УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Број
10-12
2018

Београд
Година LVI

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Главни и одговорни уредник
Васиљевић Мирко

Заменици главног и одговорног уредника
Ћирић Александар и Јовановић Небојша

Уредник
Радовић Вук

Редакција
Арсић Зоран, Бодирога Никола, Вујисић Драган, Вукадиновић Радован, Доловић Бојић Катарина, Ђурђевић Марко, Ђорђевић Милена, Јевремовић Петровић Татјана, Јовановић Марко, Илић Попов Гордана, Караникић Мирић Марија, Ковачевић Љубинка, Лепетић Јелена, Марковић Слободан, Пауновић Мирослав, Петровић Томић Наташа, Перовић Јелена, Поповић Душан, Радовић Мирјана, Тешић Ненад

Међународни издавачки савет
Ивањко Шиме (Словенија), Jessel-Holst Christa (Немачка) ,Коевски Горан (Македонија), Leaua Crenguta (Румунија), Chernev Silvy (Бугарска), Рајчевић Марко (Бих – Република Српска), Радоњић Драган (Црна Гора), Rainer Kulms (Немачка), Reiner Andreas (Аустрија) ,Selivon Mykola (Украјина), Viscasillas Perales Pilar (Шпанија)

Секретари
Јанковић Светислав и Бојић Филип

Технички секретар
Мишковић Маша

Рецензије радова – Редакција одређује два рецензента за радове у анонимној форми

Објављени радови – по правилу се не прихватају за објављивање

Издавач
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ
Београд, Трг Николе Пашића 1/II
тел./факс: +381 11 3234 985
e-mail: udruzpip@eunet.rs
www.pravniciuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа
Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник
Ђорђевић Јован

Излази ТРОМЕСЕЧНО

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVI

Број
10-12
2018

ПРАВО И ПРИВРЕДА, бр. 10-12/2018, Година LVI

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

***Мирко* ВАСИЉЕВИЋ**

Закон о привредним друштвима Србије – може ли боље? . . . 7

Борис БЕГОВИЋ

Популизам у праву конкуренције: анатомија, дијагностика и могуће последице. 31

***Марија* КРВАВАЦ**

Решавање спорова пред ICSID абитражом. 55

***Владимир* САВКОВИЋ**

Поводом пет деценија од Хашко-Визбијских и четири деценије од Хамбуршких правила – има ли наде за унификацију регулаторног оквира међународног превоза робе морем?. 70

***Јелена* ЋЕРАНИЋ**

Центар за медијацију и арбитражу у области патената установљен споразумом о јединственом патенетном суду . . . 90

***Јелена* ЛЕПЕТИЋ**

Активизам акционара 105

***Ирис* БЈЕЛИЦА ВЛАЈИЋ**

Услови за арбитражу у пловидбеном праву Републике Србије 124

Мирослав **СЕВЕР**
Специјализована спортска арбитража из перспективе одредаба закона о спорту 142

Владимир **МАРЕНОВИЋ,** *Никола* **КЛИСКА**
Пренос моралних права уговором према одредбама Закона о ауторском и сродним правима РС 156

Милош **ВУКОТИЋ**
Наслеђивање предузећа 165

Андрија **ЂОНОВИЋ**
Вештачка интелигенција и право интелектуалне својине – машина као аутор? 196

Александар **СТЕВАНОВИЋ**
Појам и значај лобирања уз посебан осврт на радноправни статус лобиста: у сусрет Закону о лобирању 215

АРБИТРАЖНА ПРАКСА У ПОМОРСКОМ ПРАВУ

Зоран **РАДОВИЋ**
Пловидбено право и арбитража 231

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 242

LAW AND ECONOMY, No. 10-12/2018, Year LVI

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

***Mirko* VASILJEVIĆ**

Serbian Companies Act – How Better Could it be? 7

***Boris* BEGOVIĆ**

Populism in Competition Law: Anatomy, Diagnoses and Possible Consequences 31

***Marija* KRVAVAC**

ICSID Arbitration. 55

***Vladimir* SAVKOVIĆ**

On the Occasion of 50th Anniversary of the Hague-Visby Rules and 40th Anniversary of the Hamburg Rules – is there any Hope for Unification of the Regulatory Framework of International Transport of Goods by Sea? 70

***Jelena* ĆERANIĆ**

The Patent Mediation and Arbitration Center Instituted by the Agreement on a Unified Patent Court 90

***Jelena* LEPETIĆ**

Shareholder Activism 105

Iris **BJELICA VLAJIĆ**
Necessary Conditions for Arbitration in Maritime Law of the Republic of Serbia. 124

Miroslav **SEVER**
Specialized Sports Arbitration from the Perspective of the Law in Sport. 142

Vladimir **MARENOVIĆ,** *Nikola* **KLISKA**
Contractual Transfer of Moral Rights under the Serbian Copyright Act. 156

Miloš **VUKOTIĆ**
Inheriting a Business. 165

Andrija **ĐONOVIĆ**
Artificial Intelligence and Intellectual Property – Machine as an Author? 196

Aleksandar **STEVANOVIĆ**
The Concept and Importance of Lobbying with Special Reference to Employment Status of Lobbyists: Encountering the New Law on Lobbying 215

ARBITRATION PRACTICE IN THE MARITIME LAW

Zoran **RADOVIĆ**
Navigation Law and Arbitration 231

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 242

ЧЛАНЦИ

др *Мирко* ВАСИЉЕВИЋ
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА СРБИЈЕ – МОЖЕ ЛИ БОЉЕ?

Резиме

Регулатива привредних друштава, као базичних економских јединица, на резултатима чијег пословања почива економија сваке земље, не без разлога има епитет „економског устава“ који стоји као пандан „политичком уставу“. Отуда је важно какав је квалитет ове регулативе и колико она уистину подржава економске слободе и посебно слободу предузетништва, а колико је објективна сметња таквим слободама.

У овом раду, инспирисаном овим непобитним искуственим сазнањем, подвргнут је критичкој дубинској анализи српски Закон о привредним друштвима, на крилима аксиома „ко само речи закона знаде, тај закона не зна, док му не схвати разум и смисао“ (Богишић). У том смислу разумљиво полазиште је објективни оквир (хармонизовано поље компанијског права ЕУ), као и вечито размеђе између двеју великих правних цивилизација и филозофија (civil law/common law). Полазећи од ових оквира, аутор разматра посебно одређења овог закона према следећим питањима: позиција чланова привредног друштва и поверилаца (постојање инверзије места субјекта ризика или не); незаштићеност положаја поверилаца зависног друштва у групи друштава; (не)сигурност поверилаца код статусних промена привредног друштва; конфузије регулисаности односа индивидуалног и колективног заступања привредног друштва; афирмација института могуће злоупотребе капитал мањине на штету интереса капитал већине и тиме и самог интереса

привредног друштва; заробљеност приватноправне воље јавноправним ограничењима могућности избора форума решавања потенцијалних компанијскоправних спорова. Завршно ауторово питање „може ли боље" има тиме недвосмислен одговор.

Кључне речи: *привредна друштва, чланови друштва, повериоци, групе друштава, зависна друштва, заступање, арбитража.*

I Хармонизовани оквир компанијског права ЕУ – објективни лимит

Закључењем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ (април 2008) Србија је преузела обавезу усклађивања свог правног система са правним системом ЕУ, у сегменту у коме је тај систем дигнут на ниво регулативе ЕУ, у складу с прописаним оквиром и методама хармонизације. Ово, наравно, важи и за регулативу привредних друштава. У том смислу, до промене тог оквира, он се мора узети као за(дат), одговарала нам та решења или не. Треба, међутим, знати да тај оквир у домену привредних друштава и није тако обиман, како би то на први поглед могло изгледати. За нашу тему разматрања он у битном обухвата: регулативу једночланих друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) – Дванаеста директива ЕУ;[1] регулативу огранка привредног друштва – Једанаеста директива ЕУ;[2] регулативу „ништавости привредног друштва" (ништавост оснивања), транспарентност друштва и обавезе објављивања одређених информација, правне ваљаности правних послова заступника друштва и правних послова изван делатности друштва – Прва директива;[3] регулативу основног капитала акционарског друштва (минимални, одржавање, смањење, повећање, стицање сопствених акција, повлачење акција) –Друга директива;[4] регулативу проспекта на тржишту хартија

1 Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, *OJ L 258.*

2 Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, OJ L 395.

3 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, *OJ L 258.*

4 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their

од вредности –Директива о проспекту;[5] регулативу пријема хартија од вредности на листинг и обавезе транспарентности у вези с овим – Директива о пријему на листинг и Директива транспарентности;[6] регулативу равноправности акционара и минималним правима акционара листираних компанија – Директива ЕУ о правима акционара листираних компанија;[7] регулативу преузимања акционарских друштава јавним путем – Тринаеста директива;[8] регулативу спајања и припајања привредних друштава – Трећа директива;[9] регулативу подела и издвајања привредних друштава– Шеста директива.[10] У основи се може рећи да је српско компанијско право (право привредних друштава) у областима покривеним директивама ЕУ, где се захтева хармонизација или унификација усаглашено са (за)датим правним оквиром. Проблем српске компанијскоправне регулативе (регулативе привредних друштава) остаје у осталом сегменту за који се не тражи хармонизација или унификација са правом ЕУ, с обзиром на то да оно у том сегменту и не постоји и у свему има покривеност националном регулативом, што је и предмет нашег разматрања у овом критичком есеју.

---

capital. Измене: Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital и Council Directive 92/101/EEC of 23 November 1992 amending Directive 77/91/EEC on the formation of public limited-liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *OJ L 347*.

5 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 345*.

6 Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities, *OJ L 184*; Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 390*.

7 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L 184*.

8 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L 142*.

9 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 Concerning Mergers of Public Limited Liability Companies, *OJ L 110;* EC Council Regulation 4064/89 (*OJ L 395/1*) – the merger control regulation – and EC Commissions Regulation 2367/90 (*OJ L 219/5*) – the merger notification regulation.

10 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *OJ L 378*.

1. *Civil law/common law* – систем сарадње или победника

Две, у доброј мери, својствене и особене филозофије права и правне цивилизације, поред осталих од нас далеких, су свакако континенталноправна (заснована на најбољим традицијама римског писаног права – *civil law*) и англосаксонскоправна традиција (заснована на традицији обичаја и праксе – *common law*). Свеукупна глобализација није могла оставити по страни ни потребу „глобализације права", што се у основи и десило, мање-више, у свим гранама права, па и у сфери права привредних друштава. У европским оквирима (институционално ЕУ) за ово је постојала и објективна нужност наметнута чињеницом да је чланство ЕУ обухватало државе и једне и друге правне традиције. Да ли ће овај разлог за нужност „глобализације права" отпасти после одлуке Велике Британије да изађе из чланства ЕУ са својом *common law* правном традицијом остаје да се види. У сваком случају тај аргумент нужности „глобализације права" савремених глобалиста је у институционалном смислу отпао.

Не спорећи потребу „правне трансплантације" правних института једне филозофије права у другу филозофију права, која у окружењу „интернет индустрије" постаје чак и нужност, чини се да је то до сада била само једносмерна улица: трансплантирање института *common law* у континентално право, тиме и у право привредних друштава. На овај начин својеврсним диктатом финансијских и политичких центара моћи (тамо где ни то није баш успевало онда и уз „показивање мишића" војне снаге) уместо филозофије сарадње ових двеју водећих правних система наметнута је „филозофија победника." Тако су практично „жртвовани" бројни правни институти столетно брушени у континенталној правној школи зарад „успеха" бројних института англосаксонске правне школе, страних „добром укусу" континенталног правника, чиме ово право није унапређено, а крајњи страдалник је постао принцип свих принципа у праву – правна сигурност. Примера за овакав „развојни правац" је превише, а овом приликом довољно је за илустрацију овог правца навести: институт правила пословне одлуке (*business judgment rule*) уместо познатих стандарда пажње („добар домаћин", „добар привредник", „добар стручњак"),[11] институт „дужности" уместо познатог института „обавеза", наметање система једнодомног управљања акционарским друштвима уместо дводомног модела или модела избора; кумулативно гласање за избор чланова одбора директора; друштво с ограниченом одговорношћу као друштво капитала без капитала и слично.[12]

11 Вид. Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade,* бр. 3/2012, 7–38.

12 Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право,* Београд, 2017, 344–400.

2. Чланови друштва и повериоци – замена места субјекта ризика

Принципијелно посматрано, правна природа чланова привредног друштва (ортаци, чланови, акционари), што је и иначе предмет регулативе привредних друштава, и поверилаца тих друштава, што иначе није у примарној равни ове регулативе (иако јесте у секундарној везаној за потребу додатног обезбеђења и заштите њиховог интереса у односу на уговорне инструменте заштите), постављена је у складу с модерним трендовима ове регулативе. Сумарно, то се може изразити једном формулом: чланови друштва сносе ризик пословања свог друштва (ограничен или неограничен, зависно од форме друштва), док повериоци у принципу не сносе (осим ризика инсолвентности друштва). У том смислу, и српски закон који регулише привредна друштва, посебно код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), поставља чврсто правило да било која плаћања члановима друштва од стране самог друштва у својству чланова друштва (носиоца капитал учешћа) не могу бити приоритетна у односу на плаћања повериоцима друштва, ако би то угрозило *солвентност друштва* и тиме интерес поверилаца, а ако то не би угрозило солвентност друштва, таква плаћања су дозвољена. Ради се, практично, о исплатама члановима друштва по разним основима (учешће у добити – дивиденде и међудивиденде, повлачење удела или акција, повраћај додатних уплата код друштва с ограниченом одговорношћу, исплата зајма члановима друштва, стицање сопственог удела или акција, иступање и искључење члана или акционара, реализација права несагласних чланова на откуп удела или акција) и то у било које време током пословне године, а не само након усвајања годишњих финансијских извештаја и извештаја о пословању. Дакле, за сва ова плаћања члановима друштва од стране друштва једино опште ограничење је *солвентност друштва (тест солвентности друштва, односно тест нето имовине)*.

И поред неких разлика уређења института општег ограничења плаћања члановима друштва с ограниченом одговорношћу и акционарима акционарског друштва,[13] чини се да у условима изражене финансијске недисциплине код нас, која практично потхрањује аспирације чланова друштва да замене место основног субјекта ризика пословања друштва са повериоцима друштва, што угрожава позицију поверилаца који практично немају могућност контроле корпоративних одлука органа друштава капитала које омогућују и у смислу општег ограничења плаћања члановима друштва недозвољена плаћања, што

13 Упор. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, 36/11 и 99/11, чл. 182 у вези чл. 184 и 275.

често, како и наша пракса показује, води стечајевима тих друштава и тиме угрожавања позиције поверилаца. Одвраћању од таквих одлука и практично злоупотребе права чланова друштва не могу да спрече ни прописана правила одговорности (иначе без икаквог посебног разлога круг субјеката одговорности код друштва с ограниченом одговорношћу је шири од круга субјеката код акционарског друштва: код првог у случају несавесности одговарају и личном имовином поред чланова друштва који су примили такве исплате и други чланови којима се докажу тежи облици кривице и чланови органа друштва у случају своје несавесности, док код других одговарају само акционари који су примили такве исплагте а били су несавесни),[14] како то већ показује наша пословна и судска пракса примене ових института. С обзиром на то да нас на оваква решења, посебно код друштва с ограниченом одговорношћу, није обавезивала непостојећа регулатива ЕУ у овој области (блиска ограничења из Друге директиве ЕУ односе се само на акционарска друштва за државе чланице),[15] иако постоје таква национална решења земаља са далеко развијенијом свешћу о значају и светости права, као и са културом примене права, чини се да је наш избор могао и морао бити другачији.

3. Групе друштава – сигуран пут за „главобољу“ поверилаца зависног друштва

Свим формама повезаних друштава заједничко је постојање правног субјективитета свих појединачних зависних друштава (филијала) и правног субјективитета матичног друштва, али не и постојање једног правног субјективитета свих повезаних друштава. Ово важи чак и за случај да матично друштво има капитал учешће у својим зависним друштвима 100%. Одвојеност правног субјективитета матичног друштва и зависних друштава има значајна правна дејства: посебност свих органа у матичном друштву и свим зависним друштвима (уз одређене изузетке), непостојање узајамне одговорности за обавезе према трећим лицима по самом закону, посебно *непостојање одговорности матичног друштва за обавезе зависних друштава* (осим у изузетним случајевима у поводу „пробијања правне личности“), *немогућност узајамног заступања без посебног овлашћења*, постојање посебних општих аката, непримењивање уговорене клаузуле конкуренције за органе матичног друштва на органе зависних друштава (и обрнуто), *самосталност стечаја* и слично.

14 Упор. ЗОПД, чл. 185 и 275, ст. 4.

15 Вид. Друга директива ЕУ, чл. 1 и 15–40.

У стварном животу, међутим, правни субјективитет зависних друштава (како непосредно директно зависних, тако и посредно – индиректно зависних) често је само обична фикција, те се правна ортодоксност (догматика) повлачи пред економским реалностима (интерес целине повезаних друштава). У сукобу правног (субјективитет) и фактичког (економско јединство), често фактичко односи предност. Повезана друштва не могу се, наиме, посматрати као трећа лица у узајамним односима, како би то произлазило из одвојености и посебности правних субјективитета. Отуда, иако целина повезаних друштава, правно посматрано, нема правни субјективитет, низ правних решења гради се управо тако да се тај субјективитет претпоставља (постојање интереса групе).

Притиснуто стварним разлозима функционисања групе повезаних друштава компанијско право од принципијелне позиције самосталности субјективитета сваког друштва (матичног и свих зависних појединачно) прави неке изузетке. Прво, *у домену фискалног права,отклања се двоструко опорезивање дивиденди* на нивоу матичног друштва (дивиденде акционара овог друштва) и зависних друштава (дивиденде матичног друштва као акционара у овом друштву), под одређеним условима (најчешће се захтева да матично друштво има учешће 25% или више у зависном друштву). Друго, *у домену рачуноводственог права*, под одређеним условима (по правилу, ако матично друштво има контролно – већинско капитал учешће у зависном друштву), омогућује се тзв. финансијско консолидовање (*годишњи консолидовани биланс*) и опорезивање групе друштава као једног пореског обвезника.[16] Коришћењем овог института, матично друштво може губитке у пословању једног свог друштва покрити са добити другог друштва (чиме умањује пореску основицу), што значи да економски факти побеђују правну независност друштава. Треће, *у домену радног права* (премештаји и отпуштање запослених) целина повезаних друштава (група друштава) сматра се јединственим субјектом.

Повезана друштва, међутим, *у области имовинског права,* остају са одвојеним правним субјективитетима матичног друштва и зависних друштава (сваког појединачно), те тиме и одвојеним имовинама. У интересу заштите поверилаца зависног друштва често има потребе да се прескоче појединачни прагови субјективитетаи да се у помоћ призове економски терен *јединства имовине свих повезаних друштава,* под одређеним условима. За овим има посебне потребе у одређеним случајевима, попут: преваре поверилаца зависног друштва, могућност тзв. вишеструке деривације, злоупотреба правног субјективитета зависног друштва (објективна и субјективна), код 100% капитал учешћа матичног друштва у зависном

16 Закон о рачуноводству – ЗОР, *Службени гласник РС*, 62/13, чл. 27. Seventh Directive EEC on Consolidated Accounts (83/349/EEC, *OJ L 193*), чл. 1 и даље.

друштву или чак код таквог учешћа преко 75% (с обзиром на то да тада матично друштво као такав члан зависног друштва може самостално доносити све одлуке у зависном друштву), *код мешања имовина матичног и зависног друштва и практичног постојања привредног идентитета матичног и зависног друштва*, код *фиктивности постојања зависног друштва*– „пробијање правне личности" зависног друштва и слично. У правној теорији се такође подржава афирмација јединственог субјективитета повезаних друштава (групе друштава) и на имовинском плану, и то посебно афирмацијом *теорије транспарентности повезаних друштава* која води прихвату њиховог економског реалитета и правној основаности мешања имовине зависног и матичног друштва, те тиме и одговорности матичног друштва за обавезе зависног друштва.[17]

Дугогодишњи напори ЕУ да у овој области донесе посебну дирктиву, како би посебно учиниласигурнијим положај поверилаца зависних друштава, остали су без успеха, што даје отворена врата националним компанијским законима да у том погледу буду иновативнији и оригиналнији. Српски компанијски закон, нажалост, није у овом погледу дао ништа ни ново ни оригинално, а потребе за тим има посебно у окружењу земаља које одликује низак праг правне сигурности, са колебљивом и неузорном судском праксом. Ако ништа друго, српски законодавац је могао бити издашнији у инструктивним нормама када се може сматрати да је очигледно „пробијен правни субјективитет" зависног друштва од стране матичног друштва (зависно друштво као „проточни бојлер" матичног друштва), када су помешане имовине зависног и матичног друштва до те мере да повериоци зависног друштва немају никакву могућност наплате својих потраживања и слично. За почетак, можда је путоказ такве заштите могао бити систем заштите поверилаца подређеног (управљаног, контролисаног) друштва које је закључило уговор о контроли и управљању са матичним (управљачким, контролним) друштвом, јер се чини да и у једном и у другом случају стоје истоветне потребе и истоветни разлози такве заштите.[18] Корак даље било би свакако решење које би пребацило терет доказа са тужиоца (поверилац) на туженика (матично друштво) да је „пробијен правни субјективитет зависног друштва од стране матичног друштва" у случају апсолутног капитал учешћа (преко 75%) – практично увођење обориве претпоставке имовинске одговорности. У условима глобализације светске економије овај проблем у малим земљама, попут Србије, постаје још

17 Вид. Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава,* Београд, 2014, 207–236; Мирко Васиљевић, „Субјективитет групе друштава ('интерес групе'– стварност и/или фикција)", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (уредник Вук Радовић), 2015, 11–30.

18 Вид. ЗОПД, чл. 566.

изоштренији, с обзиром на то да транснационалне компаније са седиштима у развијеним земљама постају све више власници зависних друштава основаних у таквим земљама.

4. Статусне промене – заблуде о сигурности поверилаца

Ако у следству статусне промене друштво преносилац престаје да постоји (спајање, припајање, подела), кључна последица на плану одговорности је гашење узајамних потраживања између друштва (друштава) преносиоца и друштва стицаоца, а целокупна имовина и све обавезе друштва (друштава) преносиоца прелазе по самом закону на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени и друштво стицалац постаје нови дужник у погледу тих обавеза *(потпуна универзална сукцесија код спајања и припајања)*,[19] а пошто код поделе постоји *више друштава стицалаца* (најмање два), свако друштво стицалац одговара за пренете обавезе на то друштво (нови главни дужник) и, поред њега, свако од осталих друштава одговара *супсидијарно* за обавезе које су, у складу са планом поделе, прешле на остала друштва стицаоце до износа разлике између вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео (*супсидијарна ограничена одговорност – пренете – распоређене обавезе престалог друштва)*, осим ако је са одређеним повериоцем друкчије уговорено и осим ако је поверилац у складу са законом којим су уређена привредна друштва у контексту статусне промене остварио право на одговарајућу заштиту.[20]

Имовина друштва преносиоца престалог поделом (подела), која уговором о статусној промени, односно планом поделе није пренета ниједном друштву стицаоцу (*непренета имовина престалог друштва – „заборављена имовина"*), нити се тумачењем тог уговора, односно плана поделе може одредити којем друштву стицаоцу се та имовина има пренети, *преноси се сваком од друштава стицалаца сразмерно учешћу имовине која је на њих пренета, умањене за преузете обавезе*, у укупној нето имовини друштва престалог поделом.[21]

Обавезе друштва преносиоца престалог поделом (подела) које уговором о статусној промени, односно планом поделе нису распоређене ниједном друштву стицаоцу нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем друштву стицаоцу се имају распоредити (у смислу главног дужника), имају за солидарно одговарне дужнике свако друштво стицаоца (садужници) до износа разлике између

19 ЗОПД, чл. 486, 487 и 505 ст. 3, тач. 2 и 3 и ст. 5; Трећа директива ЕУ, чл. 23.

20 ЗОПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1 и 2 и ст. 5 и чл. 509.

21 ЗОПД, чл. 506, ст. 1.

вредности имовине која је на то друштво пренета и обавеза које је то друштво преузело (*солидарна ограничена одговорност – нерасподређене – „заборављене“ обавезе*).[22]

Ако у следству статусне промене друштво преносилац не престаје да постоји (издвајање), кључна правна последица статусне промене *на плану одговорности* је пренос дела имовине и обавеза (с обзиром на то да то друштво преносилац не престаје да постоји) друштва преносиоца на друштво (друштва) стицаоца, у складу с планом поделе, чиме друштво (друштва) стицалац постаје *солидарно* одговорно (садужник) са друштвом преносиоцем (које остаје главни дужник и то према општим правилима одговорности неограничено целом својом имовином) за његове *обавезе које нису пренете на друштво стицаоца*, али само до износа разлике између вредности имовине друштва преносиоца која је тиме пренета и обавеза друштва преносиоца које је до тада преузело (*солидарна ограничена одговорност – непренете-нерасподређене обавезе непресталог друштва*), осим ако је са одређеним повериоцем друкчије уговорено и осим ако је поверилац у складу са законом којим су уређена привредна друштва у контексту статусне промене остварио право на одговарајућу заштиту.[23] Закон не покрива питање (правна празнина) одговорности постојећег друштва код издвајања за *пренете-расподређене обавезе* (али по општим правилима одговорности таква одговорност остаје и то неограничено целом имовином), као и питање постојања узајамне одговорности друштава стицалаца за пренете обавезе на друга друштва (садужници), осим појединачне одговорности за обавезе пренете на конкретно друштво (које је за те обавезе главни дужник), али би по аналогији овде требало да важе иста правила као и код поделе за пренете обавезе – супсидијарна ограничена одговорност.

Поверилац друштва које учествује у статусној промени (и друштва преносиоца и друштва стицаоца) чије је *потраживање настало пре регистрације статусне промене* у складу са законом којим се уређује регистрација привредних друштава, а који сматра да та статусна промена у којој учествује његов дужник *угрожава намирење његових потраживања*, може захтевати добијање одговарајуће заштите, у року од 30 дана од дана објављивања обавештења о документима и актима који се обавезно припремају за статусну промену, од свог дужника. Ова заштита може се пружити на следећи начин: 1) давањем обезбеђења у виду залоге, јемства и слично; 2) изменама услова уговора по основу ког је настало потраживање или раскидом тог уговора; 3) одвојеним управљањем имовином друштва преносиоца до намирења потраживања; 4)

22 ЗОПД, чл. 506, ст. 2.

23 ЗОПД, чл. 505, ст. 1 и ст. 5 и чл. 509.

