривице. По теорији идентификације, важи максима *qui facet per allium facet parse*, присутна као одјек раних идеја о команди и контроли: кривица запосленог приписује се послодавцу.¹² Послодавац је објективно, стриктно одговоран за запосленог, али оштећени мора да докаже кривицу,¹³ тиме је његов положај отежан.¹⁴

Кривица је сувишна када се одговорност послодавца објашњава теоријом ризика, па се јавила идеја да је треба потпуно елиминисати. Међутим та идеја је пропала, јер би њеним усвајањем дошло до радикалног проширења одговорности. Кривицу као услов је потврдио Врховни суд 2004, преживела је реформу 2005, тако да је мало вероватно да ће нестати у будућности.¹⁵

III Субјективна одговорност германског круга

Као одраз притиска предузетничке класе, настала у апексу индустријске револуције, одредба пар. 831 BGB ослања се на традиционалне идеје о корективној правди. „Ко одреди другог да изведе неку радњу, обавезан је накнадити штету, коју други приликом рада противправно нанесе трећем. Господар посла (послодавац) неће одговорати ако докаже да је са дужном пажњом изабрао радника, алат и опрему или руководио радом, односно ако би штета настала и уз примену такве пажње“. Дакле ради се о кривици послодавца, не запосленог. Послодавац је крив када је: изабрао радника занемарујући стручне и личне квалитете (нестручни радници); није давао упутства; погрешно организовао посао (у неприкладно време) или распоредио запослене (недовољно особља); неадекватно надзирао или одредио средства за рад.

Захтева се да је штета нанета противправно, тј. повређена је правна норма у одсуству правно признатог оправдања. Доктрина упозорава да и за невин штетни акт (нема кривице) треба да се одговара. Тражи се неки облик противзаконитог понашања, при чему се мањак пажње посматра као елемент саме противправности. Иако ово тумачење изгледа

11 P. Giliker, 27.

12 P. Giliker, 232.

13 Edward Tomlinson, „Tort Liability in France for the Act of Things: A Study of Judicial Lawmaking“, *Louisiana Law Review*, Nr. 48/1987, 1333 и 1338, напомена 149.

14 Горан Обрадовић, *Одговорност за штету коју запослени причини трећем лицу*, Ниш, 1999, 44.

15 P. Giliker, 30.

као спајање противправности и кривице, они остају одвојени.¹⁶ У вези са тим је судска одлука из 1957. поводом саобраћајног удеса када је оштећени пао покушавајући да се укрца у трамвај, па га је прегазео ауто. Није било јасно да ли је удес изазван кривицом трамвајског возача и кондуктера или непажњом самог оштећеног. Суд није прихватио да су запослени поступили противправно само на основу чињенице да је настала штета. Радња запосленог је противправна ако је тужилац показао повреду свог правно заштићеног добра и послодавац није доказао да је запослени поступао исправно с обзиром на околности (поштовао саобраћајне прописе). Ако послодавац не обори противправност, онда му остаје да обара претпоставку кривице из пар. 831. Овакво натегнуто схватање, показује значај кривице у немачком систему.¹⁷ Противправност штетне радње не претпоставља увек и кривицу запосленог. За одговорност послодавца кривица запосленог није потребна, већ је довољна противправност штетне радње.¹⁸

Немачки судови су умањили значај кривице као услова одговорности, директно – тако што је послодавцу врло тешко да обори претпоставку кривице, или посредно – ослањајући се на одредбе уговорног или компанијског права. Тако је систем где је изричито у закону поменута кривица, признао пораз.¹⁹ Немачки аутори су због „стратешке грешке“ из пар. 831 BGB постиђени, али су истовремено поносни на спретност суда да прилагоди кодификовано право савременим друштвеним и економским потребама. Упркос критикама, пар. 831 BGB је преживео реформу 2002, зато што би другачије решење неправично оптеретило одређене категорије послодавца као што су ситни предузетници и приватна домаћинства.²⁰ Дакле задржана је субјективна одговорност, али се пропис тако примењује да је положај послодавца као у режиму објективне одговорности.

Из самог текста чл. 55 швајцарског Законика о облигацијама (1911), следи да се ради о претпостављеној кривици послодавца. Али ипак се ради о ублаженој каузалној одговорности. Судска пракса изградила је низ конструкција па се послодавац врло ретко ослобађа. Полазе-

16 Basil Markesinis, Unberath Hannes, *The German law of torts: a comparative treatise*, Oxford, 2002, 79 и 81.

17 P. Giliker, 29.

18 B. Krulj, 128.

19 P. Giliker, 232.

20 P. Giliker, 11.

ћи од захтева да покаже потребну пажњу, у пракси се увек проналази неки пропуст послодавца. Он одговара за објективно противправне радње намештеника. Субјективна противправност није услов одговорности, одговара и када је радник био злонамеран. Не тражи се ни кривица послодавца ни послопримца, нити кривица послопримца ослобађа послодавца када штету је проузроковао злонамерно или грубом непажњом. Довољно је да је штета настала поводом вршења службе.²¹

IV Тумачења чл. 170 Закона о облигационим односима

По СГЗ основ одговорности послодавца за штету коју причине његови запослени и намештеници била је доказана кривица (пар. 810 и 811). Пре ЗОО, аутори истичу објективну одговорност (А. Балтић, А. Голдштајн), основ није кривица, већ створени ризик. Оштећени не доказује кривицу или незаконитост радње радника, јер се одговорност послодавца заснива на самој чињеници да је проузрокована штета.²² Објективна одговорност послодавца јавља се у два случаја: 1. за поступке радника, 2. за опасне ствари.²³ Јавило се и мешовито схватање, судови опште надлежности примењују објективну одговорност само у присуству опасних ствари и делатности, док привредни сматрају да послодавци одговарају објективно за све вануговорне штете.²⁴ Радноправни прописи из 1957, 1965, 1973 усвајају принцип објективне одговорности. Међутим Закон о удруженом раду из 1976 није имао јасне одредбе о одговорности послодавца, што је отклонио ЗОО 1978.²⁵

Чл. 170, ст. 1. ЗОО: „За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало“, с обзиром на основ одговорности, прате четири тумачења.²⁶

21 А. Голдштајн, 469

22 Александар Балтић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1963, 277 и 278.

23 N. Tintić, 654.

24 Г. Обрадовић, 59.

25 Г. Обрадовић, 60.

26 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, ... *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 - *Уставна повеља*.

1. Одговорност послодавца је субјективна.²⁷ Одговорност послодавца је одговорност без кривице једино ако је штета проузрокована опасном ствари, док се у осталим случајевима ради о одговорности по основу кривице.²⁸ Непоступање радника „како је требало“ се приписује у кривицу радника, а преко њега и у кривицу организације. Она се ескулира ако докаже да је радник поступао како је требало, а то значи да није крив ни он ни организација.²⁹ Одговорност послодавца се заснива на оборивој субјективној кривици,³⁰ на коју се односи опште правило из чл. 154 ст. 1 ЗОО.³¹ Претпостављена кривица захтева разматрање понашања радника, органа послодавца и целог колектива. Отклања се доказивањем одређене пажње, односно одређених норматива.³²

Аутори који се претежно баве радним правом такође наглашавају кривицу. Одговорност (кривица) послодавца за поступке (штету) запосленог према трећем лицу се претпоставља. Решење је у духу грађанско-правног поимања о одговорности налогодавца за штету коју проузрокује налогопримац, пошто је налогодавац (послодавац) налозима и упутствима усмеравао рад. Послодавац одговара за све облике кривице свог запосленог (*culpa in eligendo, comittendo, omittendo, vigilando* – због ненадзора запосленог).³³ По сличном тумачењу, послодавац одговара: због предузимања радње која је морала изостати (*culpa in comittendo*); због пропуштања радње која је морала да се предузме (*culpa in custodiendo*), пропуштања дужне пажње при избору (*culpa in eligendo*). Одговорност послодавца заснива се на кривици за поступке запосленог, за све облике кривице.³⁴ Овде се мешају одговорност и кривица, кривица послодавца са кривицом радника, кривица као услов и штетна радња као елемент узрочности.

27 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 1960/2015 од 24.12.2015. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 12342/2010 од 11.4.2012. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1900/2005 од 5.10.2005.

28 Поп Дмитар Георгијев, „Чл. 154“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), 1980, 486.

29 П. Д. Георгијев, 521-522. Овде се поистовећује кривица послодавца и запосленог.

30 Абедин Бикић, *Облигационо право*, Сарајево, 2007, 225.

31 Пресуда Окружног суда у Суботици, Гж. 812/2008 од 27.11.2008.

32 Марија Вучковић, *Облигационо право*, Београд, 1989, 272.

33 Бранко Лубарда, *Радно право*, Београд, 2013, 691.

34 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2016, 343.

2. По другом тумачењу, одговорност послодавца је објективна.³⁵ Ослобађа га само виша сила, радња трећег или радња оштећеног као искључиви узрок, не и доказ да није погрешно у избору запосленог, у надзору, у давању инструкција или у организовању посла. Када се у услове за заснивање одговорности примуса убраја кривица секундуса, то је не чини субјективном. Кривица радника је један од услова одговорности, али није основ, зато што основ може да буде само властита кривица, а не кривица другог (туђа).³⁶ Следи да послодавац одговара без обзира на своју кривицу, али се ослобађа када обори претпоставку кривице запосленог. Каква је то објективна одговорност зависна од кривице? Ако радник није крив зато што је нпр. изгубио свест пре наношења штете, да ли оштећени остаје без накнаде?

3. Треће тумачење полази од објективне одговорности, па прерасте у субјективну. „Ово јесте једна врста објективне одговорности, јер уместо штетника одговара послодавац“.³⁷ Међутим није чиста објективна одговорност, јер се послодавац ослобађа уколико докаже да је запослени поступао како је требало. То је конкретизација општег правила о кривици као основу одговорности (чл. 154. ст. 1 ЗОО). Поступање како је требало значи да због одсуства кривице запосленог отпада његова непосредна одговорност, те и изведена посредна одговорност послодавца, па је у крајњој линији и ово субјективна одговорност.³⁸ Код Јакова Радишића, послодавац сноси ризик за поступке запослених у функцији рада, па се зато каже да је његова одговорност објективна. Међутим, за само наношење штете послодавац не одговара објективно, него субјективно. Услов је да запослени није поступао „онако како је требало“, тј. да је крив. И кад запослени није крив, може постојати кривица његовог послодавца. Послодавац одговара и због своје и због туђе кривице.³⁹

4. С. Цигој пише о објективној одговорности за поступке запосленог и субјективној одговорности за штетни догађај. Објективна је одговорност за заснивање радног односа (стављање запосленог у функцију), а субјективна за штету коју запослени проузрокује. Та субјективна одговорност је одговорност послодавца, а не запосленог. Организација одго-

35 Г. Обрадовић, 63.

36 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 11 и 63.

37 Из става да се ради о одговорности за другог не следи закључак да је одговорност послодавца објективна.

38 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, 479.

39 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 242.

вара без обзира на то да ли сама сноси кривицу. Не може се ослободити доказујући да нема *culpa in eligendo, instruendo, vigilando*. Одговорност за поступке запосленог је објективна. Овакво тумачење је нејасно, јер се управо поступцима запосленог проузрокује штета. Цигој не подржава став да организација одговара објективно, јер „кад законодавац жели да одговорност буде објективна, увек то посебно каже“. Истовремено сматра да је супротан став „да се увек мора утврдити кривица радника“, неаргументован.⁴⁰

V Кривица у одштетном праву

Кривица увек значи неку грешку, неправилност или омашку коју друштво не одобрава и негативно оцењује. Штетник је крив ако се није руководио начелима која су за њега меродавна на темељу општих правила која уређују заједнички живот људи. Кривица се схвата као ментално стање које заслужује прекор, али и као понашање.

Такозвано кривичноправно схватање кривице је везано за психолошко сагледавање, за хтење штетника, његов однос према штетној радњи и штети као последици. Кривица се степенује на намеру и непажњу, од чега зависи мања или већа санкција, наглашавајући пеналну функцију одштетног права. Ментално стање штетника је погодно за степеновање: директан умишљај (жели штету), евентуални умишљај (пристаје на штету), свестан нехат (олако држи да неће наступити предвиђена последица), несвестан нехат (не предвиди да ће радња изазвати штету, мада је могао и морао). Код штете у вези са радом степеновање је важно због директне тужбе оштећеног против запосленог (за намеру, чл. 170 ст. 2 ЗОО) и послодавчевог права на регрес од запосленог (намера или крајња непажња, чл. 163, ст. 7 Закона о раду). То су прави примери субјективне одговорности.

1. Кривица као понашање уместо менталног стања

Централни појам одштетног права је надокнада штете, циљ није казна него репарација. У фокусу је оштећени, а не штетник и његово психичко стање. Оштећени заслужује потпуну накнаду независно од степена кривице, и обична непажња (минимална кривица) сасвим је довољна. Кривицу као понашање је дефинисао Михаило Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима: При просуђивању да ли је лице

40 С. Цигој, 393-394.

које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати при датим околностима (чл. 127).

За грађанскоправни појам кривице битно је понашање. Лице је криво ако се није понашало како је требало. Када судија утврђује кривицу, не пита се о стању воље штетника. Кривица је погрешно, нестандартно понашање.⁴¹ Понашање штетника се упоређује са апстрактним стандардима, не улазећи у мотиве и разлоге, психичке елементе. Битна је само спољна манифестација, кривица је понашање које одступа од очекиваног или предвиђеног понашања успостављеног законским правилима и стандардима, односно правилима струке (технички и стручни прописи).⁴²

У једној од тешко доступних пресуда где се послодавац ослобађа одговорности стоји: Школа неће одговорати за запосленог, уколико је оштећени ученик игнорисао наредбу наставника, будући да је наставник поступао како је требало, јер је оправдано очекивао да ће ученик поступити по вербалној наредби (што је ученичка дужност) и тако спречити штету (ученик је пао са школског крова).⁴³

2. Апстрактна непажња и професионална пажња

Штета на раду је најчешће последица непажње која се процењује на основу објективног тј. апстрактног мерила. Оно не зависи од индивидуалних способности, него је једнако за све људе, захтева се просечна пажња. Штетника не оправдава што је његов учинак испод просечног. Води се рачуна о типичним компетенцијама одређеног позива или круга људи (нпр. ауто-возача). Непажња се објективизује, цени се према професионалном стандарду, строже него у кривичном праву. Објективно мерило се нарочито односи на непажњу, док за намеру остаје битан психички однос. Груба непажња је грешка која се уредном човеку у датој ситуацији не би поткрала, постоји када лице занемари најелементарније захтеве опрезности. Грубим нехатом поступа лице које се не понаша ни као иоле пажљив човек. Обична непажња је мања од просечне.⁴⁴

41 О. Антић, 463.

42 Јожеф Салма, *Облигационо право*, Београд, 1988, 476. Код Јакова Радишића одступање од правила струке је противправност.

43 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж-4061/2010.

44 Ј. Радишић, 217.

„Онако како је требало“ значи да се захтева понашање запосленог у складу са његовом професијом (професионална пажња). Лекар, занатлија, адвокат, трговац и сл. јемчи барем за просечне способности и знања људи свога занимања. Поступак запосленог оцењује се према мерилу за послодавца. Када запослени није довољно способан, због чега и није крив (нпр. ученик), послодавац ипак одговара. Запослени мора да ради стандардно (*lege artis*).⁴⁵ Доказивање да се запослени понашао како је требало, значи обарање претпоставке о професионалној кривици.⁴⁶

Апстрактном мерилу се замера да кривицу (субјективни услов одговорности) „објективизује“ и формализује, бришући границу између противправности радње и кривице извршиоца. Њено јасно повлачење допушта једино оцена која узима у обзир индивидуалне карактеристике, факте случаја, материјалне околности. Са друге стране, конкретно мерило често уопште не би довело до одговорности.

VI Противправност као самосталан услов одговорности

По ширем схватању, противправне су радње којима се крше забране или заповести из правних норми, добрих обичаја, правних послова и преговора. Противправно је и понашање противно правилима умешности одређеног позива (нпр. лекарске струке, спортске игре).⁴⁷ По ужем схватању, правни стандарди понашања (добар домаћин, привредник, стручњак) пре спадају у арсенал појмова кривице, но у домен противправности. Док су за противправност релевантне законске забране, оцена кривице зависи од правила струке, тзв. техничких норми.⁴⁸

Услед различитог поимања појмова, постоје два гледишта о односу између противправности радње и кривице извршиоца. По тзв. субјективној теорији, нема једног без другог. За поступак неурачунљивог лица се не може рећи да је противправан. Питање да ли је неко крив се поставља након што је он противправно поступио. Ако противправност формулишемо као повреду законске норме, долазимо на терен кривице, јер се кривица дефинише као понашање које одступа од очекиваног, а очекивано је оно што закон налаже. Према томе, противправност је идентична са кривицом (теорија идентитета).⁴⁹

45 С. Цигој, 395.

46 М. Караникић Мирић, 11.

47 Ј. Радишић, 222.

48 Ј. Салма, 468.

49 Ј. Салма, 476.

Насупрот томе, по уверљивијој, објективној теорији, противправно је свако понашање противно забранама или заповестима правних норми. Противправно може да поступа и неурачунљиво лице, које није криво јер је деликтно неспособно. Оцена о противправности и оцена о кривици су два различита суда; прво је суд о радњи, а друго о извршиоцу. Кривица је оцена умног акта, подразумева психички однос извршиоца према штетној радњи и њеној последици. Погрешно је рећи да је неко крив зато што је поцепао туђу књигу. Он је крив због тога што је одлучио да је поцепа и што је одлуку спровео. Ако је био принуђен, није крив, у том случају противправна радња уписује се у кривицу наредбодавцу (нпр. послодавац нареди запосленом да причини штету). Кривица, дакле, није физичка, него духовна радња. Она претходи физичкој радњи, подстиче је и њоме управља.⁵⁰

Противправност је понашање супротно закону, односно когентном императивном правном пропису, а грађанска кривица је непажљиво понашање супротно од очекиваног. Пошто се и један и други појам везују за понашање, „објективизирана“ кривица личи на противправност. Међутим, чим се кривица сагледава као психички однос према штети (ментално стање), битно се одваја од видљивог понашања - противправности.⁵¹ Зато је намера много даља од противправности од професионалне непажње.

Под утицајем „француске правне школе“ ЗОО одговорност за штету не условљава изричитим захтевом да штетна радња буде противправна, мада је доктрина препознала корисност одвајања. У германским системима противправност је посебан услов одговорности, раздвојен од кривице. Кривица није потпуно асимилирала противправност, раздвајање је пожељно. Када власник вољно уништи своју ствар, он је крив, али нема противправности. Могуће је да извршилац противправне радње није за њу крив (нпр. шизофрени пилот обори авион пун путника). Ако се каже да је кривица запосленог услов одговорности, онда послодавац неће одговарати, што не би било исправно. Са друге стране, можда је запослени намерно (не злонамерно) проузроковао штету, али нема противправности јер је вршио службену дужност (нпр. полицијска, ватрогасна интервенција, вакцинација).