предузимањем других радњи и мера које обезбеђују повериоцу положај који није лошији у односу на положај који је имао пре спровођења статусне промене.[24] Посебна правила у смислу заштите стечених права важе за заштиту ималаца обвезница и других серијских дужничких хартија од вредности, као и ималаца посебних права из тих хартија.[25] Поверилац који не добије одговарајућу заштиту у овом смислу исту може тражити у прописаном року и судским путем.[26]

Поверилац друштва преносиоца, односно друштва стицаоца има право да ову законом установљену заштиту захтева од свог дужника или од друштва стицаоца, односно од друштва преносиоца само ако је финансијска ситуација друштава која учествују у статусној промени таква да спровођење статусне промене *угрожава намирење његовог потраживања* те је пружање те заштите неопходно ради обезбеђивања положаја повериоца који неће бити лошији од положаја који је имао пре спровођења статусне промене. Из логичних разлога, право да захтевају заштиту *немају повериоци чија потраживања спадају у први или други исплатни ред* у смислу закона који уређује стечај, *нити повериоци чије је потраживање обезбеђено*.[27]

Солидарна ограничена одговорност новонасталих друштава *за непренете обавезе* друштва преносиоца, односно међусобна супсидијарна ограничена одговорност новонасталих друштава из статусних промена *за пренете обавезе*, као позитивно правни режим нашег компанијског закона, у значајној мери погоршава позицију дотадашњих поверилаца друштва преносиоца у односу на ранији компанијски закон, а посебно, што је још важније не одражава на прави начин ни идеје тзв. Шесте директиве ЕУ[28] везане за одговорност за обавезе друштва преносиоца, било да престаје или не престаје да постоји – подела и издвајање (како пренете на новонастала друштва, тако и непренете). Најпре, Шеста директива прописује солидарну одговорност друштава стицалаца као примарну форму заштите поверилаца друштва преносиоца (за пренете обавезе), уместо наше супсидијарне одговорности (истина са незнатним прагом разликовања између ове две одговорности).[29] А затим, још

24 ЗОПД, чл. 509.

25 ЗОПД, чл. 512 и 513.

26 ЗОПД, чл. 511.

27 ЗОПД, чл. 510.

28 Шеста директива ЕУ замењена је, истим решењима (уз нову нумерацију чланова), са Директивом ЕУ о одређеним аспектима компанијског права – Company Law Direktive (Official Journal L. 169, 30. 06. 2017/1132). Више: Мирјана Радовић, „Одговорност друштва стицаоца за обавезе друштва преносиоца код статусних промена поделе и издвајања", *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Београд, 2017, 145–178.

29 Разлику вид. М. Васиљевић (2017), 94–98.

важније, ограничење и солидарне и супсидијарне одговорности не чини обавезним, већ оставља државама чланицама да то могу учинити („*may limit such joint and several liability to the net assets allocated to each of those companies*“).[30] Наше је чврсто уверење да је у оваквим околностима за нашу земљу било далеко боље да је остављено решење ранијег закона о солидарној неограниченој одговорности – *примена правила универзалне сукцесије (делимична универзална сукцесија) и код поделе и издвајања као и код спајања и припајања* (и међусобно између друштава стицалаца за пренете обавезе и за непренете обавезе друштва преносиоца на друштва стицаоце).[31] На овај начин сигурност „старих“поверилаца (до дејства статусне промене) друштва преносиоца (било да престаје – подела или не престаје – издвајање) и „старих“ поверилаца према конкретном друштву стицаоцу на кога је распоређена конкретна обавеза или које тако одговара за непренете обавезе,била би утемељенија и у материјалном смислу (интерни односи по основу права регреса платца против главног дужника или и садужника сразмерно пренетој имови-

30 Шеста директива ЕУ, чл. 12. Вид. V. Edwards, *EC Company Law*, New York, 1999, 109–111.

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

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

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

Непрецизност ове норме Закона о облигационим односима, посебно са становишта обима и случајева примене (вид. Закључак Уставног суда Србије Iuo 354/213, од 19.04.2016; одлука Уставног суда БиХ, АП 4490/14, *Службени гласник БиХ,* 12/16; одлука Вишег привредног суда Србије, Пж – 3059/00; одлука Врховног касационог суда Србије, Прев 91/07; одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2077/01), те несигурност поверилаца из приватизације по основу *закључених уговора о куповини имовине* (уз уговорно искључење одговорности за обавезе и остављање обавеза дотадашњем дужнику), што је навело судску праксу да лимитира њену примену (куповина стана и одговорност купца за неплаћене обавезе ранијег власника везане за власништво стана – критика: Ненад Тешић, „О „изузетности“ дуга за струју“, *Harmonius*, 2016, 293–319; одговорност наследника за обавезе оставиоца – Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 – одлука Уставног суда Србије, 6/15, члан 222 и слично; вид. Дејан Ђурђевић, „Заштита наследника од последица стицања презадужене заоставштине“, у: *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, зборник радова, књига VI, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 171–187), а у ситуацији постојања посебних норми Закона о привредним друштвима који уређује одговорност код статусних промена привредних друштава одступајући делимично од овог института (примена правила универзалне сукцесије – потпуне и делимичне), налаже заузимање става о непримени ове одредбе на „располагање имовинским целинама“ у случају статусних промена.

ни ако се од њега не намири прихватљивије су решење) и у процесном смислу (не би морао да буде обавезан да као тужилац доказује да та разлика вредности имовине и пренетих обавеза постоји код конкретног друштва стицаоца и да тиме постоји његова солидарна или супсидијарна одговорност за обавезе које је створио њихов ранији дужник – друштво преносилац –*probation diabolica*, односно за обавезе других друштава стицалаца). На различиту праксу наших судова[32] и различит третман поверилаца у овим споровима, те тиме и изражену правну несигурност и повреду права на правично суђење указао је и Европски суд за људска права у Стразбуру.[33]

5. Индивидуално и/или колективно заступање привредног друштва (шта је правило а шта изузетак)

Привредна друштва заступају заступници друштва (*то може бити и једно лице: физичко лице или друштво регистровано у Србији – правно лице*), који су то по самом закону, индивидуално или колективно, зависно од врсте друштва и решења националних закона. Друштво мора имати *најмање једно физичко лице као законског заступника,* а ако друштво заступа друго друштво то чини преко свог законског заступника или пуномоћника овлашћеног писменим пуномоћјем. Према Закону о привредним друштвима, привредно друштво заступа директор *ex lege* (у ортачком друштву то могу бити један или више или сви ортаци или треће лице – прокуриста, у командитном друштву један или више или сви комплементари или треће лице – прокуриста, а у друштву са ограниченом одговорношћу или акционарском друштву један или више извршних директора). Ово *законско заступничко овлашћење* произлази из самог статуса директора друштва капитала (односно статуса ортака и комплементара), који се у заступничким пословима појављује као саставни део тог друштва, као његов орган, изражавајући вољу тог друштва (делује не као *alter ego* тог друштва, него као његов его).

Поред директора привредног друштва капитала, оснивачким или другим општим актом друштва или одлуком надлежног органа друштва као заступници могу се одредити и друга лица. Реч је о статутарним (аутономним) заступницима друштва који се у том својству такође обавезно региструју. Одређивање *статутарних (аутономних) заступника* није нужност, али се често показује потребним ради

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

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

веће специјализације заступничких послова. Уколико се одреди више оваквих заступника друштва капитала, поред директора као законског, истим општим актом потребно је разграничити њихова заступничка овлашћења и то регистровати (као и саме заступнике са депонованим потписом) ради евентуалног дејства према трећим лицима. Изузетно, друштво може заступати и неко лице које друштво континуирано прихвата као свог заступника и на начин да код савесних трећих лица ствара уверење да је реч о заступнику (*конклудентно овлашћење – конклудентни заступник*).

У сваком случају, ако се одреди више *оваквих заступника,* потребно је одредити како ће *заступник на основу закона* вршити њихову координацију, као и да ли ће они (ако их је више) заступничка овлашћења вршити *одвојено (самостално)* или *заједно (колективно)*. Уколико у акту друштва који се депонује у регистар о овоме није ништа речено, и у складу с тим нема ништа регистровано, општи принцип би требало да буде самостално заступање (*самостално заступање треба да буде правило, а колективно се изричито одређује)*. Српски компанијски закон, међутим, ово правило не потврђује код свих форми привредних друштава, штавише, конкретним решењима код појединих форми друштава га у одређеној мери и компромитује и чини тешко објашњивим и прихватљивим. Тако је самостално заступање постало у српском закону диспозитивно правило код ортачког и командитног друштва (разлог се вероватно налази у чињеници да је реч *о уговору и друштву intuitu personae,* те да постоји међусобно поверење ортака, у противном могу се уговорити форме колективног заступања), док је код друштва с ограниченом одговорношћу и поред постојања снажних елемената *intuitu personae* обрнуто правило (колективно заступање као правило уз могућност уговорања самосталног заступања), што важи и за акционарско друштво, код ког због изостанка овакве природе овог друштва, ако је то наводни разлог оваквих правила, ово може да буде и објашњиво, иако не рационално и прихватљиво.[34] У сваком случају, код *колективног заступања*, правило о потребној сагласности свих одређених и у регистар уписаних заступника важи само за тзв. *активне радње заступника према трећим лицима*, док је за тзв. *пасивне радње* које према заступницима чине трећа лица (нпр. приговор на робу и сл.) довољно

34 Упор. ЗОПД, чл. 111 (ортачко друштво), чл. 126 (командитно друштво), чл. 221 (друштво с ограниченом одговорношћу), чл. 388 (акционарско друштво – једнодомно управљање) и чл. 422, ст. 1 (акционарско друштво – дводомно управљање). Диспозитивно правило заједничког заступања код акционарског друштва важи и за могућност ограничења и „супотписом прокуристе“ (ЗОПД, чл. 388, ст. 5 и чл. 422, ст. 6), док је код прокуре диспозитивно правило индивидуалног заступања, иако има више прокуриста (ЗОПД, чл. 37, ст. 2).

да се оне учине само према једном од лица овлашћених на колективно заступање, па да се сматра да су учињене правноваљано.[35]

6. Воља капитал већине друштва капитала у „оковима“ права капитал мањине

Акционарско друштво по правилу има велики број акционара, који се међу собом и не познају и отуда су сукоби неизбежни. Иако акционари овог друштва на скупштини доносе одлуке прописаном већином, које обавезују све акционаре, па и оне који нису учествовали у одлучивању или су учествовали и гласали против, чест је случај да мањински акционари по акционарском капиталу приговарају већини по капиталу да злоупотребљава технику већине за афирмацију својих личних интереса на штету интереса друштва, што води сукобима у друштву и потреби заштите мањине. При том, под мањином се подразумевају акционари који, из различитих разлога, нису гласали за одређену одлуку скупштине друштва донету већином гласова. Али ова мањина је врло често неорганизована, хетерогена, неухватљива и, према томе, тешко ју је заштитити.

Заштита акционарске мањине по капиталу ни у ком случају не може водити блокади одлучивања у друштву. Потребно је, дакле, наћи равнотежу између *начела већине*, што је темељна филозофија акционарског друштва, и *начела заштите мањине*. Национална права у основи познају више мера које имају вокацију да, са једне стране, афирмишу правило већине и истовремено спрече његову злоупотребу (*теорија злоупотребе већине*), а са друге стране, да заштите мањину, али и спрече злоупотребу њених права (*теорија злоупотребе мањине).*[36] Ове мере могу се сврстати у две групе: превентивне (извансудске) мере (коришћењем овлашћења мањине у скупштини и коришћењем овлашћења у погледу разних форми институционалне контроле – унутрашње и спољне) и судске и административне мере заштите.[37] Најдаље у заштити акционарске мањине по

35 Упор. ЗОПД, чл. 37, ст. 5 (за прокуру), чл. 111, ст. 4 (за ортачко друштво), чл. 126 (за командитно друштво), чл. 221, ст. 3 (за друштво с ограниченом одговорношћу), чл. 388, ст. 3 (за акционарско друштво – једнодомно управљање) и чл. 422, ст. 1 у вези чл. 388, ст. 3 (акционарско друштво – дводомно управљање).

36 Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2001, 632–638. О злоупотреби права већине и права мањине, али и права једнакости (као варијанте злоупотребе права мањине и изједначености њихових правних режима) говори посебно: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 172–178. О доктрини преваре мањине види: R. P. Austin, I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law,* Chatswood, N.S.W., 2007, 639–667.

37 Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris 2003, 483–500; J. H. Farrar, *Company Law,* London-Edinburgh 1988, 381–408; L. Sealy, *Cases and Materials in Company Law,* London 1992, 452–510; R. Pennington, *Company Law,* London, 1995, 885–920; L. C.

капиталу[38] (у случају дисперзованих акционара, они су по правилу већина по броју) отишло је англосаксонско право, које је формирало став да су *већински акционари у основи у фидуцијарној дужности и према мањинским акционарима (тзв. други агенцијски проблем корпоративног управљања)*,[39] посебно у вези са пословима који излазе изван оквира редовног предмета пословања друштва.[40] Већински (и контролни и значајни) акционари морају увек гласати у интересу компаније, што важи и за чланове органа друштва са дужностима према друштву.

Једно од кључних контроверзних питања на релацији акционарска већина (која твори вољу акционарског друштва кроз одлуке скупштине) – акционарска мањина, тачније несагласни акционари састоји се у законским гаранцијама права мањине у одређеним случајевима. За решење овог питања мора се позвати у помоћ природа акционарског друштва: акционарско друштво – уговор (класика), акционарско друштво – институција (савременост). На основици ова два поља поларности лежи и теоријска расправност питања *права несагласних акционара на излазак из друштва*. Наиме, ако се ово право веже за уговор (класика), измена уговора било којом формом већине у смислу класичних правила облигационог права није могућа, осим ако за то постоји основ у самом уговору. Модерно акционарско право, међутим, у основи и не даје оснивачком акту овог друштва уговорну природу јер му изричито не дозвољава промену, а такође изреком „*ex lege*" га чини обавезним и за чланове друштва који након оснивања друштва постају његови чланови (акционари). Отуда, оправдавање евентуалног права несагласних акционара на излазак из друштва у законом дефинисаним случајевима, са обавезом друштва да им накнади „правичну" вредност њихових акција уговорном природом друштва нема чврсто правно утемељење. Удаљавајући се од своје уговорне природе, савремено акционарско друштво упловило је пуним једрима у институционалне воде функционишући по специфичним правилима једне институције са правним субјективи-

---

B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 642–686; R. Hamilton, *The Law of Corporations,* Minnesota, 1991, 410–426; E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 195–201; M. Ebeling, B. Gomard, *Corporations and Partnerships in Denmark,* Deventer-Boston, 1993, 140–148; J. Birds *et al.*, *Boyle and Birds Company Law*, London, 1995, 491–533; J. Charlesworth, (ed. G. Morse), *Company Law*, London, 1995, 398–444; A. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2004, 379–453; S. Oztek, *La protection des actionaires externs dans les groupes de sociétés dirigées par une société holding,* Lausanne, 1982*,* 298–328; G. Stedman, Shareholders Agreements, London, 1998, 112–163.

38 О деградацији права гласа акционарске мањине вид. P. Ledoux, *Le droit de vote des actionaires,* Paris, 2002, 237–284.

39 Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме,* Београд, 2013, 91–98.

40 J. H. Farrar, 380–408.

тетом. На овој основи одвојености од правног „*per se*“, питање права несагласних акционара може се више препустити укусима економије, тржишта капитала и неким (организационо-правним) аспектима корпоративног управљања.

Економски гледано, са становишта интереса акционарског друштва, чини се да нема спора да су оваква права несагласних акционара неприхватљива – извршење стратешке одлуке за развој и конкурентност друштва може бити блокирано због таквог економског бремена. Са становишта тржишта капитала, с друге стране, оваква гаранција тзв. права изласка из друштва несагласних акционара може водити расту инвестиционог интереса за већи избор инвестиционе алтернативе за улагање у акције (емпиријски непотврђеног и тешко доказивог). Коначно, ово питање дотиче, као што је то истакнуто, бројне аспекте корпоративног управљања који имају биполарну организационо-правну природу (*једни иду у прилог гаранције оваквих права*: спречавање злоупотребе већине; превентивни надзор над управом друштва да под оваквим одлукама не прикрива личне интересе; спречавање пада вредности акција несагласних акционара и умањење њихове ликвидности узроковано одлукама већине које дају основ за ова права; подстицање и других акционара, посебно контролних и већинских, да више надзиру управу како би предлагала и ове одлуке само кад су у интересу свих акционара и слично; *док други иду у прилог негације оваквих права:* ликвидност акција несагласних акционара може водити неликвидности самог друштва узрокованог извршењем ове обавезе; одлуке које потенцијално активирају права несагласних акционара доносе се квалификованом већином акционара, уз редовно учешће и акционара који имају значајно и/или контролно капитал учешће, а који су по самом закону дужни да такве одлуке доносе „у интересу акционарског друштва“ – темељни принцип акционарског права, као синтетичком интересу свих акционара, па дакле, и оних који су потенцијално несагласни; сви основи потенцијалних права несагласних акционара су у зони одлука скупштине акционарског друштва, а не управе друштва, те је предлог управе под „правим“ интересним надзором; законска гаранција оваквих права несагласних акционара супротстављала би се и другом темељном принципу акционарског права – принцип равноправности акционара исте класе).

Српски законодавац у сусрет променама закона који уређује привредна друштва у уређењу овог питања мора свакако бити далеко рестриктивнији од постојећих решења. Рестрикција постојећих основа, прешироко постављених, права несагласних акционара на излазак из друштва уз обавезу друштва на откуп њихових акција „по најповољнијој цени“,[41] чини се, ни у ком погледу није упитна. У окружењу не-

41 Закон о привредним друштвима (чл. 474, 462, ст. 5 и чл. 508) утврђује следеће основе овог права несагласних акционара:

спутаности постојањем било којих обавезујућих решења регионалне или друге природе, чини нам се, такође, да утемељење ових права не би требало да буде у зони императивности у постојећој форми, али ако би се законодавац определио за неку форму императивности, чини се да би кључни аргумент потребе неке форме минималне законске гаранције ових права, који се састоји у последичном губитку ликвидности акција несагласних акционара, могао бити „задовољен" уређењем овог питања на истој основи на којој је законодавац уредио права мањинских акционара зависних друштава код закључења уговора о контроли и управљању са матичним друштвом у делу права на исплату гарантоване просечне дивиденде по акцији утврђени број година.[42] Гаранција других и додатних права несагласних акционара у случајевима законом дефинисаних минималних основа, уз могућност аутономног проширења, могла би да буде у зони аутономије акционарских друштава.

7. Компанијскоправни спорови – излаз: јавноправна и/или приватноправна воља

Арбитрабилност („подобност спора за арбитражу"), која се и у компанијском праву утврђује доминантно генералним стандардом (постојање „у случају права којима странке могу слободно располагати"), и у овој области варира од земље до земље[43] и, чак, у истој земљи

1) промена статута друштва којом се умањују права акционара утврђена статутом или законом (непрецизност одређења може да води несигурности, те је најбоље да се то прецизира статутом);

2) статусне промене (акционари друштва преносиоца);

3) промене правне форме;

4) стицање и располагање имовином велике вредности;

5) промена времена трајања друштва;

6) промена других права акционара, ако је статутом утврђено да акционар из тог разлога има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу са законом;

7) повлачење једне или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала;

8) неусвајање од стране скупштине акционара извештаја и предлога мера ревизора који је вршио посебну или ванредну ревизију – акционари који су гласали за усвајање тог извештаја и предложених мера.

42 Критику вид. Мирко Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса", *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 11–27; Мирко Васиљевић, Вук Радовић, „Теоријске основе права несагласних акционара", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/17, 22–23.

43 Питање арбитрабилности је углавном под контролом националних судова и закона, јер је упитно да ли међународни или транснационални појам арбитрабилности уопште и постоји. Ипак, иако национални концепт, арбитрабилност има

може варирати у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.[44] Кључно је, међутим, да ли је реч о земљи која се руководи принципом *favour arbitri*, који у принципу води до генералне претпоставке у корист арбитрабилности трговачких спорова („*arbitration frendly position*"), укључујући и разне унутар-компанијске спорове (члан друштва-друштво, члан друштва-члан друштва, чланови друштва-одлуке органа компаније, члан органа друштва-друштво и слично).[45] У овом случају може се говорити о проширењу домена арбитрабилности и у области унутаркомпанијскоправних спорова,[46] што је модерна тенденција арбитражних и компанијскоправних закона.[47] У том смислу, говори се да је данас правна претпоставка арбитрабилности опште правило.[48] Ово се, чак, не одриче ни унутаркомпанијскоправним

међународни развој. Вид. L. A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective" in: L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (autors/editors), *Arbitrability – International and Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 2009, 1, 6.

44 Лепезу покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности," вид. L. A. Mistelis, 4–6.

45 Аустријска теорија истиче да су компанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, додајући да се арбитражне клаузуле врло често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид. E. Oberhammer, S. Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies", in: Ch. Klausegger, P. Klein at al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2010, 25–41; исто и у Немачкој: H. R. Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmBH)," *Association Suisse de l' arbitrage,* Kluwer Law International, 1996, Volume 14, 355. Ипак, проширивање домена арбитрабилности у аустријским правним изворима на „све новчане захтеве", како је то објашњено у пратећим материјалима, не може се схватити као обухват свих интеркорпорацијских спорова, те отуда одређене контроверзе ипак остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид. N. Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?", in: Ch. Klausegger, P. Klein*etal*. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2014, 33–34.

46 Ако је у уговору о статусним променама и преузимањима (M&A) уговорена арбитражна клаузула (или чак и у писму о намерама који претходи овом уговору) онда су и ови спорови арбитрабилни (проблем паралелних арбитражних поступака може настати ако и уговор акционара – који регулише односе између акционара и између акционара и друштва, односно и уговор о оснивању садрже арбитражну клаузулу о надлежности друге арбитраже). Реч је нарочито о споровима поводом повреда датих изјава или гаранција од стране продавца и споровима поводом тзв. метода прилагођавања цене преузимања. Вид. I. Esin, O. Celebi, „Arbitrating M&A Disputes", in: I. Esin, A. Yesilimark (eds.), *Arbitration in Turkey*, Kluwer Law International, 2015, 269–270, 274–283.

47 Више: P. P. Viscasillas, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes", *Arbitrability: Inetrnational and Comparative Perspectives* (ed. L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis), Kluwer, 2009, Chapter 14, 279–283.

48 P. P. Viscasillas, 279; CH. Drahozal, „Inovation in Arbitration Law, The Case of Delaware", *Pepperdine Law Review,* Vol. XX, n. 201x, 101–146.

споровима,[49] упркос чињеници да је тешко наћи у компанијскоправним прописима свеобухватну норму о арбитрабилности ових спорова,[50] која би покривала све форме привредних субјеката и све врсте интеркомпанијских спорова.[51]

За разлику од других арбитражних закона, међутим, српски специјални арбитражни закон наведеној формули уређења арбитрабилности на општем плану, што утиче и на арбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „*осим спорова за које је одређена искључива (курзив: аутор) надлежност суда*“[52] (у другим земљама, то, наравно, није правна празнина, јер је предмет уређивања других закона – углавном је реч о споровима било које природе везаним за непокретности, бродове и ваздухоплове, престанак привредних друштава, побијање или ништавост одлука скупштине привредног друштва). Наслањајући се на ову формулу матични српски компанијскоправни закон прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произилазе из овог закона, *надлежан је суд (курзив: аутор)* одређен законом којим се уређује надлежност судова,[53] према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огран-

49 Тако се истиче да има неколико компанијскоправних питања у упоредном праву која нису контроверзна са становишта арбитрабилности: 1) спорови у погледу тумачења оснивачког акта или статута, 2) постојање ограничења у промету акција, 3) спорови у погледу разрешења директора компаније, 4) спорови у вези одговорности директора или спорови о износу накнаде директора, 5) спорови у погледу права гласа, посебно у вези оних који произилазе из уговора о гласању, 6) спорови у вези расподеле добити и 7) спорови у погледу вредности акција. Вид. P.P. Viscasillas, 283; P. Bernandini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Metters“ (2007), in: J. Paulsson, L. Bosman (eds.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Supplement, No 48, 2007, 10–11.

50 За Русију, на пример. вид. J. M. Максимович, *Арбитрабельностье корпоратьивных споров,* магистерская диссертация, Москва, 2014; S. Strembelev, Y. Kryvoi, „Arbitrability of Corporate Law in Russia: To Be or Not To Be“?, 1–14, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract=2383736*. Поређење стања на овом плану у Русији и Аустрији, вид. N. Levanova, G. Saria, „Arbitration in Company Disputes – Main Features in Russia and Austria“, 2011, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=1951565*.

51 Такав пример „модела арбитражних клаузула“ споразумом Привредне коморе, Асоцијације нотара и Коморе јавних регистара промовисан је у Шпанији и покрива све врсте корпорација. Вид. P. P. Viscasillas, 281–282.

52 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 5, ст. 1.

53 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС,* 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, који за ове спорове и спорове поводом примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и за спорове о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности и прописа о престанку привредних субјеката прописује стварну надлежност привредног и привредног апелационог суда – чл. 25 и 26.

ка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда."[54]

Ratio legis прописивања надлежности привредног судства за интеркомпанијскоправне спорове који произилазе из закона који уређује све форме привредних друштава није, по нашем виђењу, искључење могућности уговарања надлежности домаће институционалне или *ad hoc* арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова (уз могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке), већ у потреби *утврђивања стварне надлежности овог судства* (као и расподеле месне надлежности) за све спорове „покривене" овим законом, без обзира да ли су странке привредни субјекти или не (члан привредног друштва као физичко лице) у циљу атракције надлежности код специјализованог судства, имајући у виду њихову истоветну природу, независно од природе странке (у противном, за спорове исте природе и са истим основом били би стварно надлежни различити судови, и специјализовани за привредне спорове и неспецијализовани).

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове), као бране арбитрабилности, доживело је значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (привредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.[55] Последњи трендови, међутим, у овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити само по себи искључивање арбитрабилности таквих спорова,[56] јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима", а, с друге стране, искључивање арбитрабилности таквих спорова морало би да буде само изричито (законска изрека у том смислу), а никако прећутно или закључивање типа *argumentum a contrario*. Отуда, питања са којима стране могу слободно располагати могу бити сматрана неарбитрабилним једино ако држава тако сматра и својом регулативом искључи арбитрабилност остављајући одлучивање о њима државним судовима или посебним управним телима (права којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног интереса – *јавни поредак као основ искључења арбитрабилности*).

54 ЗОПД, чл. 7.

55 Тако је, на пример, судио German Federal Court (BGH) педесетих година прошлог века. Вид. H. R. Kessler, 355.

56 Вид. Alen Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti u hrvatskom pravu,", *Pravo u gospodarstvu*, бр. 41/2:2002, 69 et seq.; Mihailo Dika, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova", *Pravo u gospodarstvu,* бр. 38/1:1999, 25–42.

Најилустративнији пример овакве еволуције гледања на арбитрабилност компанијскоправних спорова доживело је питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима, док се данас на то питање гледа као на арбитрабилно јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.[57] Тачније, ако постоје основи за ништавост (апсолутну) ових одлука, онда због интереса јавног поретка сматра се да су ти спорови неарбитрабилни, док у случају постојања основа за побојност ових одлука узима се да су они арбитрабилни, с тенденцијом да се и на ове прве све више гледа као на арбитрабилне (Белгија, Француска, Швајцарска, Аустрија, Немачка – изузев у случају јавних корпорација).[58] Исто тако на арбитрабилност ништавости привредног друштва се не гледа јединствено (за арбитрабилност: Белгија, Швајцарска, Шведска, САД; против арбитрабилности: Италија, Француска; јако спорно у Шпанији). Арбитрабилност престанка привредног друштва је такође спорна (арбитрабилно у Француској и Финској; у САД, Шпанији или Сингапуру питање је контроверзно),[59]осим код ортаклука, што је неспорно арбитрабилно.