50 J. Радишић, 215.

51 J. Салма, 471.

За радњу штетника релативно се претпоставља да је противправна, што проистиче из опште законске забране проузроковања штете другоме (чл. 16 ЗОО). Наношење штете је противправно, уколико не постоје оправдани разлози. Одредбе ЗОО о нужној одбрани, стању крајње нужде, допуштеној самопомоћи и престанку оштећеника су стандардни разлози искључења противправности. „Поступао онако како је требало у датим околностима“ из ст. 1 чл. 170 је уопштена формулација која обухвата ове разлоге.⁵² Послодавац одговара када запослени ради неправилно, незаконито тј. противправно. Нпр: Приликом разбојничке крађе лопов претрпи штету у тучи са чуваром. Нема одговорности послодавца јер је чувар поступио како је требало. Али ако стражар употреби ватрено оружје и убије ненаоружаног лопова, онда је прекорачио нужну одбрану (није поступао како је требало) те је послодавац одговоран.⁵³ Претпоставка одговорности за друго је незаконита радња, иако то није посебно прописано.⁵⁴ У судским одлукама о одговорности послодавца помињу се „уобичајена и прописана процедура“, „правила струке“,⁵⁵ „незаконити поступак радника“⁵⁶, „поступање противно интерним правилима“⁵⁷, што алудира на противправност. Формулација хрватског ЗОО такође више личи на противправност него на кривицу: (1) За штету коју запосленик у раду или у свези с радом проузрочи трећој особи одговара послодавац код којег је радник радио у тренутку проузрочења штете, осим ако докаже да су постојали разлози који искључују одговорност запосленика (чл. 1061).⁵⁸

VII Приближавање субјективне и објективне одговорности

Међусобни положај оштећеног и штетника зависи не само од режима одговорности него и од терета доказивања. На почетку скале, где је оштећеном најтеже, тражи се доказана кривица штетника „невиног док се не докаже супротно“. Следи релативно претпостављена кривица, штетник је слободан ако изнесе терет доказивања. Због апсолутне претпоставке кривице штетник је фактички у позицији као да одговара објективно. Следи објективна одговорност за лица где се као услов јавља туђа кривица, затим објективна одговорност за ствари ограничена вишом

52 Г. Обрадовић, 66.

53 О. Антић, 479.

54 С. Цигој, 393.

55 М. Караникић Мирић, 223.

56 Виши привредни суд, Пж. 4599/88 од 12.10.1988.

57 Виши трговински суд у Београду, Пж. 335/02 од 10.4.2002.

58 *Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine*, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

силом, радњом трећег или оштећеника. На крају скале је апсолутна објективна одговорност (нпр. за нуклеарне штете), која је неизбежна.

Прелаз између објективне и субјективне одговорности није одсечан. Приватно право због апстрактног мерила за кривицу тежи ка објективној одговорности. Штетник одговара и када није могао да спречи штету јер није могао да поступи другачије, или је морао да поступи неисправно. Крив је и када је дао све од себе, али је остао испод просека. Супротни тренд је „субјективизација“ објективне одговорности. У немачком праву одговорно лице се ослобађа објективне одговорности у неким случајевима када испуни врло високе стандарде пажње, ако докаже да је показало „сву потребну пажњу“, „све што је потребно да се избегне штета“, „све што околности налажу“. Помиње се „мека“ објективна одговорност.⁵⁹

Субјективна одговорност се заснива на апстрактној-формалној-законској кривици која постоји и када конкретне-материјалне-фактичке кривице нема. Код објективне одговорности свака кривица је ирелевантна, како апстрактна-формална, тако и конкретна-материјална. Дакле сличност је у томе што оба режима занемарују конкретну-материјалну-фактичку кривицу, мада је она најближа свакодневном, лаичком поимању кривице. Реалне животне ситуације приближавају и мешају субјективну и објективну одговорност, не постоји оштра граница, већ органска целина норми која одговара целини друштвеног живота.⁶⁰

VIII Закључак

Било да се ради о претпостављеној кривици послодавца у систему субјективне одговорности (BGB) или доказаној кривици запосленог у систему објективне одговорности (CC), уочљива је значајна улога кривице. То је изненађујуће с обзиром да се одговорност послодавца објашњава ризиком пословања, аргументом „чија корист, тога и штета“ или једноставно његовим „дубљим џепом“ као гарантом обештећења. Ови разлози нису повезани са кривицом.

1. Став да домаћи послодавац одговара субјективно за штету коју радник проузрокује трећем је оправдан на први поглед, али је супротан доминантном упоредно правном становишту да овој врсти одговорности за другог више лежи објективна одговорност. Не само да су германски системи „објективизирали“ одговорност послодавца првобитно заснова-

59 М. Караникић Мирић, 42-43.

60 Ђорђе Тасић, „Одговорност за ризик I“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1925, 161-168.

ну на кривици, него је објективна одговорност победила и у академским делима као што су PETL и DCFR.⁶¹

2. Став да послодавац одговара објективно и да је кривица запосленог услов одговорности противречи општем схватању да је кривица за објективну одговорност ирелевантна. Из перспективе оштећеног, због кога је и уведен режим објективне одговорности, послодавац и запослени јесу целина. Оштећени има право на накнаду без обзира на кривицу, тако да је излишна подела на кривицу послодавца и кривицу радника (која као „туђа“ јесте услов, али није основ).

За оба проблематична става је заједничко то што у чл. 170 ЗОО виде претпоставку кривице. Зато је можда решење да се уместо кривице, ту препозна противправност, из следећих аргумената: 1. У одштетном праву кривица је објективним мерилом оцењено понашање, а тако измерена кривица лишена психолошких елемената (нарочито професионална непажња), блиска је појму објективне противправности. 2. Противправност је шири појам од појма кривице, што значи да су обухваћени и случајеви када запослени није крив, али оштећени ипак заслужује накнаду. Истовремено, искључење противправности искључује кривицу. 3. Замена уклања противречност из става да је одговорност послодавца објективна.

Незахвално је закључак о режиму одговорности послодавца доносити искључиво на основу текста законске норме, јер из сасвим оправданих разлога пракса на овом пољу знатно одступа од слова закона. Између објективног и субјективног режима одговорности не стоји строга граница, него градијент као резултат терета доказивања, правних претпоставки, различитог схватања кривице и противправности. Зато сврставање послодавчеве одговорности у оквире једног режима нема велики практични значај, нити може бити прецизно. Уместо тога, доктрина би могла да понуди правичнија решења узимајући у обзир нпр. економску снагу послодавца или његову друштвену функцију. Сада су у истом положају мултинационалне компаније и домаћинства, предузећа и добротворна удружења.

61 Принципи европског одштетног права (PETL), чл. 6:102 (одговорност за помоћнике); Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR), VI - 3:201 (Одговорност за запослене и представнике).

Mihajlo CVETKOVIĆ, PhD

Assistant professor at the Faculty of Law University of Niš

**THE EMPLOYER'S LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY AN
EMPLOYEE TO A THIRD PARTY (STRICT OR FAULT-BASED)**

Summary

Liability for another's act is a complex triangle between person liable, dependent and subordinated tortfeasor and innocent victim. It is difficult to explain the ground of liability which will satisfy their opposing interests without contradiction. In French law, this is a strict liability, but the fault of an employee is required as a condition. In Germanic systems, it starts from the employer's fault, but the court has adapted old written rules to modern social needs by creative application of law. In Serbian law, regulations are interpreted in four different ways. The author tried to identify the origins of confusion, relying on the basic Tort law notions such as fault and wrongfulness. However, fault itself is defined in two ways: as a mental state or as behavior. Regarding wrongfulness, sometimes it is enough to violate professional rules, the second time an attack on a legal prohibition prescribed by the law is required. Nevertheless, there is a solution to the problem that merges Law of Obligations with Labor Law.

Keywords: *liability for another's act, damage compensation, fault, wrongfulness, strict or fault-based liability, professional negligence.*

Др Ксенија ВЛАШКОВИЋ*

ОБАВЕЗНОСТ АРБИТРАЖЕ ПРЕМА НЕМАЧКОМ ЗАКОНУ О ПРОНАЛАСЦИМА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА

Резиме

Немачким Законом о проналасцима из радног односа нису регулисани само проналасци, него и предлози за техничка унапређења, која се не могу заштити искључивим правом. Нарочити значај припада квалификованим техничким унапређењима. За њих се исплаћује накнада применом законских одредаба које важе за проналаске, чиме се наглашава интерес радника као ствараоца иновација. Тиме је створен систем заштите примерен значају творевина насталих у радном односу и пружен снажан подстицај за њихов даљи развој. Овим законом предвиђено је и обавезно мирно решавање спорова, што је начелни услов за покретање поступка пред надлежним судом. Арбитражни поступак се спроводи пред Арбитражним одбором, формираним при немачком Уреду за патенте и жигове.

Кључне речи: *проналасци настали у радном односу, техничка унапређења, примерена накнада, арбитражни споразум, судска надлежност.*

І Увод

Проналасци настали у радном односу су по својој природи исти као и сви други. То значи да морају испуњавати све услове за стицање патентне заштите (новост, инвентивни ниво и индустријска применљивост). Поред тога, иста су и овлашћења која су садржана у одговарајућим патентима. Међутим, главна разлика постоји у вези са питањем ко има право на патент. Наиме, основно начело патентног права је да проналазак припада проналазачу, па тиме и патент. Проналасци из радног односа настају у специфичном амбијенту, што условљава и промењени при-

* Сарадник Ректората Универзитета у Крагујевцу

ступ у погледу стицања патента. Специфичност амбијента огледа се у томе да је послодавац уложио финансијска и техничка средства и истовремено исплаћује радника за обављене послове, чиме се омогућава да имовинскоправна компонента патента припада послодавцу, а личноправна раднику-проналазачу. То значи да се примењује начело које своју основу има у радном праву. Неопходност развоја иновација, као доминантна карактеристика савремене привреде, ипак захтева дефинисање посебних правних регулатива, чији је циљ да се у што вишој мери усагласе и уравнотеже интереси послодавца и радника-проналазача. Ту није реч само о проналасцима, него и о другим творевинама, као што су техничка унапређења која, с обзиром на своје карактеристике, не испуњавају услове за заштиту патентом. Међутим, ове творевине имају велики значај са становишта побољшања техничког нивоа предузећа и његове позиције на тржишту, па се поставља и питање њихове правне заштите.

Проналасци настали у радном односу су, у неким земљама, регулисани у оквиру радног права, у другим законом о патентима, а у трећим законом о интелектуалној својини.¹ Сложеност ове проблематике, бројност и различитост интереса, укрштање елемената различитих грана права има за последицу да на међународном плану, као ни у Европској унији није једнообразно уређен правни статус таквих интелектуалних творевина.²

У Немачкој је ова материја регулисана посебним Законом о проналасцима насталим у радном односу (нем. *Gesetz über Arbeitnehmererfindungen*, у даљем тексту: *ArbnErfG*), што је специфичност немачког права.³ Наведени закон је *lex specialis* у односу на немачки Закон о патенту.⁴

Основ за истраживање у овом раду је управо чињеница да у Немачкој постоји Закон о проналасцима насталим у радном односу. Њиме су обухваћени не само проналасци, него и техничка унапређења. Закон се одликује диференцираним и избалансираним приступом према

1 Слободан Марковић, *Патентно право*, Номос, Београд 1997, 350.-355.

2 Joseph Straus, „Arbeitnehmererfinderrecht: Grundlagen und Möglichkeiten der Rechtsangleichung”, *GRUR Int* 5/1990, 355.

3 Синиша Варга, *Право индустријске својине*, Крагујевац 2010, 59; Слободан Марковић, „Неки аспекти регулисања права на проналазак створеног у радном односу”, *Право и привреда* 5-8/1997, 802.

4 Романа Матановац Вучковић, Ивана Кунда, „Материјалноправно и колизијскоправно уређење интелектуалног власништва насталог у радном односу”, *Зборник Правног факултета у Ријеци* бр. 1/2011, 78.

наведеним творевинама, а његов стимулативни карактер за настанак иновација је нарочито изражен. Под одређеним условима, *ArbnErfG* прописује обавезан поступак пред Арбитражним одбором, као и његову надлежност.

II Подручје примене немачког Закона о проналасцима из радног односа

Примена *ArbnErfG* је шира и обухватнија у поређењу са његовим називом.⁵ Наиме, наведени закон се не односи само на проналаске, него и на предлоге за техничка унапређења, па је различита и садржина одговарајућих норми и правних последица које из њих произилазе.⁶ Начелно постоје две врсте проналазака из радног односа. То су службени проналасци (нем. *Diensterfindungen*) и слободни проналасци (нем. *freie Erfindungen*). Службени проналасци су они који су настали за време трајања радног односа или службе, при извршавању обавеза које радник има, или се одлучујуће заснивају на искуствима или пословању предузећа. За ове проналаске прописане су детаљније обавезе у погледу поступања како радника, тако и послодавца. Наиме, радник који је створио службени проналазак обавезан је да га неодложно, у писаној форми, пријави послодавцу и да при томе јасно наведе да је реч о пријави проналаска. Поред тога, радник је у пријави дужан да опише технички задатак, његово решење и остварење проналаска, као и упутства или смернице које су му издате, до тада коришћена искуства или пословања предузећа. Послодавац је у обавези да раднику пријавиоцу проналаска, такође, у писаној форми потврди време пријема пријаве. По пријему пријаве послодавац има рок од четири месеца за изјашњење да ли ће за себе задржати проналазак.⁷ Раднику припада захтев на примерену накнаду, чим се послодавац изјасни да ће користити проналазак.⁸ Врста и висина накнаде одређује се у примереном року после изјаве послодавца, уговором између њега и радника. Међутим, у случају да се у примереном року не постигне споразум о накнади, послодавац је у обавези да утврди накнаду образложеном писаном изјавом раднику и да је исплати. Накнада се мора утврдити нај-

5 Markus Hoffmann, „Das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen – Ein Exot auch für Arbeitsrechtler, Neue Justiz“, *Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung* 9/2013, 361.

6 Waldemar Reinfelder, Arbeitnehmererfindung und technische Verbesserungsvorschläge-Anreize für technische Innovation zwischen gesetzlicher Regulierung und betrieblicher Autonomie, доступно на: www.irut.jura.uni-erlangen.de/.../RechtundTechnikErlangen2011.p..., 12.2.2018.

7 § 6, *ArbnErfG*,

8 § 9 (1), *ArbnErfG*.

касније до истека периода од три месеца после стицања искључивог права. На утврђени износ накнаде радник може ставити приговор у року од два месеца, а уколико то не учини утврђени износ накнаде је обавезујући за обе стране.⁹ За одређивање висине накнаде одлучујуће чињенице су привредна применљивост проналаска, задаци и положај радника у предузећу, као и учешће предузећа у настанку проналаска. Према § 11, *ArbnErfG* предвиђено је да Савезни министар за рад доноси смернице о одређивању накнаде.

Послодавац је искључиво овлашћен и обавезан да проналазак пријави у домаћој земљи за стицање заштитног права. Он мора неодложно да поднесе пријаву. Међутим, ова обавеза послодавца не постоји у неким случајевима. Они су таксативно наведени и важе: 1) када је проналазак постао слободан; 2) када је радник сагласан да пријава не буде поднета; 3) када су испуњени услови за постојање пословне тајне. Проналазак се сматра слободним када се послодавац у писменој форми изјасни да не жели да стекне право на проналазак о којем га је обавестио радник. Овим проналасцима радник може слободно да располаже. На основу оправданих интереса предузећа, послодавац може да одустане од стицања заштитног права и да тиме проналазак задржи као пословну тајну, при чему је услов да се према раднику изјасни да је проналазак подобан за стицање заштите.¹⁰ Међутим, када послодавац сматра да проналазак није подобан за стицање заштите, тада може одустати од стицања искључивог права, ако се претходно обрати Арбитражном одбору у циљу постизања споразума о подобности за заштиту проналаска. Приликом утврђивања накнаде за проналазак који се задржава као пословна тајна морају се узети у обзир привредни губици, настали на страни радника зато што није стечено никакво искључиво право. Уколико послодавац не испуни обавезу пријаве проналаска, нити то не учини у накнадном примереном року, који му поставља радник, тада радник може да поднесе пријаву на име послодавца и о његовом трошку. За пријаву проналаска у иностранству важе посебна правила, нарочито ако послодавац не жели да стекне заштитна права у неким другим земљама.

Слободни проналасци су проналасци радника који су настали у време трајања радног односа или службе, а не испуњавају услове у смислу *ArbnErfG* за постојање службених проналазака. Међутим, радник је обавезан да свом послодавцу писменим путем и неодложно саопшти да је

9 § 12 (4), *ArbnErfG*.

10 § 17 (1), *ArbnErfG*.

створио такав проналазак. У саопштењу мора да опише проналазак у толикој мери да послодавац може да оцени да ли је реч о слободном проналазку. У случају да послодавац у року од три месеца од пријема радничког саопштења не оспорава да је реч о слободном проналазку, тада се проналазак више не може захтевати као службени. Обавеза саопштавања слободних проналазака не постоји када је очигледно да проналазак није применљив у домену пословне активности предузећа у власништву послодавца. Радник је такође у обавези, за време трајања радног односа, да најпре понуди послодавцу барем неискључиво право за коришћење проналаска под примереним условима у случају да проналазак у моменту понуде спада у постојеће или припремано подручје делатности предузећа послодавца. Међутим, уколико послодавац сматра да услови понуде нису примерени, тада их, на захтев радника или послодавца, утврђује суд.¹¹

У смислу § 3, *ArbnErfG* предлози за техничким унапређењима садрже све оне техничке новине које нису подобне за заштиту патентом или корисним моделом. У оквиру ове категорије могу се разликовати тзв. квалификовани и прости предлози за побољшање.¹² Квалификовани су они предлози којима се за послодавца остварује позиција слична оној, стеченој на основу права индустријске својине. Сви други обухваћени су појмом простих предлога. Између квалификованих и простих предлога техничких унапређења постоји разлика у режиму заштите.¹³ Наиме, на квалификоване се у погледу плаћања примерене накнаде на одговарајући начин примењују одредбе које важе за проналаске, а остала питања нису регулисана овим законом, већ одредбама тарифних споразума или споразумима у оквиру предузећа. Овом регулативом се не може изменити законски пропис којим је регулисано питање исплате накнаде. За разлику од квалификованих, прости предлози су у потпуности регулисани тарифним споразумима и споразумима у оквиру предузећа.¹⁴ На пример, овим споразумима може се одлучивати да ли уопште постоји такав предлог и на који начин се накнада за њега исплаћује. Такође се може установити да се накнада не исплати уколико је предлог за техничко унапређење део делатности радника на коју је уговором обавезан.¹⁵

11 § 19, *ArbnErfG*.

12 Hoffmann, *наведени чланак*, 361.

13 Anette Gärtner, und Lisa Simon, „Reform des Arbeitnehmererfinderrechts - Chancen und Risiken Arbeitnehmererfinderrecht“, *Betriebs Berater* (BB) 31/2011, 1909.

14 Waldemar Reinfelder, *наведени чланак*, 7.

15 Bundesarbeitsgericht 9. Senat, Urteil vom 20.1.2004, 9 AZR 393/03, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 8/2004, 994.

У немачкој правној литератури се сматра да је подела на квалификоване и просте предлоге примерена реалности привредних токова у предузећима. Аутономно регулисање ове материје је подстицајно за иновативни развој, јер се избегава строго формализовани и законом предвиђени поступак.¹⁶

III Решавање спорова пред Арбитражним одбором

Уколико постоји спор о неком питању које је регулисано *ArbnErfG* предвиђен је арбитражни поступак. За његово спровођење при Уреду за патенте и жигове основан је Арбитражни одбор. Спровођење арбитражног поступка је обавезно и представља процесну претпоставку за подизање тужбе. Међутим, од овог начелног правила, у смислу § 37, ст. 2 - 5, *ArbnErfG* предвиђени су различити изузеци, о којима ће посебно бити речи у овом раду.