8. Може ли боље?

Завршно питање „може ли боље“ као да није ни потребно. Седам година од доношења, без сумње, централног привредног закона – привредног „устава“ је довољан период да се сагледају сви његови недоста-

57 Ипак, гледање националних закона на ово питање није јединствено: у швајцарском праву(Swiss Federal Statute on Private International Law, art. 176–194) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама; ово изгледа следи и из: La Loi fédérale complétant le Code civil suisse (1911, art. 706); у хрватском праву (Zakon o arbitraži – 2001, čl. 3.2) је обрнута солуција: *искључива надлежност судова је лимит арбитрабилности међународне трговачке арбитраже;* у португалском праву (Arbitration Act, Law No 31/1986, No. 38/03, art. 1.1) сматра се да је искључива надлежност судова управо компонента арбитрабилности.

58 Интересантну еволуцију гледања на арбитрабилност ништавости одлука скупштине друштава капитала имамо у немачкој судској пракси. Немачки федерални суд (Federal Court of Justice – FCJ-BGH) најпре је судио да ови спорови упркос постојања арбитражне клаузуле нису арбитрабилни (*ArbitrablityI*, 1996), да би касније променио праксу у прилог арбитрабилности ових спорова (*Arbitrability II*, 2009), примењујући аналогно закон који уређује акционарска друштва (AktG, par. 246–249) у овом случају и на LLC (GmBH). Вид. H. R. Kessler, 355–356; L. Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, 8(1) Contemp. Asia Arb. J. 2015, 42–48.

59 Вид. P. P. Viscasillas, 284–287.

ци, чија се основна нит, чини се, састоји у нашој „ничим изазваној потреби“ да се прикажемо „европејцима“ и на овом плану и то далеко пре него што смо на то обавезни (путем „придруживања“ чланству или самим чланством у ЕУ). Заборавили смо на овом „путу којим се ређе иде“ да основна линија водиља у привредној регулативи мора бити допринос законског оквира правној сигурности. На климавом темељу, односно на недовољно осмишљеном систему регулативе основног привредног субјекта, „омађијани“ странпутицама хармонизације са правом ЕУ,нису ни могли бити боље решени стубови носача овог закона: место и однос *civil law/common law* института, одређење правог места чланова привредног друштва и поверилаца уместо инверзије места, сигурност поверилаца зависних друштава у групи друштава, „миран сан“ поверилаца привредних друштава у случају статусних промена, постављање правила и изузетка код индивидуалног и колективног заступања привредног друштва, заштита интереса привредног друштва „окованог“ правима несагласних и мањинских чланова друштва, доминација приватноправне воље власника привредног („приватног“) друштва у избору форума решавања интеркомпанијскоправних спорова у односу на јавноправну вољу и слично. Нажалост, промене овог основног привредног закона, које су недавно уследиле, наставиле су са истом логиком регулативе, посебно уграђујући институте „несигурне будућности“, а остављајући садашњост да се „дави“ у сопственим заблудама и неизвесностима („видела жаба да се коњи кују...“).

Mirko **VASILJEVIĆ, PhD**
Full Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade
President of the Permanent Arbitration at the Chamber of Commerce of Serbia

SERBIAN COMPANIES ACT – HOW BETTER COULD IT BE?

Summary

Regulation of companies as basic economic units is properly described as "economic constitution", which is an obverse of the "political constitution", considering the fact that the state economy relies on their business results. Therefore, the quality of that regulation, which objectively may be a disturbance, and

the degree of its true support for economic freedoms and especially the freedom of entrepreneurship, are of crucial importance.

Inspired by the aforementioned incontestable experience-based cognition, the author gives thorough and critical analysis of the Serbian Companies Act driven by the axiom: "The one, who knows only the words of law, does not know the law until he/she perceives its reason and sense" (Bogišić). In that sense, reasonable starting point is the objective framework (harmonized field of EU company law) while considering everlasting crossroad between the two great legal civilizations and philosophies: civil law and common law. Starting from this framework, the author considers following issues in Serbian Companies Act: the position of shareholders and creditors (whether there is an inversion of the stakeholders' place); defenselessness of the creditors of the subsidiaries in the group of companies; (un)certainness for the creditors in mergers and acquisitions; the confusion in the relation between the individual and collective representation of the company; the affirmation of the concept of possible abuse of minority shareholders to the detriment of majority shareholders and the company's interest; the entrapment of the party autonomy by the mandatory restrictions in relation to the jurisdiction in the event of company law disputes. Thus, the answer to the author's final question: "How better could it be" is definite.

Key words: *companies, shareholders, creditors, group of companies, subsidiaries, representative, arbitration.*

др *Борис* БЕГОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОПУЛИЗАМ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ: АНАТОМИЈА, ДИЈАГНОСТИКА И МОГУЋЕ ПОСЛЕДИЦЕ*

Резиме

Циљ рада је да истражи савремени популизам у праву конкуренције. Полазећи од дефиниције популизма, идентификовани су његови основни узроци и последице, пре свега по привредни живот. Указано је на то да наводни раст тржишне моћи и успон корпоративних синова представља изазов за популисте у области права конкуренције. Идентификова је необрандејзијанска доктрина, као отелотворење популизма у праву конкуренције, и размотрена су њена основна веровања: (1) политички циљеви права конкуренције; (2) израстање права конкуренције у свеобухватну регулацију; (3) однос према великим корпорацијама; (4) тржишна структура и процеси као приоритети права конкуренције и (5) политички карактер тржишта. Показало се да наведена веровања противрече сама себи и да не уважавају сазнања до којих је дошла савремена економска наука. Домети нове доктрине су скромни: она није транспарента, критеријуми који се нуде свакако су нејасни, можда и противречни, што значи да би њена евентуална примена у праву конкуренције

* Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије". Захваљујем Николи Илићу, Александри Јовановић, Ани Одоровић, Владимиру Павићу, Даници Поповић, Душану Поповићу и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке, нити неминовно дели изнете вредносне судове.

неминовно довела до повећања дискреције оних који то право спроводе, па тиме умањења правне сигурности учесника на тржишту и погоршања пословног окружења.

Кључне речи: *популизам, право конкуренције, критеријуми, необрандејзијанска доктрина, правна сигурност, благостање потрошача.*

I Увод

Популистички покрет, неспорно, обележава савремено доба. Његово јачање бележи се у готово свим развијеним земљама света. У некима од њих популистички покрети преузели су власт, у некима нису, али су у њима значајан политички чинилац. Такав политички развој отвара питање утицаја популизма на право конкуренције. Имајући то виду, циљ овог рада јесте да истражи постојање популизма у праву конкуренције и да понуди налазе у погледу његове анатомије, дијагностике и могућих последица. Циљ рада условио је његову структуру. Прво ће се размотрити дефиниције популизма и извори савременог популизма у развијеним земљама. Потом ће се пажња усмерити на односе између тржишне моћи и популизма, кључне релације са становишта популизма у праву конкуренције и његовој дијагностици. Следи анализа анатомије популизма у праву конкуренције, на примеру САД и релативно конзистентног популистичког пројекта у праву конкуренције те земље. То прати анализа домета популизма у праву конкуренције, да би закључак био посвећен одговору на питање да ли је на помолу нова ера права конкуренције.

II Популизам: дефиниција и извори

Најшире прихваћена савремена дефиниција популизма указује на то да је реч о идеологији која „друштво посматра као подељено, у крајњој линији, на две хомогене и антагонистичке групе: чист народ и корумпирану елиту“.[1] Из ове дефиниције произлазе две веома битне одреднице популизма. Једна је методолошка, усредсређена на то да популистички приступ познаје само две потпуно хомогене друштвене гру-

1 Cas Mudde, Cristobal Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford, 2017. Поред тога, популисти често указују на заверу елите која резултује у погубним последицама по интересе народа. Више о томе вид. Barry Eichengreen, *The Populist Temptation: Economic Grievance and Political Reaction in the Modern Era*, Oxford, 2018.

пе. Будући да унутар њих не постоји никаква хетерогеност, што значи да не постоје различити интереси унутар, на пример, народа, не постоји ни потреба за сагледавањем тих интереса, за расправом о њима, још мање за њиховим (демократским) усаглашавањем и тражењем уравнотеженог решења. Друга одредница је вредносна, будући да је елита по дефиницији корумпирана, а пошто важи претпоставка хомогености, у том погледу не постоји никакав изузетак. Исто тако, целокупан народ је „чист". Алтернативна савремена дефиниција популизма указује на то да је у питању „политички покрет са антиелитистичким, ауторитарним и локалистичким тенденцијама".[2] Остаје, међутим, нејасно да ли је сваки од наведених елемената довољан или само потребан услов, па тек симултана испуњеност сва три потребна услова представља довољан услов да би се одређени покрет сматрао популистичким. У својим каснијим разматрањима аутор ове дефиниције нагласак ставља на антиелитистички карактер покрета, па се стога индиректно може закључити да је испуњеност овог услова довољна да се нешто означи као популистички покрет.

За разматрање које следи значајна је и нешто ранија дефиниција популизма, дата на основу његових последица по економске политике, према којој „популистички приступ економији предност даје прерасподели, док занемарује ризике по економску стабилност услед знатног увећања јавне потрошње, инфлаторног финансирања и државне интервенције којима се гуши функционисање тржишта".[3] Из тога следи да популизам не признаје постојање избора у економском животу, као ни постојање опортунитетних трошкова неке одлуке на том плану, па одатле следи да не постоје никаква ограничења у вођењу економских политика и да се све може постићи само уз политичку добру вољу и једноставна решења која из ње следе.[4] Изражена вера популизма у државну интервенцију доводи до његове неминовне неконзистентности – државну интервенцију, по дефиницији, спроводи елита, а управо је, сматрају популисти, корумпирана елита та која поткопава интересе народа. Популисти, дакле, лек траже у појачавању узрока болести.

Услове који су чиниоци савременог популизма или који су макар поспешили његово бујање у развијеним земљама треба тражи-

2 B. Eichengreen, 1.

3 Rudiger Dornbusch, Sebastian Edwards, *The Macroeconomics of Populism in Latin America*, Chicago, 1991, 9.

4 Мишљење економских експерата, будући да они увек стављају до знања да постоје ограничења, односно да су неизбежни избори који произлазе из тих ограничења, неприхватљиво је за популисте. Штавише, експерти, били они економски или не, део су елите, наравно корумпиране, тако да популисти експерте прихватају са великом дозом подозрења. Више о томе вид. B. Eichengreen, 6.

ти у процесима који су створили губитнике, односно, боље речено, незадовољнике, будући да је бројност тог сегмента популације, начелно посматрано, пропорционална снази популистичких покрета. Један од тих чинилаца јесте технолошки напредак. Реч је о промени његовог карактера, будући да је, за разлику од негдашњег, савремени технолошки напредак пре свега заснован на напретку информационих технологија (IT). Некада су капитал и висококвалификована радна снага били супститути, док су капитал и нискоквалификована радна снага били комплементарни производни фактори; увођење технологије покретне траке управо је омогућило такву комплементарност. Међутим, савремени технолошки напредак довео је до повећаног степена аутоматизације/роботизације свих оних послова који се понављају, тако да ту више нема много места за нискоквалификовану радну снагу. Аутоматизација захтева висококвалификовану радну снагу, која ради на пројектовању, опслуживању и одржавању машина – капитал и нискоквалификована радна снага постали су супститути.

На тај начин технолошки напредак довео је до повећања тражње за радном снагом са високим нивоом људског капитала и до смањења тражње за радном снагом са његовим ниских нивоом. То је довело до повећања надница прве групе, а смањења надница друге, уз очекивани губитак одговарајућих радних места. Будући да је прва група радника и раније имала више наднице (последица високог нивоа људског капитала), овакво кретање довело је до повећања економске неједнакости,[5] што је само повећало незадовољство губитника.

Следећи узрок настанка губитника и увећања економске неједнакости јесте глобализација, пре свега слободна спољна трговина и привредни успон дотад сиромашних земаља, попут Кине. Наиме, према Столпер–Самјуелсоновој теореми,[6] јачање спољне трговине и, стога, одговарајућа специјализација земаља према њиховим компаративним предностима доводи до увећања тражње за оним производним факторима који се обилато користе у делатностима за које се земља специјализује, па стога и расте њихов доходак. Основна подела, унутар концептуалног оквира Хекшер–Олин–Самјуелсонове теореме, односи се на капитал и радну снагу, али се цео механизам може применити на висококвалификовану и нискоквалификовану радну снагу. Специјализација развијених земаља у делатностима које обилато кори-

5 Показало се да се технолошким променама може објаснити око 40% промена економске неједнакости у САД. Вид. David Autor, Frank Levy, Richard Murnane, „The Skill Content of Recent Technical Change: An Empirical Exploration", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 118, 2003, 1279–1333.

6 Вид. Robert C. Feenstra, Alan M. Taylor, *International Economics*, 3rd edition, New York, 2012.

сте висококвалификовану радну снагу довела је до пораста тражње за тим производним фактором и стога до одговарајућег пораста надница, док су смањене наднице нискоквалификоване радне снаге и изгубљена одговарајућа радна места.

Поменути механизам нарочито је постао изражен од када су се у светску трговину масовно укључиле земље са изузетно јефтином нискоквалификованом радном снагом, које су се специјализовале за активности управо засноване на том производном фактору. Не само да је тај процес довео до повећања разлике у дохоцима радника са различитим нивоима људског капитала у развијеним земљама него је довео до губитака одређене врсте радних места, пре свега оних у индустрији, што је поред пада дохотка оних са ниским нивоом људског капитала, довело и до њихове незапослености. Тај процес је појачан сељењем капитала у земље трећег света и подуговарањем (*outsourcing*) све већег дела пословних активности.[7]

Нискоквалификованој радној снази у развијеним земљама преостала су радна места у услужним делатностима, пре свега у области неразменљивих услуга, које по нивоу дохотка и квалитету далеко заостају за изгубљеним радним местима у индустрији. Штавише, јачање међународних миграција и прилив неквалификоване радне снаге само су појачали конкуренцију на овом сегменту тржишта радне снаге, што је довело до опадања или барем стагнације надница.[8]

Све то пратило је повлачење државе благостања и релативно смањење мреже социјалне заштите. Свакако да су на то утицали бројни чиниоци, а један од њих може бити то да је доста дуго, све до финансијске кризе из 2008. године, доминирало велико самопоуздање у погледу управљања макроекономским токовима. Инфлација је била зауздана, а чинило се да су привредни циклуси ствар прошлости, па се стога закључило да нема потребе да се друштво стара о масовној незапослености изазваној рецесијом.[9]

7 Најновији талас глобализације, заснован на напретку информационих технологија, заснива се на разбијању јединства производног процеса и дислокацији сваког његовог сегмента на локације које су по својим трошковима најконкурентније, чиме се поспешује подуговарање. Више о томе видети: Richard Baldwin, *The Great Convergence: Information Technology and the New Globalization*, Cambridge, Massachusetts, 2016.

8 Вид. Paul Collier, *Exodus*: *Immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, London, 2013.

9 Вид. B. Eichengreen, 49. Значај овог чиниоца не треба преувеличавати. Знатан утицај на смањење државне благостања јесте глобализација и чињеница да је у тим условима мобилност капитала изузетно велика. То, с једне стране, условљава ниске стопе опорезивања капитала, а, са друге, потребу конкурентности на светском тржишту, која се, између осталог, постиже ниским опорезивањем производње, боље

Дакле, очигледно је да постоје бројни разлози који су довели до повећања економске неједнакости и до стварања губитника, односно незадовољника. Не залазећи у расправу о њиховој релативној снази, треба напоменути да су сви уочени чиниоци одрживи, што значи да у догледној будућности не треба очекивати слабљење њиховог дејства, већ, напротив, само њихово јачање. То не значи да не постоје одређене државне политике којима се може ублажити њихово дејство, али и ефекти тих политика могу се очекивати искључиво на дуги рок. Дакле, чиниоци популизма неће нестати, па се стога може закључити и да популизам неће нестати у догледној будућности.

Будући да су осликани основни елементи и узроци савременог популизма, анализа може да се усредсреди на однос између тржишне моћи и популизма.

III Тржишна моћ и популизам

Извесно је да постојање, а нарочито јачање тржишне моћи представља изазов за популисте. За овај увид није потребно велико образложење. Тржишна моћ се, веома често, поистовећује са великим компанијама, а управо те велике компаније у очима популиста представљању „корумпирану елиту", која ради на штету „чистог" народа.[10] Што су веће те компаније, што је већа њихова тржишна моћ, за популисте је очигледније да њима треба стати на пут, да им се треба супротставити.[11]

речено производних фактора. Стога су, у таквим околностима, они који заговарају смањење неједнакости одустали од присилне прерасподеле путем опорезивања производних фактора као основног механизма прерасподеле, процењујући да тако нешто није изводљиво, већ су се усредсредили на то да се сиромашни укључе у власништво над капиталом, па тиме и на приходе од њега. Више о томе вид. Branko Milanovic, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge, Massachusetts, 2016.

10 Такво поистовећивање је погрешно, будући да индустријска организација, дисциплина економске науке на којој се заснива савремено право конкуренције, под тржишном моћи подразумева разлику између цене и граничних трошкова, односно способност учесника на тржишту да одрживо подигне цену свог производа изнад сопствених граничних трошкова. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012. Величина учесника на тржишту не представља ни потребан ни довољан услов за његову тржишну моћ.

11 Иако се председнички кандидат Доналд Трамп, чију предизборну кампању многи оцењују као популистичку, током предизборне кампање само једанпут огласио у погледу права конкуренције и тржишне моћи, јасно је ставио до знања да је против вертикалног спајања (концентрације) компанија *AT&T* и *Time Warner* због тога што је њихова концентрација „пример структуре моћи којој се супротстављам". Више о

Стога, треба преиспитати тезу да је, барем у САД, дошло до повећања тржишне концентрације, па тиме, наводно, и до увећања тржишне моћи. Упозорења у том погледу су бројна, али је тешко доћи до закључка да ли је стварно дошло до значајног и одрживог повећања тржишне концентрације, односно тржишне моћи, будући да постоје знатни методолошки проблеми на овом плану. Први и основни јесте то што је једина тржишна концентрација која је релевантна за ово разматрање – за право конкуренције и индустријску организацију као дисциплину економске науке на коме се оно заснива – концентрација на релевантном тржишту, а готово све досадашње анализе рађене су на нивоу сектора делатности, без обзира на то о ком се нивоу агрегације ради. Таква анализа није методолошки коректна, будући да тржишна моћ постоји искључиво на релевантном тржишту, што поготово ствара проблеме уколико постоје уска релевантна тржишта производа, а нарочито уска релевантна географска тржишта.[12] Надаље, не постоји линеарна веза између концентрације на релевантном тржишту и тржишне моћи, односно нивоа конкуренције, будући да и високе концентрације могу да доведу до знатног конкурентског притиска и, стога, мале тржишне моћи. Штавише, поставља се питање смера узрочно-последичне везе. Уколико је, на пример, један учесник на тржишту, својом ефикасношћу и квалитетом производа који нуди, истиснуо неке мање ефикасне конкурентне, онда је повећање тржишне концентрације последица увећаног степена конкурентског притиска, а не узрок његовог опадања.[13]

Несумњиво је, међутим, да је дошло до раста величине предузећа и да појединим секторима, попут IT индустрије, доминирају веома велики учесници на тржишту. Као што је већ напоменуто, то, само по себи, може да буде показатељ јачања конкурентског притиска, а не његовог опадања. Но, независно од тог налаза, поставља се питање узрока увећања величине предузећа и настанка корпоративних џинова, нарочито у IT сектору. Оправдано је поставити хипотезу да је данас, нарочито у појединим секторима, економија обима снажнија него пре

томе вид. Carl Shapiro, „Antitrust in Time of Populism", *International Journal of Industrial Organization*, 2018 (forthcoming). *https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2018.01.001*.

12 У условима постојања локалних географских тржишта, повећање концентрације на нивоу сектора може да доведе до смањења тржишне моћи на релевантном географском тржишту. Битно је и како настаје повећана концентрација. Да ли је једна успешна компанија, која је ефикасна и чије пословање увећава потрошачев вишак, истискује друге, мање ефикасне компаније, или је у питању хоризонтална концентрација? Вид. C. Shapiro, 17.

13 На тај начин може се објаснити опадање учешћа радних доходака у БДП многих земаља. Више о томе вид. David Autor *et al.*, „Concentration On the Fall Of Labor Share", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, Vol. 107, 2017, 180–185.

двадесетак или тридесетак година. Постоји неколико доказа у прилог овакве хипотезе. Прво је промењена структура трошкова, са знатним растом учешћа фиксних трошкова у укупним, што говори о ширењу недељивости које генеришу економију обима. У прилог оваквом ставу говори налаз о промењеној структури имовине савремених корпорација, уз доминацију нематеријалне имовине у укупној.[14] Највећи део те нематеријалне имовине чине права интелектуалне својине, без обзира на то да ли је реч о праву на индустријски дизајн, жиговима или патентима, а она су последица инвестирања у маркетинг и јачања тржишне позиције, с једне стране, и инвестирања у истраживање и развој, које доводе до проналазака, са друге. Овакав исход сасвим је очекиван у условима све израженије диференцијације производа (интензивирања монополистичке конкуренције, типичне за савремене олигополе) и све већег значаја иновација као метода конкурентске борбе.[15] Дакле, све наведено говори у прилог постојања знатне економије обима.

Други посредни доказ хипотезе о јачању економије обима може се наћи у знатном увећању корпоративних профита у развијеним земљама, нарочито у САД. Уз сва колебања до којих је, услед глобалне рецесије после финансијске кризе из 2008. године и опоравка који је следио, долазило, корпоративни профит у САД (исказан у односу на бруто домаћи производ – БДП) порастао је у последњих двадесет година са 8,2% на 11,1%, а последњих година износио је и преко 12% БДП.[16] Одрживи високи корпоративни профити, као и њихов раст, упућују на помисао да је реч о знатном економском профиту,[17] а одржив економски профит може се објаснити искључиво постојањем баријера уласку. Будући да у посматраном периоду у САД није дошло до регулаторне реформе којом су масовно увођене правне баријере уласку, једино преостало објашњење јесте постојање економских баријера уласку, а економија обима, односно апсолутна предност у трошковима, може

14 Више о томе вид. Jonathan Haskel, Stain Westlake, *Capitalism without Capital*, Princeton & Oxford, 2018.

15 Управо иновације представљају основни извор привредног раста богатих земаља. У економској теорији такав привредни раст назива се шумпетеријански. Вид. Philippe Aghion, Peter Howitt, *The Economics of Growth*, Cambridge, Massachusetts, 2009.

16 Извор: *https://www.bea.gov*

17 Наравно, подаци о којима је реч односе се на рачуноводствени профит, који укључује нормалан профит (цену капитала) и економски профит. Цена капитала је знатно пала од времена финансијске кризе, тако да су каматне стопе блиске нули. То је, између осталог, последица политике ниских есконтних стопа централних банака намењене поспешивању привредног опоравка и изласка из рецесије. Стога велики део забележеног рачуноводственог профита чини економски профит.

да буде управо таква баријера.[18] На овај начин могу се конзистентно објаснити увећање величине предузећа и раст профита, као и његовог учешћа у БДП, при чему није неминовно да је прво узрок тржишне моћи, а друго доказ њеног постојања.

Какви су ефекти ових промена на благостање потрошача, као кључног критеријума успешности права конкуренције? Нема систематских истраживања на ту тему, али се показало да успон, на пример, корпорације *Amazon*, омиљеног циља напада популиста, није довео до умањења благостања потрошача. Напротив, високим квалитетом и ниским ценама својих услуга, та компанија је омогућила увећање благостања потрошача, мерено увећањем потрошачевог вишка.[19]

Но, чини се да су две неспорне чињенице – појава и јачање корпоративних цинова и пораст корпоративних профита у односу на БДП – биле довољне популистима да оштро нападну постојеће право конкуренције. Досад је популизам у праву конкуренције највише напредовао у САД, и то се пре свега односи на покрет чији представници себе називају необрандејзијанцима.[20] Стога се у наставку рада разматрају основна убеђења која заједно сачињавају доктрину необрандејзијанског покрета, као типичног популистичког покрета у праву конкуренције.

IV Анатомија популизма у праву конкуренције

Доктрину необрандејзијанског покрета сажето је дефинисала Лина Кан, водећи корифеја тог покрета, па се стога у разматрању његове

18 Налаз савремене индустријске организације јесте да учесник на тржишту који има ниже трошкове (апсолутна предност у трошковима) у односу на конкуренте присваја економски профит чак и уколико постоји конкуренција, односно велики број учесника на тржишту. Више о томе вид. Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th edition, Boston, 2015, 413. Узгред, мада економија обима неспорно представља баријеру уласку са становишта харвардске дефиниције, питање је да ли је то посреди са становишта чикашке дефиниције. Више о томе, кроз фиктивни дијалог аутора једне и друге дефиниције, вид. W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2nd edition, Cambridge, Massachusetts, 1995, 378–379.

19 Вид. Herbert Hovenkamp, Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled, Lawyers Keynote Address, *13th CRESSE Conference on Advances in the Analyses of Competition Policy and Regulation*, Heraklion, Crete, Greece, 30th June 2018.

20 Име покрета указује на то да је реч о самозваним наследницима доктрине судије Луиса Брандејза (*Louis Brandeis*), судије Врховног суда САД од 1916. до 1939. године. Понекад се у литератури овај покрет саркастично, мада чини се са добрим разлозима, означава као „хипстерско право конкуренције". Вид. Elyse Dorsey, Jan Rybnicek, Joshua Wright, „Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent Seeking", *CPI Antitrust Chronicle*, April 2018.

анатомије користи управо њен допринос.[21] Та доктрина се заснива на пет веровања, па следи њихова анализа.

1. Политички циљеви права конкуренције

За необрандејзијанце право конкуренције представља „кључно средство и филозофски предложак за устројство друштва на демократски начин".[22] Сходно томе, право конкуренције треба да има политички циљ, а то је да се очува и унапреди демократија.

Политички циљеви права конкуренције нису ништа ново, захтеви за њихово увођење појављивали су се још од настанка права конкуренције, а у савременој теорији права конкуренције такви циљеви су се заговарали све до времена успона чикашке школе.[23] Овај захтев се заснива на увиду да „концентрација економске моћи потпомаже концентрацију политичке моћи",[24] односно да „увећана тржишна моћ води увећању могућности и потребе за политичком моћи",[25] а тиме се, имплицитно, закључује да се слаби, односно руши демократија.

Проблем са оваквим веровањем лежи у томе што постојање тржишне моћи не представља ни потребан, а ни довољан услов за стварања политичке моћи. Начин на који се економски интереси формулишу и пласирају, као и механизам којим се утиче на формирање економских институција, детаљно је обрадила теорија јавног избора

21 Lina Kahn, „The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 9, 2018, 131–132. Први рад у коме се појављују основи погледи необрандејзијанаца појавио се почетком друге деценије XXI века. Вид. Barry C. Lynn, *Cornered: The New Monopoly Capitalism and The Economics of Destruction*, New York, 2010.

22 Лина Кан употребљава термин „антимонополство" (*antimonoply*), како би описала оно што она подразумева под проширеним правом конкуренције. Због тога што се енглески термин „antitrust" у Србији преводи као антимонополско право, у овом чланку се избегава употреба термина „антимонополство", како не би дошло до забуне.

23 Вид. Robert Pitofsky, „The Political Content of Antitrust", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, 1979, 1051–1075.

24 L. Kahn (2018), 131.

25 Вид. Luigi Zingales, Towards a Political Theory of the Firm, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *New Working Paper Series No. 10*, 2017. Овај налаз заснива се на моделу трансакција уз несавршени уговор у случају да постоје знатни иреверзибилни трошкови и простор за опортунистичко понашање уговорних страна услед постојања краткорочне ренте (quasi-rent) чија расподела није предвиђана одредбама уговора. Неуверљива је, међутим, генерализација специфичних налаза овог модела на привреду у целини. Више о моделу вид. Raghuram Rajan, Luigi Zingales, „Power in the Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 113, 1998, 387–432.

– најзначајнији допринос тој литератури понудио је модел колективне акције – која јасно показује да је предуслов за делотворни утицај интересне групе успешно решавање проблема слепог путника.[26] Уколико се он успешно реши, велики број малих привредних субјеката, без икакве тржишне моћи, може да има одлучујући утицај на економске институције.[27] Укратко, тржишна моћ није потребан услов за политички утицај.

Такође, појединa интересна група не делује у вакууму, већ у политичком простору у коме делују и друге интересне групе које имају или могу имати супротстављане економске интересе, те се стога залажу за другачије економске институције, па тиме и државне политике. Управо је Бекеров модел надметања интересних група показао механизме којима се успоставља њихов равнотежни утицај на политички живот, одлуке законодавне власти, па тиме и на економске институције.[28] Релативна снага организованог супротстављеног интереса има одлучујући утицај на тај равнотежни исход, будући да је релевантна искључиво релативна политичка снага, па стога тржишна моћ није ни довољан услов за политички утицај.

Независно од уверљивости наведених налаза, увођење политичких циљева у право конкуренције подразумева и дефинисање једнозначних критеријума на основу којих би се доносиле оперативне одлуке, на основу којих би се одлучивало да ли је нешто пожељно или не. И у том погледу јављају се озбиљни проблеми.

Први лежи у питању „на основу чега се одлучује колики је политички утицај корпорација дозвољен, односно пожељан?“ Која је то критична вредност политичког утицаја који се потом проглашава непожељним, па представља повреду права конкуренције? Како се и на основу чега она одређује? Управо тешкоће на том плану могу да доведу до критеријума да је пожељна што мања политичка моћ, аналогно садашњем критеријуму благостања потрошача, па је онда пожељна његова максимизација, али се онда све то неминовно своди на циљ

26 Будући да резултат деловања интересне групе, промена економске институције, има карактер јавног добра, сваки учесник интересне групе има подстицај да не сноси трошкове њеног организовања и деловања, што значи да примени стратегију слепог путника. Успешна примена те стратегије чини интересну групу неделотворном. Више о томе видети: Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Massachusetts, 1965.

27 Случај произвођача кикирикија у САД речито говори о томе. Вид. Randal Rucker, Walter Thurman, „The Economic Effects of Supply Control: The Simple Analytics of the U.S. Peanut Program“, *Journal of Law and Economics*, Vol. 33(2), 1990, 483–515.

28 Вид. Garry S. Becker, „A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence“, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 97, 1983, 371–400.

атомизације тржишне структуре и на начело: што мањи учесници на тржишту – то боље.[29]

Други проблем настаје због тога што се стално мешају величина предузећа, ваљда пропорционална његовој економској моћи, и његова тржишна моћ. Као што је већ наведено, то су различите категорије. Постоје учесници на релевантном тржишту који имају тржишну моћ али нису велики, па стога немају велику, а у великом броју случајева никакву економску моћ.[30] Такође, постоје учесници на релевантном тржишту који имају велику економску и политичку моћ, а немају знатну или чак никакву тржишну моћ.[31]

Трећи проблем везан је за то што се, прихватањем политичког критеријума права конкуренције, отвара питање шта се дешава са стандардним економским критеријумом права конкуренције – благостањем потрошача. Да ли се он задржава или се у потпуности одбацује? Уколико се прихвати први одговор, онда се отвара проблем више потенцијално противречних критеријума. На пример, атомизована тржишна структура, која подразумева мале учеснике на тржишту без икакве тржишне моћи, јесте идеал са становишта политичког циља права конкуренције, али таква тржишна структура онемогућава реализацију економије обима, погоршава услове за истраживање и развој, слаби притисак између конкурената, губи се подстицај за ефикасност, што све има негативне последице по благостање потрошача. Остаје нејасно како ће се и на основу чега тада пондерисати значај различитих критеријума. Уколико се прихвати други одговор, а посматрајући необрандејзијанску доктрину, може се закључити да економски критеријуми нису битни, већ само политички, онда се отварају озбиљна питања: будући да право конкуренције више није окренуто тржишној конкуренцији, више није окренуто благостању потрошача, ко ће и на који начин тиме да се бави?

Политичка моћ компанија постоји – тај налаз није ништа ново, нити је спорно. О томе да ли је то добро или лоше дâ се расправљати.

29 Robert Bork, „The Rule of Reason and Per Se Concept, Price Fixing and Market Definition", *Yale Law Review*, Vol. 74, 1967, 775–852.

30 Реч је о свим оним случајевима у којима постоји тржишна моћ на ограниченим релевантним географским тржиштима.

31 На пример, компанија *Airbus* поседује незнатну тржишну моћ, будући да је у жестоком надметању са осталим произвођачима путничких авиона, али поседује значајну економску и политичку моћ. Њена тржишна моћ може се објаснити моделом монополистичке конкуренције (случај диференцираних производа) у коме при равнотежи постоји одступање између цене и граничних трошкова. То одступање је потребно за одрживост производње у условима у којима постоје знатни фиксни трошкови и не треба да буде разлог за забринутост са становишта тржишне моћи као индикатора нарушавања конкуренције. Вид. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, Washington, D.C., 2010.

Једино релевантно за ово разматрање јесте то што ту моћ условљавају политичке институције једне земље, оне које одређују начин на који се долази до политичких одлука. Повећану политичку моћ корпорација треба у највећој мери приписати реформи политичких институција којима се увећава њихова политичка моћ, попут контроверзне одлуке Врховог суда САД из 2010. године,[32] којом је измењен начин финансирања политичких кампања и која је дала корпорацијама далеко већу слободу политичког деловања. Најбитније је у свему томе да право конкуренције није оспособљено да контролише политичку моћ корпорација, будући да не располаже одговарајућим механизмима. Они који желе да зауздају политичку моћ корпорација то треба да учине на други начин.[33]

Популистичка суштина овог веровања необрандејзијанаца прилично је јасна. Реч је о назнаци да постоји сукоб између „корумпиране" елите, коју чине велике корпорације (пословна елита), законодавци (политичка елита) и они који спроводе право конкуренције (експерти), с једне стране, и „чистог" народа, са друге. Природно је, уз такву слику ствари, да је први циљ популистичког политичког покрета демонтирање, по њиховом мишљењу, недозвољене спреге између пословне и политичке елите. Колика та слика одговара стварности, друго је питање.

2. Право конкуренције и свеобухватна регулација

Потребно је, према необрандејзијанцима, успоставити систем контроле економске сфере далеко шири него што је садашње право конкуренције, како би се остварили политички циљеви из претходне тачке. Дакле, пожељна је државна интервенција не само у виду постојећег права конкуренције него и сви могући облици регулације, како на савезном, тако и на нивоу појединачних савезних држава. Тиме се показује непоколебљива вера необрандејзијанаца у државну интервенцију. Очигледно, они немају никаквих резерви на том плану, без обзира на све досадашње налазе теорије јавног избора да државна интервенција у огромном броју случајева не штити јавни интерес, већ је резултат интеракције приватних интереса.[34] Такође, необрандејзијанци занемарују налазе економске теорије регулације о механизмима којима регулисани овладавају регулатором и регулацију претварају у средство

32 Вид. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

33 На пример, уколико се, попут Питофског, тврди да је „искључивање политичких вредности из права конкуренције лоша историја, лоша политика и лоше право", онда свакако треба водити рачуна о инструментима којима би нешто постало добра политика и добро право. Вид. R. Pitofsky, 1051.

34 Вид. James M. Buchanan, Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 1962.

заштите од конкуренције.[35] Ништа од тих уверљивих налаза није поколебало поверење необрандејзијанаца у државну интервенцију.

И овим се показује њихова популистичка суштина, будући да се исказује једна од основних противречности популизма. С једне стране, „корумпирана" елита контролише државу, па тиме и целокупну државну интервенцију, и то тако да не води рачуна о интересима „чистог" народа, а, с друге стране, тражи се да се увећа државна интервенција, како би се више водило рачуна о интересима народа.

3. Однос према великим корпорацијама

Корифеји необрандејзијанаца инсистирају на томе да њихов покрет нема ништа против великих компанија и да њихова борба против монопола не значи да су „велики лоши".[36] Но, уколико је тако, то значи да напуштају политичке циљеве права конкуренције – уколико су циљеви политички, онда су заиста проблем велике компаније, будући да управо они сами тврде да концентрација економске моћи доводи до концентрације политичке. Њихова је логика да се економска моћ прелива у политичку моћ, што значи да треба учинити заиста све да се велике компаније уклоне или барем спутају. Стога прво и треће веровање које чини њихову доктрину међусобно противречне једно другом.

Независно од тога, необрандејзијанци јасно стављају до знања да велике компаније, које природно теже монополу, не треба разбијати.[37] Занимљиво је да такве компаније необрандејзијанци поистовећују са мрежним делатностима, па је онда сасвим очекивано то што за њих предлажу економску регулацију монопола. То се најбоље може сагледати у случају компаније *Amazon*, омиљеног циља њиховог проповедања. За ту компанију, која се посматра као инфраструктурна грана, предлаже се економска регулација попут оне каква у САД постоји у случају природних монопола, дакле регулација која се заснива на контроли профитне стопе (*rate of return regulation*). При томе се предлажу три специфичне политике према инфраструктурним делатностима: (1) захтев да нема ценовне и друге дискриминације, (2) увођење контроле цена, (3) захтев у погледу (минималног) инвестирања.[38]

Што се првог захтева тиче, економска регулација у САД не познаје забрану дискриминације, већ омогућава регулисаним компанијама да

35 Вид. George J. Stigler, The Economic Theory of Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, 1971, pp. 3–21.

36 L. Kahn (2018), 132.

37 L. Kahn (2018), 132.

38 Lina Khan, „Amazon Antitrust Paradox", *Yale Law Journal*, Vol 126, 2016, 758.

одређују различите цене за различите купце. Насупрот томе, управо право конкуренције располаже механизмима да спречи дискриминацију цена уколико она води монополизацији у смислу Шермановог закона. Сходно томе, никакво увођење економске регулације, нити реформа права конкуренције нису потребни. Треба само на суду доказати да дискриминација води монополизацији. Што се другог захтева тиче, он јесте апсурдан, будући да су ниске цене нешто што се компанији *Amazon* не може оспорити. Још више чуди што се у истом тексту у коме се захтева контрола цена попут оне која постоји у случају регулисаних природних монопола тврди да није проблем то што су цене компаније *Amazon* високе. Напротив, проблем је што су цене исувише ниске, па се ова компанија критикује због изузетно ниских цена електронских књига, будући да ће наводно „оне трајно да снизе цене које су потрошачи спремни да плате за све књиге".[39] Овим су ствари заиста доведене до апсурда. Од права конкуренције тражи се да забрани ниске цене, којима се увећава благостање потрошача, а потом се у ситуацији у којој су цене изузетно ниске, а наплаћује их велика компанија, тражи увођење ограничавања цена путем економске регулације. Што се трећег захтева тиче, минималне инвестиције не представљају обавезу коју намеће економска регулација у САД. Реч је томе да је доста давно уочено да метод економске регулације који се спроводи у САД ствара подстицаје за прекомерно инвестирање,[40] тако да је у тим условима апсурдно захтевати обавезу инвестирања – напротив, инвестиције треба да се ограниче.

Тешко да може да се оспори да је компанија *Amazon* својим пословањем, квалитетом и ценом својих услуга довела до раста благостања потрошача, мерено порастом потрошачевог вишка, и то нарочито благостања најсиромашнијих, будући да је релативно увећање њиховог благостања највеће.[41] Тешко да, имајући то у виду, увођење економске регулације засноване на контроли приноса може било шта да побољша на том плану, али је велика вероватноћа да ће покварити. А све то, будући да се неће променити величина те компаније, не може да умањи ону политичку моћ коју компанија *Amazon*, сходно налазима необрандејзијаната, поседује. Ово је још један показатељ популизма у

39 L. Khan (2016), 781. Узгред, овакав став показује неразумевање начина формирања резервационе цене, цене коју је потрошач спреман да плати, која зависи искључиво од граничне корисности потрошача, а не од цена које се формирају на тржишту.

40 Реч је о Аверх–Џонсоновом ефекту, који се јавља увек када је процењена вредност цене капитала за потребе одређивања допуштене профитне стопе изнад стварне цене капитала коју прибављају регулисане делатности. Вид. Harvey Averch and Leland L. Johnson, „Behavior of the Firm Under Regulator Constraint", *The American Economic Review*, Vol. 52, 1962, 1052–1069.

41 Н. Hovemkapm, 4.

праву конкуренције: тежња ка једноставним решењима, без залажења у то да ли су она оправдана или не и шта се њима постиже.

4. Структура и процеси као приоритети

Необрандејзијанци верују да право конкуренције треба да се усредсреди на „структуре и процесе конкуренције, а не на исходе", а то аргументују тиме да су закони који чине право конкуренције у САД донети како би се заштитила „тржишна структура која расподељује прилике и просперитет појединца".[42] Дакле, по њиховим речима, циљ је: „промоција отворености и конкуренције".

Укратко, нису битни исходи. Овим још једанпут овај покрет противречи сам себи, будући да је у првом њиховом веровању поменуто да је жељени исход онај који се односи на јачање демократије. Такође, уколико исходи нису битни, онда се оваквим ставом поткопава претходно веровање да „велики нису лоши", будући да је управо тржишна структура којом доминирају велике корпорације она која је битна и против које се необрандејзијанци боре. Коначно, овим они показују да конкуренцију посматрају као статичку категорију, будући да занемарују њену динамичку компоненту, шумпетеријанску креативну деструкцију којом се, предузетничком иницијативом, непрестано мења тржишна структура.[43] Одавно се показало да су тржишне структуре динамичка категорија – око тога нема спора у савременој индустријској организацији.

Надаље, усредсређивање на структуру занемарује начин на који је дошло до успостављања одређене структуре. На пример, уколико је до повећања тржишне концентрације дошло тиме што су ефикасни произвођачи својим конкурентским притиском онемогућили неефикасног произвођача да опстане у грани, па је он из ње изашао (на пример, стечајем или пресељењем производних фактора у неку другу грану), онда је то школски пример селективне ефикасности коју конкуренција обезбеђује – само најефикаснији произвођачи преживљавају. Уколико право конкуренције, усредсређено на структуру, онемогући наведени процес, онда се онемогућава губитак конкурента, а то није ништа друго него показатељ успешног деловања конкуренције. У том контексту треба размотрити и захтев необрандејзијанаца за очување слободе учесника на тржишту. Од чега они треба да буду слободни? Од самовоље државе, од неспутаног државног монопола силе и присиле? Не, захтев се, усмеравањем права конкуренције на тржишну структуру, своди на

42 L. Kahn (2018), 132.

43 Више о необрандејзијанском занемаривању потенцијалне конкуренције вид. Joseph Coniglio, Why the 'New Brandeis Movement' Get Antitrust Wrong, April 24, 2018, *https://ssrn.com/abstract=3166286.*

слободу од конкурентског притиска. Сврха права конкуренције јесте да јача конкуренцију и конкурентски притисак, па је стога овај захтев за слободом у ствари захтев за заштиту од конкуренције.

Веровањем да право конкуренције треба да се бави структуром и да та структура треба да буде дисперзована, необрандејзијанци директно стају на становиште да право конкуренције треба да штити конкуренте. Такав став није ништа ново. Врховни суд САД је у пресуди из 1962. године, у тренутку када се право конкуренције у САД вероватно највише удаљило од економске анализе и налаза индустријске организације, јасно ставио до знања, тумачењем намере законодаваца, да право конкуренције подразумева заштиту „перспективних малих, локалних предузећа" чак и по цену виших трошкова и цена које ће плаћати купци.[44] Дакле, за разлику од необрандејзијанаца, судије Врховог суда САД су још пре скоро шездесет година биле свесне да очување конкурената значи нарушавање конкуренције и поткопавање њених резултата и да постоје опортунитетни трошкови овакве судске одлуке у виду умањења благостања потрошача.

Ако се занемаре све наведене недоумице у погледу уверења необрандејзијанаца да право конкуренције треба да се бави тржишном структуром и процесима, остају два отворена питања: шта је то жељена тржишна структура и који су то жељени тржишни процеси? Одговори на ова питања морају да се преточе у одговарајуће критеријуме, који морају бити савршено јасни како би они који примењују право конкуренције могли да се определе у сваком конкретном случају. Уместо одговора на та питања, необрандејзијанци указују на то да је потребно да се право конкуренције усредсреди на структуру и на „шири скуп мера" којима ће се вредновати тржишна моћ. Овим је јасно да постоји озбиљан проблем у дефинисању појма тржишна моћ. Док у савременој економској анализи тржишна моћ има јасно значење, способност учесника на тржишту да цену својих производа одрживо подигне изнад граничних трошкова, што се мери Лернеровим индексом, сада је очигледно, пошто се јавља потреба да се укључи „шири скуп мера", да тржишна моћ за необрандејзијанце уопште није једнозначно дефинисана, већ може да представља све оно што се процени као целисходно у датом тренутку.

Већ је указано на то да уколико је тржишна структура у питању и уколико је циљ минимизација политичког утицаја корпорација, онда право конкуренције треба да тежи минимизацији величине учесника на тржишту, тј. атомизованој тржишној структури, са свим негативним последицама такве тржишне структуре на благостање потрошача.

44 Вид. Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 344 (1962).

Овим се јасно показује да за популисте у праву конкуренције не постоје опортунитетни трошкови. Они изгледа искрено верују да постизање њиховог циља друштву неће створити никакве трошкове. Да, на пример, нејасно дефинисање мера тржишне моћи неће довести до умањења правне сигурности са свим негативним последицама по инвестиције, на њима засновани привредни раст и, тиме, по динамику благостања потрошача.

5. Политички карактер тржишта

За необрандејзијанце не постоје тржишне силе. Једноставно, они верују да се „политичка економија уређује *искључиво* (курзив ББ) на основу права и политика".[45] Иако израз „политичка економија" збуњује, читањем њихових радова постаје јасно да је „тржишна структура политичка", тј. да је „у сваком датом времену... производ политичких одлука".[46] Овако јасно исказаним веровањем ствари постају огољене и покрет показује озбиљан недостатак контакта са стварношћу.

Реч је о томе да, према веровању необрандејзијанаца, компаније не чине ништа у погледу формулисања и примене пословних стратегија, ништа у погледу обарања трошкова, ништа у погледу прилагођавања променама на тржишту и у пословном окружењу, још мање прилагођавања промењеним пословним стратегијама конкурената, ништа у погледу тржишног позиционирања применом различитих маркетиншких стратегија, ништа у погледу истраживања и развоја, којим се долази до технолошког напретка, оличеног у новим производима и новим производним процесима. Не само да компаније то не чине, него и да чине, то не би довело до промена тржишних структура, будући да су оне политички дефинисане. Према том схватању, једноставно не може да се догоди да ефикаснија компаније са тржишта истисне мање ефикасну и да преузме њено тржишно учешће, будући да тржишне силе уопште не постоје.

Ништа од свега наведеног компаније не чине, једино се баве утицајем на политичку сферу, како би политички процес довео до промењених закона и економских институција, односно државних политика, и то тако да те промене иду у прилог компанији са политичким утицајем. Другим речима, једино надметање између компанија јесте надметање на политичком тржишту, на тржишту утицаја на законе, тј. на економске институције које им одговарају. Прилично чудна

45 L. Khan (2018), 132.

46 Zephyr Teachout, Lina Khan, „Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power", *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, Vol. 9(1), 2014, 37.

перцепција стварности у којој политичка сфера не само да доминира него је то све што постоји. Не постоји никакав привредни живот изван политичког. А у политичком животу нема никаквих ограничења – уз одговарајућу политичку вољу, све је могуће. Типичан популистички став.

У складу са тим, у овом необрандејзијанском веровању појављује се јасна назнака да одговарајуће политике могу решити све. Наводи се да „власт исто онако како устројава политичку економију (*sic*) да охрабри иновације, може такође да обезбеди да се плодови иновација не користе за приватну контролу над тржиштем".[47] Проблем са овим ставом лежи у томе што „приватна контрола над тржиштем" означава тржишну моћ титулара патента, која омогућава присвајање ренте. А управо та рента представља извор из кога се покривају трошкови истраживања и развоја, чији су резултати омогућили стварање те тржишне моћи – основног подстицаја учесницима на тржишту да улажу у истраживање и развој и иновирају. Управо се на овој дихотомији заснива теорија оптималног трајања патента, која води рачуна о противречним ефектима промене његовог трајања. Продужавање трајање патента доводи до јачања подстицаја за истраживање и развој (увећава се рента коју титулар патента присваја), али и до увећања негативних ефеката монопола на благостање и успорене дифузије нове технологије. У привредном животу и при одлукама о економским институцијама неминован је избор због тога што увек постоје опортунитетни трошкови сваке доступне опције. Будући да популисти, у праву конкуренције оличени у необрандејзијанском покрету, не познају категорију опортунитетних трошкова, код њих је све могуће – не постоје никакви ефекти са супротним смером дејства.

V Домети популизма у праву конкуренције

Домете популизма у праву конкуренције оличене у необрандејзијанском покрету треба оцењивати на основу неколико исхода њихових промишљања. Први од тих исхода јесте недостатак транспарентности, очигледно последица нејасног размишљања оних који инсистирају на реформи права конкуренције.[48] Једино што је јасно јесте то да се противе праву конкуренције и његовој примени онаквој каква је сада, али није јасно шта је то за шта се они залажу, шта то треба да буде циљ права конкуренције и како оно треба да буде устројено како би се остварили ти циљеви, нарочито имајући у виду да поједина њихова веровања

47 L. Khan (2018), 132.

48 Вид. H. Hovenkamp, 14.

– у основи вредносни судови о праву конкуренције и његовој примени – као што се показало, противрече једна другима. Када нема јасно дефинисаних циљева, јасног образложења тих циљева, што је последица недостатка јасног размишљања које би довело до тих образложења, онда нема ни јасних критеријума, па тиме ни транспарентности правног процеса.

Ту се долази до следећег исхода – потпуног губитка критеријума примене права конкуренције. Осим тога да ти критеријуми треба да буду политички, везани за политичку моћ компанија и њихов утицај на политичке исходе, мало шта друго се зна. Будући да се не зна који су то критеријуми, не зна се шта то треба да се максимизује или минимизује. Извесно је да необрандејзијанци нису задовољени садашњим критеријумом благостања потрошача и његове максимизације, али није јасно да ли тај критеријум треба у потпуности да се напусти или треба да се примењује заједно са другим, политичким критеријумима. Нејасно је и да ли треба да постоје пондери у случају више критеријума, односно како ће се дефинисати њихов међусобни однос, а исто тако нејасно је и како се то пондери дефинишу. Очигледно је да недостатак транспарентности у размишљању доводи до недостатка транспарентности у критеријумима.

Наведени недостатак транспарентности и недостатак јасних критеријума ствара велики простор за дискрецију оних који спроводе право конкуренције: тела за заштиту конкуренције и судова. А то све има знатне негативне последице по правну сигурност свих учесника на тржишту. Подрива се, на тај начин, владавина права и умањује се предвидљивост исхода, што значи да се успоставља потпуно ново, далеко неповољније пословно окружење унутар кога се доносе пословне одлуке. Све то доводи до увећања ризика са којим се суочавају предузетници, односно инвеститори. А то значи да ће, при датим економским приликама, бити мање започетих пословних подухвата, односно мање инвестиција, што значи успоравање привредног раста.

Не само да увећање дискреције оних који спроводе право конкуренције умањује правну сигурност, оно умањује и вероватноћу да ће та примена права конкуренције бити непристрасна. Реч је о томе да повећана дискреција отежава полагање рачуна оних који примењују право конкуренције, а то доводи до умањења могућности њиховог надгледања, што, према налазима теорије јавног избора, отвара врата пристрасности у виду недозвољеног утицаја на примену прописа и, у крајњем случају, у виду административне корупције.

На методолошком плану, расправа је враћена у време краја XIX и почетка XX века: у камено доба права конкуренције. У потпуности су за-

немарена знања до којих их је у међувремену дошла и које је систематизовала савремена индустријска организација, као дисциплина економске науке која се бави конкуренцијом и њеним механизмима. У потпуности је, такође, занемарено обиље пресуда у области права конкуренције у последњих сто година. Расправа се враћа на аргументацију шта је било у главама оних који су, у политичком процесу, пре стотину и више година доносили законе којим је створено право конкуренције, а то су чинили без икаквог знања о томе како тржиште заиста функционише, без икаквих налаза индустријске организације.[49] Такав приступ изгледа као прекоокеанско летење двокрилцима са клипним моторима почетком XXI века. Методолошки посматрано, необрандејзијански покрет представља велики корак уназад.

Тај корак уназад може се видети по ниподаштавању основних, одавно потврђених премиса економске науке, попут оних да постоје опортунитетни трошкови сваке одлуке, да је избор између различитих опција неизбежан, па да стога прихватање било које опције неминовно има своје опортунитетне трошкове. Дакле, уводне лекције у уводним уџбеницима економије.

VI Закључак: нова ера права конкуренције?

Имајући све то у виду, поставља се питање какав је утицај популизма на данашње право конкуренције и његову примену. Ово питање добија на значају, будући да данашњи популизам у праву конкуренције има доста заједничког са прогресивистичким покретом у САД крајем XIX и почетком XX века и политичким непријатељством према крупном капиталу у САД у то време. Резултати прогресивистичког покрета били су успостављање права конкуренције, доношењем основних закона из ове области, као и пристрасна примена тог права која је водила у судске грешке.[50]

Што се тиче данашњег популизма у праву конкуренције, он се у САД задржава на политичким говорима, како председничких кандидата, тако и неких који чине законодавну власт, али нема никаквих назнака да ће до промене прописа које чини право конкуренције заиста и доћи.