У свим споровима између послодавца и радника који настају поводом *ArbnErfG* може увек да буде сазван Арбитражни одбор. Његов задатак је да покуша да спор реши мирним путем, тј. споразумом странака. Арбитражни одбор је основан при немачком Патентном уреду. Чине га председник, или његов заменик и два члана. Председника и његовог заменика именује Министар правде на рок од четири године. Чланови Одбора треба да поседују нарочита искуства на подручју технике у којем је настао проналазак или предлог за техничким унапређењем. Именује их председник Патентног уреда из реда чланова овог уреда за појединачни спорни случај.¹⁷ На предлог једног од учесника спора, састав Арбитражног одбора може бити проширен са по једним чланом из редова послодавца и радника. Председник врши надзор над Арбитражним одбором, а надзор над њим врши председник Уреда за патенте и жигове.

Арбитражни одбор се сазива на писмени захтев једне од странака у спору и неопходно је да садржи кратак опис чињеничног стања, као и име и адресу друге стране у поступку. Председник доставља другој страни писмени захтев, уз обавезу да се иста писмено у одређеном року изјасни о њему.

Своје закључке Одбор доноси већином гласова, формирајући на основу њих предлог споразума који мора бити образложен и потписан од свих чланова и доставља га странкама. Сматра се да је предлог споразума

16 Waldemar Reinfelder, наведени чланак, б.

17 § 33, *ArbnErfG*.

прихваћен уколико једна од странака, у року од једног месеца по достави, не уложи писмени приговор.¹⁸

Поступак пред Арбитражним одбором се сматра неуспешним: 1) када се друга страна не изјасни писмено у оквиру одређеног рока о захтеву за сазивање арбитраже; 2) када друга страна одбије да уђе у поступак арбитраже; 3) када је један од учесника у року од месец дана по пријему предлога споразума уложио приговор Арбитражном одбору. Уколико постоји нека од наведених околности председник тада саопштава учесницима да је арбитражни споразум неуспешно завршен.

IV Решавање спорова пред судом

Права која су регулисана на основу *ArbnErfG* могу се истицати путем тужбе тек после спровођења поступка пред арбитражним телом. Ово правило, као што смо већ истакли, има неколико изузетака. Први изузетак односи се на случај да се тужбом истичу права из споразума према §§: 12, 19, 22 и 34, *ArbnErfG* или ако је тужба заснована на чињеници да споразум није правоваљан. Друга група односи се на случај када је од сазивања арбитражног тела протекло више од шест месеци. Трећа група предвиђена је за случајеве када је радник искључен из предузећа. Четврта група изузетака се односи на случајеве када су се странке споразумеле да одустану од сазивања арбитражног тела. Овај споразум је могућ тек пошто је спор настао, а закључује се у писменој форми. На основу тога, можемо закључити да је првенство арбитражног поступка само формално обавезно и обе стране могу тужбом захтевати решавање спора.

За све спорове о проналасцима радника прописана је надлежност судова за спорове о патентима, без обзира на вредност спора. У оваквим поступцима примењују се прописи којима се регулише поступање у патентним стварима. Међутим, изузетак од надлежности ових судова постоји у случају да се спор искључиво односи на плаћање утврђене накнаде за настали проналазак. У таквим околностима, у којима патентноправна питања више немају никакву улогу, тужба се може подићи пред судовима за радне спорове.

У немачкој судској пракси нарочити значај има питање тумачења § 20, *ArbnErfG*. Овом одредбом регулисани су предлози техничких уна-

18 §§ 41, 44, 1042, 1050, немачког Закона о парничном поступку примењују се *mutatis mutandis* на поступак пред Арбитражним одбором.

пређења којима се послодавцу ствара повлашћена позиција, слична оној која се стиче искључивим правом индустријске својине.¹⁹ Наиме, у овом случају раднику према послодавцу припада захтев на примерену накнаду, одмах пошто послодавац отпочне са његовом применом. Ова одредба није била предвиђена у нацрту Закона, с образложењем да регулисање предлога за техничким унапређењем није у складу са систематиком закона који се првенствено односи на проналаске који су подобни за заштиту патентом. Међутим, Парламентарни одбор за индустријску својину и ауторско право је садашњу формулацију одредбе имплементирао у закон и тиме изашао у сусрет захтевима радника.²⁰ Наиме, таквим техничким предлозима за унапређењем на основу самог закона припада право на накнаду, без обзира што нису подобни за заштиту, јер стварају преимућство послодавцу које је слично монополу, све док не постану опште познати и док их само може он искоришћавати. Право на накнаду може се стећи само када се предлог за техничко унапређење искоришћава и важи само докле док траје искоришћавање и позиција која је слична оној, стеченој искључивим патентним правом. Када је реч о статусу осталих предлога за побољшањем њихово регулисање остављено је тарифним уговорима или споразумима у оквиру предузећа.

Савезни врховни суд Немачке је посебно анализирао појам повлашћене позиције послодавца сличне оној, која се стиче искључивим правом. По становишту Суда, оваква позиција постоји када се осигурава фактички монопол.²¹ Правни монопол не може настати на основу предлога за техничким унапређењем, јер оно није обухваћено § 3, *ArbnErfG*, који се односи на проналаске и корисне моделе као основе за стицање искључивог права. Из тог разлога, наведеним законом се не захтева позиција која одговара оној, стеченој на основу искључивог права, него само она која јој се ближи. Другим речима, није потребно да се сличност испољава у овлашћењу да се трећим лицима забрани употреба техничког унапређења. Наиме, довољно је да сличност може постојати у фактичкој могућности да само послодавац користи предмет предлога унапређења, а да је при томе искључено коришћење од стране конкурената. На основу такве могућности за постојање повлашћене позиције послодавца није битно да ли је предлог за техничко унапређење проглашен пословном

19 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 26.11.1968, Az.: X ZR 15/67 „Räumzange“, *GRUR* 3/1969, 341.

20 Joseph Straus, наведени чланак, 353-366.

21 Наведена пресуда Az.: X ZR 15/67 „Räumzange“, тач. 26 (д), 341.

тајном.²² Напротив, како је већ истакнуто, довољна је фактичка могућност да послодавац сам користи техничко унапређење. Обавеза плаћања накнаде не зависи од тога да ли послодавац предмет унапређења проглашава пословном тајном или то не чини.

Савезни врховни суд Немачке, супротно ставу ниже инстанце, сматра да се о могућности искључиве употребе техничког унапређења не може говорити у случају да га конкуренти не примењују, иако им је познато. Тачно је да искоришћавање предлога за унапређењем и у таквом случају може послодавцу да пружи реално преимућство у конкуренцији. Међутим, ова позиција није слична с позицијом која настаје на основу права индустријске својине. Наиме, не постоји монополски карактер који је суштински елемент права индустријске својине. Околност да су конкуренти у могућности да се упознају са техничким унапређењем нема за последицу да се не примењује § 20, ст. 1, *ArbnErfG*, јер она може бити везана са најразличитијим тешкоћама. То значи да је позиција послодавца у којој искључиво искоришћава предлог за техничко унапређење елиминисана само када се конкуренти, без нарочитих тешкоћа, могу упознати са техничком новином. На могућност искључивог искоришћавања предлога за унапређењем штетно се одражава околност да га конкуренти могу упознати одмах после почетка коришћења од стране послодавца.²³ Поред тога, штетно делује и околност када се конкуренти с унапређењем могу упознати у кратком временском периоду, на пример, истраживањем предмета у којем се материјализује побољшање. О преимућству послодавца, које је слично ономе, заснованом на праву индустријске својине, може се говорити само у случају да се оно од почетка карактерише извесном постојаношћу и трајношћу. Преимућство послодавца настаје у случају да конкуренти нису у могућности да, у наведеном смислу, упознају техничко унапређење или да га могу реализовати уз извесне тешкоће, а нестаје за будуће време када фактички постане познато.²⁴ Другим речима, за оцену да ли се предлогом за техничко унапређење ствара преимућство послодавца у смислу § 20, ст. 1, *ArbnErfG* одлучујуће је да ли је послодавац на почетку имао могућност искључивог искоришћавања за неко минимално време.

22 Исто, тач. 30, 341.

23 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 16.12.2014, 9 AZR 431/13, доступно на: <https://dejure.org/.../rechtsprechung?...9%20AZR%20431%2F...>, 12.3.2018.

24 Наведена пресуда Az.: X ZR 15/67 „Räumzange”, тач. 37 (цц), 341.

Тумачећи појам квалификованих предлога за техничко унапређење, Савезни врховни суд Немачке истиче да законски захтев за накнаду постоји само за случајеве њиховог искоришћавања, а при том се морају узети у обзир и интереси предузећа. Радник мора прихватити губитак својства новости које је засновано на условима пословања предузећа.²⁵ Наиме, он према наведеном параграфу може да учествује само у користима које послодавац остварује употребом техничког унапређења, према приликама у оквиру самог предузећа. Из тог разлога неопходно је испитати на основу којих интереса предузећа послодавац објављује техничко унапређење и на основу којих разлога га не задржава као пословну тајну. Ови разлози се морају сагледати у вези са интересима радника, уколико се објавом послодавца елиминише нарочито преимућство које је дефинисано § 20, ст. 1, *ArbnErfG*.²⁶

V Закључак

ArbnErfG је поделом творевина које настају у радном односу на три групе створио систем заштите који је примерен квалитету и значају иновација. Проналасци који имају статус проналазака насталих у радном односу детаљно су регулисани овим законом. Посебна карактеристика *ArbnErfG* је уређивање квалификованих техничких унапређења. Њихова суштина огледа се у чињеници да се таквим творевинама за послодавца остварује положај сличан ономе, насталом на основу искључивих права индустријске својине. Таквим регулисањем узети су у обзир интереси радника, јер им припада право на накнаду, која се исплаћује на основу прописа важећих за проналаске. Она су регулисана законским одредбама само у смислу исплате примерене накнаде, при чему се на одговарајући начин примењују одредбе које се односе на проналаске. Сва друга питања остављена су аутономном регулисању странака у оквиру тарифних уговора и споразума у оквиру предузећа. Проста техничка унапређења су, у свим аспектима, укључујући и исплату накнаде, остављена аутономном регулисању странака у оквиру тарифних уговора и споразума у предузећу. На тај начин остварују се подстицаји за настанак иновација, јер ови предлози нису регулисани строго формализованим правилима, која су прописана законом. При томе се нарочито узима у обзир чињеница да

25 Исто, тач. 35, 341.

26 Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 18.5.2010, Az.: X ZR 79/07 „Steuervorrichtung”, тач. 34 и тач. 43, *GRUR* 9/2010, 817-822.

техничка унапређења могу, у финансијском смислу, бити од великог значаја за предузеће у којем су настала.

ArbnErfG предвиђа и могућност мирног решавања спорова пред Арбитражним одбором, који је установљен при немачком Уреду за патенте и жигове. У погледу улоге и значаја Арбитражног тела закон није у потпуности доследан. Наиме, *ArbnErfG* предвиђа да се тужба може подићи тек пошто је спроведен арбитражни поступак. Међутим, на другој страни исти закон предвиђа различите изузетке у погледу обавезности арбитражног поступка.

За спорове о проналасцима из радног односа искључиво су надлежна грађанска одељења при земаљским судовима. При томе се примењују прописи о поступку у патентним споровима. Изузетак од надлежности редовних судова постоји када је предмет спора искључиво исплата накнаде утврђене за проналазак. У том случају, патентноправна питања више немају никакав значај па се тужба може поднети радним судовима. Квалификована техничка унапређења, у смислу § 20, ст. 1, *ArbnErfG*, претходно се решавају у поступку пред Арбитражним одбором, што не важи за случај простих техничких унапређења. У споровима о предлозима за техничко унапређење надлежни су искључиво радни судови. Надлежност радних судова односи се на питање да ли уопште постоји предлог за техничким унапређењем, али и на питање накнаде која, по том основу, припадају раднику–проналазачу.

Ksenija VLAŠKOVIĆ, PhD
Associate of the University of Kragujevac

**ARBITRATION OBLIGATION ACCORDING TO THE GERMAN LAW
ON EMPLOYEES' INVENTIONS**

Summary

Apart from regulating inventions, the German Law on Employees' Inventions also regulates propositions for technical improvements, which cannot be protected by perquisite. Qualified technical improvements are of special importance. Compensations are paid for them by applying legal provisions applicable to the inventions, which emphasizes the interest of workers as creators of innovations. In this way a system of protection is created, which is adjusted to the significance of inventions created during employment, and a strong impetuous for their further development is provided. This law also provides the obligatory peaceful settlement of disputes, which is a prerequisite for initiating proceedings before a competent court. Arbitration proceedings shall be conducted before the Arbitration Committee established by the German Patent and Trademarks Office.

Key words: *employee inventions, technical improvements, suitable compensation, arbitration agreement, judicial jurisdiction.*

Др Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ*

УЛОГА И ЗНАЧАЈ АРБИТРАЖЕ У САВРЕМЕНОМ РАДНОМ ПРАВУ – ТЕОРИЈСКИ КОНЦЕПТ, ПЕРСПЕКТИВЕ И ИЗАЗОВИ

Резиме

Развој арбитраже у савременом праву иде узлазном линијом, с тим да је још увек недовољно примењена и искоришћена као превентивна метода која би претходила судском решавању, што је становиште и Међународне организације рада, а полазећи од тога да судски поступак треба да буде последње средство у заштити права. Циљ рада је да се применом упоредноправног и нормативног метода сагледају теоријске поставке арбитраже као алтернативе парници, на њену примену у упоредном праву, а све у контексту рада и радног односа, те да се, у складу са тим, укаже на њен научни и практични значај, као и перспективе развоја.

Кључне речи: алтернативне методе, радни спорови, арбитража, обавезна арбитража, добровољност.

І Увод

Решавање спорова алтернативним методама има своју дугу историју, која се веже још за античко доба, с тим да, данас, у условима мултидимензионалности модерног друштва и држава оне, нарочито, добијају на значају. Арбитража, за разлику од осталих метода, има ту карактеристику да је одлука арбитра коначна и обавезујућа за странке, што одговара одлуци суда у класичном судском поступку. Поступак обично траје краће и мање кошта у односу на судски због чега се, посебно, наглашава економичност и ефикасност арбитражног решавања спорова. Овај метод је, данас, заступљен и

* Научни сарадник Института друштвених наука Београд

користан за решавање трговинских, односно привредних спорова, као и спорова у области интелектуалне својине иако се њен значај не сме занемарити и по питању спорова у области рада и радног односа. У страниој литератури радови на тему арбитраже у радним споровима, пре свега, обрађују проблематику тзв. обавезне арбитраже присутне у праву Сједињених Америчких Држава док се, на европском нивоу, углавном даје преглед упоредноправних решења различитих држава. Са друге стране, иако домаће право посебно регулише арбитражу за решавање колективних и индивидуалних радних спорова, осим значајних изузетака (Ковачевић-Перић, Боранијашевић, 2017; Безбрадица 2015; Ракић, 2015) изостаје потребан број радова на тему арбитраже у радном праву. С тим у вези, циљ је да се, на овај начин, да скромни допринос разумевању основних постулата и могућих начина за примену и развој арбитраже у савременом радном праву.

II Теоријски концепт и појам арбитраже као методе алтернативног решавања спорова

Решавање конфликта, односно спорова насталих као последица односа појединаца или група обично се одвија испред државних, јавних органа у одговарајућем законом уређеном поступку. Међутим, насупрот државној заштити права, у правној теорији и пракси, развили су се тзв. алтернативни методи решавања спорова којима се, у новије време, чак и даје предност у односу на класичан, судски метод.

Основи алтернативних метода решавања спорова могу се пронаћи у делима грчких филозофа, првенствено Аристотела, где се утврђује морална, односно етичка димензија решавања људских конфликта. Тако је још Аристотел нагласио значај „решавања спорова преговорима а не силом“, и указао на „неопходност давања предности арбитражи у односу на парницу, где се арбитар у поступку води применом начела једнакости а не стриктној примени закона“¹ чиме се, у крајњем, обезбеђује поштовање достојанства личности. Поред тога, владајуће религије подржавају, односно у делима хришћанских мислилаца, али и припадника будизма и хидуизма, виде се становишта која фаворизују медијацију, односно арбитражу као начин за решавање спорова.² Данас се све више о државном судству говори као о „последњем излазу из конфликта којим се појединац користи тек уколико остали методи не дају резултат“, где државно судство и алтер-

1 Theodore J. St. Antoine, „The Moral Dimension of Employment Dispute Resolution“, *St. John's Law Review*, 86, Nr. 4/2012, 393.

2 T. J. St. Antoine, 393-394.

нативне методе јесу међусобно „компатибилни и комплементарни“.³ Уколико преговори не буду дали жељени резултат, спор се износи испред судских, државних органа, где се у законом утврђеном поступку, применом важеће правне регулативе приступа решавању предметног спора.

Разликују се две алтернативе судском решавању спора, односно алтернативе парници – вољна арбитража и медијација (посредовање, мирење или концилијација), где је основна разлика између ова два метода у дејству одлуке, што имплицира да је дејство арбитражне одлуке једнако дејству правоснажне одлуке суда у парници док одлука медијатора има облигационоправно дејство и не обавезује странке у поступку.⁴

Развој арбитраже као методе решавања спорова, како на међународном тако и на националном нивоу, условиле су промене друштвених и политичких прилика у периоду након Другог светског рата, првенствено у западним државама, где се промовише индивидуализам, флексибилност, као и плурализам у контексту давања на значају неформалним правним нормама и недржавним субјектима.⁵ Ове промене су се иницијално одвијале на међународном нивоу и иницирале одређена померања са аспекта поимања међународног права, тако да је већина правних теоретичара „признала“ нормативни потенцијал недржавних субјеката и неформалних правних правила.⁶ Тако су у условима различитости и мултидимензионалности модерног друштва, ставови појединаца и друштвених група добијали на значају. С тим у вези, посебно се издваја начело аутономије, што у контексту развоја и промовисања арбитраже, значи право странака да саме утврде метод решавања спора, односно од њихове воље зависи да ли ће опирати за државно судство или пак за неку алтернативну, неформалну методу. Може се рећи да алтернативни методи решавања спорова одговарају модерном и постмодерном концепту разумевања права који подразумева слободу, аутономију, једнакост и достојанство људске личности, а у вези са ширењем заштите права, односно могућих метода за њихову заштиту. Поред тога, као предност арбитражног решавања спорова, у литератури, наводи се флексибилност у сми-

3 Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2009, 189, 203.

4 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 637.

5 Stavros Brekoulakis, „International Arbitration Scholarship and the Concept of Arbitration Law“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 36, Nr. 4/2013, 756.

6 S. Brekoulakis, 758.

слу процесне аутономије странака да формулишу методе и процедуре решавања спорова и то од бацања новчића до употребе правилника, затим фокусираност на интересе странака без искључивог руковођења правним правилима, односно узимање у обзир ставова носилаца пословања, тј. стратешке циљеве, и приоритете у будућности.⁷ Даље, као значајна предност јесте и боље обезбеђење поверљивости података о спору јер су судски поступци углавном доступни за јавност што није случај са арбитражом.⁸ И на крају, истиче се и економичност у смислу новчане уштеде јер је јефтинији од судског поступка, затим уштеде времена, краћег је трајања од судског, али и смањења штете у случајевима заштите угледа пословних партнера у контексту будућег пословања.⁹

Арбитража се, у најопштијем смислу, дефинише као приватни, неформални поступак, где се странке између којих постоји конфликт (спор) писменим путем, односно споразумом саглашавају да изнесу предмет спора испред једне непристрасне особе или више њих које ће поступати и донети коначну и обавезујућу одлуку.¹⁰ Она се обично јавља као могући метод за решавање привредних спорова, спорова у области интелектуалне својине, у области осигурања, некретнина, али и за решавање радних спорова.¹¹ Ипак, иако је развој арбитражног права последњих година ишао узлазном путањом, могућност решавања спорова путем арбитраже или неког другог алтернативног метода омеђена је националним правом, при чему је она, као метод развијена у великој мери, у Сједињеним Америчким Државама (САД), као и у Великој Британији, односно у државама англосаксонског правног система док је у европскоконтиненталном још увек недовољно заступљена, те је за решавање одређених врста спорова њена примена ограничена. То је последица, још увек присутног традиционалног формализма у праву и неприкосновености државних органа, односно судства у решавању спорова свих врста. Међутим, постојеће тенденције, првенствено на међународном нивоу, у смислу промовисања флексибилности у контексту неформалних правних правила и недржавних субјеката, отварају многа питања везана за могуће алтернативе, а с тим у вези, указују на неопходност њиховог правног признавања и регулисања.

7 G. Knežević, V. Pavić, 207-208.

8 G. Knežević, V. Pavić, 208.

9 G. Knežević, V. Pavić, 208.

10 International Arbitration: the Doctrine of Separability and Competence-Competence Principle, 2013, 6, доступно на адреси: <http://pure.au.dk/portal/files/2372/000126197-126197.pdf>, 16.3.2018.

11 International Arbitration: the Doctrine of Separability and Competence-Competence Principle, 6.

III Улога и значај арбитраже у решавању колективних и индивидуалних радних спорова – упоредноправни преглед

Радни спор јесте спор који настаје између послодавца и радника поводом закључивања, примене или престанка индивидуалног уговора о раду (индивидуални радни спор), као и онај који настаје између синдиката и послодавца, односно удружења послодавца у вези са закључивањем, или изменом и допуном колективног уговора о раду тзв. интересни колективни спор, односно у вези са тумачењем и применом колективног уговора о раду тзв. правни колективни спор (колективни радни спор).¹² Поред поделе радног спора на индивидуални и колективни, потребно је указати и на специфичности решавања међународних радних спорова, чије је значај, данас, нарочито запажен. Наиме, развој тржишта рада, као и глобализација производње довели су до интернационализације тржишта рада, што укључује потребу за сагледавањем и анализом могућих начина решавања међународних радних спорова, односно оних где послодавац, тј. мултинационална компанија има средиште у једној држави а ангажује раднике у другој, односно у више других држава. У овом случају, спор настаје поводом услова рада (зараде, радног времена, одсуства и сл.) и може бити како национални тако и међународни.¹³ Алтернативни методи решавања међународних радних спорова углавном се утврђују одредбама међународних колективних уговора али и одредбама међународних оквирних колективних споразума,¹⁴ који иако правнонеобавезујућег карактера, стварају моралну и политичку обавезу за менаџмент мултинационалне компаније да се спор настао у филијали компаније реши неком вансудском, алтернативном методом. С тим у вези, десет посто свих закључених међународних оквирних колективних споразума садрже одредбе о медијацији и/или арбитражи као методима који претходе судском решавању.¹⁵

Поред судског, односно државног и јавног начина решавања индивидуалних, односно колективних, националних, односно међуна-

12 Бранко А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2012, 765-766.

13 May Olivia Silverstein, „Introduction to International Mediation and Arbitration: Resolving Labor Disputes in the United States & the European Union,“ *The Labor & Employment Law Forum*, Vol.1, Nr. 1/2011, 106.

14 Више о међународним оквирним колективним споразумима код: Сања Златановић, *Међународни оквирни колективни уговори о раду*, преддокторски рад, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2012.

15 Felix Hadwiger, „Looking to the future mediation and arbitration procedures for global framework agreements“, *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 23, Nr. 4/2017.

родних радних спорова, вансудски, приватни, односно алтернативни методи решавања спорова све више добијају на значају. Као разлози наводе се економичност, брзина решавања, ефикасност и ефективност али и очување угледа послодаваца у пословном свету у контексту социјалне корпоративне одговорности. Арбитража али и други алтернативни методи (посредовање, мирење, медијација) обично се предвиђају посебним одредбама колективних уговора о раду (националних и међународних) као обавезни или добровољни начини решавања радних спорова који претходе судском решавању,¹⁶ с тим да постоји и пракса предвиђања арбитраже одредбама индивидуалног уговора о раду, о чему ће бити речи у делу који се тиче тзв. обавезне арбитраже. На националном нивоу, ова пракса је, у великој мери, развијена у Сједињеним Америчким Државама иако је степен синдикалне организованости низак (на нивоу од 7%).¹⁷ Поред тога, у Сједињеним Америчким Државама, утврђено је и становиште Врховног суда којим се даје предност арбитражи за решавање колективних радних спорова, где стоји „да је радна арбитража супститут колективној акцији“ док је „трговинска арбитража супститут за парницу“.¹⁸ У Великој Британији, колективни радни спорови (обично између синдиката и послодавца али и они који настају између више послодаваца и више синдиката, с тим да се уместо синдиката често јавља и савет запослених) могу да се решавају методом арбитраже а поступак се спроводи испред посебно формираног Органа за саветовање, мирење и арбитражу (енг. The Advisory, Conciliation and Arbitration Service, ACAS).¹⁹ Арбитар има квази-судску улогу у поступку, не мора да се држи прецедентног права, а експерт је у области радних односа.²⁰ Арбитража је добровољног карактера, циљ је „решавање конкретног спора, не и утврђивање права и социјалне правде“, док је одлука морално не и правно обавезујућа.²¹ Са друге стране, код индивидуалног радног спора, почев од 2001. године у Великој Британији предвиђа се посебна арбитража у случајевима спора због незаконитог отказа уговора о раду и флексибилних форми радног ангажовања која се, такође, спроводи испред Органа за саветовање,

16 Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick (уредници), *Resolving Individual Labour Disputes, A comparative overview*, Geneva, 2016, 336.

17 Susan Corby, *Arbitration in collective disputes: A useful tool in the toolbox*, Research Paper, London, 2015, 5.

18 M. O. Silverstein, 111.

19 S. Corby, 1.

20 S. Corby, 4.

21 S. Corby, 4.

мирење и арбитражу као алтернатива судском решавању.²² Поступак је неформалан док је одлука арбитра правнообавезујућа.²³

У државама Европске уније, арбитража као метод решавања индивидуалних радних спорова, где трећа неутрална особа доноси правнообавезујућу одлуку поводом предметног спора а на основу споразума странака, постоји у Аустрији, Кипру, Чешкој, Данској, Ирској, Италији, Луксембургу, Шпанији, Португалији, Норвешкој, Пољској, Словенији и Шведској.²⁴ Арбитража се, међутим, сматра за последње средство у заштити интереса, односно уколико се, претходно, методама мирења и медијацијом не дође до задовољавајућег решења. У појединим државама арбитража за индивидуалне радне спорове се предвиђа одредбама колективног уговора о раду (Чешка, Италија, Луксембург, Словенија) док је, на пример, у Чешкој она од 2007. године, као метод, утврђена одредбама Закона о раду.²⁵ Поред тога, у Шпанији приступање арбитражи оставља се супростављеним странама на уговарање, односно заступа се принцип аутономије воље радника и послодавца.²⁶ Наиме, област решавања радних спорова различито је регулисана међу државама Европске уније, па тако док поједине државе као Литванија доносе посебне законе који предвиђају могуће начине решавања радних спорова између осталих и алтернативне методе, друге немају посебне законе, па ни одредбе у основном закону о начинима решавања спорова (случај Холандије).²⁷ Овакав диверзитет постоји и код решавања колективних радних спорова, где се у већини држава предност даје преговорима између страна, док се арбитража предвиђа као последње средство, с тим да се, као што је случај Данске,²⁸ обично не утврђује за интересне колективне радне спорове.²⁹ У Данској правни колективни спорови решавају се преговорима на локалном нивоу, те уколико они не буду дали резултат приступа се медијацији, а на крају, странке могу да се обрете

22 *Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution*, Eurofound, Dublin, 2010, 9.

23 *Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution*, 9.

24 *Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution*, 8.

25 *Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution*, 8.

26 *Individual disputes at the workplace: Alternative disputes resolution*, 9.

27 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, International Labour Office, Geneva, 2007, 10.

28 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 6.

29 Наиме, већина држава Европске уније предвиђа арбитражу за решавање правних колективних радних спорова иако је њен значај незанемарљив и када су у питању интересни колективни радни спорови. М. О. Silverstein, 117.

арбитражи или суду.³⁰ Државе Европске уније које предвиђају алтернативне методе решавања радних спорова често законима установљавају специјализоване органе, односно тела (агенције) које спроводе поступке и решавају спорове.³¹ Са друге стране, у Немачкој, не предвиђа се законско нити пак, у пракси устаљено, решавање индивидуалних радних спорова неком од алтернативних метода већ се установљава искључива надлежност судова,³² осим за колективне радне спорове, што је условљено вољом социјалних партнера.³³ То је случај и у Француској, где је изричито законом забрањено уговарање арбитражне клаузуле у индивидуалним уговорима о раду, укључујући и уговоре где се радна активност спроводи у држави где је арбитража предвиђена као начин решавања индивидуалних радних спорова (тзв. међународни уговори о раду).³⁴ Међутим, постоје и два изузетка од опште забране уговарања арбитраже, и то у случају спора поводом незаконитог отказа уговора о раду новинару са искуством, као и спора између адвоката и адвокатске канцеларије, где се предвиђа обавезно претходно обраћање арбитражи.³⁵

IV Обавезна *versus* добровољна арбитража у радним споровима

Опште је прихваћено да арбитража, као метод решавања спорова, треба да се заснива на начелу аутономије странака између којих постоји конфликт, односно да треба да буде установљена на добровољној основи, с обзиром на то, да она представља алтернативу државном, судском, односно владајућем методу. Међутим, развој либерализма, индивидуализма и флексибилности довео је до тога да је, обично, јача страна у одређеном односу предлагала и, самом својом позицијом, утврђивала начине за решавање спорова који се могу јавити у будућности. Предвиђање арбитраже

30 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 6.

31 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 11.

32 *Germany: Individual disputes at the workplace – alternative disputes resolution*, Eurofound, 2010, 1, доступно на адреси: <https://www.eurofound.europa.eu/printpdf/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/germany/germany-individual-disputes-at-the-workplace-alternative-disputes-resolution>, 18.3.2018.

33 Yasmine Tarasewicz, *International Labor and Employment Arbitration: A French and European Perspective*, Paris, 2012, 4.

34 Y. Tarasewicz, 6.

35 Y. Tarasewicz, 10.

одредбама колективног уговора о раду,³⁶ као начина који предходи судском решавању радних спорова, обично је морално оправдано и правно допуштено јер је последица споразума и преговора вођених између социјалних партнера. Супротно томе, у пракси, нарочито у Сједињеним Америчким Државама, дошло је до укључивања тзв. арбитражних клаузула у индивидуалне уговоре о раду или у опште акте послодавца, односно предвиђања арбитраже као јединог и обавезног начина решавања свих будућих спорова између послодавца и радника, укључујући и оне који се тичу дискриминације, односно оне који се односе на повреде и кршења права радника предвиђених системским законима.³⁷ У почетку, Врховни суд САД-а био је на становишту да је уношење оваквих одредби у индивидуалне уговоре о раду или опште акте послодавца противно праву³⁸ јер је у основи арбитраже да арбитар утврђује намере странака да уђу у уговорни однос, не и да примењује и тумачи закон у контексту остваривања и заштите права, где јавни интерес има предност у односу на интерес појединаца.³⁹ Међутим, случај *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.* био је прекретница у вези са признавањем арбитражних клаузула у индивидуалним уговорима о раду и увођења тзв. обавезне арбитраже, где је утврђено да овакве клаузуле нису супротне федералном праву „које се заснива на либералној политици и фаворизује арбитражне споразуме“.⁴⁰ Ипак, суд се, у својој одлуци, оградио и истакао да арбитража не представља обавезни начин за решавање радних спорова у свим питањима повреде закона већ да се то има ценити у сваком појединачном случају, односно узима се у обзир текст закона на који се странка позива, његова правна историја, као и да ли постоји „урођени конфликт“ између циља због кога је тај закон

36 Арбитража као метод решавања спорова, иницијално, је нашла своје место у радним споровима као последица преговора социјалних партнера, односно кроз колективно преговарање укључена је у колективне уговоре о раду, да би у САД-у то било потврђено одлуком Врховног суда у случају *Textile workers Union v. Lincoln Mills*, где стоји да суд треба да спроведе, односно оснажи арбитражне клаузуле садржане у колективним уговорима о раду. Griffin Toronjo Pivateau, „A Standard of Reasonableness: Constraining Mandatory Arbitration Clauses in Employment Agreements“, *Southern Law Journal*, Vol. XXII, 2012, 173.

37 M. Ebisui, S. Cooney, C. Fenwick, 10.

38 Наиме, Врховни суд САД у случају *Alexander v. Gardner-Denver Co.* утврдио је да уношење арбитражних клаузула у индивидуалне уговоре о раду није допуштено, и да она не спречава запосленог да покрене радни спор пре судом у случајевима који се односе на дискриминацију у области рада и запошљавања. G. Toronjo Pivateau, 173-174.

39 Elizabeth Roma, „Mandatory Arbitration Clauses in Employment Contracts and the Need for Meaningful Judicial Review“, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 12, Nr. 3/2011, 524.

40 E. Roma, 525.

донет и арбитраже.⁴¹ Међутим, десет година касније, Врховни суд је у случају *Circuit City Stores, Inc v. Adams* одлучио да је примена арбитражних споразума у радним односима допуштена и да арбитражне клаузуле могу бити правно ваљани елементи индивидуалног уговора о раду.⁴²

Уговарање арбитраже као метода за решавање индивидуалних и колективних радних спорова, на добровољној основи након настанка конкретног спора која би претходила судском решавању, генерално, представља легитиман и легалан начин поступања, с тим да је у САД-у, одлукама Врховног суда потврђена оправданост и допуштеност уговарања тзв. арбитражних клаузула, односно обавезне арбитраже пре настанка спора, и то као јединог начина решавања, па чак и у случајевима који се односе на повреде системских закона. Са друге стране, у државама Европске уније, до сада, није било случајева уговарања обавезне арбитраже, односно уношења арбитражних клаузула у индивидуалне уговоре о раду пре настанка конкретног спора, што се, уосталом, сматра супротним члану 6. Европске конвенције о људским правима и основним слободама, где стоји да „код утврђивања људских права и слобода, свако има право на правично и јавно суђење у разумном року испред независног органа установљеног законом“.⁴³ Поред тога, директивама Европске уније предвиђено је да се сви случајеви повреде права који се односе на дискриминацију износе испред судских или административних органа, док, до сада, не постоје случајеви у вези са уговарањем обавезне арбитраже пре настанка спора изнете испред Европског суда правде.⁴⁴

V Перспективе развоја арбитраже као метода за решавање радних спорова

Арбитража као метод решавања радних спорова, најпре, је промовисана на међународном нивоу и то, као алтернативни, вансудски, добровољни метод решавања спорова у вези са тумачењем и применом колективних уговора о раду иако није искључена њена примена и за решавање интересних колективних радних спорова који имају за циљ утврђивање елемената колективног уговора када се приступа арбитражи

41 E. Roma, 526.

42 E. Roma, 527.

43 Jean R. Sternlight, „Is The U.S. Out On A Limb? Comparing The U.s. Approach To Mandatory Consumer And Employment Arbitration To That Of The Rest Of The World“, *University of Miami Law Review*, Vol. 56: 831, 2002, 849.

44 J. R. Sternlight, 849.

уместо прибегавања штрајку или локауту.⁴⁵ Међународна организација рада (МОР), у оквиру политике превенције радних спорова, донела је Препоруку бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи⁴⁶ (1951), којом се за решавање индустријских спорова препоручује прибегавање мирењу и арбитражи као превентивним механизмима деловања, када се стране позивају да се уздрже од штрајка или локаута док трају поступци мирења или арбитраже. Поред тога, МОР је усвојио Конвенцију бр. 154 о колективном преговарању⁴⁷ (1981), где у чл. 6. стоји да Конвенција не спречава стране да, добровољно, учествују у колективном преговарању у оквирима арбитражних процедура или институција. Конвенција бр. 151 о радном односу у јавним службама (1978) предвиђа да решавање спорова о условима рада може да се одвија испред „независних и непристрасних органа, односно медијацијом, мирењем и арбитражом на начин којим се обезбеђује поверење странака у спору“.⁴⁸ И Препорука бр. 130 о жалбама (1967), која регулише спорове на нивоу предузећа укључујући и спорове због повреде колективних уговора, промовише превентивне механизме, односно поспешује решавање спорова на начин утврђен колективним уговором, где се, између осталог, наводи и арбитража.⁴⁹

Арбитража се, у оквирима Међународне организације рада, промовише као добровољни метод за решавање колективних и индивидуалних радних спорова, где се истиче њен превентивни карактер. С тим у вези, државе чланице Међународне организације рада слободне су да националним правом регулишу могуће начине за решавање радних спорова свих врста. Регулисање арбитраже за решавање радних спорова на нивоу Европске уније у надлежности је држава чланица. Тако, код колективних радних спорова, арбитража се промовише као превентивна мера и алтернатива индустријској акцији заснована, скоро увек, на добровољној основи док се решавање индивидуалних радних спорова ставља у надлежност државних, односно судских органа. Поред тога, већинско је становиште европских теоретичара и практичара да, сходно регулативи Европске уније, арбитража има ограничену примену у радним спорови-

45 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 17.

46 ILO Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, 1951 (No. 92).

47 ILO Collective Bargaining Convention, 1981 (No. 154).

48 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 7.

49 *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, 7.

ма. Међутим, уколико се анализира поменути чл. 6. Европске конвенције о људским правима и основним слободама да „код утврђивања људских права и слобода, свако има право на правично и јавно суђење у разумном року испред независног органа установљеног законом“, он *a priori* не значи и забрану прибегавања алтернативним методама решавања спорова. Наиме, с обзиром на елеменат флексибилности, као и на начело аутономије странака који се налазе у основи арбитраже као једне од алтернативних метода, странке могу арбитражним споразумом да предвиде арбитражни поступак у присуству јавности док се сам метод, што је, свакако, и случај појединих држава Европске уније, може предвидети и регулисати законом и то било општим законом о раду или посебним којим се утврђују могући начини за решавање радних спорова. У домаћем праву, општим Законом о раду предвиђа се право запослених на мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова.⁵⁰ Поред тога, донет је и посебан Закон о мирном решавању радних спорова⁵¹, где се утврђује арбитража као метод за решавање радних спорова а у оквиру специјализованог органа који спроводи поступак, Републичке агенције за мирно решавање радних спорова. Наведене законске одредбе говоре у прилог указивања на важност алтернативних метода и признавања њиховог значаја, пре свега, са аспекта економичности поступка, као и брзине одлучивања. Велики проблем домаћег правосуђа јесте дуго трајање радних спорова, што потврђује и значајан број притужби на повреду права на суђење у разумном року пред Европским судом за људска права у Стразбуру.⁵² Исто тако, када су у питању радни спорови, економски и социјални интереси радника и послодаваца налазе се у основи њиховог односа, због чега одређена флексибилност у решавању спорова треба да доминира, те арбитража као неформални поступак може да задовољавајуће резултате, посебно, што се заснива на начелу правичности и поштења. Са друге стране, код арбитраже наглашена је воља супротстављених страна да спор реше мирним путем, односно у великој мери је присутна морална, етичка компонента односа, с тим да је, опет, она, на одређен начин, „уткана“ у правна правила у оквирима арбитражног поступка који је регулисан законом. Добровољност је карактеристика која се везује за арбитражу и друге алтернативне методе због чега облици тзв. обавезне

50 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017, чл. 13 ст. 1.