---

49 Расправа на тему шта су аутори хтели да кажу или шта су мислили када су написали методолошки је назадна и не води бољој спознаји стварности. Типичан пример тога јесте марксистичка политичка економија XX века, која је свела на препричавање и тумачења радова класика марксизма, уз неизбежна тумачења оног што су они заиста хтели да кажу. Због такве, инфериорне методологије, одумрло је и ово усмерење у економској науци.

50 Вид. John McGee, „Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case", *Journal of Law and Economics*, Vol. 1, 1958, 137–169.

У погледу примене права конкуренције у САД, треба уочити неколико ствари. Прва је чињеница да је први пут после тридесет година Министарство правде САД покушало да оспори неку вертикалну концентрацију, па је од суда захтевало да забрани спајање компанија *AT&T* и *Time Warner*. На први поглед, реч је о заоштравању контроле концентрација ради очувања конкурентне тржишне структуре, будући да је у протеклом периоду Министарство правде, у спорним ситуацијама, уместо оспоравања, давало условне сагласности за вертикалне концентрације. Међутим, анализа је показала да је Министарство правде оценило да би административно било веома захтевно да се непрестано прати да ли учесници у (условно допуштеној) концентрацији испуњавају услове који су им били задати пре концентрације. На тај начин би се то министарство, по мишљењу надлежних, исувише бавило послом регулаторне агенције, а за послове регулаторног надгледања оно једноставно није оспособљено. Оспоравање и очекивана забрана те концентрације ослободили би Министарство регулаторних послова. Очекивања Министарства само су делимично реализована. Ослобођени су тих послова, али не на начин на који су прижељкивали: одлука суда била је да не оспори ову концентрацију, тако да је она одобрена без икаквих услова.[51] Очигледно је да популизам у овом случају није имао утицаја на одлуке надлежних тела.

Друга битна ствар јесте избор судије Каваноа (*Brett Kavanaugh*) за новог судију Врховног суда САД. Контроверза која је пратила његов избор скренула је пажњу јавности са његових пресуда у области права конкуренције. Све те пресуде биле су у супротности са погледима популиста у праву конкуренције. Оне сведоче о његовој чврстој позицији на линијама чикашке школе, усредсређене на резултате у погледу конкурентског притиска, а не на позицији заштите тржишне структуре.[52] Мало је вероватно да ће избор новог судије ојачати позиције популиста у Врховном суду.

Коначно, Министарство правде САД одлучило је да не оспори велику хоризонталну концентрацију у области малопродаје лекова, тј. апотекарских ланаца (спајање компанија *CVS* и *Aetna*). Иако позиви на заоштравање контроле хоризонталних концентрација у САД долазе, уз уверљиве аргументе, не од популиста, већ од оних који упозоравају на опасност од популистичког утицаја на право конкуренције и његову

51 Вид. Marshall Steinbaum and James Biese, Policy Failure: The Role of „Economics" in AT&T-Time Warner and American Express, *ProMarket*, 19th July 2018, *https://promarket.org/policy-failure-role-economics-att-time-warner-american-express/*.

52 Вид. Stephen Calkins, How Moght a Justice Kavanaugh Impact Antitrist Jurisprudence?, *ProMarket*, 20th July 2018, *https://promarket.org/might-justice-kavanaugh-impact-antitrust-jurisprudence/*.

примену,[53] извршна власт у САД која је надлежна за примену права конкуренције донела је одлуку за коју многи сматрају да угрожава конкуренцију, а свакако је противна веровању популиста да право конкуренције треба да води рачуна о структури тржишта и процесима на њему.

Дакле, на основу ових релативно скорих догађања, може се закључити да је утицај популиста на примену права конкуренције у САД занемарљив. Међутим, релевантно питање је да ли је дошло до ефекта преливања, тј. да ли су и у којој мери популистичке идеје захватиле Европску комисију, као тело надлежно за примену права конкуренције у Европској унији. На први поглед чињеница да Маргарете Вестегер (*Margrethe Vestager*), комесарка за конкуренцију Европске комисије, отвара скуп посвећен односу правичности и конкуренције[54] може да изгледа као концесија популистима, и то не само у области права конкуренције. Међутим, веома уравнотежено излагање Вестегерове, нарочито њено указивање на потребу за опрезношћу при свакој промени начина примене права конкуренције, јасно ставља до знања да није у питању никаква концесија популистима.[55] Још више то чине веома озбиљна, аналитична и добро уравнотежена излагања на том скупу.[56]

Дакле, нова ера права конкуренције није на видику. Ипак, треба бити опрезан – јача популизам на политичкој сцени у Европи, па треба очекивати да ће његови притисци у области права конкуренције само јачати. Чини се да су посебно рањиве земље које немају дугу традицију у примени права конкуренције и чије су установе задужене за ту примену још увек слабашне, па стога подложне политичким притисцима. Зато нарочиту пажњу треба посветити праћењу промена у области примене права конкуренције управо у тим земљама.

53 Вид. C. Shapiro, 19.

54 *Global Competition Law Coucil Annual Conference*, Brussels, 25th January 2018.

55 Вид. *https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014–2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en.*

56 Вид. *https://www.coleurope.eu/events/13th-annual-gclc-conference-fairness-competition-law-and-policy.*

***Boris* BEGOVIĆ, PhD**
Professor at University of Belgrade, Faculty of Law

POPULISM IN COMPETITION LAW: ANATOMY, DIAGNOSES AND POSSIBLE CONSEQUENCES

Summary

The aim of the paper is to explore contemporary populism in competition law. Commencing from the definition of the populism, its basic sources and consequences, especially those economic, have been identified. It has been pointed out that ostensible rise of market power and the advent of corporate giants have been a challenge for populist in competition law. New Brandeisian doctrine, an embodiment of populism in competition law and its main tenets have been considered: (1) political aims of competition law; (2) notion of „antimonopoly" that is more than competition law; (3) the stance towards big corporations; (4) market structure and processes as priority of competition law; and (5) political character of market. It has been demonstrated that these tenets contradict each other and that they do not acknowledge the contributions of modern economics. The achievements of the new doctrine are modest: it is not transparent, criteria that are offer are undouble vague, perhaps contradict each other, meaning that its application to the enforcement of the competition law would inevitable increase the discretion of enforcers, hence increase legal uncertainty and worsen business environment.

Key words: *populism, competition law, criteria, new brandeisian doctrine, legal certainty, consumer welfare.*

др *Марија* КРВАВАЦ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД ICSID АБИТРАЖОМ

Резиме

Установљење Центра за решавање инвестиционих спорова у оквиру Међународне банке за обнову и развој омогућило је покретање арбитражног поступка од стране инвеститора против држава чланица на основу билатералног, односно мултилатералног уговора. Центар решава спорове правне природе произашле директно из инвестиција. Пре установљења Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Усвајањем Вашингтонске конвенције формиран је специфичан облик арбитраже, чија природа у теорији покреће различите расправе. Конституисана на јединствен начин на међународном нивоу она се разликује како од трговачке тако и од међународне арбитраже. Спор се покреће сходно одредбама приватног права, али због јавног интереса међународна регулатива пресудно утиче на решавање спора.

Кључне речи: *ICSID арбитража, меродавно право, инвестициони спор.*

I Увод

Велике инвестиције реализују се путем јединствених, не одвојених малих уговора што се може правдати комплексношћу, обимом и технологијом реализације. Правни положај и односи странака заснивају

се на позитивним прописима, правилима имовинског права, општим условима уговора као и на судској пракси и правној доктрини. Инвестициона улагања чине само један сегмент различитих облика страних инвестиција на подручју привредне делатности сваке земље, међу којима постоји интензивна инвестициона сарадња кроз различите облике правних послова. Она уобичајено добија на интензитету, из чега произилази учесталост проблематике одређивања надлежног права и начина решавања спорова.

Инвестиције представљају посебно сложено подручје за обликовање механизма решавања потенцијалних спорова, посебно ако се као стране појављују домаћа државна и страна компанија. Државни суверенитет, политичка стабилност, недостатак норми међународног права о страним инвестицијама, присутност велике количине новчаних средстава у својој укупности доприносе да решење спора буде посебно сложено. У складу са тим, покретање спорова пред међународном арбитражом има значајну улогу у превазилажењу проблема везаних за судско решавање спорова поводом инвестирања. Ипак, за институционалне и *ad hoc* међународне арбитраже везује се низ тешкоћа као што је неопходност претходног пристанка државе на арбитрирање и уздржавање Влада појединих земаља да се изложе страним институцијама, могуће мешање домаћих судова у арбитражни поступак, потенцијално одбијање државе да поштује претходни пристанак на арбитражу и немогућност да се принудним путем држава доведе пред арбитражу, проблеми везани за признање и извршење судских пресуда, недостатак могућности подношења жалбе одговарајућој инстанци и тд. Упркос томе арбитража је у пракси и даље преферирани начин решавања спорова између држава и страних приватних лица и често једина опција прихватљива за обе стране у инвестиционом пројекту. Арбитар је природни судија инвестиционих спорова али је интервенција локалних судова често неизбежна, тако да се арбитража и судски поступак углавном допуњају. Предност арбитражног начина решавања спорова потврђује и повољан третман арбитражних пресуда од стране националних правних система, тако што се арбитража мање везује за национално право развијајући праксу одлучивања по правичности, општим принципима, трговачким обичајима. У настојању уговорних страна да избегну решавање спорова пред државним судовима у чију независност, непристрасност и ефикасност неретко изражавају сумњу, арбитража добија на значају.

1. Начини решавања спорова

Могућност арбитражног решавања спорова од посебног је значаја за стране инвеститоре, односно уколико инвестициони спор не може

решити у поступку мирења, страни инвеститор има интерес да се обрати некој страној институционалној или *ad hoc* арбитражи. Претпоставка надлежности арбитраже је постојање пуноважног споразума у форми компромиса или компромисорне клаузуле. Слобода уговорних страна је ограничена арбитрабилношћу појединих врста спорова, односно сауговорачи могу пред арбитражом решавати оне спорове чији је предмет уређен диспозитивним прописима. Инвестициони спорови су несумњиво арбитрабилни и не морају обавезно представљати предмет расправе пред државним судом, без обзира на то што је једна страна у уговору држава а друга приватно лице. Ово је посебно важно за страног инвеститора имајући у виду да национални судови могу бити пристрасни и под снажним утицајем законодавне и судске власти своје земље.

Уговорне стране имају могућност да утврде начин решавања спорова *компромисом* прецизирајући предмет спора, избор и састав арбитражног већа арбитражни поступак, меродавно право и др. Осим тога, уговор може садржати *арбитражну клаузулу* са мање или више детаљном садржином, чиме се искључује могућност да, уколико уговорне стране не желе да закључе компромис поводом решавања спора, исти не буде решен уопште. Компромис и компромисорна клаузула имају подједнак значај и представљају правни основ за избор арбитра и конституисање арбитраже. Пословна пракса познаје и друге неформалне облике решавања спорова, као што је *mini trial* поступак и *посредовање*, с тим што необавезујуће начине решавања насталог спора и предлог решења спора стране нужно прихватају добровољно.

а) Центар за решавање инвестиционих спорова

Потреба за стварањем истински међународног и непристрасног органа за решавање инвестиционих спорова довела је до успостављања механизама специјализоване институционалне арбитраже кроз рад Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (International Centre for Settlment of Investment Disputes – ICSID). Центар је основан 1966. године на бази регионалног споразума Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. са задатком деполаризације и денационализације инвестиционих спорова, довођења странке у једнак третман и фаворизовања атмосфере заједничког поверења.[1] Центар за

1 Пре установљења ICSID Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Државе у којима се реализује инвестиција у прошлости су приговарале да се поступак пред ICSID не може сматрати као сагласност на опциону понуду да се покрене арбитража у инвестиционим споровима из билатералних и мултилатералног уговора. Тим поводом Арбитражни суд је у спору *Generation Ukraine* заузео став „... је извесно потврђено да инвеститор може

решавање инвестиционих спорова делује при Међународној банци за обнову и развој у Вашингтону тако што се за сваки конкретни спор образују арбитражни судови, а структура поступка и извршење одлука у целини су одвојени од националних закона. Конвенцијска правила су допуњена управним и финансијским Прописима и правилима; Пословником о раду за покретање мирења и арбитражног поступка; Пословником о раду за спровођење мирења и Пословником о раду за спровођење арбитражног поступка. Најновије измене ICSID Правила ступиле су на снагу 2006. према којим је одређено да трећа лица, која нису странке у спору, могу да интервенишу у поступку и присуствују рочиштима; да је објављивање одлука Центра јавно; јачање независности арбитара као и ограничавање накнада које могу наплатити арбитри и др. Надлежност Центра претпоставља испуњеност услова у погледу статуса странака, нихове сагласности и природе предметног спора, и обухвата сваки правни спор између једне државе уговорнице (или саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавестила центар) и држављана друге државе уговорнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се стране у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар.[2] Странка не може једнострано повући сагласност о надлежности Центра.[3]

Центар је надлежан за решавање спорова између државе која је потписница конвенције и странца који је држављанин друге државе потписнице. Под држављанином државе уговорнице подразумева се:

а) свако физичко лице које је било држављанин неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору, на дан када су се странке сагласиле да спор измесу пред посреднике или арбитре, као и на дан кад је молба регистрована сходно чл. 28. ст. 3. или чл. 3, али не обухвата лице које је или једног или другог од ова два дана било такође држављанин државе уговорнице која је странка у спору; и

б) свако правно лице које је имало припадност неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору на дан када су се странке сагласиле да спор изнесу пред посреднике или арбитре, и свако правно лице које је тог дана имало држављанство држа-

да прихвати понуду државе на арбитражу пред ИЦСИД на основу билатералног инвестиционог уговора.Не постоји ништа у билатералном уговору што би могло да сугерише да инвеститор мора да своју сагласност достави директно држави у другачијој форми". Вид. *Generation Ukraine v. Ukraine*, judgment of 16. September 2003, 10 ICSID reports 240, paragraph 12.2.

2 B. Stern, „Comments – International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System", (1999) 16(2) *Int'l Arb* 118, 127–128.

3 Вашингтонска конвенција, чл. 25, ст. 1.

ве уговорнице странке у спору, а које су се странке сагласиле да због стране контроле третирају као држављанина друге државе потписнице за сврхе ове конвенције.[4]

Поред тога, непходно је да спор буде правне природе, односно да се тиче тумачења и примене одредаба уговора о страним улагањима, закона и подзаконских аката. Надлежност Центра се може заснивати арбитражним споразумом садржаним у уговору о улагању између државе и страног улагача или закљученим посебно између државе и страног улагача; одредбом садржаном у националном закону о страним улагањима којом се држава унапред подвргава надлежности Центра; и одредбом садржаном у двостраном или вишестраном међународном уговору којом се државе унапред подвргавају надлежности Центра[5]. У последња два случаја држава пристаје да буде тужена пред овом институцијом од стране било ког приватног улагача на основу закона или закљученог и потврђеног споразума који регулише предмет спора.[6] Крај XX века карактерише експанзија билатералних споразума који садрже пристанак држава чланица на ICSID арбитражу. Упркос томе што инвеститор није дужан да прихвати арбитражну понуду, билатерални инвестициони споразуми представљају најзначајнији извор надлежности ICSID-а, а број инвестиционих спорова на основу одредаба садржаних у двостраним уговорима прогресивно расте.[7] Уговори о заштити

4 Вид. Вашингтонска конвенција, чл. 25, ст. 1 и 2. У тексту се даје објашњење термина Contracting State. Конвенција не поставља критеријуме за одређивање припадности правног лица,што се обично уређује двостраним споразумима о заштити инвестиција тј. споразуми садрже појам „инвестиција" али и појам „инвеститор из друге државе уговорнице". Пример, Tokios Tokéles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18.

5 Тако је привредно друштва MNSS B.V i Recupero Credito Acciaio N V покренула спор против Црне Горе у вези са инвестицијама MNSS (Montenegro speshlti stils) и RCA у односу на Жељезару Никшић ад у стечају, у складу са ICSID Додатним правилима. Захтев је регистрован од стране Генералног секретара 6. децембра 2012: ICSID Case No.Arb (AF)/12/8. Основ за покретање арбитражног поступка је билатерални инвестициони Споразум између Краљевине Холандије и бивше СР Југославије од 29. јануара 2002. Споразум је обавезујући за Црну Гору као део бивше СРЈ; KUNSTTRANS Holding GMBH i Kunstrans d.o.o Београд поднели су захтев за покретање поступка против Републике Србије у складу са Вашингтонском конвенцијом и Институционалним правилима ICSID-а. Основ за покретање арбитражног поступка је Споразум између СРЈ и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања од 12. октобра 2001. Фирма Kunstrans се бави складиштењем слика и пред међународном арбитражом на име изгубљене добити од Србије потражује неколико милиона евра.

6 Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања", *Зборник радова посвећен проф. Миодрагу Трајковићу* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 514.

7 M. Stevens, ICSID and Bilateral Investment Treaties, IBA Sektion on Business Law, Arbitration and ADR, june 2001, 37; A. Broches,The Convention on the Settlemnt of In-

инвестиција најчешће предвиђају покретање арбитражног поступка на основу Допунских правила ICSID (Additional Facility Rules) чак и када једна од две државе није уговорница Вашингтонске конвенције.[8] Неколико вишестраних уговора садрже одредбу о решавању спорова између страног инвеститора и државе домаћина, међу којима је споразум NAFTA (North American Free Trade Agreement-Северноамерички споразум о слободној трговини– САД, Канада, Мексико) из 1993, протокол из Буенос Аиреса о унапређењу и заштити улагања унутар Меркосура (Јужноамерички трговински блок-заједничко тржиште између Аргентине, Бразила, Парагваја и Уругваја) и земаља које нису чланице Меркосура, у оквиру уговора из Асунсиона из 1991; Уговор о Повељи о енергији (Energy Charter Treaty) из 1995.

Поступак пред ICSID арбитражом подразумева постојање пуноважног арбитражног споразума, који се унеколико разликује од класичног арбитражног споразума када су део двостраног уговора.[9] Наиме, Вашингтонска конвенција предвиђа да се спорови могу решавати путем међународне концилијације (мирењем, посредовањем) или путем арбитраже Помоћно тело Центра поступа са циљем да олакша поступак арбитражног решавања спорова, примењујући сопствена арбитражна правила. Арбитражна клаузула о решавању спорова има правно дејство само ако је претходно одобрена од стране Генералног секретара ICSID. Арбитража је у правом смислу речи делокализована и интернационална, односно не потпада под процесну контролу неког националног законодавства.

У поступку концилијације, захтев за посредовањем тј. мирењем треба да садржи податке о предмету спора, о странкама и њихов пристанак на посредовање, сходно правилима о покретању поступка посредовања и арбитраже. Генерални секретар има дужност да странке одмах обавести о извршеној регистрацији или о одбијању регистрације поднетог захтева.[10] Комисија за посредовање састоји се од једног или непарног броја посредника, именованих на темељу споразума страна-

vestment Disputes Between States and Nationals of Other States,136; RCADI, 1972, 389. Од укупног броја случајева решаваних пред ICSID четвртина отпада на Источну Европу и Средњу Азију, 24% на Јужну Америку, а 7% на Западну Европу. Највише арбитражних спорова у оквиру ICSID везано је за нафту, плин и рударство, затим за енергетски сектор 17% и друге индустрије 12%. Највише регистрованих арбитража има Аргентима (153).

8 Нпр. чл. 24 Модел Bilateral Investments Treaties SAD и чл. 1120 NAFTA.

9 Нпр. Asian Agricultural Products Ltd. w. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. Arb/87/3 award 27 June 1990.

10 Механизам претходног решавања спорова примењиван је и у великим међународним инвестиционим пословима и аранжманима, каква је била изградња тунела испод Ламанша.

ка. Поступак посредовања се води у складу са одредбама Конвенције и Правилника о посредовању, уколико се странке нису другачије споразумеле. Комисија има задатак да идентификује и разјасни спорна питања између странака у спору, уз настојање да странке постигну споразум и о томе саставља извештај. Уколико странке не постигну споразум комисија закључује поступак посредовања и констатује да странка није учествовала у поступку посредовања или да странке нису постигле споразум.

2. ICSID арбитража

Свака држава потписница или држављанин потписнице Вашингтонске конвенције може да покрене арбитражни поступак, упућивањем писаног захтева Генералном секретару Центра који препис доставља другој странци.[11] Арбитражни суд при ICSID образује се у најкраћем могућем року после регистрације тужбеног захтева, а састоји се од једног арбитра или непарног броја арбитра који се одређује споразумом странака. Уколико су странке пропустиле да постигну договор о броју арбитра и начину именовања арбитражни суд чине три арбитра, одређених од стране странака у спору, док трећег одређују странке споразумно. Арбитражни поступак се води сагласно одредбама Конвенције и ако се странке нису другачије споразумеле, према Правилнику о арбитражи. У току арбитражног постпука суд није овлашћен да изриче привремене мере, осим ако то захтевају околности конкретног спора у ком случају арбитража може дати препоруку за њихово предузимање ради заштите права странака надлежном државном органу. Арбитражни суд доноси одлуку већином гласова својих чланова тако што је сваки члан суда овлашћен да приложи арбитражној одлуци посебно мишљење, независно од тога да ли се слаже са већином, уз обавезно образложење о неслагању. Генерални секретар има дужност да странкама, без одлагања, достави оверене преписе арбитражне одлуке.

Вашингтонска конвенција предвиђа да свака страна може да затражи тумачење арбитражне одлуке подношењем захтева Генералном секретару Центра. У том случају арбитража која је донела одлуку, или нова арбитража, има могућност да одложи извршење одлуке до решавања по захтеву за тумачењем.[12]

Упоредо са тим, Конвенција предвиђа и могућност контроле арбитражног решавања спора као и правна средства која странка може

11 Србија је положила инструменте ратификације Вашингтонске конвенције 9. маја 2007. Више података доступно на адреси: *www.worldbank.org*.

12 Вид. чл. 50 Конвенције.

да истиче против арбитражне одлуке, односно *захтев за ревизију одлуке* и *захтев за поништај одлуке*. У случају промењених околности тј. откривања нове/их чињеница које суштински утичу на одлуку, странке могу захтевати ревизију арбитражне одлуке, о чему решава арбитража која је одлуку донела или новообразовани арбитражни суд. Док не одлучи по захтеву за ревизијом арбитражни суд може одложити извршење арбитражне одлуке.

Свака страна у арбитражном спору може да поднесе захтев за поништај арбитражне одлуке Генералном секретару Центра. Захтев се подноси из једног или више Конвенцијом предвиђених разлога: неправилног конституисања арбитражног суда; несавесног понашања једног члана суда (као што је околност да је био подмићен); битних повреда правила поступка; недостатка образложења односно објашњења основа на којима се темељи одлука. После пријема захтева за поништај арбитражне одлуке председник Административног савета је дужан да образује *ad hoc* одбор од три члана са листе арбитара. Одбор може да поништи арбитражну одлуку у целини или делимично, из разлога наведених у захтеву и одређених конвенцијом. Уколико одлука буде поништена свака странка у спору има могућност да поново покрене спор пред новим арбитражним судом који ће се формирати у предвиђеном поступку.[13]

Странке имају обавезу да се повинују арбитражној одлуци, изузев ако је извршење обустављено на основу конвенције.[14] Све државе чланице Вашингтонске конвенције дужне су да признају обавезност одлука донетих на основу конвенцијских одредаба и да обезбеде извршење новчаних обавеза одређених арбитражном одлуком. Странка која подноси захтев за признање и извршење одлуке на територији државе потписнице дужна је да достави надлежном суду или другом органу препис одлуке коју је оверио Генерални секретар Центра. Извршење се спроводи по правилима о принудном извршењу која важе у држави на чијој се територији тражи извршење.[15]

Вашингтонском конвенцијом је створена јединствена специјализована институционална арбитража[16] за решавање спорова произашлих из различитих облика инвестиционих улагања.[17] Међународни Центар

13 Вид. чл. 52 Конвенције.

14 Вид. чл. 53 Конвенције.

15 Вид. чл. 54 Конвенције.

16 Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Naučna knjiga, Zagreb, 1987, 365–405.

17 Интересантну одредбу у том погледу садржи Рударски закон Саудијске Арабије који предвиђа решавање спора концесионара и коцедента пред Board of Concession Appeals а једини начин да се избегне надлежност овог тела за решавање

за решавање инвестиционих спорова између државе и грађана других држава, уз Арбитражни суд Међународне трговинске коморе у Паризу, по својим карактеристикама представља међународну трговачку арбитражу у правом смислу те речи, насупрот већини арбитража које се могу окарактерисати као националне. Судови земље у којој је седиште арбитраже немају никакву супервизорску улогу.[18]

а) Примена материјалног права пред ICSID арбитражом

Међународни карактер инвестиционих улагања може се сматрати споном која повезује целину чињеница које укључују више правних поредака с једне стране и целине правних норми које треба одредити с друге стране. Ова концепција води до примене механизма међународног приватног права које означава меродавно национално право за реализацију улагања. С друге стране међународни карактер инвестиција може се сматрати сведочанством њене припадности транснационалном правном поретку, који постоји заједно са принудама произашлим из унутрашњих правних поредака чије разлике настоји да постепено апсорбује.

ICSID арбитража је независна од националних правних система што је једна од њених најважнијих карактеристика. Независност је обезбеђена јасним правилима поступка, немогућношћу страног инвеститора да користи „домаће правне путеве" уколико постоји пуноважна сагласност за решавање спора пред ICSID Центром, својством коначности одлуке ICSID арбитраже, заокруженим правним оквиром који креира међународно право.[19]

Вашингтонска конвенција предвиђа три критеријума одређивања меродавног материјалног права:

- правна правила утврђена споразумом странака,
- у одсуству споразума странака примењује се право државе домаћина, укључујући и њена правила о сукобу закона (колизионе норме) као и релевантна правила меродавног права;
- решавање инвестиционог спора у складу са принципом *ex aequo et bono* у случају да су стране изричито овластиле ICSID арбитражу да одлучује на овакав начин.[20]

концесионог спора јесте уговорна клаузула о надлежности Центра за решавање инвестиционог спора.

18 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 109.

19 Г. Кнежевић, В. Павић, 28.

20 Вид. чл. 42 Конвенције.