51 Закон о мирном решавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 104/2009.

52 Више код: Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, „Арбитража за радне спорове“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 651.

арбитраже присутни у праву Сједињених Америчких Држава не одговарају њеној правној природи, посебно, када су у питању радни односи, где се, од самог настанка радног права, као правне дисциплине, иде за тим да се умањи „урођена“ (пре свега економска) неравноправност правних субјеката, односно радника и послодаваца. С тим у вези, арбитража, ни у ком случају, не сме бити утврђена као обавезни и једини начин решавања могућег радног спора, и то нити општим или посебним правним правилима (законима и подзаконским актима), као ни аутономним изворима (пре свега, колективним уговорима о раду) али, свакако, не уношењем арбитражних клаузула у индивидуалне уговоре о раду.

VI Закључак

Арбитража, као алтернатива судском решавању спорова у радном праву, промовисана је од стране Међународне организације рада, првенствено, као превентива за индустријску акцију у контексту решавања колективних радних спорова, због чега већина држава чланица директно у регулативи или индиректно кроз праксу признају арбитражу за решавање колективних радних спорова. Легитимитет се, између осталог, црпи и из воље социјалних партнера због чега већина међународних и националних колективних уговора о раду али и међународних оквирних колективних споразума, као извора меког права, чији значај данас расте у условима интернационализације производње и ширења мултинационалних компанија, садрже одредбе о арбитражи која претходи судском решавању спорова. Поред аутономног регулисања, поједине државе предвиђају арбитражу одредбама основног закона о раду или одредбама посебног закона којим се регулишу алтернативне методе решавања колективних и индивидуалних радних спорова. Практика уношења арбитражних клаузула у индивидуалне уговоре о раду или у опште акте послодавца, развијена у Сједињеним Америчким Државама, где арбитража представља обавезни и једини метод решавања радних спорова није прихваћена, односно легитимна и легална у државама Европске уније, што се сматра оправданим, узимајући у обзир, основ настанка и саму природу арбитраже. Добровољност која проистиче из начела аутономије странака у основи је института арбитраже, где њена обавезност може бити предвиђена како хетерономним тако и аутономним правним правилима али само као метод који претходи судском решавању никако на начин којим исти искључује.

Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ, PhD
Research Associate at the Institute of Social Sciences, Belgrade

**THE ROLE AND SIGNIFICANCE OF ARBITRATION
IN CONTEMPORARY LABOUR LAW – THEORETICAL CONCEPT,
PERSPECTIVES AND CHALLENGES**

Summary

The development of arbitration in modern law is an upward trend, but it is still not sufficiently applied and used as a preventive method that would precede judicial dispute resolution. That is, also, the standpoint of the International Labor Organization, arising from the fact that judicial proceedings should be the last tool in protection of rights. The aim of the paper is to determine the theoretical concept of arbitration as an alternative to a litigation, its application in comparative law, all in the context of labor and labor relations, and to point out, accordingly, its scientific and practical significance, as well as the development perspectives.

Keywords: *alternative method, labour disputes, arbitration, mandatory/compulsory arbitration, voluntary dispute resolution.*

АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА

Резиме

У овом раду аутор разматра домене арбитражног решавања радних спорова, односно арбитражу као вансудски метод решавања индивидуалних радних спорова у оквирима домаћег законодавства. Први део рада посвећен је прописима који регулишу мирно решавање радних спорова, појам и сам поступак заштите права запослених у случају индивидуалног радног спора. Истичу се предности арбитражног решавања спорова. Поред анализе постојећих законских норми, аутор наводи статистичке податке о примени овог института у пракси који сведоче да алтернативно решавање радних спорова добија све већи значај и у Србији. Наводе се и решења из других законодавстава, а указује се и на проблеме и отворена питања у домаћем законодавству. Дат је и осврт на будућа решења домаћег радноправног законодавства у сфери мирног решавања индивидуалних радних спорова.

Циљ рада је да скрене пажњу на значај арбитраже код индивидуалних радних спорова као начина за мирно решавање радних спорова, као и да укаже на могућности и правац развоја овог института у Републици Србији.

Кључне речи: мирно решавање радних спорова, индивидуални радни спорови, арбитража, упоредно право, Републичка агенција за мирно решавање радних спорова.

I Увод

Charls Killingsworth, познати амерички професор радног права, једном приликом је илустративно описао почетак своје каријере педесе-

* Студент мастер академских студија Правног факултета Универзитета у Београду

тих година: „Тада су многи од нас схватили да бити тражен за арбитра јесте тек нешто мање него бити жељен од вољене особе“.¹

Иако су ове речи изговорене пре много година, након деструктивног сукоба, у индустријски развијенијој земљи од наше, чини се да је потребно, можда чак и неопходно, да оне буду примењиве и у Србији ових дана. Поред благодати које арбитражно решавање спорова доноси привреди једне земље, посебно треба указати на њен значај у решавању индивидуалних радних спорова. Радом појединац обезбеђује егзистенцију за себе, односно своју породицу, те се чини да благостање радника диктира стање читаве земље. Квалитетно и ефикасно решавање радних спорова предуслов је даљем развоју радних односа.

Ваља тежити да право и борба за остваривање права радника напредује подједнако брзо као и индустрија. Поред подстицања улагања и развоја привреде треба проналазити нове начине, а такође и усавршавати постојеће правне институте, како би запослени што више био равноправан са послодавцем, како би био заштићен од „модерног ропства“. Уколико дође до спора, потребно је да раднику буде обезбеђен правичан и ефикасан начин за заштиту и остваривање права.

Радни спорови представљају посебну врсту правних спорова. Дефинишу се као правни спорови између странка (субјеката) индивидуалног или колективног радног односа. Њихов основ је у хетерономном и аутономном радном праву, док њихов предмет чине права, обавезе, правни односи и/или интереси који настају у радном односу. Радни спорови се решавају посебним правним средствима, у посебном поступку, као и пред посебним органима.²

Индивидуални радни спор настаје између појединог запосленог и послодавца, услед повреде индивидуалног, појединачног и личног права, односно обавезе из радног односа.³

У Србији запослени има више могућности да оствари заштиту својих права из радног односа: (1) *инертна заштита* – запослени се може обратити органима послодавца; (2) *управна заштита* – остварива путем инспекцијског надзора; (3) *арбитражна заштита* – посебна арми-

1 Алан Узелац, „Арбитража и радни спорови“, *Право и порези*, бр. 4/1997, 60.

2 Мијал Стојановић, *Радни спорови: СР Немачка, Аустрија, Република Италија, Република Словенија и Република Србија*, Крагујевац, 2007, 17.

3 Зоран Ивошевић, „Арбитража за радне спорове“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2-3/1997, 207.

тража за радне спорове посредством Републичке агенције за мирно решавање радних спорова; (4) *квази-судска заштита* – подразумева независне и самосталне органе (Заштитник грађана, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Повереник за заштиту равноправности); и (5) *судска заштита* – обраћање надлежном суду и вођење радног спора. Иако заштита права запосленог пред судом представља најзначајнији и најобјективнији облик заштите, алтернативно решавање радних спорова последњих деценија све више добија на значају, пре свега због брзине решавања спора и инсистирања на преговорима и проналажењу компромисног решења.⁴ Арбитража за радне спорове по својој форми има одређених сличности са судским решавањем спора и представља његову алтернативу. За арбитражу је карактеристично то што јој стране у спору добровољно приступају. Оне бирају неутрално и компетентно лице – арбитра, који ће на основу изнетих чињеница и аргумената окончати спор странака.

Закон о раду изричито прокламује да запослени има право на мирно решавање индивидуалних и колективних радних спорова.⁵ У каснијој одредби законодавац наводи да је могуће споразумно решавање радног спора пред независним трећим лицем, односно арбитром, уколико је општим актом и уговором о раду то предвиђено. Остваривање заштите појединачних права из радног односа се остварује доношењем одлуке арбитра, који је споразумно одређен од странака у спору за решавање тог конкретног спора, а која је коначна и обавезујућа за запосленог и послодавца.⁶ Поред тога, Закон о мирном решавању радних спорова⁷ предвиђа заштиту права запослених из радног односа пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова, као специјализованом институцијом која се бави решавањем радних спорова. Овај закон уређује и сам поступак мирног решавања радних спорова, поступање миритеља и арбитра, као и обавезе Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, међу којима је и обавеза да води евиденцију о спроведеним поступцима.

4 Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, „Арбитража за радне спорове“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 645.

5 Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017, чл. 13.

6 ЗР, чл. 194.

7 Закон о мирном решавању радних спорова – ЗМРПС, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 104/2009

II Законски оквир арбитраже за индивидуалне радне спорове у Србији

Арбитражно решавање индивидуалних радних спорова у нашем законодавству дефинисано је Законом о раду и Законом о мирном решавању радних спорова. Оба закона предвиђају методе вансудског решавања радних спорова ради избегавања дугог и формалног судског поступка. Стране између којих постоји спор слободно одлучују да решавање спорног питања повере трећем, непристрасном и независном лицу – арбитру. Међутим, постоје неусклађености и разлике између ова два закона. Закон о раду садржи само један члан који се директно односи на арбитражу, што је, чини се, недовољно за дефинисање овако значајног питања. Закон о мирном решавању радних спорова донет је са циљем да се помогне успешнијем решавању радних спорова и смањењу поступака пред судовима помоћу организовања посебне институције за решавање радних спорова од стране стручних лица, уз уређивање правила поступка које мора да поштује и сам арбитар.

1. Закон о раду

Арбитража као метод за решавање спорних питања је потпуно добровољна, будући да Закон о раду нигде не прописује обавезу послодавца и запосленог да спорно питање изнесу пред арбитра. Закон о раду у чл. 194. садржи више правила која се односе на арбитражу. Најпре, прописано је да општим актом (појединачни колективни уговор или правилник о раду) и уговором о раду може бити предвиђен поступак споразумног решавања спорних питања између послодавца и запосленог пред арбитром. Тај њихов споразум има заправо значење арбитражне клаузуле – одредба општег акта/уговора о раду којом се запослени и послодавац саглашавају да арбитража буде начин на који ће се решавати евентуални спор.⁸

Оваква арбитража представља унутрашњу арбитражу будући да спорно питање, као и његово решавање не излази „изван оквира предузећа“.⁹

Спорно питање представља питање које се односи на права, обавезе и одговорност запосленог из радног односа. Послодавац о правима, обавезама и одговорности запосленог одлучује решењем које мора да буде у писа-

8 Бојан Урдаревић, *Арбитража за индивидуалне радне спорове*, Београд, 2007, 103.

9 Б. Урдаревић, 152.

ном облику. Арбитар се одређује споразумно. Тражи се обострана сагласност око избора арбитра, јер уколико та сагласност не постоји, неће ни бити арбитражног решавања спора. Арбитар је лице које поседује стручна знања из области која је предмет спора. Предвиђено је да је рок за покретање арбитражног поступка три дана од дана достављања решења запосленом. Будући да послодавац може да повреди права запосленог и без доношења решења (неисплата зараде, усмени налог за прековремени рад...), чини се да би на основу чл. 195.¹⁰ запослени могао да тражи да се и о таквој повреди права одлучује у арбитражном поступку, као о спорном питању, и то од тренутка када је сазнао за повреду.¹¹ Међутим, поред недоумице да ли је то могуће, остаје отворено и питање рока за покретање арбитражног поступка, јер ст. 1. чл. 194. експлицитно прописује да се арбитража покрене у року од три дана од дана достављања решења запосленом.¹²

Арбитар је дужан да донесе одлуку у року од десет дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорних питања. Он одлучује само о спорном питању, односно не може изаћи ван граница постављених самим захтевом за решавање спорног питања. Рок од десет дана је преклузиван, што значи да се његовим протеком губи могућност да арбитар одлучује о спорном питању. О овом року, поред послодавца и запосленог, мора да води рачуна и сам арбитар. Уколико је рок истекао, арбитар ће да обавести запосленог и послодавца да због тога не може да одлучује о изнетом питању.

Уколико арбитар одлучује о отказу уговора о раду, запосленом мирује радни однос до доношења одлуке. Међутим, уколико арбитар не донесе одлуку у року од десет дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорог питања, решење о отказу постаје извршно. Одлука арбитра је коначна и она обавезује странке у спору.

У Закону о раду нема одредби које се односе на побијање одлуке арбитра. Предвиђен је једностепени поступак, а одлука је коначна, те не постоји могућност изјављивања жалбе.

Иако је одлука арбитра коначна, чини се да би целокупном анализом чл. 194. могли да закључимо да ипак није искључена могућност

10 ЗР, чл. 195. прописује: „против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом“.

11 Б. Урдаревић, 104.

12 М. Стојановић, 237.

покретања поступка пред судом опште надлежности. У том случају поступак пред арбитром се може посматрати као једна од процесних претпоставки за вођење спора пред судом опште надлежности, који би био надлежан у случају да није постојао споразум о арбитражном решавању спорног питања. Ипак, наведени став није неспоран, те се чини да би требало да Закон о раду потпуније и квалитетније уреди споразумно решавање индивидуалних радних спорова пред арбитром.¹³

2. Закон о мирном решавању радних спорова (ЗМРРС)

а) Арбитража и арбитра

Према ЗМРРС арбитража представља поступак у коме арбитар одлучује о предмету индивидуалног радног спора.¹⁴

Будући да се спорна питања расправљају пред посебно образованом институцијом – Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (Агенција), овакво решавање индивидуалних радних спорова представља спољашњу арбитражу. Стране у спору спорна питања износе пред посебно оформљен орган, „изван предузећа“.¹⁵

Избор арбитра се врши након јавног огласа који расписује Агенција, а сам избор између пријављених кандидата врши Комисија за избор миритеља и арбитра. Потребно је да кандидати за арбитра испуњавају одређене услове, а који се односе на поседовање српског држављанства, високе стручне спреме и најмање петогодишњег искуства у области радних односа, потребно је да то лице није осуђивано за кривично дело на безусловну затворску казну од најмање 6 месеци, односно да није осуђивано за кажњиво дело које га чини неподобним за обављање послова арбитра, те да буде достојно за обављање дужности арбитра. То лице мора да има и положен правосудни испит, односно да буде редовни професор факултета из позитивно-правних предмета. Арбитра се бирају на четири године уз могућност реизбора. Својство арбитра се стиче уписом, а губи брисањем из Именика.¹⁶

Предвиђена је обавеза арбитра у циљу решавања спора да поступају савесно и по свом најбољем знању.¹⁷ У ЗМРРС је присутан институт изузећа арбитра по узору на изузеће државних судија, међутим у одређеним ситуа-

13 М. Стојановић, 236.

14 ЗМРРС, чл. 4.

15 Б. Урдаревић, 153.

16 ЗМРРС, чл. 38-42.

17 ЗМРРС, чл. 49.

цијама могуће је да арбитар одлучује о спорном питању, упркос својим својствима, ако тако желе стране у спору којима су та својства арбитра позната.¹⁸ Страна у спору може да поднесе захтев за изузеће арбитра Директору Агенције, а поред тога сам арбитар је у обавези да по службеној дужности води рачуна о постојању разлога за изузеће и да обавести Директора Агенције уколико се појави неки од тих разлога¹⁹. Директор Агенције у року од осам дана од дана сазнања за постојање неког од разлога за изузеће арбитра одлучује о изузећу. Уколико арбитар буде изузет, поступак мирног решавања се наставља након избора новог арбитра.²⁰

б) Поступак пред арбитром

ЗМРРС предвиђа могућност да се индивидуални радни спор решава пред арбитром уколико је предмет спора: (1) отказ уговора о раду; (2) уговарање и исплата минималне зараде; (3) дискриминација и злостављање на раду; (4) накнада трошкова за исхрану у току рада; (5) накнада трошкова за одлазак и долазак са рада; (6) исплата јубиларне награде; (7) исплата регреса за коришћење годишњег одмора.²¹ Остали индивидуални радни спорови се могу решавати само сходно одредбама Закона о раду, а не путем арбитраже у смислу ЗМРРС.

У складу са основним начелима, сам поступак одликује начело добровољности и начело трипартизма и непристрасности. То значи да су стране у спору (запослени и послодавац) слободне у одлучивању да ли ће се водити арбитражни поступак, док у поступку учествују стране у спору и арбитар. Арбитар је у обавези да поступа непристрасно.²²

Поступак мирног решавања индивидуалног радног спора се покреће подношењем предлога Агенцији. Сам поступак је додатно уре-

18 Б. Урдаревић, 128.

19 ЗМРРС, чл. 48. предвиђа разлоге за изузеће: (1) ако арбитар заступа неку од страна у спору, или ако је у последњих пет година заступао неку од страна у спору; (2) ако је арбитар сродник по крви у правој линији до било ког степена, а у побочној до четвртог степена неке од страна у спору, односно ако је арбитар брачни друг или сродник по тазбини до другог степена неке од страна у спору; (3) ако је арбитар у радном или чланском односу са неком од страна у спору или је такав однос постојао у последње 2 године; (4) ако је арбитар повезан са странама у спору на било који други начин који би могао да утиче на његову непристрасност.

20 ЗМРРС, чл. 48.

21 ЗМРРС, чл. 30.

22 ЗМРРС, чл. 5. и 6.

ђен Правилником о поступку мирног решавања радног спора²³ који је у највећој мери посвећен разради правила која се односе управо на предлог за покретање поступка мирног решавања радног спора. Предлог може бити заједнички поднет или појединачно, али уз сагласност друге стране. Предлог обавезно садржи податке о странама, као и предмету спора, а уз њега се доставља документација и предлажу сведоци, уколико они постоје. Агенција, у случају да је поступак иницирала само једна страна, доставља предлог уз документацију другој страни, која има рок од три дана да се изјасни да ли прихвата мирно решавање спора. Арбитра одређују споразумно. Заједничким предлогом стране у спору бирају арбитра из Именика арбитра који води Агенција, а уколико је арбитар предложила само једна страна у спору, он се одређује у поменутом року од три дана. Након тога, Агенција доставља изабраном арбитру предлог и документацију у вези са спором.²⁴

У року од три дана од дана пријема предлога и документације, арбитар који руководи решавањем конкретног спора дужан је да закаже расправу и обавести стране о томе.²⁵ Уколико је раније покренут судски поступак из истог чињеничног и правног основа, стране су дужне да суд обавесте о покретању арбитражног поступка, те ће суд „застати са поступком“.²⁶

Свака од страна у спору може да повуче предлог за покретање поступка до момента отварања расправе. Одржавање расправе је јавно, а јавност може бити искључена уколико је то затражила једна од страна, а за искључење јавности постоје оправдани разлози. Могуће је да арбитар одржи расправу и уколико једна од страна у спору неоправдано изостане, при чему ће се разматрати документација коју је та страна претходно доставила. Могуће је и одлагање расправе на захтев стране у спору или уколико сам арбитар тако одлучи. Арбитар ће заказати расправу најкасније у року од пет дана од дана одлагања расправе.²⁷

Свака од страна у спору има право на давање завршне речи, а уколико арбитар сматра да је предмет спора расправљен он закључује расправу.²⁸

23 Правилник о поступку мирног решавања радног спора – *Службени гласник РС*, бр. 12/2005 и 84/2005

24 ЗМППС, чл. 10-13.