Поред тога, Конвенција утврђује хијерархију у примени критеријума за избор меродавног права на изричит и недвосмислен начин. Систем одређивања меродавног права полази од споразума странака али представља и водич арбитрима у поступку одређивања материјалног права које треба применити у случају да су странке пропустиле да изврше избор меродавног права, тако што упућује на примену права државе пријема заједно са правилима међународног права. Сагласност страна о избору меродавног права може упућивати на примену права државе пријема; права треће државе; међународно право; комбинацију правних правила пореклом из различитих правних система; правна правила креирана од стране самих странака. Дакле, стране инвестиционог спора имају могућност да као меродавно изаберу право земље пријема, затим право треће земље или унутрашње право. У складу са колизионим принципом аутономије воље страна, право страна да изаберу меродавно право пред ICSID центром укључује и могућност да откажу тај избор и да се определе за примену неког другог меродавног права.[21] Слобода страна у избору меродавног права је ограничена, уколико је избор одређеног права имао за циљ избегавање правила одређеног правног система и уколико је оно у супротности са међународним јавним поретком или домаћим јавним поретком. Центар превасходно води рачуна о избору меродавног права у мери у којој је оно у супротности са међународним јавним поретком.[22]

У одсуству споразума странака прва опција ICSID арбитраже јесте примена права земље пријема инвестиционих улагања укључујући и њене колизионе норме. Локално право је оно са којим инвестиције остварују најтешњу везу, имајући у виду измене које могу да поремете уговорну равнотежу те је нормално да се уговор изјасни о утицају измењених прописа на права и обавезе страна. Наиме, држава и инвеститор у уговору могу да унесу стабилизациону клаузулу којом се утврђује да се одредбе унутрашњег права имају схватити према њиховој садржини у тренутку закључења уговора. Осим тога, ICSID арбитража нема право да се огласи ненадлежном уколико не постоје домаће норме у односу на регулисање конкретног аспекта инвестиције, већ се

21 Тако је у спору поводом споразума италијанске компаније B&B и Владе Конга о изградњи и експлоатацији фабрике за производњу пластичних боца током поступка дошло до споразума странака да ИЦСИД арбитража може одлучивати ex aequo et bono и поред тога што је уговор садржао клаузулу о меродавном праву. (B&B v. Kongo, 21 I. L.M, 740, 748–750, 1982) Подаци на сајту *www.worldbank.org/ICSID*.

22 Hirsch, Morche, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publichers, 1993,126; Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006, 252–185.

ослања на примену релевантних правила међународног права.[23] Споразум државе и инвеститора део је процеса интернационализације управо кроз примену међународних правила и принципа.

ICSID Центар је овлашћен да одлучује *ex aequo et bono* и да спор пресуђује на начелима правде и правичности, те се не постављају границе у избору правила за спор у питању. У складу са тим, неопходно је да арбитри базирају одлуку на објективним и рационалним разлозима што би странкама обезбедило сигурност и правичност решења.[24]

3. Меродавно право за инвестиционе спорове

Вашингтонска конвенција признаје право избора меродавног права у пракси међународних арбитража те странке могу изабрати као меродавно право домаћина, право неке треће државе али и право страног улагача или *lex mercatoria*, опште принципе међународног права и сл. Применом колизионе аутономије воље странке могу да одреде меродавно право за међусобна права и обавезе, с тим што је избор у значајној мери ограничен имајући у виду да су унутрашњи прописи о инвестицијама јавноправни прописи. То би значило да странке немају могућност да избором меродавног права искључе примену императивних одредби и норме јавног поретка земље. У доктрини и пословној пракси постоје супротстављени ставови о питању примене меродавног права на стране инвестиције. По једном, који полази од примата међународног над унутрашњим правом, на инвестициони однос увек треба применити међународно право, док друго становиште полази од тога да кроз стране инвестиције држава не може ограничити вршење својих суверених права, те је увек меродавно право државе домаћина.

Теорија о примени међународног права тежи интернационализацији инвестиционих улагања и подвлачи њихов међународноправни значај. Присталице ове теорије полазе од тога да је реч о јавноправним уговорима у смислу међународног права, обзиром да су приватни инвеститори потпуно способни да буду носиоци права и обавеза у међународној заједници.[25] Инвеститор је равноправан субјект правног односа са државом, па се функционално и претвара у државу.[26] Из тих разлога трагање за новим меродавним правним поретком је не-

23 Вид. чл. 42 Конвенције.

24 Тако је у случају Atlantic Triton ICSID арбитража била овлашћена да одлучује *ex aequo et bono* и својом одлуком доделила компензацију инвеститору, битно мању од захтеване. Вид. Atlantic Triton v. Guinea,115 Journal du Droit International 1981–1988.

25 Jesup P.C, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, 139–141; Jesup P.C., *Transnacional Law*, New York, 1956, 13.

26 Zemanek K, *Das Vertragsrecht der Internationalen Organisationen*,Wien, 1957, 21.

потребно, имајући у виду да основни елементи инвестиционог односа представљају истовремено елементе међународног правног поретка. Међународно право је довољно подесно да постави оквире правног односа државе и страног инвеститора, а једини изузетак ће постојати ако се *lex contractus* изричито позива на унутрашње право државе уговорнице, или неко друго национално право у ком случају би се права и обавезе тумачиле по унутрашњем праву или другом праву.[27] Пракса сведочи о прихватању ове концепције одређивања меродавног права у једном броју уговора који предвиђају примену међународног права.[28] Узимање у обзир решења најрепрезентативнијих националних права од стране међународних арбитража није предмет дискусије, и поред присутне тежње међународних арбитара који лоше познају домаће право да примењују само његова општа начела. Као илустрација би се заправо могло узети решење која би представљало савремену верзију пресуде донете у славном случају шеика Абу Дабија (Abu Dhabia) у којој је арбитар појединац, пошто је сматрао да је локално право сувише неразвијено да би управљало тако сложеном операцијом као што је нафтна концесија исто одстранио, као меродавно, и применио општа правна начела.[29]

У класичним инвестиционим уговорима се ретко налазе „интересантне" клаузуле о меродавном праву која би се позивала на општа правна начела или заједничка начела више националних права, што је случај са другим пословима међународне трговине. Уговор о изградњи тунела испод Ла Манша садржао је клаузулу која се позива на општа начела заједничка енглеском и француском праву, али она није представљала изузетак од правила већ само наставак примене система двоструког колосека који прожима ову операцију од самог почетка.

У међународној законодавној и пословној инвестиционој пракси чешће је као меродавно право примењивано национално право. Пропис о сукобу закона се састоји у томе да инвестициони однос веже за право земље са којом остварује најтешњу везу. С друге стране утицај

27 Verdross A., „Die Sicherung von auslandchen Privatrechten aus Abkomen zur wirt shhaftlichen Entwickleng mit Schiedsklauseln", *Zeitschrift fur Auslandisches Offentliches Recht und Volkerrecht*, Band 18/1957, 635–651.

28 Пример, уговор између NIOC (nacionalna petrolejska kompanija Irana) sa ERAP–SOFIRAN i CONOCO (Continental Oil Co.) iz 1969. Из арбитражне праксе, спор у којем је међународном праву дат примет у односу на национално право: Texaco Overseas Petroleum Co. And California Asiatic Oil Co. и Libije. Арбитражни суд је закључио да Влада Либије није имала право да прекрши уговорне обавезе према страном инвеститору, без обзира што су декретом национализована сва права, интереси и власништво петролејских компаније. Ово из разлога што уговор Владе Либије и страног инвеститора није подвргнут искључиво либијском унутрашњем праву јер је уговор међународна обавеза извршена на основу међународног права.

29 Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik Abu Dhabi, presuda od 28. 8. 1951. od strane Lorda Asquita of Bishopstona, ICLQ 1952, 247.

места реализације тј. извршења је такав да се уговори о инвестиционом улагању, поистовећује са пословањем некретнинама на које се универзално примењује *lex rei sitae*. У вануговорном спору који се заснива на захтеву за накнаду штете услед експропријације и других аката државе којима се наглашавају права страног улагача треба применити колизионе норме које се односе на вануговорну одговорност за штету а оне ће уобичајено довести до примене националног права државе пријема. Примена домаћег права је несумњиво најадекватнија за уговор о страним улагањима, посебно када је уговор потврђен кроз законску процедуру односно када постоји посебан национални пропис. Такав уговор постаје део унутрашњег права и представља *lex specialis* у односу на друге домаће законе.[30] Уговарање националног права оправдано је у случају када сам улагач изрази спремност да се потчини правном систему, на основу сопствене процене инвестиционе климе и сигурности својих инвестиција.

Код међународних инвестиција неопходно је међусобно допуњавање међународног и националног права, тако да Вашингтонска конвенција прихвата комбиновану примену права државе домаћина и општих принципа међународног права као коректива.

Већина савремених система међународног приватног права упућује на право земље у којој се инвестиција реализује или на право земље у којој је улагање претежно лоцирано. Уобичајено је да се арбитражне пресуде изричу у корист примене домаћег права према прописима међународног приватног права или директним локализовањем инвестиционог посла. Домаће право даје арбитрима мало могућности за слободу одлучивања. Другачије је када арбитри одлучују као пријатељски посредници. Тако у једној арбитражној одлуци CCI стоји да: „Ћутање уговорних страна да одреде меродавно право претпоставља да су оне признале да није потребно унапред одредити меродавно право, чијом применом би суд донео одлуку о једном или другом питању постављеном у овом случају. Уосталом, када му је дато овлашћење да делује као пријатељски посредник, као што то одређује уговор, арбитражни суд не мора да одлучи које посебно право управља уговорним односом странака. На тој основи, да би решио питања која поставља спор у току, арбитражни суд ће применити општа широко призната начела аутономног међународног трговачког права, без посебног позивања на систем колизионих норми посебног права".[31]

---

30 Душан Китић, „Давање концесија страним инвеститорима", *Судска пракса*, бр. 7/1991,72.

31 Случај CCI br. 3267, запажање S.Jarvin у: Y.Derains, Colection of ICC arbitral awards 1974–1985, 377.

II Резиме

Светска банка је извршила класификацију страних директних инвестиција полазећи од мотива за инвестирање. За веће инвестиционе подухвате везује се читав низ правних операција из којих произилазе бројне тешкоће и спорови у реализацији и окончању. Они се могу решавати ванинституционалним и институционалним путем, у зависности од тога да ли се спор решава споразумно или се исти препушта суду, односно арбитражи. Специфичност међународних улагања произилази из оних уговорних односа који подлежу јавноправним прописима земље домаћина. У инвестиционом односу постоји асиметричност статуса странака, односно државе као јавноправног субјекта који има суверено право да уређује правни режим економских активности на својој територији и инвеститора, као субјекта приватног права. Примена права меродавног за уговор односи се на општа решења концепта страначке аутономије воље.

Спорови које покрећу инвеститори на темељу арбитражне клаузуле двостраних споразума о заштити и унапређењу инвестиција подлежу решавању пред ICSID Центром. ICSID арбитража налази се на пола пута између међународне јавне и међународне привредне арбитраже, као, неспорно, један од намодернијих система решавања спорова.

Интензивна инвестициона сарадња држава уговорница подстиче учесталост проблематике одређивања меродавног права и начина решавања спора. Упоредо са тим намеће се потреба проучавања арбитражне праксе у оквиру ICSID, у погледу примене материјалноправних начела двостраних уговора, чиме би требало обезбедити сигурност домаћих органа у дочеку страних инвестиција, као и спречавању спорова државе са страним улагачима.

***Marija* KRVAVAC, PhD**
Professor at University of Priština, Faculty of Law, temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ICSID ARBITRATION

Summary

The purpose of the Centre for settlement of investment disputes shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, btween a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and national another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submint to the Centre. Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effectin writing.

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

Disputes initiated by investors on the basis of an arbitration clause in bilateral agreements on protection and improvement of investments are subject to resolution before the ICSID Centre. ICSID arbitration is half-way between international public and international private arbitration as, undisputedly, one of most modern systems in international arbitration which is almost universally accepted.

Key words: *investment disputes, arbitration, states, international.*

др *Владимир* САВКОВИЋ
ванредни професор на Правном факултету Универзитета Црне Горе

ПОВОДОМ ПЕТ ДЕЦЕНИЈА ОД ХАШКО-ВИЗБИЈСКИХ И ЧЕТИРИ ДЕЦЕНИЈЕ ОД ХАМБУРШКИХ ПРАВИЛА – ИМА ЛИ НАДЕ ЗА УНИФИКАЦИЈУ РЕГУЛАТОРНОГ ОКВИРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРЕВОЗА РОБЕ МОРЕМ?

Резиме

У 2018. години биљежимо пет деценија од усвајања значајније и познатије од два протокола о измјенама сада већ чувене Бриселске конвенције о теретници, Хашко-Визбијских правила, као и четири деценије од усвајања Хамбуршких правила, регулаторних инструмената креираних у циљу уједначавања правног оквира међународног превоза робе морем. Тим поводом, циљ овог рада је да се упоредном анализом кључних рјешења два регулаторна инструмента који су већ деценијама на снази, Бриселске конвенције о теретници (са протоколима о измјени) и Хамбуршких правила, издвоје и подцртају суштински битне разлике између њих, те сагледају могућности њиховог превазилажења и отклањања посљедичне правне несигурности. Управо у том контексту, у посљедњем дијелу рада, размотрен је и актуелни концепт рјешавања описаног проблема на међународном плану и кључне карактеристике његове актуелне изведбе оличене у тзв. „Ротердамским правилима" – регулаторном инструменту који деценију од усвајања још није ступио на снагу, иако је од почетка праћен великим очекивањима.

Кључне речи: *Бриселска конвенције о теретници, Хашко-Визбијска правила, Хамбуршка правила, Ротердамска правила, поље примјене, режим одговорности (бродара) превозиоца, превозне исправе.*

I Увод

Година 2018. је „година јубилеја". У њој биљежимо пет деценија од усвајања значајнијег и познатијег од два протокола о измјенама сада већ чувене Бриселске конвенције о теретници,[1] Хашко-Визбијских правила,[2] као и четири деценије од усвајања Хамбуршких правила.[3] Ријеч је, наравно, о познатим инструментима креираним у циљу уједначавања регулаторних оквира међународног превоза робе морем, традиционално најинтересантнијег и вјероватно најзначајнијег сегмента транспортног права.[4] Но, поред неспорног значаја, захваљујући истовременом важењу и примјени наведених конвенција у регулисању суштински истих правних односа, ријеч је и о једној од најконтроверзнијих области

1 Формални назив овог регулаторног инструмента и првог успјешног подухвата на плану унификације међународног превоза робе морем је Међународна конвенција о изједначавању неких правила о теретници. Иста је усвојена 1924. године и садржи кључна регулаторна рјешења тзв. „Хашких правила", која су свега три године раније предложена од стране Удружења за међународно право са сједиштем у Хагу, управо као опција униформног уређења кључних односа који настају као резултат прекограничног превоза робе морем. Одатле се за Бриселску конвенцију о теретници неријетко и користи термин „Хашка правила". Више вид. Часлав Пејовић, *Превозне исправе у поморској пловидби*, Цетиње, 1992, 27–30.

2 Протокол о измјенама Међународне конвенције о изједначавању неких правила о теретници усвојен је на дипломатској конференцији у Бриселу, 1968. године, а ступио је на снагу 1977 године. Текст протокола је усаглашаван под окриљем Међународног поморског комитета у шкотском граду Висбију (енг. *Visby*), одакле и назив – Визбијска, односно Хашко-Визбијска правила. Вид. Ч. Пејовић, 30–31.

3 Конвенција Уједињених нација о превозу робе морем, усвојена на Дипломатској конференцији у Хамбургу, 1978. године. Иста је, међутим, ступила на снагу тек 1992. године, приближно годину након што је одговарајуће инструменте ратификације депоновала двадесета од данашњих 34 државе у којима је иста на снази. Више о статусу и хронологији израде конвенције на службеној интернет страници УНЦИТРАЛ-а: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html* (23. 8. 2018).

4 Илустрације ради, према званичним статистичким подацима Европске комисије, од укупне вриједности свих увезених роба у Европску унију у 2016. години, преко 50% вриједности отпада на робу увезену поморским транспортом, а слични су и статистички показатељи када је ријеч о извозу роба из земаља Европске уније. Вид. *https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Freight_transport_statistics* (4. 9. 2018).

међународног трговинског права. Како тада, тако се и из данашње перспективе чини да је поменута контроверза у битном резултат „хладноратовских подјела" из периода настанка Хамбуршких правила, конвенције која је умногом представљала одговор на широк спектар основа за ослобађање бродара од одговорности за губитак, оштећење и закашњење у испоруци терета предвиђених Бриселском конвенцијом о теретници.[5] Но, хладноратовске прилике су већ деценијама прошлост, а ми смо и данас свједоци упоредне примјене двије међународне конвенције које уређују послове међународног превоза робе морем. Штовише, с обзиром нијесу све државе чланице Бриселске конвенције о теретници потписале и ратификовале протоколе о њеној измјени, треба имати у виду и то да на формалној равни опстају чак четири истовремено важећа регулаторна инструмента, тј. режима.[6] Ипак, у даљем тексту, Бриселску конвенцију о теретници и протоколе о њеним измјенама третираћемо као јединствен текст и регулаторни режим. Уз чињеницу да је таква и интенција редактора (аутора) самих протокола, додатни аргумент за то је и околност да су у фокусу анализе у наредном дијелу рада значајним дијелом управо регулаторна рјешења која су у Бриселској конвенцији о теретници остала неизмијењена протоколима из 1968. и 1979. године.[7]

---

5 Није тајна да је Бриселска конвенција о теретници донијета под патронатом великих поморских сила тога времена, те да је (благо) фаворизовала положај бродара у односу на наручиоца превоза, формализујући на тај начин у том тренутку и *de facto* повлашћен положај бродара у пословима међународног поморског превоза робе. Више о тадашњим друштвено политичким приликама, као и хронологији ранијих покушаја унификације међународног превоза робе море, које биљежимо већ средином 19. Вијека. Вид. Jose Angelo, Estrella Faria, „Uniform Law for International Transport at UNCITRAL: New Times, New Players, and New Rules", *Texas International Law Journal*, 44/2009, 278–317.

6 Дакле, поред већ наведених Хашко-Визбијских правила, на снази је од 1984. године и Протокол о измјени Међународне конвенције за изједначавање неких правила о теретници од 25. августа 1924. године са измјенама учињеним Протоколом од 23. фебруара 1968. године, који је усвојен је у Бриселу 1979. Најзад, зависно од начина увођења Бриселске конвенције о теретници и проткола о измјени у национално право, може се говорити и о додатним варијацијама, а самим тим и проблемима у контексту постизања задовољавајућег степена правне сигурности. Вид. Ivo Grabovac, Dragan Bolanča, „Prijevoz robe morem – problematika ujednačavanja", *Uporedno pomorsko pravo*, vol. 37, 1995, 39–49.

7 Детаљније о разликама између Бриселске конвенције о теретници и Хашко-Визбијских правила, тј. новинама које су унијете Визбијским протоколом: Francis Raynolds, „The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules", *MLAANZ Journal*, 1990 (7), 16–34. Када је, пак, други протокол о измјенама у питању (тзв. „СДР протокол"), разлике се практично односе само на обрачунске јединице за одређивање граница одговорности бродара за оштећење терета или кашњење у испоруци. Види: Rimantas Daujotas, „Justification of Liability Limitation in International Carriage of Goods", *Law & Society: International & Comparative Law eJournal*, 2011,

Разлог више да 2018. означимо као годину јубилеја у контексту дуготрајних напора на уједначавању правила која се примјењују у међународном превозу робе морем јесте и куриозитет да је управо 2008. године, дакле, прије тачно једне деценије, усвојена и Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународном превозу роба дјелимично или у цјелини морским путем, позната под називом „Ротердамска правила".[8] Ријеч је о најновијем покушају да се под окриљем и уз подршку Уједињених нација превазиђу правне неизвјесности створене истовременом примјеном различитих правних режима – покушају који у много чему превазилази оквире примјене Бриселске конвенције о теретници, па и Хамбуршких правила.[9] Но, имајући у виду да су до 2018. године, дакле, читаву деценију од њеног доношења, ову конвенцију ратификовале свега четири државе, морамо бити опрезни када је у питању реализација неспорно великих очекивања.

Коначно, без обзира на велика очекивања која их прате од почетка, Ротердамска правила нијесу примарни фокус овог рада. Примарни циљ је да се, условно речено, још једном вратимо коријенима актуелног проблема. Прецизније, да се компаративном анализом, по нашем виђењу, кључних, а истовремено у битном различитих рјешења Бриселске конвенције о теретници и Хамбуршких правила издвоје и подцртају суштински значајне разлике између ова два регулаторна режима, те размотре могућности и актуелне иницијативе превазилажења истих. У трећем и уједно посљедњем дијелу рада, сходно изнијетим закључцима, представљена су и дате оцјене појединих рјешења понуђених Ротердамским правилима, али примарно са становишта закључака изнијетих као резултат упоредне анализе Бриселске конвенције о теретници и Хам-

6(71); Vesna Skorupan Wolff, „Poredbena analiza Haških i Roterdamskih pravila", *Poredbeno pomorsko pravo*, vol. 49, 2010, 169–210.

8 Конвенција је припремљена под окриљем УНЦИТРАЛ-а, а усвојена је 2008. године од стране Генералне скупштине Уједињених нација. Свечано потписивање је обављено наредне године у Ротердаму, па одатле и у тексту искоришћени колоквијални назив. Да би ступила на снагу, иста би требало да буде ратификована од стране најмање 20 држава. При томе, пак, ваља имати у виду да су ову конвенцију досад потписале 24 државе чланице УН-а, али да су је свега четири ратификовале. Више детаља на званичној интернет страници УНЦИТРАЛ-а: *http://www.uncitral.org* (23. 8. 2018. године). О мотивима, хронологији рада на конвенцији и препрекама у њеној изради вид. Johan Schelin „The UNCITRAL Convention on Carriage of Goods by Sea / Harmonization or De-Harmonization?", *Texas International Law Journal*, vol. 44, 2009, 321–327; Jan Ramberg, „Global Unification of Transport Law: A Hopeless Task?", *Pen State International Law Review*, vol. 27, 2009, 851–857.

9 Владимир Савковић, „Кључне измјене које ће „Ротердамска правила"– нова Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународном превозу роба дјелимично или у цјелини морским путем унијети у постојећи правни режим међународног превоза робе морем", *Правни зборник Удружења йравника Црне Горе*, бр. 1–2/2013, 71–88.

буршких правила. Прецизније, изнијета су становишта у контексту потребе превазилажења разлика између два упоредо важећа међународноправна режима, чија вишедеценијска таква примјена у регулисању превоза робе морем представља (сувишан) фактор правне несигурности.

II Компаративна анализа кључних регулаторних рјешења Бриселске конвенције о теретници и Хамбуршких правила

1. Домен примјене

За домен примјене Бриселске конвенције може се с правом констатовати да је прилично сужен. Наиме, већ *prima facie* можемо говорити о томе да се одредбе ове конвенције имају примјењивати само на оне уговоре о превозу робе морем код којих је издата теретница, што кореспондира и са њеним изворним, пуним називом.[10] На другој страни, пак, сходно изричитој одредби из члана 10, мора се имати у виду и то да се правила Бриселске конвенције о теретници, макар на формалној равни, примјењују само на теретнице које се односе на превоз робе из једне у другу луку које су у различитим државама, и то само када је испуњен један од сљедећих услова:

- да је ријеч о теретници издатој у једној од држава потписница конвенције;
- да се лука укрцаја налази у држави потписници конвенције;
- да уговор садржан у теретници или уговор за који теретница представља доказ његовог постојања и садржине стипулише да ће се сама конвенција или национално законодавство којим се „даје ефекат", тј. уводе одредбе конвенције у национално право, примјењивати на тај уговор без обзира на државну припадност брода, држављанство бродара, наручиоца превоза и примаоца робе или било које другог заинтересованог лица.

Према томе, тумачећи *stricto sensu* одредбе Бриселске конвенције о теретници, можемо примијетити да се исте примјењују само на правне односе који су уређени теретницом као превозном исправом. Таква правна конструкција односно регулаторни приступ, сматрамо, логична је посљедица вишевјековних недоумица у погледу правне природе теретнице као превозне исправе. Наиме, посебно у државама које представљају дио англо-америчког правног круга, практично одувијек постоје ставови – како у теорији тако и у судској пракси – да теретница има уговорну правну природу, тј. да представља уговор о превозу ро-

10 Вид. *supra* фуснота бр 1.

бе.[11] У том контексту је и разумљивије то што Бриселска конвенција о теретници, која је и састављена под снажним утицајем држава из поменутог правног круга, садржи формулацију о примјени њених одредаба на теретницу.[12]

На другој страни, међутим, поменута формулација води прилично уској примјени одредаба Бриселске конвенције са становишта већине других правних система, посебно оних који припадају европско-континенталном правном кругу, гдје преовлађује становиште да је теретница по својој правној природи хартија од вриједности и једнострана исправа, те да самим тим нема својство уговора о превозу робе.[13] Другим ријечима, осим што има својство хартије од вриједности чијим издавањем бродар преузима одређене обавезе, теретница према овом концепту представља и доказ о појединим одредбама закљученог уговора. Но, у случају, примјера ради, постојања писане форме уговора чија је садржина у једном дијелу противурјечна садржини теретнице, сходно преовлађујућем становишту на нашем и већини других европских простора, обавезујуће ће бити одредбе садржане у писаној форми уговора, а не садржина теретнице. Штовише, једнако би то, сматрамо, био случај и када не би постојала писана форма уговора, али би се његова садржина могла (макар једнако) поуздано доказати уз употребу других доказних техника и средстава. Коначно, треба истаћи и то да је садржина теретнице понекад „сиромашнија" од садржине писаног уговора, услед чега би се могло говорити и о потенцијалним додатним компликацијама, тј. *de facto* даљем „сужавању" поља примјене Бриселске конвенције о теретници, што свакако не иде у прилог крајњем циљу – унификацији регулаторних оквира међународног превоза робе морем.

Без обзира на то што је Бриселска конвенција о теретници глобално „популарнија" од Хамбуршких правила,[14] потоњи регулаторни

11 Детаљније о дуготрајној дилеми о правној (уговорној) природи теретнице у америчким и енглеским академским и правосудним круговима вид. Georgious I. Zekos, „The e-bill of lading contract: An e-standard form contract of carriage or merely an evidential document", *Neptunus, revue électronique, Centre de droit maritime et oceanique de Nantes*, vol. 11(2), 2008; Časlav Pejović, „Documents of Title in Carriage of Goods by Sea under English Law: Legal Nature and Possible Future Directions", *Comparative Maritime Law*, vol. 43, 2004, 43–83.

12 Илустрације ради, у Бриселској конвенцији о теретници се неријетко користе и конструкције попут оне: „уговор садржан у теретници" (чл. 10, ст. 1), што је прилично индикативно када је ријеч о ставовима њених редактора у односу на поменуту дилему.

13 Примјера ради, вид. Ч. Пејовић (1992), 34–36; Миодраг Трајковић, *Поморско ūраво*, Београд, 2000, 107–108. Донекле супротно становиште вид. Drago Pavić, *Pomorsko imovinsko* pravo, Split, 2006, 116–119.

14 Знатно већи број земаља у којима се у једној или другој форми (са или без протокола) примјењује Бриселска конвенција о теретници, великим дијелом је резултат

инструмент је у погледу домена примјене модернији и у претежном дијелу примјеренији потребама уређења савременог међународног превоза робе.