25 ЗМППС, чл 31.

26 ЗМППС, чл. 30 ст 2.

27 ЗМППС, чл. 31-33.

28 ЗМППС, чл. 35.

Свака од страна у спору сноси своје трошкове у поступку мирног решавања индивидуалног радног спора,²⁹ уколико их има, а трошкови арбитра не падају на њихов терет. Нема потребе да стране у спору ангажују адвоката, нити има других трошкова (као нпр. трошкови такси као у судском поступку). Дакле, предвиђени поступак мирног решавања радних спорова омогућава запосленима и послодавцима да практично бесплатно реше радни спор. Накнаду трошкова и награду арбитра сноси Агенција, односно држава, а њихова висина је прописана посебним правним актом (Уредба о висини награде и накнаде трошкова миритеља и арбитра за мирно решавање радних спорова³⁰).

в) Арбитражна одлука

Арбитар има рок од тридесет дана од дана отварања расправе да донесе решење о предмету спора. ЗМРРС дефинише садржај решења (идентификациони подаци страна у спору, изрека, образложење, датум доношења и идентификациони подаци арбитра и његов потпис). Одлука мора да садржи законом прописан садржај како би имала дејство судске пресуде. Против решења арбитра није дозвољена жалба, односно решење је правноснажно и извршно од дана њеног достављања странама у спору. Уколико је у решењу одређен рок у коме се може извршити радња која представља предмет извршења, само решење постаје извршно тек истеком тог рока.³¹ Уколико је раније „поступак пред судом прекинут“ (услед обавештења страна у спору о покретању арбитражног поступка), стране у спору су дужне да и након доношења арбитражног решења о истом обавесте суд.³² Законодавац не користи термине доследно. У чл. 30 говори о томе да ће суд „застати са поступком“ док у чл. 37. наводи да је суд „прекинуо поступак“ – објашњење за терминолошку неусклађеност, која има консеквенце будући да је реч о различитим појмовима, је та што је у ЗМРРС пре измена од 2009. године у чл. 30. био коришћен израз „прекид поступка“, те законодавац приликом измена ЗМРРС 2009. године није извршио потребну измену. Свакако је прихватљивија употреба термина

29 ЗМРРС, чл. 14.

30 Уредба о висини награде и накнаде трошкова миритеља и арбитра за мирно решавање радних спорова – *Службени гласник РС*, бр. 11/2005 и 83/2005, предвиђа да арбитар по основу припреме за вођење поступка мирног решавања спора (проучавање материјала, заказивање расправе...) има право на накнаду до 2000 динара, по једном спору, за рад у поступку износи 4000 динара по једној расправи, док је за доношење решења накнада 5000 динара.

31 ЗМРРС, чл. 36.

32 ЗМРРС, чл. 37.

„застајање са поступком“, јер до њега долази када суд треба да сачека исход неког другог поступка.

Као што је поменуто, ЗМРПС не предвиђа могућност улагања жалбе против решења арбитра. Постоји доста супротстављених ставова поводом ове одредбе. Чак је Нацрт ЗМРПС садржао члан којим би се дозвољавала могућност подношења тужбе за поништај арбитражне одлуке, међутим то је изостало у коначној верзији закона.³³ Ово питање је постављено и пред Уставним судом Србије.

Уставни суд је заузео становиште да спорна одредба ЗМРПС, чл. 36. ст. 3, која искључује право на жалбу против решења арбитра, није у супротности са Уставом Републике Србије (Устав)³⁴. Устав прокламује да „свако има право на жалбу или на друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“.³⁵ Уставни суд је заузео став да се одлучивање арбитра не може сматрати одлучивањем државног органа, нити као организације која врши јавна овлашћења, већ је то одлука појединца којем су стране добровољно повериле решавање њиховог спора. Поред тога, законодавац је поступајући у оквиру своје надлежности да уређује систем у области радних односа, овлашћен да законом установи могућност мирног решавања индивидуалних и колективних радних спорова, да уређује правила самог поступка, те је и овлашћен да пропише искључивање права на жалбу која би се могла уложити против решења арбитра.³⁶

Треба напоменути да битну разлику у односу на редован судски поступак представља чињеница да арбитар о предмету спора решава по принципима добровољности, трипартизма и непристрасности. Такође, двостепеност арбитражног одлучивања представља реткост у пракси. Двостепеност је у супротности са смислом арбитраже, јер би довела до неповерења странака у арбитра ког су иначе саме изабрале, а осим тога довела би се у питање и ефикасност читавог поступања. Ипак, апсолутно искључивање судског система заштите у области мирног решавања радних спорова отвара могућност да дође до злоупотреба које држава не би могла да санкционише.³⁷

33 Б. Урдаревић, 138.

34 Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006

35 Устав, чл. 36 ст. 2.

36 Уставни суд Републике Србије, решење бр. ИУ-15/2005 од 18.09.2006. године

37 Б. Урдаревић, 151.

Став о неопходности омогућавања права на жалбу против решења које донесе арбитар је инспирисано чињеницама да арбитража представља врсту квази-судског решавања спора, да арбитар доноси одлуку након спровођења доказног поступка и да је двостепеност гарант правне сигурности. У том случају би се поступак по жалби одвијао пред трочланим већем арбитра, које би такође избрале стране у спору, односно Директор Агенције. Веће би након спровођења другостепеног поступка одлучило да (1) потврди првостепено решење; (2) врати на поновно одлучивање пред другим арбитром који би био изабран на основу ЗМРРС; (3) мериторно реши спор уколико има довољно доказа.³⁸

III Упоредно радноправно законодавство

У наставку су наведена нека од посебности законодавних решења европских земаља и стања у пракси која се односе на арбитражно решавање индивидуалних радних спорова.

1. Немачка

Немачка је земља која има најразвијенији систем решавања радних спорова. За немачко законодавство које уређује индивидуалне радне спорове карактеристично је да постоји изузетно ограничена могућност странака да искључе надлежност радног суда и да уговоре решавање спора путем арбитраже. Разлог за овакав рестриктиван однос према арбитражи у домену индивидуалних радних спорова заснива се на општеприхваћеном мишљењу да арбитри не знају да квалитетно примене све одредбе радноправног законодавства, као и бојазан да би арбитри у мањој мери поштовали когентне законске норме које су у корист запослених. Постоји тростепено радно судство чији је развој почео још од 1808. године, а у модерном облику од 1880. године. Поред тога постоји и могућност побијања арбитражних одлука (заснивање арбитражне одлуке на кршењу закона може бити један од разлога за њено побијање).³⁹

2. Аустрија

У Аустрији постоји само један суд који је специјализован за радне спорове, међутим када било који општи суд поступа у радном спору он добија статус радног суда. Арбитражно решавање индивидуалних радних

38 С. Ковачевић-Перић, В. Боранијашевић, 659.

39 М. Стојановић, 35.

спорова према аустријском законодавству је дозвољено једино уколико је спор већ настао, па странке накнадно закључе арбитражни договор/споразум. Предвиђена је могућност побијања арбитражних одлука и то пред судом који би био надлежан за одлучивање у конкретном индивидуалном радном спору.⁴⁰

3. Велика Британија

У Великој Британији радноправно законодавство придаје велики значај компромисном решавању радноправних спорова. Постоји посебна агенција „Сервис за мирење, посредовање и арбитражу“ која има кључну улогу у алтернативном решавању спорова што доприноси да чак 75% од свих предмета пред судом бива окончано или повучено пре званичног судског саслушања.⁴¹

4. Словенија

Иако је самостална држава од 1991. године, Словенија је за кратко време установила изузетно добар систем решавања радних спорова. По угледу на немачко законодавство и уз помоћ немачких стручњака уведено је радно судство. Арбитража, била *ad hoc* или стална, јесте чест метод мирног решавања радних спорова у Словенији. У зависности од врсте спора разликују се правила о арбитражном решавању.⁴²

IV Арбитражно решавање индивидуалних радних спорова у пракси

1. Предности арбитраже у односу на судско решавање

Приметно је да арбитража последњих деценија у све већој мери представља супститут судском решавању спорова. Предности арбитражног решавања спорова су вишеструке. Арбитража се заснива на принципима правичности, добровољности, савесности и поштења, флексибилности и добрим пословним обичајима. Арбитри нарочито воде рачуна о економичности аргументације и правичности, не само о правним правилима. Они настоје да подједнако уважавају интересе и запосленог и послодавца, управо због тога је арбитар неутрално лице у које обе стране имају поверење и бирају га да реши постојећу спорну ситуацију. Такође,

40 М. Стојановић, 54.

41 С. Ковачевић-Перић, В. Боранијашевић, 654.

42 М. Стојановић, 24.

арбитар мора да поштује прописана правила поступка и штити вредности јавног поретка.⁴³

Поступак арбитражног решавања индивидуалних радних спорова пред Агенцијом је бесплатан и мање бирократизован. Стране у спору су у могућности да се саме договоре о многим питањима која се односе на сам спор (нпр. могу уговорити динамику и метод исплате неисплаћених дуговања). Трошкове арбитра сноси држава и не захтева се ангажовање адвоката. Код судског поступка поред трошкова адвоката, тужбе, жалбе, додатан трошак представљају и судске таксе. Још једна од одлика арбитражног поступка је његова ефикасност. Рокови у поступку су релативно кратки, а предвиђено је да се поступак оконча у року од тридесет дана од дана отварања расправе. За разлику од тога, опште је позната спорост у поступању домаћих судова. Осим тога, присутна је неуједначена пракса судова, а мана домаћег правног система је и непостојање посебних судова за радне спорове, односно недовољна специјализованост судија у овој области. Довољно је напоменути да је 2014. године Србија била прва по броју притужби у односу на број становника, а да се највећи број тих притужби тицао повреде права на суђење у разумном року.⁴⁴ Све то доприноси констатацији да се у домаћим радноправним споровима неретко нарушава начело хитности, крши се право на заштиту у разумном року, губи се поверење у судове и долази до несигурности запослених и послодаваца по питању њихових права и обавеза. Поред свих предности које арбитража доноси, у Србији је заштита права запослених путем суда и даље доминантна. Има аутора који сматрају да је један од разлога за недовољну искоришћеност арбитраже тај што домаће законодавство не предвиђа могућност улагања жалбе на арбитражну одлуку.⁴⁵ Сви ови наводи додатно поткрепљују потребу и основаност најављених измена и допуна постојећег ЗМППС.

2. Статистички подаци

У Србији запослени и послодавци и даље не користе у довољној мери арбитражу као вид решавања спорног питања, што сведочи о недовољној свести послодаваца и запослених о мирном решавању радних спорова. До данас је поднето око 15.000 предлога за мирно решавање

43 D. Sherwyn, S. Estreicher, M. Heise, *Assessing the Case for Employment Arbitration*, Oxford, 2005, 57.

44 С. Ковачевић-Перић, В. Боранијашевић, 651.

45 С. Ковачевић-Перић, В. Боранијашевић, 654.

индивидуалних радних спорова.⁴⁶ Према расположивим подацима, у Србији је током 2016. године укупно било поднето 928 предлога за мирно решавање индивидуалних радних спорова, од чега је предмет спора готово код половине предлога била накнада за регрес за коришћење годишњег одмора. Укупан број покренутих поступака пред Комисијом (956, што је збир индивидуалних и колективних) представља, занемарљиви, тридесети део од укупног броја радних спорова покренутих пред судовима (преко 30.000). Ипак је приметна тенденција повећања броја поступака који се воде пред Агенцијом будући да је пред Агенцијом 2014. године било покренуто 199 предлога за мирно решавање радних спорова, а 2015. године 322, што је три пута мање у односу на 2016. годину.⁴⁷

Ради повећања броја поступака пред Агенцијом Влада Републике Србије је донела закључак којим препоручује, између осталог, државним органима, органима аутономне покрајине, органима јединица локалне самоуправе, јавним агенцијама, јавним предузећима и другим облицима организовања чији је оснивач Република Србија, привредним друштвима чији је оснивач РС, да колективне и индивидуалне радне спорове решавају пред Агенцијом.⁴⁸

V Најзначајније новине предвиђене Предлогом Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова

Предлог Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова прописује нова правила ради унапређења законског оквира мирног решавања радних спорова тако што отклања уочене проблеме у примени ЗМРРС. Проширује се улога Агенције, потпуније се регулишу одређена питања ЗМРРС, а све са циљем смањења броја радних спорова пред судовима и подстицања социјалног дијалога.⁴⁹

Од краја 2017. године у скупштинској процедури налази се Предлог Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова (Закон о изменама и допунама). Након вишегодишње примене ЗМРРС уочене су многе тешкоће у пракси због којих је неопходно извр-

46 Доступно на адреси: <http://www.ramrrs.gov.rs/o-agenciji/>, 13.04.2018.

47 Доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/4356-17%20lat.pdf, 13.04.2018.

48 Влада Републике Србије, закључак 05 бр. 116-8060/2015

49 Доступно на адреси: <http://www.pravniportal.com/najnoviji-predlog-zakona-o-izmenama-dopunama-zakona-o-mirnom-resavanju-radnih-sporova/>, 13.04.2018.

шити измене и допуне постојећег закона. Потребно је да се одредбе о индивидуалним радиним споровима додатно уреде. Законом о изменама и допунама проширује се појам индивидуалног радног спора тако да се не односи само на исплату минималних зарада, већ на исплату зараде (плате) без обзира на висину, а такође и на исплату других примања у складу са законом.

У Закону о изменама и допунама је измењено једно од основних начела. Уместо начела трипартизма уводи се начело независности. На тај начин се наглашава независност у поступању миритеља и арбитра. Ово начело прожима поступање миритеља и арбитра кроз читав поступак мирног решавања радних спорова. Један од разлога за доношење Закона о изменама и допунама је свакако и успостављање реалних рокова за поступање страна у спору и арбитра, продужавањем одређених рокова у којима су дужни да поступају. Осим тога, предложено је да рокови који се исказују у данима буду изражени у радним данима.

Будући да се у пракси појавио проблем легитимисања миритеља и арбитра, Законом о изменама и допунама се уводи правни основ за издавање службених легитимација овим лицима помоћу којих ће проблем бити превазиђен. Према постојећем ЗМРРС расправе у било ком индивидуалном спору су јавне. Законом о изменама и допунама предвиђено је да се јавност искључује у споровима поводом дискриминације и злостављања на раду будући да су ти поступци углавном прожети изношењем података који су осетљиве природе. С обзиром да је проширена надлежност у индивидуалним радним споровима предвиђа се и могућност ангажовања вештака, што не би повећало трошкове самог поступка јер би свака страна сама сносила трошкове његовог ангажовања. Измењени су неки од услова за именовање арбитра, а по узору на страна законодавства, предвиђено је и доношење Етичког кодекса миритеља и арбитра којим би додатно било уређено њихово поступање.

Велику новину представљају нови начини за окончање поступка пред арбитром. Поступак се може окончати тако што стране у спору постигну споразум, те није потребно да арбитар доноси решење засновано на изведеним доказима. Споразумно окончање поступка омогућава да се постигне тзв. WIN-WIN agreement, што је свакако у духу мирног решавања радних спорова. Новина је и да сам арбитар може да оконча поступак уколико закључи да је поступак постао немогућ. Спорови поводом злостављања и дискриминације могу се изузетно окончати само на основу споразума страна у спору, а ако тај споразум изостане арбитар доноси

решење о обустави поступка којим упућује стране у спору да о истој правној ствари могу водити судски поступак.

Предвиђено је да снагу извршне исправе има решење које је донето на основу споразума страна у спору, односно решење којим арбитар одлучује о предмету спора. На овај начин биће извршено усаглашавање ЗМРРС са Законом о извршењу и обезбеђењу⁵⁰ што је јако значајно будући да у пракси судије често нису „препознавале“ решење арбитра као извршну исправу. Евиденција коју је Агенција дужна да води о поступцима мирног решавања радних спорова се проширује и на врсту предмета спора.⁵¹

VI Закључак

Извесно је да арбитража добија све значајнију улогу, како у нормативном смислу, тако и у примени у пракси. Доношење *lex specialis* закона који уређује ову област свакако представља добру полазну основу. Међутим, у Србији и даље није препознат сав потенцијал којим арбитража може допринети очувању социјалног мира и неопходности ефикасног, професионалног и квалитетног решавања индивидуалних радних спорова. Решавање ових спорова арбитражом је недовољно искоришћено. Закон о изменама и допунама ЗМРРС представља добар корак ка проширењу примене арбитраже. Створена су нова правила, односно измењена постојећа, којима се отклањају уочени проблеми у скоро петнаестогодишњој примени ЗМРРС. Међутим, остаје и даље отворено питање могућности улагања жалбе против решења којим арбитар одлучује о индивидуалном радном спору и супротности ЗМРРС са Уставом зајамченим људским правима и слободама. Треба размотрити и евентуално увођење обавезног покушаја мирног решавања радних спорова пре покретања поступка пред судом. Такође је потребно наставити даље и донети подзаконске прописе који би олакшали примену ЗМРРС (пре свега детаљније упутство о поступању миритеља и арбитра). Осим тога, потребно је непрестано радити на методама за стручно усавршавање арбитра, као и на подизању свести о значају арбитраже и саветовању послодавца и запослених о свим њеним предностима, јер и даље преовлађује утисак да запослени и послодавци нису довољно информисани.

50 Закон о извршењу и обезбеђењу – *Службени гласник РС*, бр 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење

51 Доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/4356-17%20lat.pdf, 13.04.2018.

Будући да није увек могуће окончање радних спорова на миран начин, потребно је да се обезбеди квалитетнији законски оквир за судско решавање индивидуалних радних спорова. То би се постигло успостављањем специјализованих судова за радне спорове, а као модел могу да послуже решења немачког, британског или пак словеначког законодавства. Радни судови у потпуности би заменили судове опште надлежности у решавању радних спорова и поступали би по посебним процесним правилима прилагођени специфичној врсти спорова (обавезан покушај мирног решавања спора, хитност поступка, поштовање начела економичности...). Један од предлога је да веће таквих судова буде састављено по начелу трипартизма (један судија предложен од стране радника, односно синдиката, други од стране послодавца, док би трећи био судија професионалац). Дакле, потребно је да у Србији буде успостављен систем који ће омогућити да се већина радних спорова окончава на миран начин, уз посредовање стручњака, док би специјализовани судови поступали уколико миран начин окончања спора није могућ.⁵²

52 М. Стојановић, 277.

Dorđe VIČIĆ

**Student of master academic studies at the Faculty of Law,
University of Belgrade**

ARBITRATION AS A WAY OF RESOLVING INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES

Summary

In this article author considers the domain of the arbitration as a way of settling labour disputes, i.e. arbitration as out-court method for resolving individual labour disputes in the domestic legal framework. The first part of the article is related to regulation of amicable settlement of labour disputes, the term of protection of employee's rights in case of individual labour disputes. Except the analyses of existing legal provisions, the author refers statistical data regarding the application of this institute, which indicates the increasing significance of the alternative ways of resolving disputes in Serbia nowadays. It is referred to resolutions from other legislations and indicated the problems and unsolved questions in domestic legislation. Also, it is given an overview of future solutions of domestic law in the field of amicable settlement of labour disputes.