Прије свега, Хамбуршким правилима је предвиђено је да ће се одредбе ове конвенције примјењивати на све уговоре о превозу робе морем између двије различите земље, уколико је испуњен један од сљедећих алтернативних услова:

- Да се уговорена лука укрцаја налази у држави потписници конвенције;
- Да се уговорена лука искрцаја робе налази у држави потписници конвенције;
- Да се једна од лука које су уговором о превозу робе утврђене као опционе луке искрцаја у поступку извршења уговора управо и искористи за истовар (дијела) терета, када се та лука налази у држави потписници конвенције;
- Да је теретница или други документ који представља доказ о закљученом уговору о превозу робе морем издата у држави потписници;
- Да је теретницом или другим документом који представљају доказ о закљученом уговору предвиђено да се на уговор имају примјењивати одредбе конвенције или законодавство државе којим се „даје ефекат", тј. уводе одредбе конвенције у национално право.[15]

Поред наведеног, битна околност на плану напора на унификцији регулаторних оквира међународног превоза робе морем је и то да се Хамбуршка правила примјењују независно од државне припадности брода, националности превозиоца (бродара), стварног превозица,[16] наручиоца превоза и примаоца робе чији је превоз уговорен.[17] Дакле,

околности да су не само Бриселска конвенција, већ и њени протоколи претходили Хамбуршким правилима, но ништа мање, чини се, то је и резултат околности да су Хамбуршка правила, условно речено, „наклоњенија" крцатељу, односно наручиоцу превоза него ли бродару (превозиоцу), првенствено у дијелу режима одговорности за штету узроковану губитком, оштећењем или закашњењем у испоруци терета. Вид. J. Angelo, E. Faria, 278–317; I. Grabovac, D. Bolanča, 39–49.

15 Хамбуршка правила, чл. 2, ст. 1.

16 Хамбуршка правила, по први пут у наднационалне регулаторне оквире превоза робе морем уводе појам стварног превозица (енг. „actual carrier"), који укључује особе којима је повјерено извршење цјелокупног или дијела пловидбеног подухвата, тј. превоза робе. Види: Stefano Zunarelli, „The Carrier and the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules" *Uniform Law Review*, vol. 14(4), 2009, 1011–1023, 1020.

17 Хамбуршка правила, чл. 2, ст. 2.

избјегавајући изједначавање теретнице са уговором о превозу робе, тј. третирајући је као доказ о постојању истог, аутори Хамбуршких правила нијесу преузели концепт Бриселске конвенције о теретници која је добрим дијелом конципирана на нејасној премиси ове превозне исправе као уговора између бродара и наручиоца превоза. Прецизније, основ примјене је фокусиран директно на уговоре о превозу робе морем, што свакако можемо сматрати значајним искораком на плану постизања већ поменутог и добро познатог крајњег циља оба регулаторна инструмента.

На другој страни, међутим, сматрамо овдје значајним за подвући и то да је у једном дијелу, управо када је домен примјене у питању, Хамбуршким правилима направљен још један, понекад критикован корак на плану унификације.[18] Конкретно, ријеч је о томе да је, слично одредбама Бриселске конвенције о теретници,[19] у члану 2 ставу 3 Хамбуршких правила утврђено да се иста неће примјењивати на бродарске уговоре (енг. *charter parties*), осим када је у вези са тим уговорима посебно издата и теретница, што није тако чест случај као код возарских уговора.[20] Но, за разлику од Бриселске конвенције о теретници која у овим ситуацијама не предвиђа даља сужавања поља примјене, поменутим чланом Хамбуршких правила се даље предвиђа да ће се одредбе конвенције примјењивати на такву теретницу само уколико (односно у мјери у којој) се иста односи на односе између бродара и имаоца теретнице који није наручилац (тј. друга уговорна страна). Стога, иако се наведеним рјешењем на први поглед сужава домен примјене Хамбуршких правила, сматрамо да су њихови аутори овиме управо и само „констатовали" горе описани проблем потенцијалног преклапања писане форме уговора и теретнице и покушали га избјећи на пољу бродарских уговора, чини се, макар дијелом и због околности да је посебна писана форма уговора код тих знатно чешћа него код возарских уговора, који су, по правилу, консесуалне природе.

2. Режим одговорности бродара за терет

Режим одговорности превозиоца, тј. бродара за терет је кључни, тј. најзначајнији корпус правних односа коју уређују предметне кон-

18 Danile E. Murray, „The Hamburg Rules: A Comparative Analysis", *University of Miami Inter-Am. Law Review*, vol. 12, 1980, 59–92.

19 Бриселска конвенција о теретници, чл. 5.

20 Осим што је потреба за превозним исправама, у правилу, мања код бродарских него код возарских уговора, данас се код бродарских уговора све чешће као превозна исправа користи товарни лист. Вид. Thor Falkanger, „Bills of lading and sea way bills issued under charter parties: who is bound?", *Scandinavian Institute of Maritime Law – Marlus*, бр. 482/2017, 9–27.

венције. Штовише, уређење положаја бродара је представљало примарни мотив за усвајање Бриселске конвенције о теретници, а незадовољство одређених држава рјешењима усвојеним у том дијелу и повод за иницијативу и посљедично усвајање Хамбуршких правила.[21] Одатле је овом питању у раду посвећено највише пажње, те је исто у даљем тексту анализирано са више (под)аспеката.

Прије свега, можемо примијетити да Бриселска конвенција о теретници не уређује изричито одговорност превозиоца, тј. бродара за закашњење, што је са становишта потреба уређења савременог поморског превоза роба тешко прихватљиво. Међутим, треба истаћи како постоје различита становишта када је ријеч о могућностима примјене креативног тумачења на одредбе ове конвенције којима се уређује одговорност бродара.[22] С тим у вези, чини се како има простора становишту да је одговорност бродара за штету узроковану закашњењем имплицитно уређена овим регулаторним инструментом у складу са утврђеним периодом примјене режима одговорности, о чему ће више ријечи бити у даљем тексту. На другој страни, пак Хамбуршким правилима се углавном на јединствен начин уређује одговорност за губитак, оштећење и закашњење у испоруци терета. Уједно дата је и довољно прецизна и употребљива дефиниција садржине самог појма закашњења у испоруци робе.[23]

Када је, пак, ријеч о трајању, тј. периоду важења установљеног режим одговорности бродара, у питању је још један сегмент у којем су Хамбуршка правила отишла корак напријед у односу на Бриселску конвенцију о теретници. Наиме, према често критикованом рјешењу из Бриселске конвенције,[24] тај период је посредно – дефинисањем појма

21 Вид. *supra* фуснота бр 6.

22 Ова становишта варирају од тога да је овај тип одговорности просто изостављен у Бриселској конвеницији о теретници, преко оних да је само дјелимично уређен – када је ријеч о ослобођењу од одговорности за закашњење у случају оправданог скретања са утврђеног курса ради спашавања имовине (чл. 4 ст. 4), до оних која истичу да се та одговорност генерално претпоставља, тј. да је имплицитно уређена. Вид. Vesna Polić Foglar, „Odgovornost za zakašnjenje u prijevozu robe u sadašnjoj pomorskoj praksi i prema Roterdamskim pravilima", *Pomorsko poredbeno pravo*, бр.51/2012, 204–207; М. Трајковић, 135–137.

23 Чл. 5, ст. 2 Хамбуршких правила: „До закашњења у испоруци долази када роба није предата у мјесту утврђеном као лука испоруке у уговору о превозу, у договорено вријеме, или, у одсуству договора о роковима испоруке, у вријеме у којем би се испорука разумно могла очекивати од пажљивог превозиоца, имајући у виду све околности случаја". Више о појму, модалитетима и начину одређења износа штете због закашњења у испоруци робе код поморског превоза вид. Борислав Ивошевић, „Одговорност поморског бродара за закашњење", *Зборник Правног факултета у Титограду*, 1976.

24 Вид. Francesco Berlingeri, *Comparative analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules*, Paper delivered at the General Assembly of the AMD,

„превоза робе“ у члану 1. конвенције – скраћен на период од тренутка утовара робе на или у брод до тренутка искрцавања, тј. истовара робе са брода. Тиме су непотребно ван постављеног режима одговорности бродара за терет остављени одређени периоди у којима се та роба и даље налази, тј. може налазити у државини бродара, с обзиром да бродар робу неријетко преузима већ на копну, баш као што робу и не предаје увијек приликом самог искрцаја са брода.

На другој страни, чланом 4. Хамбуршких правила је изричито прописано да се режим одговорности бродара утврђен том конвенцијом примјењује у периоду који обухвата вријеме током којег се роба налази у државини бродара у луци укрцаја, вријеме трајања самог превоза и вријеме током којег се роба налази у државини бродара у луци искрцаја. Другим ријечима, период важења режима одговорности бродара је Хамбуршким правилима у цјелини је „преклопљен“ са периодом у којем се роба налази под непосредном контролом, тј. у државини превозиоца, што је евидентно праведније и са становишта напора на унификацији правног режима међународног превоза робе море ефектније рјешење.

Као и у погледу периода важења режима, разлике између Хамбуршких правила и Бриселске конвенције о теретници на плану конкретизације дужности бродара видљиве су већ на први поглед. Наиме, редактори Бриселске конвенције о теретници су се овдје недвосмислено опредијелили за примјену принципа *numerus clausus*. Конкретно, утврђена су обавезе бродара да прије почетка, као и за вријеме трајања пловидбеног подухвата оспособи брод за пловидбу, да га технички опреми, обезбиједи одговарајућу посаду и снабдије потрепштинама за уговорено путовање, те да складишни простор, коморе за хлађење и све друге дјелове брода у којима се складишти терет одржава спремним и безбједним за утовар, превоз и чување истог.[25] Поред тога, утврђене су и обавезе бродара након почетка пловидбеног подухвата прописно и пажљиво: утовари и рукује са теретом, сложи га, превезе, чува и одржава га у најбољем могућем стању, те преда у луци искрцаја.[26] Коначно, утврђена је и детаљно уређена обавеза издавања теретнице на захтјев крцатеља.[27]

У контексту описаног регулаторног рјешења, поједини аутори примјећују како на описани начин нијесу свеобухватно уређене обаве-

Marrakesh 5–6 November 2009. Чланак је доступан на званичној интернет страници UNCITRAL-a: *https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf*, (8. 9. 2018).

25 Бриселска конвенција о теретници, чл. 3, ст. 1.

26 Бриселска конвенција о теретници, чл. 3, ст. 2.

27 Бриселска конвенција о теретници, чл. 3, ст. 3.

зе бродара, с обзиром да је испуштено да се изричито утврди обавеза предаје терета овлашћеном примаоцу, објашњавајући то околношћу да је намјена изворног текста Бриселске конвенције (неуспјелих „Хашких правила" донијетих 1921. године под окриљем Удружења за међународно право са сједиштем у Хагу – прим. аут.) била да представљају стандардне клаузуле теретнице код међународног превоза робе морем.[28] Нама се, пак, чини да су се редактори Бриселске конвенције о теретници задржали на обавези предаји робе у луци искрцаја због већ истакнуте околности да се режим одговорности бродара за терет установљен овом конвенцијом примјењује само у периоду који траје од тренутка утовара робе на или у брод, па до тренутка када роба напусти брод. Одатле би сувишно и таквом концепту конвенције контрадикторно било утврђивање обавезе на страни бродара да изврши испоруку робе овлашћеном примаоцу, јер се овлашћени прималац не мора налазити у луци искрцаја нити се подразумијева да ће робу преузети одмах по истовару са брода. Дакле, на страну оправдане критике „скраћења" периода важења режима одговорности бродара, можемо констатовати како је, у дијелу уређења дужности бродара, Бриселском конвенцијом о теретници принцип *numerus clausus* ипак примијењен досљедно и у складу са утврђеним опсегом примјене.

На другој страни, редактори Хамбуршких правила у готово у цјелини су избјегли набрајање обавеза бродара,[29] иако је ријеч о документу који је знатно обимнији и генерално комплетнији од Бриселске конвенције о теретници. Сходно томе, макар на први поглед, могли би закључити да је ово један од сегмената режима одговорности бродара за терет у погледу којег је Хамбуршким правилима направљена регресија. Но, даљом анализом њихових одредаба долазимо до нешто другачијег закључка. Наиме, у члану 5, који се односи на основ одоговорности бродара, у ставу 1 тог члана, утврђена је изричито одговорност бродара за штете које настану као резултат губитка, оштећења или закашњења у испоруци робе у току периода одговорности бродара за робу прецизно утврђеног већ наведеним одредбама члана 4 Хамбуршких правила, уз могућност ослобођења од одговорности уколико докаже да су предузете све разумне мјере да се избјегну негативне посљедице, тј. штета. Стога, можемо закључити да је, без обзира на изостанак набрајања конкретних обавеза бродара из уговорног односа према наручиоцу, наведеном одредбом суштински обухваћен, тј. утврђен и шири круг обавеза бродара него што је то случај са Бриселском конвенцијом о теретници.

28 Вид. F. Berlingeri, 6.

29 Изузетак у том дијелу је као и код Бриселске конвенције о теретници изричито утврђена обавеза издавања теретнице на захтјев крцатеља, вид. Хамбуршка правила, чл. 14, ст. 1.

Најзад, у погледу најинтересантнијег и историјски најконтроверзнијег питања у погледу режима одговорности бродара за штету – основа одговорности, односно основа за ослобођење од одговорности за губитак, оштећење и закашњење у испоруци терета – разлике између два регулаторна инструмента су већ добро познате. Но, прво треба назначити да је неспоран и заједнички за обије конвенције општи основ одговорности – кривица, конкретније, субјективна одговорност са претпостављеном кривицом. Прецизније, то значи да се, по правилу, кривица бродара за штету која настане у вези са теретом, као и у току трајања (примјене) конкретног режима одговорности, претпоставља. Начин на који је овакав концепт реализован у двијема конвенцијама, међутим, знатно се разликује.

У Хамбуршким правилима се, на једној страни, јасно и на начин примјерен савременој законодавној (номо)техници и потребама међународног превоза робе,[30] уређује режим субјективне одговорности бродара са претпосављеном кривицом, па се, у правилу, бродар може ослободити одговорности уколико докаже да је предузео све неопходне (разумне) мјере да до штете не дође.[31] Такође, прецизно су утврђени и изузеци, тј. три посебна случаја који одступају од општег правила у погледу начина утврђивања одговорности. Прво, за случај штете услед пожара на броду, терет доказивања се *ab initio* пребацује са бродара на оштећеног.[32] Друго, у случају превоза живих животиња, терет доказивања се пребацује на оштећеног када бродар докаже је слиједио све инструкције наручиоца у вези са животињама, те да је штета настала као резултат ризика инхерентних тој врсти превоза.[33] Треће, бродар се у потпуности ослобађа одговорности за штету насталу усљед покушаја спашавања људских живота или разумних покушаја спашавања имовине на мору.[34]

На другој страни, Бриселска конвенција о теретници и на овом „примјеру“ промовише релативно неуобичајен приступ за савремене регулаторне стандарде, без обзира на околност да је посљедњи протокол о измјенама усвојен годину након Хамбуршких правила. Конкретно, у члану 4, ставу 1, установљава се претпостављена одговорност бродара за штету насталу као резултат изостанака дужне пажње на да оспособи брод за пловидбу,[35] да га технички опреми, обезбиједи одговарајућу

30 Scott M. Thompson, „The Hamburg Rules: Should They Be Implemented in Australia and New Zealand?“, *Bond Law Review*, vol. 4(2), 1992, 168–185, 175.

31 Хамбуршка правила, чл. 5, ст. 1.

32 Хамбуршка правила, чл. 5, ст. 3.

33 Хамбуршка правила, чл. 5, ст. 4 и 5.

34 Хамбуршка правила, чл. 5, ст. 6.

35 При томе, међутим, остаје нејасно да ли се дужност оспособљавања брода протеже само на период до почетка пловидбе или обухвата и вријеме извршења уговора на-

посаду и снабдије потрепштинама за уговорено путовање, те да складишни простор, коморе за хлађење и све друге дјелове брода у којима се складишти терет одржава спремним и безбједним за утовар, превоз и чување истог. Међутим, у тексту конвенције се нигдје не помиње, тј. не уређује основ одговорности за остале обавезе бродара утврђене раније цитираним чланом 3 овог регулаторног инструмента. Одатле се без примјене додатних метода тумачења, попут историјског и системског тумачења, не би могло са извјесношћу тврдити да исти основ одговорности важи и у погледу једнако важних и конвенцијом изричито утврђених обавеза бродара да прописно и пажљиво утовари и рукује са теретом, сложи га, превезе, чува и одржава у најбољем могућем стању, те да га истовари са брода у луци искрцаја. Такве нејасноће историјски су представљале и још увијек су извор правне несигурности у споровима и уопште правним односима који произилазе из међународног превоза робе морем.

Наравно, описане нијесу једине битне разлике између два регулаторна режима када је основ одговорности у питању. Код тзв. „изузетака", тј. случајева код којих се терет доказивања одговорности, а самим тим и кривице „сели" на страну оштећеног, тј. лица овлашћеног да захтијева одштету, разлике су још израженије. Наиме, познато је да, за разлику од свега три (горе наведена) изузетка од концепта субјективне одговорности са претпостављеном кривицом установљеног Хамбуршким правилима, уз неспорни који се односи на спашавање људских живота и робе на мору,[36] у Бриселској конвенцији о теретници постоји 16 конкретних случајева у којима се бродар под олакшаним условима ослобађа од одговорности усљед постојања посебних околности за које су у тим ситуацијама претпоставља да су условиле настанак штете.[37] Овдје их нећемо све набрајати, али ћемо подвући да су неки од њих, попут наутичке грешке, неријетко критиковани у теорији,[38] а неки се, попут спашања живота и имовине на мору сувишни, јер су посебно уређени у другом дијелу конвенције.[39] У пракси је, пак, ријеч је о *de facto* изузецима код којих се примјењује концепт субјективне одговорности

кон почетка пловидбе, што је врло битна околност у свијетлу у даљем тексту описане некомплетности самог члана 4, ст. 1. Ипак, чини се да је интенција редактора конвенције била прва, тј. рестриктивнија од двије алтернативе. Више вид. Jasenko Marin, „Odgovornost prijevoznika za plovidbenu sposobnost broda", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 58(1–2), 2008, 489–507.

36 Бриселска конвенција о теретници, чл. 4, ст. 4.

37 Бриселска конвенција о теретници, чл. 4, ст. 2.

38 Више о академским расправама, односно аргументима за и против наутичке грешке као основа ослобођења бродара од одговорности вид. Ivana Oršulić, „(Ne)odgovornost pomorskog prijevoznika za štete na teretu uslijed nautičke pogreške", *Pomorsko poredbeno pravo*, vol. 47(162), 2008, 135–150; D. Pavić (2006), 229–231.

39 Бриселска конвенција о теретници, чл. 4, ст. 4.

са доказаном кривицом, тј. посебним основима ослобађања бродара од одговорности за штету, при чему је бродару који се позива на њих довољно да покаже узрочно-посљедичну везу између посебних околности и настале штете да би терет доказивања пренио на оштећеног.[40] Дакле, позиција бродара у Бриселској конвенцији о теретници је битно релаксирана у односу на Хамбуршка правила, но, чини се на начин који није до краја конзистентан и примјерен савременим условима поморске пловидбе и потребама успостављања равнотеже у позицији уговорних страна. Поред наведеног, у контексту поређења које је предмет овог рада, у прилог Хамбуршким правилима иде и чињеница да су саме формулације употријебљене у тексту те конвенције знатно прецизније и мање подложне различитим тумачењима.

Још једна значајна разлика између режима одговорности бродара установљених предметним конвенцијама тиче се одговорности за друга лица. Уз неспоран ризик који носи упрошћавање, тј. изостанак детаљније разраде таквих разлика на овом мјесту, суштински, можемо констатовати сљедеће. Према Бриселској конвенцији о теретници, у правилу, бродар одговора само за лица запослена код њега или своје пуномоћнике (агенте).[41] Хамбуршким правилима, пак, прописано је да бродар који је уговорио превоз са наручиоцем одговара и за штету коју причини тзв. „стварни бродар“,[42] при чему је стварни бродар дефинисан као било које лице којем је повјерен превоз робе у цјелини или дјелимично од стране бродара, као и било која друга лица којима је тај задатак повјерен даљим преносом права и обавеза из уговора о превозу.[43]

3. Транспортне исправе (теретница)

Разлике између начина издавања и садржине теретнице у Бриселској конвенцији и Хамбуршким правилима су, такође, вриједне анализе у контексту поређења „квалитета“ два регулаторна инструмента. Но, прво о сличностима. Обије конвенције утврђују изричиту обавезу бродара да на захтјев крцатеља изда теретницу након преузимања робе ради обављања превоза.[44] Разлике, иако видљиве,[45] нијесу од по-

40 Hrvoje Kačić, „Analysis of the Provisions Regarding Liability under the Hague and Hague/Visbey Rules“, *Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja*, vol. 10(3–4), 1988, 177–192.

41 Бриселска конвенција о теретници, чл. 4, ст. 2, тач. (q).

42 Чл. 10 ст. 1 Хамбуршка правила, чл. 10, ст. 1.

43 Хамбуршка правила, чл. 1, ст. 2.

44 Бриселска конвенција о теретници, чл. 3, ст. 1; Хамбуршка правила, чл. 14, ст. 1.

45 Хамбуршка правила детаљније уређују ову материју, тј. предвиђају шири круг података који представљају обавезне елементе садржине теретнице (чл. 15). Тиме се

себног практичног значаја ни када је ријеч о обавезној садржини теретнице. Међутим, у погледу примједби бродара на опште стање робе (паковање, врста, каквоћа и сл.) постоје разлике које зависно од околности случаја могу условити разлику у степену правне сигурности лица чије су правни односи уређују издавањем или даљим преносом теретнице. Прецизније, у члану 3, став 3. Бриселске конвенције о теретници прописано је да бродар или његов пуномоћник нијесу дужни да у теретници наведу било какве ознаке, број, квантитет или тежину за које разумно вјерује да не одражавају стање примљене робе или које није на разуман начин могао да провјери. Хамбуршким правилима, пак, предвиђено је да је у случају постојања описаних и сличних околности бродар дужан унијети конкретне примједбе у теретницу коју издаје на захтјев крцатеља, те да се у супротном сматра да је роба примљена у предвиђеном, тј. уговореном стању.[46] Како теретница представља оборив, али значајан доказ о преузетој роби и појединим правима и обавезама из уговора, чини се неспорним како је рјешење усвојено у Хамбуршким правилима ефикасније са становишта заштите интереса бродара, али и лица, осим наручиоца, која су у теретници назначени као овлашћени примаоци или су то својство стекли њеном традицијом.

III Умјесто закључка – како даље?

У претходном дијелу су дата поређења одређених кључних регулаторних рјешења двије конвенције које уређују међународни превоз робе морем, прије свега оних код којих, по нашем виђењу, постоје разлике од значаја за процјену њихове „вриједности „ са становишта напора на унификацији поморског превоза робе. С тим у вези, показало се да су Хамбуршка правила у претежном дијелу анализираних аспеката примјене двију конвенција савременији правни оквир. Тако је не само у погледу номотехничког приступа, већ и у дијелу комплетности, логичности и оправданости конкретних регулаторних рјешења, и то како у погледу поља примјене, тако и у погледу бројних аспеката самог режима одговорности бродара за терет. Наравно, то је дијелом условљено и околношћу да је основни текст Бриселске конвенције о теретници старији више од пола вијека у односу на Хамбуршка правила, те околношћу да је развој поморског превоза робе у том периоду доживио огромне промјене. Но, без обзира на истакнуто, Бриселска конвенција

неспорно снажи доказна вриједност теретенице као исправе поморског превоза, па се и у том смислу Хамбуршка правила могу сматрати ефикаснијим регулаторним инструментом. Но, треба признати да је суштински садржина теретнице данас стандардизована до нивоа који ову разлику у регулаторном приступу у битном релативизује.

46 Хамбуршка правила, чл. 16, ст. 1 и 2.

о теретници је, што из историјских, што из политичких разлога, још увијек „популарнији“ регулаторни оквир, који на један или други начин имплементира стотињак националних правних система. Одатле се још увијек поставља питање: како превазићи актулено стање?

Одговор на горе постављено питање је све само не једноставан. Ипак, чини се како је начин на којем се том проблему пришло у међународној заједници – изради нове, треће конвенције која уређује углавном исту материју – у начелу исправан приступ и логичан покушај превазилажења старих антагонизма између „присталица“ два регулаторна режима. Да ли је, пак, сама конкретизација тог модела оличена у већ помињаним Ротердамским правилима исправна једнако је значајано и још сложеније питање.

Већ уводном дијелу истакли смо да циљ овог рада није детаљна анализа Ротердамских правила. Стога ћемо се на овом мјесто укратко осврнути на њихове најбитније карактеристика у контексту горе представљених поређења и закључака о два важећа регулаторна оквира.

Вјероватно најпознатија, али и најконтроверзнија новина коју су редактори Ротердамских правила покушали увести у међународни транспорт роба јесте предложено ширење опсега примјене. Наиме, овом конвенцијом је период примјене утврђеног режима одговорности (уговорног) превозиоца за терет „оивичен“ почетном радњом преузимања терета од стране бродара и предајом истог овлашћеном примаоцу у уговореној дестинацији као завршним чином, при чему се локације преузимања робе и њене предаје не морају нужно поклапати са луком укрцаја и луком искрцаја као почетне и крајње тачке пловидбеног подухвата, тј. поморског сегмента уговореног превозног пута. При томе, услов да Ротердамска правила буду примијењена на сет конкретних правних (уговорних) односа је да уговорене луке укрцаја и искрцаја буду у различитим државама, баш као и уговорена мјеста преузимања и испоруке робе, те да барем једна од четири наведене локације буде на територији под јурисдикцијом неке од држава чланица Конвенције.[47]

Горе описано регулаторно рјешење је наизглед директан покушај да се попуни празнина која деценијама опстаје дијелом и као резултат досадашњих неуспјелих напора на плану јединственог уређења тзв.

47 Ротердамска правила, чл. 5, ст. 1. С обзиром да нам је у фокусу продужење периода примјене уређеног режима одговорности бродара, иако постоје одређене разлике у односу на стандарде из двије важеће конвенције, на овом мјесту нећемо улазити у детаљнију елаборацију изузетака од примјене, тј. конкретних уговора о превозу робе на које се нова конвенција не би примјењивала у случају да ступи на снагу (чл. 5 ст. 1). Више вид. Владимир Савковић, „Режим одговорности бродара за губитак, оштећење или кашњење у испоруци робе у Конвенцији Уједињених нација о међународном превозу робе у цјелини или дјелимично морским путем“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2011, 52–66.

„мулитимодалног“ превоза, који су предузимани такође под окриљем Уједињених нација.[48] На другој страни, пак, треба имати у виду да се предност у погледу примјене на копнени и ваздушни сегмент јединственог превозног пута Ротердамским правилима даје управо оним конвенцијама које већ уређују те области превоза, наравно, када је одредбама о домену примјене тих конвенција предвиђена примјена њима установљеног режима одговорности превозника у ваздушном, друмском или жељезничком саобраћају.[49] Но, то очигледно није било довољно да ублажи спорадичне критике, тј. незадовољство изражено у ставовима како се овом конвенцијом непотребно компликују правни односи код мултимодалног превоза и режим одговорности иницијално прилагођен транспорту робе воденим путем на мала врата уводи и у друге гране превоза.[50] Нама се пак, чини да таквим критикама у савременим условима пословања, укључујући доступност правне заштите и релевантних информација уопште, нема превише мјеста. Тим прије што су Ротердамским правилима направљена јасна разграничења која углавном не остављају простора за различита тумачења и недоумице у погледу мјеродавног права за конкретни правни однос.