The article aims to highlight the importance of arbitration in individual labour disputes as a method of settling labour disputes, as well as to indicate the possibilities and the direction of development of this institute in the Republic of Serbia.

Keywords: *amicable settlement of labour disputes, individual labour disputes, arbitration, comparative law, Republic agency for peaceful settlement of labour disputes.*

Марија ДРАГИЋЕВИЋ*

РЕШАВАЊЕ ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА АРБИТРАЖОМ – УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ**

Резиме

Прекомерно трајање судских поступака, гомилање нерешених судских предмета и самим тим неефикасност и спорост у пружању правне заштите, осим што представља кршење једног од темељних људских права - права на суђење у разумном року, повлачи са собом незадовољство странака и свеопште јавности радом судова. Једна од могућности усмерена на поправљање таквог стања свакако је шира примена у пракси неког метода мирног решавања спорова. Арбитража, као мирни начин решавања спорова, с обзиром на све њене предности, сигурно представља једну од погодних алтернатива класичном суђењу. Сврха овог рада јесте краћи приказ упоредноправне регулативе арбитражног решавања индивидуалних радних спорова. Полазиште рада су одређена питања о сврсисходности решавања индивидуалних радних спорова арбитражом и опортуност таквог решавања. У наставку рада, аутор врши компаративну анализу процедура и механизма арбитражног решавања појединачних радних спорова, укључујући и начин на који су напредовали као одговор на растући број и карактер индивидуалних радних спорова. На темељу спроведеног истраживања аутор долази до закључка да национални закони драстично ограничавају степен до ког арбитража може разрешити индивидуалне радне спорове и да се потенцијали које арбитражно решавање радних спорова носи у себи користе далеко испод задовољавајућег нивоа.

* Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

Кључне речи: индивидуални радни спорови, решавање спорова, арбитража.

І Уводна разматрања

За разлику од грађанских и трговачких спорова, као спорова из доминантно диспозитивних правних односа, радни спорови су специфично подручје, што утиче и на начине и методе њиховог решавања.¹ У радноправној теорији, законодавству и пракси чињени су бројни напори у циљу свеобухватног поимања радних спорова као специфичне врсте правних спорова. Међутим, врло је тешко једном општом формулацијом, на свеобухватан и довољно јасан начин обухватити све оно што би требало да се подразумева под индивидуалним и колективним радним спором.² Тако, према једном аутору, радне спорове можемо дефинисати као стање неслагања око одређеног питања или групе питања око којих се радници или послодавци сукобљавају, траже заштиту својих права, или око којих радници или послодавци подржавају друге раднике или послодавце у њиховим захтевима или приговорима.³ Полазећи од могућих разлика, радни спорови се могу поделити на већи број врста и подврста.⁴

1 Alan Uzelac, Sladana Aras, Martina Maršić, Maja Mitrović, Željana Kauzlarić, Paula Stojčević, *Aktuelni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja*, доступно на адреси: <https://hrcak.srce.hr/file/94405>, 15.2.2018, 1285.

2 Радоје Р. Брковић, *Радни суд*, Институт за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2003, 19.

3 Има стручњака, као нпр. белгијски професор Lenaerts, који су мишљења да би свако питање за које се радник бори требало сматрати предметом радног спора. Британски Закон о индустријским трибуналима из 1919. године дефинише појам "индустријски спор" као сваки спор или конфликт између послодавца и запосленог или између запосленог и запосленог који настане у вези са постојањем или непостојањем радног односа или услова рада било ког лица. Овако широке дефиниције радног спора се намерно дају, како би се прилагодиле различитим појмовним одређењима у различитим земљама. Штавише, емпиријске опсервације показују да су прецизне и ограничене дефиниције од мале практичне вредности, пошто стварни спорови у животу често не кореспондирају са одређеном дефиницијом радних спорова. Vlado Gotovac, "Alternativne metode rješavanja radnih sporova: mirenje i arbitraža", *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa; Rešavanje radnih sporova* (ed. Mihajlo Dika, Željko Potočnjak), Zagreb, 2004, 91; Annie de Roo, Rob Jagtenberg, *Settling Labour Disputes in Europe*, Kluwer, Deventer-Boston, 1984, 21; Jean de Givry, "Prevention and Settlement of Labour Disputes, other than Conflicts of Rights", *International Encyclopedia of Comparative Law* (ed. Otto Kahn-Freund, Bob Hepple), volume XV, Labour Law, Chapter 14, Mohr Siebeck, Tübingen, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014, 3-4.

4 Живко Кулић, "Појам и основна обележја радног спора", *Радно и социјално право - часопис за теорију и праксу Радног и социјалног права*, бр. 3-6/98, 33.

Када се за критеријум класификације узму стране у спору, прецизније број учесника у спору, и предмет спора, разликују се индивидуални и колективни радни спор. *Индивидуални радни спор* је спор који настаје између запосленог (под одређеним условима и лица које није у радном односу), са једне стране, и послодавца, са друге стране, поводом утврђивања или остваривања и заштите каквог индивидуалног права из радног односа, непосредног личног интереса заснованог на праву или поводом повреде радне обавезе из радног односа утврђене правним прописима.⁵ *Колективни радни спор* је спор који настаје између послодавца или удружења послодавца и синдиката, савета запослених или групе (већине) радника, поводом закључивања или примене одредби о колективним правима и обавезама послодавца и радника, односно њихових асоцијација садржаних у општим актима аутономног и хетерономног права, и који се решава уз учешће треће стране - мирним методама (мирење, посредовање, арбитража) или у поступку пред надлежним судом, као и методама колективне акције (штрајк, пикетинг, бојкот - на страни радника; локаут - на страни послодавца).⁶

У погледу арбитраже као начина решавања радних спорова, индикативно је да је у правној теорији и у пракси знатно већу пажњу изазвало арбитражно решавање колективних радних спорова, за разлику од индивидуалних спорова, где улога арбитраже тек треба да буде препозната. Разлог томе је чињеница да су колективни радни спорови спорови чији је предмет подобан за арбитражно решавање - арбитрабилност *ratine materiae* (објективна арбитрабилност), тј. чињеница да је предмет колективног радног спора најчешће везан за колективна права чији садржај социјални партнери могу слободно уређивати.⁷ Међутим, приметно је да број појединачних радних спорова расте из дана у дан широм света.⁸ Разлози покретања спорова су комплексни и разликују се од државе до државе. Већина спорова је везана за повећани опсег заштите људских права,

5 Боровије Шундерић, "О радном спору", *Анали Правног факултета*, бр. 1-3/1991, 355-357.; Р. Брковић, 25; Ж. Кулић, 33.

6 Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1999, 42.

7 Бранко Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет у Београду, Београд, 2013, 952.

8 Види више о томе: Social dialogue: Recurrent discussion under the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation, Report VI, International Labour Conference, 102nd Session, Geneva, 2013, доступно на адреси: www.ilo.org/ilc/ILCSessions/102/reports/reports-submitted/WCMS...en/index.htm, 20.2.2018.

заштиту права која су гарантована чланством у синдикату и/или права која су гарантована током процедуре колективног преговарања између представника радника и послодавца, ризике престанка радног односа и незапослености⁹, смањен квалитет услова рада и безбедности, као и повећане стопе неједнакости до које је дошло након увођења сегментираних тржишта радне снаге. Значајна комплексност и диверзитет појединачних спорова се рефлектује у еволуцији процеса и механизма за њихово решавање. Поједине државе су, у оквиру својих правних система, оформиле институције за решавање спорова, док су друге државе реформисале постојеће институције или извршиле измене и допуне одређених законских процедура. Такође су промовисани и интерни процеси на нивоу радног места. У исто време, стављен је акценат на изградњу капацитета и обуке лица која су задужена за решавање спорова, а националне службе за запошљавање су имплементирале низ превентивних мера.¹⁰

О законима и системима који дефинишу процедуру решавања појединачних радних спорова доступан је велики број података, с тим да је већина њих дата у дескриптивној форми. Међутим, нема много информација о томе који фактори утичу на бољи учинак решавања спорова или шта је потребно предузети, било у специфичном контексту или везано за одређене институције и услуге. Компаративних података је такође мало, а они које постоје су у значајној мери ограничени. Управо из тог разлога предмет овог рада је краћа компаративна анализа арбитражног решавања појединачних радних спорова, са циљем извођења закључка о адекватности решавања индивидуалних спорова путем арбитраже.

II О сврсисходности арбитраже за индивидуалне радне спорове

Арбитража за индивидуалне радне спорове може се посматрати двојачко, као метод решавања радног спора (у којем смислу подразумева поверавање решавања спора трећем непристрасном лицу или лицима доношењем арбитражне одлуке) и као институционални облик решавања спорова (у којем смислу значи да арбитража делује као орган, образо-

9 Види више о томе: World Employment and Social Outlook: Trends, Geneva, 2015, доступно на адреси: www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2015/lang--en/index.htm, 3.3.2018.

10 ILO, 2013.

ван као стално или *ad hoc* тело, било од стране самих странака било од трећих лица, са задатком да одлучи о спорном питању).¹¹

У радноправној теорији и пракси се у прилог арбитражи, као методу решавања индивидуалних радних спорова, наводи више разлога, који непосредно произилазе из овлашћења и метода рада саме арбитраже.¹² Основна предност поступка пред арбитражом у односу на поступак пред судом је да је краћи, једноставнији, ослобођен сувишног и строгог формализма. "Пред арбитражом је битнија суштина од форме што одговара интересима обеју страна у спору".¹³ Добровљни карактер ове методе решавања радног спора успоставља легитимитет прихватљивости коначне одлуке арбитра која неће бити доведена у питање, јер се заснива на унапред постигнутом заједничком договору да се иста прихвати као коначна и обавезујућа.¹⁴ Поред тога, за арбитра се најчешће бирају лица која имају знање и искуство у одређеној области, те су флексибилнији у доношењу одлука, јер у обзир узимају све околности специфичног предмета. Ово се посебно односи на предмете који су везани за техничке области, јер стручни арбитра у потпуности разумеју област везану за одлуку коју доносе. Имајући у виду да странке имају слободу да одаберу квалификоване кандидате за арбитражу, странке су и свесне да ће исход арбитраже бити праведнији.¹⁵ Значајна предност арбитражног решавања радних спорова у односу на судски је у ефикасности, што је у вези са једним другим правилом о арбитражи - правилом о једностепености, што значи да се арбитражном одлуком правноснажно окончава радни спор.¹⁶ Поред тога, арбитража је процес који се заснива на поштовању приват-

11 Мирослав Миљковић, "Арбитража за индивидуалне радне спорове - за и против", *Право и привреда*, бр. 11-12/2000, 19; Предраг Јовановић, „Арбитражно решавање радних спорова“, *Зборник радова са Саветовања о радним односима на Брезовици*, 1997, 77-78.

12 М. Миљковић, 17-28; Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, "Арбитража за радне спорове", *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 650-654; Peter Frost, Paul Goulding, Arbitration of employment disputes, доступно на адреси: https://www.blackstonechambers.com/.../179/Arbitration_of_employment_disputes.pdf, 5.3.2018, 13-14; Ален Узелац, "Арбитража и радни спорови", *Право и порези*, бр. 4/1997, 408-411 и др.

13 М. Миљковић, 23.

14 Истраживање о мирном решавању радних спорова у Београду, Новом Саду и Нишу, доступно на адреси: <http://idcserbia.org/wp-content/uploads/2013/08/Istra%C5%BEivanje-o-mirnom-re%C5%A1avanju-radnih-sporova-u-Beogradu-Novom-Sadu-i-Ni%C5%A1u-.pdf>, 15.

15 Yasmine Tarasewicz, *International Labor and Employment Arbitration: A French and European Perspective*, American Bar Association, International Labor and Employment Law Committee, Paris, 2012, 12.

16 Б. Лубарда (2013), 952-953.

ности запослених и послодаваца. Трећа страна не може бити присутна током процеса, као што је то случај у већини судова. Такође, у великом броју случајева, арбитри су у обавези да чувају поверљивост свих података везаних за предмет. На овај начин, арбитражом се штити репутација обе стране, те је немогуће да било који податак доспе у јавност. Посебна предност овог система је што штити појединце чији би професионални углед могао бити доведен у питање, као и лица која су запослена на високим позицијама у компанији, јер се тиме не квари имиџ који компанија има у јавности.¹⁷ Међутим, арбитражно судовање има и својих негативних страна. Оне се најчешће исказују кроз непостојање јавне контроле, трошкове поступка, потешкоће странака око избора арбитра и стога дуготрајности конституисања арбитражног већа.¹⁸ Недостаци се понекад очитују и у спорости поступања због могућег недовољног познавања права од стране арбитра, с једне стране, или због недостатка чврстине и непристрасности арбитра, с друге стране.¹⁹ Често постоји и опасност да се суђење на темељу правичности претвори у арбитражност. Коначно, арбитражна одлука подложна је оцени суда на захтев једне од странака, незадовољне њеним садржајем.

III Упоредноправни преглед арбитраже за индивидуалне радне спорове

1. Француска

"Упркос чињеници што је Париз светски познати град у којем је седиште међународне арбитраже, национални закони Француске стриктно ограничавају арбитражу као средство решавања радних спорова."²⁰

17 Y. Tarasewicz, 13.

18 P. Frost, P. Goulding, 14-15.

19 Срђан Шимац, Мирење - алтернативни начин рјешавања спорова, доступно на адреси: <https://hrcak.srce.hr/file/12482>, 12.02.2018, 618-619.

20 Почевши од периода Француске буржоаске револуције, судије и законодавци су били скептични у погледу овог алтернативног метода решавања спорова. Врховни суд Француске је 1846. године донео одлуку којом та институција изражава своје неповерење у улогу коју арбитар има у решавању радних спорова (Cour de cassation, 10 juillet 1843, as cited by *L'Arbitrage des litiges en droit du travail: à la redécouverte d'une institution française en disgrâce*). Нав. према: Y. Tarasewicz, 5. Током векова, овај тренд се наставио, а модерни закони значајно ограничавају могућност арбитражног решавања радних спорова. Током педесетих година двадесетог века, француски научници су изнели став да „би арбитража требало да подразумева баланс обе стране, а пошто баланс више не постоји, арбитража постаје сувишна“ (Antoine Kirry, *Arbitrability: Current Trends in Europe*, Arbitration International, Kluwer Law Interna-

Право сваког запосленог лица да има приступ суду за решавање радних спорова се сматра државном политиком и има велику подршку судова. Начелно говорећи, радни судови имају потпуну надлежност над решавањем радних спорова. Члан Л 1411-4 француског Законика о раду дефинише да радни судови имају надлежност над свим питањима везаним за радни однос, те да се свака одредба која негира овај принцип може сматрати незаконитом.²¹ Дуги низ година француски Грађански законик је у потпуности забрањивао арбитражне клаузуле. Међутим, 2001. године усвојен је члан 2061 који предвиђа да је арбитражна клаузула валидна „осим уколико законске одредбе не одређују другачије“ и све дотле док је укључена у уговоре који се односе на обављање професионалних активности.²² Многи стручњаци који су се бавили анализом ове норме позивали су се на члан 1411-4 Законика о раду, стављајући проблематику везану за радне односе ван делокруга арбитражне процедуре. Други су, пак, приметили да, пошто се уговор о раду сматра примером „професионалне активности“, овај члан не искључује могућност потписивања арбитражне клаузуле.²³

а) Изузеци од правила

Постоје три изузетка у односу на начелну забрану радне арбитраже. Први изузетак тиче се новинара који имају више од 15 година радног искуства. Уколико новинар буде отпуштен, члан Л 7112-4 Законика о раду налаже обавезну арбитражу како би се утврдио износ накнаде која ће се исплатити новинару.²⁴ Други изузетак се односи на адвокате и адвокатске фирме у којима су запослени. Сваки радни спор између адвоката и

tional 1996 Volume 12 Issue 4, 90). Нав. према: Y. Tarasewicz, 5. Ова теорија, у комбинацији са широко распрострањеним веровањем да појединачно запослено лице није једнако са својим послодавцем, била је основа за француску посвећеност заштити запослених, па су самим тим и судови врло ретко дозвољавали да се радни спорови решавају арбитражом. Француска сматра да су одлуке које се тичу радних спорова питање државне политике, те самим тим захтевају и државну контролу. Yasmine Tarasewicz, Niki Borofsky, *International Labor and Employment Arbitration: A French and European Perspective*, *HeinOnline*.. 28 A.B.A. J. Lab & Emp. L. 349 (2013), 352-353.

21 Isabelle Daugareilh, Allison Fiorentino, Joël Merkhantar, Sylvain Niquège, Mireille Poirier, Nicolas Sautereau, Sébastien Tournaux, "France", *Resolving Individual Labor Disputes - A comparative overview* (ed. Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick), International Labour Office, Geneva, 2016, 121.

22 Y. Tarasewicz, 7.

23 Y. Tarasewicz, 7.

24 Члан L. 7112-4 француског Законика о раду. Нав. према: Y. Tarasewicz, N. Borofsky, 354.

адвокатске фирме мора бити предмет арбитраже.²⁵ Трећи велики „изузетак“ у смислу забране радне арбитраже тиче се арбитражног уговора који се потпише након окончања уговора о раду. Такав арбитражни уговор се сматра валидним. Одлуком од 5. новембра 1984. Врховни суд је потврдио да се арбитражни уговори који су потписани након окончања радног односа могу сматрати законски валидним. Суд сматра да уговорне стране имају право да се обрете арбитражи након што се њихов уговорни однос оконча. Иако постоји законска потпора за ову врсту арбитраже, она се у пракси врло ретко спроводи. Најчешћи случајеви арбитраже након окончања уговора о раду се тичу чланова топ менаџмента које упошљавају северноамеричке компаније које послују у Француској. У данашње време се странке више позивају на уговор о поравнању као много ефикасније решење за решавање сличних ситуација.²⁶

2. Немачка

Карактеристика регулативе решавања индивидуалних радних спорова у СР Немачкој је веома ограничена могућност странака да искључе надлежност радног суда и да решење спора повере арбитражи.²⁷ Разлог за искључивање арбитражних судова у споровима који се односе на Закон о раду се заснива на ставу да се све суштинске одредбе Закона о раду морају применити у свим случајевима уз помоћ радних судова. Ова процедурална подршка доприноси повећању правне сигурности и омогућава једнообразну примену закона, и то у значајно већој мери него што то омогућавају приватни арбитражни судови.²⁸ У смислу судске праксе, арбитражни судови нису у могућности да дају свој допринос развоју закона, што је задатак Савезног радног суда. Поред тога, приватни арбитражни судови нису у истој мери зависни од процедура као што је то случај са државним судовима.²⁹ Разлог за начелно одбијање арбитражног решавања радних спорова лежи и у страху да би арбитража когентне законске одредбе,

25 Y. Tarasewicz, 6.

26 Jean-Michel Oliver, "Arbitrage et droit du travail", *Nouvelles Perspectives en matière d'arbitrage, Droit et Patrimoine*, 2002, 6; Нав. према: Y. Tarasewicz, 7.

27 Мијал Стојановић, *Радни спорови - СР Немачка, Република Италија, Република Словенија и Република Србија*, Крагујевац, 2007, 35.

28 Bernd Waas, "Who is allowed to represent the employees? The capacity of trade unions to bargain collectively in German law", *Labour regulation in the 21st century: In search of flexibility and security* (ed. T. Davulis, D. Petrylaite), Newcastle, Cambridge Scholars, 2012, 149–162.

29 Bernd Waas, "Germany", *Resolving Individual Labor Disputes - A comparative overview* (ed. Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick), International Labour Office, Geneva, 2016, 144.

које су у корист радника, у мањој мери поштовала у односу на државне судове.³⁰

а) Арбитражни суд

Са становишта уставног права, улагање жалби арбитражном суду је заштићено на исти начин на који је заштићено и право слободе потписивања уговора.³¹ Ово практично значи да уз правни систем који се спроводи преко судова постоји и еквивалентан систем приватног правосуђа. Правни оквир који дефинише арбитражне судове је наведен у одељцима 1025-1066 Закона о парничном поступку. По овим одредбама, арбитражни суд има пуно право да пресуди у корист једне стране или одбије њене захтеве.³² Међутим, у пракси, Закон о уређењу судова даје врло мало простора арбитражи, те она не може функционисати као аутентичан систем приватног правосуђа. Одељак 4, у вези са ставовима 101-110 Закона наводи да уколико законодавни систем даје искључиву надлежност радним судовима, ова надлежност се може споразумно искључити само у два случаја. *Први случај* односи се на одељак 101(1) Закона о уређењу судова којим се дефинише да арбитражни суд може решавати спорове који се односе на Закон о парничном поступку и који проистичу из колективних уговора, као и спорове који се односе на постојање или непостојање колективног уговора.³³ *Други случај* се односи на појединачне радне спорове. Одељак 101(2) Закона о уређењу судова дефинише да, у случају да се пословни однос регулише у складу са колективним уговором, уговорне стране које су потписале колективни уговор имају право да искључе надлежност судова за решавање радних спорова у парничном поступку и да, уместо тога, одреде надлежност арбитражног суда. Ово се примењује у случајевима потписивања колективних уговора са припадницима ограниченог броја професија - позоришни уметници, филмски глумци, оперски певачи, редитељи и друга лица која обављају послове у домену уметности. Што се тиче капетана брода и посаде брода, није више могуће одредити надлежност арбитраже. Ове групе занимања су обрисане из одељка 101(2) Закона о уређењу судова који је ступио на снагу 1.

30 Claas Germelmann, "Section 101 Labour Courts Act", *Arbeitsgerichtsgesetz* (eds. Claas Germelmann, Hinrich Matthes and Hans Prütting), 8th edn, Munich, Beck, 2013, 1370. Нав. према: B. Waas, 144.

31 Rolf Stober, "Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit", *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 32, No. 39/1979, 2001–2007. Нав. према: B. Waas, 142.

32 B. Waas, 142.

33 B. Waas, 142.

августа 2013. године. Уговорне стране које су потписале уговор о раду могу у уговору навести да ће се примењивати одредбе уговора о арбитражи. Одељак 101(2) Закона о уређењу судова изричито дозвољава уговорним странама за које уговор о арбитражи није обавезујући да се позову на његову примену. Оно што је веома важно је да, на појединачном нивоу, уговорне стране које су потписале уговор о раду могу на законски начин да искључе арбитражу која је наведена у колективном уговору.³⁴ Процедура арбитраже, до мере до које је дозвољена одељцима 4 и 101-110 Закона о уређењу судова, не представља део судске процедуре која се односи на решавање радних спорова. Она суштински замењује све судске процедуре. Арбитражна одлука има исту валидност као и правоснажна одлука суда који решава радне спорове.³⁵

3. Шведска

Шведски систем решавања појединачних радних спорова је веома поједностављен. Суд за решавање радних спорова Шведске је првостепени суд који решава све радне спорове, осим оних које решава арбитража.³⁶ У већини области, арбитражна клаузула представља дозвољену

34 Одељак 4(3) Закона о колективном уговору наводи да је опозив колективног уговора дозвољен само „уколико колективни уговор то дозвољава или уколико садржи анекс који иде у корист запосленог“. С тога, питање је да ли опозив арбитраже у уговору иде у корист или на штету запосленог. Ово питање још увек нису решили ни судови са највећим надлежностима. Неки од аутора сматрају да се одабир система јавног судства не може посматрати повољнији по запослена лица од система арбитраже. Аутори наглашавају да је један од разлога успостављања режима арбитраже чињеница да странке које су потписале колективни уговор имају боље разумевање чињеничних аспеката и проблематике од судова (Gemmelmann, став 25). Нав. према: В. Waas, 143.

35 Видеги више: В. Waas, 143.

36 У појединачним радним споровима у којима запосленог представља синдикат, први корак у поступку решавања представља преговарање између синдиката и послодавца или организације рада. У пракси, преговори између послодавца и синдиката представљају доминантни механизам (90-98% радних спорова решава путем овог механизма) за решавање појединачних радних спорова. Уколико уговорне стране не могу да реше спор након преговора, спор се покреће пред радним судом ако је послодавац потписао колективни уговор, што је уобичајен случај, имајући у виду да је око 90% запослених у Шведској заштићено колективним уговором. Запослени којег не представља синдикат нема право да покрене спор који је предмет преговора, јер право преговора припада искључиво послодавцима и организацијама запослених. У случају отпуштања запослених из личних разлога, примењује се посебна процедура, јер запослени има право консултација са послодавцем. Ове консултације, које се могу обавити са или без представника синдиката, замењују регуларне преговоре. Види више: Eurofound, Sweden: Individual disputes at the workplace - alternative dispute resolution, доступно на

алтернативу судском процесу у смислу појединачних радних спорова.³⁷ Једини општи изузетак је случај дискриминације који подразумева забрану арбитражне клаузуле потписане пре покретања спора, као и забрану уговорним странама да улажу жалбу арбитражи. Што се других спорова тиче, арбитражна клаузула је валидна под условом да њени услови нису нерационални. У судској пракси радног суда Шведске, рационалност арбитражне клаузуле је заснована на општој процени финансијске ситуације запосленог лица, чињенице да ли је запослени на високој позицији у предузећу, као и околностима у тренутку закључења уговора о раду, укључујући и арбитражну клаузулу.³⁸ Генерално говорећи, арбитражне клаузуле представљају велики терет за запослене, јер трошкови арбитраже и кратки рокови врло лако могу довести до тога да запослено лице изгуби своја права. Управо из тог разлога, арбитражна клаузула мора бити недвосмислена да би се сматрала интегралним делом уговора.³⁹

У пракси је укључивање клаузуле о арбитражи врло ограничено. У смислу појединачних уговора о раду, арбитражна клаузула је уобичајена у случају да се уговор потписује са генералним директором и ретко се спомиње у уговорима који се потписују са другим запосленим лицима. Постоје колективни уговори који садрже арбитражну клаузулу, углавном у сектору банкарства и здравствене неге.⁴⁰

адреси: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-tributions/sweden/sweden-individual-disputes-at-the-workplace-alternative-disputes-resolution>, 15.2.2018, 3.

37 Засебан уговор о арбитражи се може потписати у посебним случајевима, али је уобичајеније да уговор о раду садржи арбитражну клаузулу која дефинише решавање евентуалних спорова. Такође, постоје колективни уговори који садрже арбитражну клаузулу. У складу са општим принципима закона о раду Шведске, колективни уговор се сматра изразом установљене праксе на радном месту, те се примењује на запослене који нису чланови синдиката. С тога, арбитражна клаузула која је колективно уговорена је обавезујућа, не само за чланове синдиката који је потписао колективни уговор, већ је обавезујућа за све запослене. Jenny Julén Votinius, "Sweden", *Resolving Individual Labor Disputes - A comparative overview* (ed. Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick), International Labour Office, Geneva, 2016, 255.

38 Чињеница да је запослени у економски неповољнијој позицији у односу на послодавца није довољна да се арбитражна клаузула прогласи нерационалном. Суд Шведске је јасно дефинисао да, у смислу арбитраже, запослени не мора бити у финансијски неоповољнијем положају од послодавца; запослени увек може изабрати да буде члан синдиката и тиме добије бесплатну правну помоћ. Swedish Labour Court judgments, AD 1978 No. 83, AD 1987 No. 165 and AD 1995; Нав. према: J.J. Votinius, 255.

39 J.J. Votinius, 240-241.

40 Swedish Labour Court judgments, AD 1991 no. 3, AD 1995 No. 135 and AD 2005 no. 79; Нав. према: J.J. Votinius, 255.

Уколико се спор не покрене пред судом, већ се покрене пред једним или више арбитра, решава се у складу са Законом о арбитражи. Генерално говорећи, странке и арбитра имају право да прилагоде процедуру арбитраже, како би испунили услове специфичног спора. Међутим, основно правило је да арбитар мора спор решити на објективан, практичан и експресан начин. Арбитар мора бити објективан, а странка може захтевати да арбитар буде изузет у случају да постоје околности које могу довести у питање објективност арбитра. За разлику од судске праксе, процедура и исход арбитраже нису јавни.⁴¹

4. Сједињене Америчке Државе

Систем приватне арбитраже у којој спорове решавају неутрални арбитра у САД се дефинише колективним уговорима између синдиката и послодаваца. Овај механизам решавања радних спорова се може користити за опште спорове између синдиката и послодаваца, као и појединачне спорове који се односе на дисциплинско кажњавање и отпуштање запослених "без оправданог разлога."⁴² Дуг временски период се арбитража у овој земљи сматрала „златним стандардом“ у решавању спорова.⁴³ Међутим, релевантност институције арбитраже је временом опала, јер је број радника које заступа синдикат драстично смањен. Штавише, послодавци и запослени су решили да смање финансијске и временске трошкове арбитраже на тај начин што ће поједноставити сам процес и увести друге процесе којима ће се спорови решити пре арбитраже.⁴⁴

Арбитражни поступак у САД је прилично спор и скуп. Код арбитраже се примењује формална процедура, а обе стране обично ангажују адвокате.⁴⁵ Такође, у пракси је примећено да се против запослених који покрену радни спор подноси (против)тужба у периоду од једне до три

41 Трошкови спора су бесплатни за чланове синдиката, док запослени који нису чланови синдиката и који нису покривени ниједним осигурањем сами носе трошкове спора. Они могу поднети захтев за финансијску подршку за пружање правне помоћи, коју јавне власти одобравају само у случајевима да су запосленима приходи мали. Више о томе: Eurofound, *Sweden: Individual disputes at the workplace - alternative dispute resolution*, 1-7.

42 Aaron Halegua, "United States", *Resolving Individual Labor Disputes - A comparative overview* (ed. Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick), International Labour Office, Geneva, 2016, 311.

43 John W. Budd, Alexander J.S. Colvin, "Improved metrics for workplace dispute resolution procedures: Efficiency, Equity, and Voice", *Industrial Relations*, Vol. 47, Nr. 3/2008, 466.

44 A. Halegua, 315.

45 A. Halegua, 315.

године након завршетка процеса арбитраже.⁴⁶ У циљу смањења дужине трајања и трошкова поступка решавања радних спорова, запослена лица која су чланови синдиката уобичајено усвајају један од два принципа. Први принцип подразумева решавање спора пре изласка пред арбитражу. Према овом принципу, странке су, пре покретања арбитражног поступка, дужне предузети неколико формалних корака у правцу мирног решења спора. Тако су неке компаније увеле процедуру медијације од стране трећих лица као претходну обавезу пре процедуре арбитраже.⁴⁷ Други принцип подразумева поједностављење самог процеса арбитраже. „Убрзана арбитража смањује трошкове и подстиче брже решавање спорова, јер не подразумева писану форму изјава, транскрипте, адвокате, као и детаље писане пресуде“.⁴⁸ Међутим, нема довољно података о томе какав је однос убрзане арбитраже и уобичајене арбитраже у смислу стопе позитивно решених предмета или задовољства странака.⁴⁹

а) Обавезна арбитража

У САД приватна арбитража није монолитан систем и има много различитих форми. Једна од најзаступљенијих форми, која се неколико последњих десетина година нарочито користи од стране послодаваца код којих нису основани синдикати, је „обавезна арбитража“.⁵⁰ „Обавезна арбитража“ подразумева да су запослена лица у обавези да прихвате арбитражу у тренутку када заснују радни однос, било да то чине потписивањем уговора о раду или давањем сагласности на политику обавезне арбитраже која је интегрални део општих аката послодавца. По уговору се од запосленог захтева да путем арбитраже решава све спорове који

46 David Lewin, “Collective bargaining and grievance procedures”, *The Oxford handbook of conflict management in organizations* (ed. W. Roche, P. Teague, A. Colvin), Oxford, Oxford University Press, 2014, 126.

47 J. Budd, A. Colvin, 468. Једна студија из 1988. године која је анализирао процес решавања радног спора у четири корака је показала да су скоро сви спорови били решени пре иницирања арбитраже: у 60% случајева, спор је био решен након првог корака (састанком са менаџером), 30% спорова је решено након другог корака (састанком са управником и представником синдиката), 7% је решено након трећег корака (одлуком топ менаџмента), а само 3% је решено арбитражом. D. Lewin, 118-119.

48 J. Budd, A. Colvin, 468.

49 A. Halegua, 338-339.

50 Jessica Silver-Greenberg, Michael Corkery, “Efforts to Rein In Arbitration Come Under Well-Financed Attack”, in *New York Times*, 15 Nov. 2015, доступно на адреси: <https://www.nytimes.com/2015/11/16/business/dealbook/efforts-to-rein-in-arbitration-come-under-well-financed-attack.html>, 15.2.2018.

настану између њега и послодавца, укључујући и тужбу за дискриминацију. То значи да запослени нема право да се накнадно обрати другој институцији, а жалба на коначну одлуку се може поднети само у веома ограниченом броју предмета.⁵¹ Према томе, „обавезна арбитража“ се разликује од случајева у којима се синдикат добровољно сагласио да се спорови реше путем система арбитраже, као и од ситуација када је спор већ настао, а запослени је сагласан да се исти реши арбитражом.⁵²

Заговорници арбитраже често наглашавају њену ефикасност и доступност: процедура је једноставна, без сувишног формализма, не захтева заступника и краће траје од парничног поступка. Критичари обавезне арбитраже се, пак, противе овом систему из много разлога, од којих се примарни тиче чињенице да се арбитража не прихвата својом вољом.⁵³ Јефтинија, бржа и мање формална алтернатива парници би теоретски била кориснија неким запосленим лицима. Међутим, иако појединачна запослена лица могу изаћи као победници из процедуре арбитраже, систем обавезне арбитраже који данас функционише носи са собом доста сумње у коректност, правичност и доступност. Критичари наводе да, уколико арбитража омогућава бенефите које њени заговорници потенцирају, онда би радници требало да имају право да је самовољно изаберу. Осим бриге због великог ширења идеје обавезне арбитраже, Врховни суд није исказао нарочиту вољу да овај систем уреди. Неки чланови Конгреса су предложили усвајање Закона о коректности арбитраже 2015. године како би се обавезна арбитража забранила у контексту заснивања радног односа и људских права, али ниједан дом га још увек није усвојио.⁵⁴

IV Закључна разматрања

Упоредноправним приказом различитих модела арбитражног решавања индивидуалних радних спорова може се закључити да је питање арбитраже за радне спорове комплексно питање. Различита историјска традиција, разлике у политичкој снази социјалних партера, компликоване и разноврсне судске процедуре и недоследност судских поступака доводе до тога да државе на врло различит начин виде значај арбитраже у поступку решавања индивидуалних радних спорова. Регулатива се кре-

51 A. Halegua, 340.

52 A. Halegua, 339.

53 David Sherwyn, Samuel Estreicher, Michael Heise, "Assessing the case for employment arbitration: A new path for empirical research", *Stanford Law Review*, Vol. 57, Apr. 2005, 1577–1591.

54 A. Halegua, 342.

ће од начелне забране решавања индивидуалних радних спорова путем арбитраже до дозвољавања тзв. "обавезне арбитраже". Такво стање регулативе знатно отежава давање одговора на питање да ли је арбитража адекватан начин решавања индивидуалних радних спорова. Иако постоје чврсти аргументи за њено увођење, многе земље се тешко одричу судске надлежности над овим веома важним социјалним питањем. Из тих разлога, арбитража је често последње решење у групи решења за алтернативно решавање радних спорова (обично се предлажу преговори и/или медијација). Неки стручњаци, стога, заговарају либерализацију овог система решавања радних спорова, како би се арбитража за индивидуалне радне спорове посматрала на исти начин као и арбитража за колективне радне спорове. Тиме би се омогућило запосленима да индивидуалне спорове решавају арбитражом, без ограничења, уколико сматрају да ће арбитража ићи у њихову корист.

Арбитража, неминовно, има низ предности над судским начином решавања радних спорова. Међутим, перцепција да арбитража представља универзално успешан систем решавања радних спорова довела је различите ауторе до погрешног закључка да предлажу арбитражу као начин решавања радних спорова у свим спорним случајевима. По оцени аутора, приликом оцене да ли је арбитража адекватан механизам решавања одређеног индивидуалног радног спора потребно је одговорити на неколико питања: 1) добровољност - да ли су стране у спору слободне да одлуче о приступању арбитражи; 2) доступност - да ли је арбитражни систем решавања радних спорова доступан странкама без великих трошкова; 3) ефикасност - да ли су арбитражни поступци флексибилни и адекватни за конкретно питање; 4) непристасност - да ли су доносиоци одлука једнако поступили према странкама приликом одлучивања; 5) смањење конфликта - да ли цео поступак, укључујући и одлуку, доводи до пријатељских односа међу странкама и да ли доприноси њиховом узajамном поштовању; 6) коначност - да ли је поступак једностепен, тј. постоје ли могућности да ће бити поновљен; 7) повиновање - да ли су странке пристале да арбитражну одлуку добровољно изврше или су накнадно одбијале њено извршење. Само у случају потврдног одговора на напред наведена питања, можемо рећи да је арбитража адекватан механизам решавања индивидуалних радних спорова.

Marija DRAGIĆEVIĆ, LL.B.

Assistant at the Faculty of Law University of Niš

**RESOLUTION OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES
BY MEANS OF ARBITRATION – A COMPARATIVE OVERVIEW**

Summary

Prolonged court proceedings, piling up of unresolved court cases, and accompanying inefficiency and tardiness in providing legal protection result in breaching a fundamental human right- trial within a reasonable timeframe, as well as in clients' and public discontent with court efficiency. Comprehensive application of some of the methods for peaceful settlement of labor dispute may improve the current state of affairs. Arbitration, as a peaceful method of amicable dispute resolution, has numerous advantages and represents a favorable alternative to typical court trial. The goal of this paper is to offer a short overview of comparative law regulations in terms of resolving individual labor disputes by means of arbitration. The paper focuses on specific issues which refer to the purposefulness of resolving individual labour disputes by arbitration and opportunities that this method may offer. The author has made a comparative analysis of procedures and mechanisms of resolving individual labor disputes by arbitration, as well as their progress which is the result of growing number and character of individual labor disputes. Based on the conducted research, the author has concluded that national legislations drastically limit the degree to which the arbitration may resolve individual labour disputes, as well as that the potentials of arbitration resolution of labour disputes are not used to the fullest.

Keywords: *individual labour disputes, dispute resolution, arbitration.*

XXVII СУСПРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ
ДАРОДАВЦИ

* * *

Intermex d.o.o. - Beograd

Imlek a.d. - Beograd

Energoprojekt Holding a.d. - Beograd

Правни факултет - Универзитета у Београду

Хотел Златибор "МОНА", Златибор

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. LVI, 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