У погледу режима одговорности превозиоца за терет, Ротердамска правила чине такође значајан искорак, прецизирајући читав низ стандарда преузетих из актуелних регулаторних режима и уводећи неке нове појмове управо у том циљу. Тако је Ротердамаским правилима, за разлику од важећих регулаторних режима, изричито предвиђено да се почетни терет доказивања налази на оштећеном лицу, што је коректно рјешење са становишта наручиоца превоза као уговорне стране, јер је изричито прописано и то да је довољно да оштећено лице докаже да је штета настала у току периода одговорности превозица за терет да би се тај терет доказивања пребацио са оштећеног на превозиоца.[51] Такође, Ротердамским правилима се уводи и нови појам „оператера на мору“ (енг. *maritime performing parties*), чијом је регулаторном разрадом не само знатно проширен круг лица чије услуге превозилац користи у извршењу уговорне обавезе превоза и за чије радње одговара,

48 Конвенција Уједињених нација о међународном мултимодалном транспорту роба (енг. *UN Convention o international multimodal transport of goods*), усвојена је у Женеви 1980. године, али још увије није ступила на снагу и мало је вјероватно да ће се то уопште и догодити. Вид. Theodora Nikaki, „Bringing Multimodal Transport Law into the New Century: Is the Uniform Liability System the Way Forward“, *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 78, 2013, 69–119, 70.

49 Ротердамска правила, чл. 26. и 82.

50 Tomotaka Fujita, „The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications“, *Texas International Law Journal*, vol. 44, 2009, 350–373.

51 Ротердамска правила, чл. 17, ст. 1.

већ је и по први пут успостављен непосредан и неспоран правни основ за постављање тужбеног захтјева за накнаду штете према тим лицима, и то под истим условима (режимом одговорности) под којима бродар одговара за штету.[52]

На другој страни, Ротердамским правилима је „враћен" широк круг случајева у којима се *de facto* претпоставља да штета није настала кривицом бродара.[53] Ови се посебни основи ослобађања од одговорности у највећој мјери поклапају са већ добро познатим из Бриселске конвенције о теретници – „вриједан" помена изузетак је навигациона грешка – чиме се потенцијално релаксира позиција бродара у односу на ону утврђену Хамбуршким правилима.

Најзад, уколико и када ступе на снагу, један од највећих искорака Ротердамских правила биће околност да је у самој конвенцији препознат снажан уплив електронско-информационих технологија у правни промет, посебно онај који прати савремени транспорт роба. Наиме, Ротердамским правилима је прилично детаљно и са становишта примјене ефикасно разрађен концепт употребе електронских транспортних докумената, прије свих, теретнице. Конкретно, чланом 8. је установљена начелна равноправност електронске и осталих форми у којима се могу наћи транспортне исправе (принцип функционалне еквиваленције форми), што је, разумије се, примарно папирна форма, иако се иста изричито не помиње у тексту конвенције. Уз то, чланом 9. Ротердамских правила којим су утврђени основни, *de facto* технички услови који морају бити задовољени приликом издавања и употребе електронских транспортних докумената како би се правни промет могао несметно одвијати на тај начин, афирмисан је и принцип технолошке недискриминације. Наиме, свјесни динамике којом се данас развијају постојеће и креирају нове електронско-информационе технологије, редактори конвенције избјегли су посредно фаворизовање актуелних технологија, стриктно инсистирајући на крајњим ефекатима чије постизање у погледу заштите вјеродостојности документа и приватности комуникације мора бити обезбијеђено било којом примијењеном технологијом.

На другој страни, међутим, иако су на поменутом плану Ротердамска правила значајно „искорачила" у односу на важеће регулаторне оквире, остало је нејасно због чега се изричито инсистира на претходном пристанку лица која користе електронске транспортне исправе као услову за њихову закониту примјену?[54] Као један од логичних одговора

52 Ротердамска правила, чл. 17, ст. 1.

53 Под условом да бродар „докаже да је један или више од тих догађаја допринио настанку штете" (чл. 17 ст. 3), што ће се у пракси, сматрамо, *de facto* претпостављати.

54 Ротердамска правила, чл. 8, ст. 1.

на ову дилему, намеће се закључак да ни сами редактори конвенције нијесу до краја вјеровали у исправност једнаког третмана електронске форме транспортних исправа. Но, што год да је разлог, чини се неспорним како је додатни елеменат правне неизвјесности у овом контексту чињеница да конвенцијом није уређен начин давања поменутог пристанка.[55]

На крају, десет година након њиховог усвајања, судбина Ротердамских правила и даље је врло неизвјесна. При томе, амбицизон приступ при њиховој изради – који се огледа у условном ширењу поља примјене конвенције на превознике у другим гранама саобраћаја – могао би се на крају показати као највећа препрека њиховом ступању на снагу. Ипак, сам концепт превазилажења не само антагонизама између присталица важећих регулаторних режима, већ и недостатака обије те конвенције путем увођења трећег, новог регулаторног инструмента чини се оправданим. Тим прије што је видљиво и без претјерано детаљне анализе да је у конкретном случају ријеч о сету регулаторних рјешења која су у највећем дијелу савременија и укупно гледано квалитетнија од двије важеће конвенције, посебно оне чија је примјена још увијек распрострањенија.

55 Више о предностима и недостацима примјене електронске теретнице вид. Vladimir Savković, „Towards Broader Use of Electronic Bills of Lading in International Transport Of Goods: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2009) – A New Incentive or an Obstacle?", *SEE Law Journal*, vol. 1(1), 2014, 85–95, 91; Manuel Alba, „Electronic Commerce Provisions in the UNCITRAL Convention on Contracts for the carriage of Goods Wholly or Partly by the Sea", *Texas International Law Journal*, vol. 44, 2009, 387–416; Marek Dubovec, „The problems and possibilities for using electronic bills of lading as collateral", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 23(2), 2006, 437–466.

***Vladimir* SAVKOVIĆ, PhD**
Professor at University of Montenegro, Faculty of Law

ON THE OCCASION OF 50TH ANNIVERSARY OF THE HAGUE-VISBY RULES AND 40TH ANNIVERSARY OF THE HAMBURG RULES – IS THERE ANY HOPE FOR UNIFICATION OF THE REGULATORY FRAMEWORK OF INTERNATIONAL TRANSPORT OF GOODS BY SEA?

Summary

Year 2018 marks the 50th anniversary of the Hague-Visby Rules and 40th anniversary of the Hamburg Rules, which are both contemporary international legal instruments regulating interenational transport of goods by sea. Bearing in mind these aniversarires, the aim of this article was to conduct simulataneous analyses of major differentiating regulatory solutions of the two legal instruments, as well as to establish and underline such differencies. The ultimate purpose of the said analyses, however; was to establish i.e. detect opportunities for overcoming the established differencies, which should ideally lead to eliminating the accompanying legal uncertainty. Exactly in this context, in the final part of the article, the current concept promoted by international community with regard to resolving these "difficulties" is briefly reviewed. More particularly, some of the key features of the so-calleed "Roterdam Rules" were underlined and commented in relation to analyses presented in the main, i.e. second part of the article.

Key words: *Hague rules, Hague-Visbey rules, Hamburg rules, Rotterdam rules, scope of appliacation, liability of the carrier, transport documents.*

др *Јелена* ЋЕРАНИЋ
Виши научни сарадник
Институт за упоредно право

ЦЕНТАР ЗА МЕДИЈАЦИЈУ И АРБИТРАЖУ У ОБЛАСТИ ПАТЕНАТА УСТАНОВЉЕН СПОРАЗУМОМ О ЈЕДИНСТВЕНОМ ПАТЕНЕТНОМ СУДУ

Резиме

Захваљујући убрзаном развоју технологије у савременом друштву, вредност и конкурентност компанија све више зависе од њихових нематеријалних добара. С тим у вези, велики број међународних правних послова односи се на нематеријална добра која су предмет заштите у праву интелектуалне својине. Како се међународни трговински спорови често решевају у оквиру система вансудског решавања спорова, постоји тенденција да се и спорови у вези са интелектуалном својином решавају изван државних судница, дакле алтернативним начинима решавања спорова (посебно медијацијом и арбитражом). На нивоу ЕУ, у оквиру новог система унитарне патентне заштите, усвојен је Споразум о Јединственом патентном суду (СЈПС) који, поред оснивања правосудног органа за решавање патетних спорова – Јединственог патентног суда, помиње могућност решавања патентних спорова путем арбитраже и медијације. Предвиђено је успостављање Центра за медијацију и арбитражу у области патената. У раду је најпре испитана арбитрабилност и медијабилност патентних спорова уопште. Након тога, анализиране су одредбе СЈПС које се односе на оснивање Центра за арбитражу и медијацију у области патента. Антиципирајући изазове са којима би

се моīле суочити странке у īоступцима медијације и арбитраже, īосебна īажња у раду īосвећена је томе на који начин би требало тумачити или īак изменити и доīунити īоједине одредбе СЈПС у циљу īовећања функционалности и ефикасности рада Центра.

Кључне речи: *арбитража, медијација, унитарни īатент, Центар за медијацију и арбитражу у области īатената, Европска унија.*

I Увод

Убрзани развој технологије у савременом друштву допринео је томе да вредност и конкурентност компанија све више зависе од њихових нематеријалних добара. Стога не изненађује чињеница да се велики број међународних правних послова односи, бар делимично, на нематеријална добра. Право интелектуалне својине регулише однос присвајања нематеријалних добара, при чему се тај однос углавном своди на присвајање економске вредности од коришћења нематеријалних добара.[1] С тим вези права интелектуалне својине редовно су предмет међународних трговинских спорова. Како се ови спорови често решавају у оквиру система вансудског решавања спорова, приметна је тенденција да се и спорови у вези са интелектуалном својином решавају изван државних судница, дакле алтернативним начинима решавања спорова (*Alternative Dispute Resolution – ADR*).

С обзиром на комплексност и ризике судског решавања спорова из права интелектуалне својине, у упоредном праву се све чешће прибегава АДР-у (посебно арбитражи и медијацији). Решавање спорова путем арбитраже и медијације доприноси бржем одвијању трговине и субјекти у привреди радије се опредељују за арбитражно решавање спорова у односу на судски начин.[2] Дакле, тенденција ка алтернативном начину решавања спорова из права интелектуалне својине глобални је феномен.[3] У Европи је приметан како на нивоу држава (било да су чланице ЕУ или не), тако и на нивоу ЕУ.

С једне стране, национална законодавстава појединих европских земаља у последње време све више простора остављају алтернативном

1 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 22.

2 Јелена Вукадиновић, „Појам арбитрабилности у арбитражним правима Србије и Хрватске", *Актуелна īитања савременог законодавства*, Будва, 2012, 235.

3 О томе сведочи све више правничке литературе на ову тему, као и бројне одлуке арбитражних трубунала у споровима из права интелектуалне својине.

начину решавања спорова из права интелектуалне својине.[4] С друге стране, ЕУ такође почиње да прибегава АДР механизмима када год је то могуће. Тако нпр. Завод за интелектуалну својину ЕУ у Аликантеу пружа услуге медијације за одређене типове спорова у вези са жигом и дизајном.[5] Осим тога, у оквиру система унитарне патентне заштите, Споразум о Јединственом патентном суду (СЈПС), поред успостављања новог правосудног органа за решавање патетних спорова – Јединственог патентног суда (ЈПС), помиње могућност решавања патентних спорова путем медијације и арбитраже. Споразум предвиђа оснивање Центра за медијацију и арбитражу у области патената (Центар).

Након вишедеценијских напора да се успостави јединствени систем заштите проналазака на тлу ЕУ, 11. децембра 2012. усвојен је тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте. То су: Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите,[6] Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења[7] и Споразум о Јединственом патентном суду.[8] Европска унија успоставила је нови регулаторни оквир који би требало да поједностави заштиту проналазака у ЕУ.[9] Европски патент са унитарним дејством – унитарни патент уживаће унитарно дејство у свим држава чланицама ЕУ које учествују у ближој сарадњи.[10]

---

4 У том контексту, требало би поменути Француску, с обзиром на то да је ова земља доскоро имала релативно рестриктиван приступ арбитрабилности спорова из права интелектуалне својине. Француска је тек недавно изменила и допунила Кодекс о интелектуалној својини у смислу да је прихваћена арбитража као метод решавања спорова у тој области. У Португалу је скоро донет закон који предвиђа да се одређени типови спорова из права интелектуалне својине обавезно решавају у арбитражном поступку. (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 Brasiliera de Arbitragem*, 2014, 20).

5 Вид. *https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/mediation*, 9. 4. 2018.

6 Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 od 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

7 Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 od 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштитекоја се тиче превођења, 2012, Службени лист ЕУ, 2012, бр. Л 361.

8 Споразум о Јединственом патентном суду, *http://www.unified-patent-court.org/images/documents/upc-agreement.pdf*, 12. 3. 2018.

9 Јелена Ћеранић, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право, Београд, 2015, 49–56.

10 Чл. 20, ст. 1 УЕУ предвиђа да државе чланице које желе да међусобно успоставе ближу сарадњу у оквиру надлежности које нису резервисане искључиво за Унију могу користити институције Уније и спрводити ту сарадњу применом одговарајућих одредби уговора.

Уредбе су објављене 31. децембра 2012. у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. Предвиђено је да ће почети да се примењују од 1. јануара 2014. или од датума ступања на снагу СЈПС, у зависности од тога који од та два датума наступи касније. СЈПС ступиће на снагу када га ратификује најмање тринаест држава, укључујући Француску, Немачку и Уједињено Краљевство (УК). Иначе, Споразум је потписало 25 земаља,[11] а до сада га је ратификовало десет.

Два догађаја утицала су, не само на одлагање почетка примене система унитарне патентне заштите, већ и на његову будућност уопште. Прво, на референдуму одржаном у јуну 2016. године, УК се изјаснило за излазак из ЕУ. Овакав исход референдума има озбиљне последице на све политике ЕУ, па и на унитарну патентну заштиту.[12] Друго, у 2017. години Савезном уставном суду Немачке поднета је уставна жалба за преиспитивање уставности Закона о имплементацији СЈПС који је усвојио немачки парламент. Очекује се да ће Уставни суд о овој жалби одлучивати у току 2018. године.[13]

Дакле, у овом тренутку је неизвесна судбина целокупног система унитарне патентне заштите, укључујући и Центар за медијацију и арбитражу у области патената. Иако присталице система сматрају да се цео поступак одужио и да би што пре требало почети са његовом применом, ова ситуација може се посматрати и на други начин. Наиме, одлагање почетка примене унитарне патентне заштите може бити прилика да се још једном преиспитају нека решења. Другим речима, застој се може искористи да се отклоне неки већ уочени недостаци у циљу повећања функционалности целокупног система. Овај рад представља један од покушаја у том смеру. Рад се фокусира на Центар за медијацију и арбитражу у области патената установљен Споразумом о Јединственом патентном суду.

У раду је најпре испитана арбитрабилност и медијабилност патентних спорова уопште. Након тога, анализиране су одредбе СЈПС којима се успоставља нови Центар за арбитражу и медијацију у области патента. Антиципирајући изазове са којима би се могле суочити странке у поступцима медијације и арбитраже, посебна пажња у раду посвећена је томе на који начин би требало тумачити или пак изменити и допунити поједине одредбе СЈПС како би се унапредила функционалност и ефикасност Центра.

---

11 Споразум нису потписале Шпанија, Пољска и Хрватска.

12 Вид. Јелена Ћеранић, „Перспективе унитарне патентне заштите након Брегзита", *Право и привреда*, бр. 7–9/2017, 275–289.

13 Вид. „German complaint aganst Unified Patent Court Agreement on FCCdecision list for 2018", *http://patentblog.kluweriplaw.com/2018/02/21/german-complaint-unified-patent-court-agreement-fcc-decision-list-2018/*, 15. 4. 2018.

II Арбитрабилност и медијабилност патентних спорова

Традиционални приступ заштити предмета интелектуалне својине подразумева вођење поступка пред управним и судским органима одређене државе. Савремени концепт заштите, поред традиционалног, познаје и алтернативне начине решавања спорова. Арбитража и медијација су начини АДР-а који се најчешће користе у споровима из права интелектуалне својине, па тако и у случају патентних спорова. Ипак, спорови који се могу решавати пред арбитражом и медијацијом познају одређена ограничења. Решавање патентних спорова пред абритражом и медијацијом има и позитивних и негативних страна о чему ће бити речи у наредним редовима.

1. Арбитрабилност патентних спорова

Арбитража као средство за решавање међународних спорова све више привлачи пажњу, нарочито када су у питању међународне трговинске арбитраже код којих међународна правила и институције са запаженим успехом обезбеђују неутралан, стручан и ефикасан механизам за решавање компликованих, међународних спорова.[14]

Начелно посматрано, спорови који се односе на права индустријске својине, укључујући и патентно право, представљају „сиву зону" арбитрабилности и предмет су теоријских дискусија и практичних разматрања.

Као генерално оправдање за поверавање патентних спорова арбитражама, у литератури се наводи њихова специфична природа која је повезана са развојем технике, а која захтева специјализована знања која могу пре стећи арбитри, него судије у редовним судовима. Други разлог произилази из потребе да се патентнима обезбеди неопходна тајност, што представља услов за привредну и пословну сарадњу између носиоца и корисника права.[15]

У прилог неарбитрабилности наводи се ограничено дејство арбитражне одлуке и ограничена надлежност арбитара.[16] Као што је познато, арбитража своју надлежност црпи из пуноважног арбитражног уговора, док су арбитри органичени да одлучују само о споровима који

14 Мирјана Глинтић, „Неопходност утврђивања националне припадности арбитражне одлуке", *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2012, 247.

15 Јелена Вукадиновић Марковић, „Арбитража и/или медијација као начин решавања спорова из права интелектуалне својине", *Правна ријеч*, бр. 52/2017, 136.

16 William Grantham, „The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14, 1996, 184.

су предвиђени истим уговором. Због тога донета арбитражна одлука производи правно дејство само за уговорне стране које су потписале уговор о арбитражи. Како се тиме не доприноси правној сигурности трећих лица, *inter partes* деловање арбитражне одлуке се наводи против арбитрабилности ових спорова. Наиме, арбитражна одлука, као врста „приватног посла“,[17] обавезује само странке у поступку.[18]

Дакле, главни проблем код признања арбитрабилности патентним споровима настаје управо због различитог дејства регистрације и дејства арбитражне одлуке. Арбитражна одлука има релативно дејтво и обавезује само странке из спора (*inter partes*), док регистрација права интелектуалне својине има конститутивну природу и делује према свима и против свих (*in rem*).[19]

С тим у вези, и у теорији и у пракси прави се разлика између спорова који се односе на саму регистрацију патента и испуњеност материјалноправних услова који се односе на упис права у регистар и на спорове који се односе на искоришћавање тако уписаних права. С једне стране, у готово свим земљама прихваћен је став да се спорови око уписа права интелектуалне својине, укључујући и патенте, не могу решавати арбитражним путем. Само у малом броју националних права ова врста спорова ужива могућност арбитражног решавања.[20] С друге стране, спорови који се односе на искоришћавање тако уписаних права у већини земаља се сматрају арбитрабилним. Такви су нпр. спорови настали из уговора о лиценци и углавном се односе на накнаду штете.

2. Медијабилност патентних спорова

Медијација је конструктиван и пријатељски начин решавања спорова у коме „зараћене“ стране на споразуман начин долазе до решења које је прихватљиво за обе стране уз учешће треће неутралне стране – медијатора, који помаже странкама да дођу до прихватљивог решења, а који нема наредбодавна већ саветодавна овлашћења.[21]

17 W. Grantham, 184.

18 Ј. Вукадиновић Марковић, 138.

19 Право индустријске својине стиче се уписом у регистар. Државни орган након испитивања да ли су испуњени формални и материјални услови доноси решење о упису у регистар подносиоца пријаве као власника индустријске својине. Како ово решење у себи садржи одређене елемнте јавног права који се, између осталог, огледају у дејству ових права према трећим лицима (*erga omnes*), већи број држава ове случајеве задржава у надлежности државних судова позивајући се на њихов јавни карактер и очување јавног поретка државе.

20 То су: Белгија, Швајцарска и САД.

21 Гаша Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 226.

За пропагирање медијације као начина решавања спорова из права интелектуалне својине у многоме је заслужна Светска организација за интелектуалну својину (WIPO), под чијим окриљем је оформљен Центар за арбитражу и медијацију. У оквиру Центра донет је скуп правила неопходних за вођење поступка пред арбитражом и медијацијом која служе као помоћ странама приликом опредељења за овај начин решавања спорова.[22]

Добра страна медијације је што представља израз сагласности страна у спору, те пословне тајне које се открију током преговарања то и остају, поштујући начело поверљивости. Тако посматрана, медијација је погодан начин да се реше спорови који су настали између пословних партнера на начин да одређени „спор" не буде препрека даљем развоју пословних односа.

Медијацији као начину решавања спорова може се замерити немогућност предвиђања трајања поступка и трошкова које ће преговарање изнедрити. Непостојање одлуке која би подлегла контроли било ког судског органа доводи до могућности поновног отварања поступка. Тако посматрано, основни недостатак медијације је необавезујућа одлука која је донета од стране странака и медијатора.[23]

Спорови који се могу решавати пред медијацијом, као и код арбитраже, познају одређена ограничења. Под тим се подразумева да спор не спада у искључиву надлежност националног суда (медијабилност *ratione jurisdictionis*) и да сам спорни правни однос испуњава одговарајуће услове (медијабилност *ratione causa*). Другим речима, не могу се сви спорови из права интелектуалне својине решавати путем медијације.[24]

Према препоруци WIPO-а, спорови који се могу решавати посредовањем су спорови настали из уговора о лиценци, спорови око повреде патената, спорови који се односе на власништво патента, посебно у случајевима када је лице запослено па се поставља питање коме припада патент, спорови који се односе на инвентивност патента и допринос треће стране у проналажењу. Поред ових, постоје и спорови за које постоји препорука да нису подобни да се решавају путем медијације. Ти спорови се односе на оне у којима се поставља питање валидности патената и продужења временског периода важења патента.[25]

22 Вид. *http://www.wipo.int/amc/en/*, 6. 4. 2018.

23 J. Вукадиновић Марковић, 140.

24 J. Вукадиновић Марковић, 141.

25 J. Вукадиновић Марковић, 141.

III Центар за медијацију и арбитражу у области патената

Упркос називу, Споразум о Јединственом патентном суду није ограничен само на оснивање Суда, већ предвиђа и успостављање Центра за медијацију и арбитражу у области патената.

1. Правни оквир

Члан 35 СЈПС предвиђа успостављање Центра за медијацију и арбитражу у области патената. Центар има седишта у Љубљани и Лисабону.[26] Центар обезбеђује просторије за медијацију и арбитражу патентних спорова који су у надлежности овог споразума. Члан 82 примењује се *mutatis mutandis* на свако поравнање постигнуто у оквиру Центра, укључујући и медијацију. Ипак, патент не може бити опозван или ограничен у медијацији и арбитражи.[27] Центар успоставља Правила за медијацију и арбитражу.[28] Центар установљава листу медијатора и арбитара који помажу странама у решавању спора.[29]

Члан којим се успоставља Центар за медијацију и арбитражу у области патената, поред практичног, има и симболичан значај. Њиме је први пут званично у правним актима ЕУ поменута могућност решавања одређених типова спорова из права интелектуалне својине путем арбитраже.

Како СЈПС не садржи смернице у вези са оперативном структуром Центра, радна група за медијацију и арбитражу (формирана у оквиру Одбора за припреме ЈПС) установила је Правилник Центра, као и његову структуру. Предвиђено је да Центар има директора, управи одбор, буџетски одбор и ревизоре, саветодавни одбор са два пододбора за медијацију и арбитражу, и одбор за именовања.

На основу СЈПС, у току поступка судија известилац испитује, заједно са странкама, могућности решавања спора, укључујући медијацију и арбитражу.[30] Идентичну одредбу садржи и Нацрт пословника ЈПС. Читањем ових одредби стиче се утисак да је упућивање на медијацију и арбитражу осмишљено као средство за решавање спора након што је спор покренут пред Судом. Иако овај сценарио није нереалан, у пракси се најчешће догађа да стране бирају АДР механизме пре него што до спора уопште дође. Уговорне стране у правним пословима

26 СЈПС, чл. 35, ст. 1.

27 СЈПС, чл. 35, ст. 2.

28 СЈПС, чл. 35, ст. 3.

29 СЈПС, чл. 35, ст. 4.

30 СЈПС, чл. 52, ст. 2.

у вези са интелектуалном својином (посебно у уговорима о лиценци) антиципирају потенцијално појављивање спорова, те унапред бирају типове вансудског решавања спорова, као и оне којиће их решавати.[31]

Ипак, чињеница је да ће у почетној фази, углавном судије известиоци бити ти који ће усмеравати странке на Центар. Стога ће, у прво време, Центар вероватно имати више случајева медијације него арбитраже. Арбитража је алтернатива судском поступку, а стране су већ направиле избор тиме што су покренуле поступак пред Судом. Медијација пак може бити реална алтернатива решавању већ отпочетих поступака пред Судом.[32]

2. Надлежности Центра

Центар обезбеђује просторије за медијацију и арбитражу патентних спорова који су у надлежности СЈПС. Споразум се примењује на: европски патент са унитарним дејством; сертификате о додатној заштити издате за производ заштићен патентом; европски патент који још није престао на дан ступања на снагу овог споразума или је признат након тог датума; пријаву за европски патент која још није усвојена на дан ступања на снагу овог споразума или која је поднета након тог датума.[33] СЈПС потом одређује спорове за које Суд има искључиву надлежност, укључујући тужбе за стварну или запрећену повреду патената и сертификате за додатну заштиту и додатну одбрану, као и противтужбе у вези са лиценцама.[34]

Из тога проистиче да је Центар надлежан само за патентне спорове у вези са европским патентом или европским патентном са унитарним дејством – унитарним патентом. *A contrario*, Центар није овлашћен да води поступке медијације и арбитраже за спорове у вези са другим патентима или чак другим правима интелектуалне својине. Чини се да овакво ограничење није сврсисходно. У неком правном послу (нпр. уговору о лиценци) који није органичен на европски патент и/или унитарни патент (већ се односи и на америчке патенте, јапанске патенте или чак жигове или *know-how*), уговорне стране ће спор поверити Центру само уколико га он може решити у потпуности. Дакле, узимајући у обзир интересе страна, као и потребу да се повећа ефикасност механиза-

31 J. de Werra, 23.

32 „Judge Sam Granata: Success mediation and arbitration centre of Unified Patent Court will depend largely on performance Court", *http://patentblog.kluweriplaw.com/2015/10/11/judge-sam-granata-success-mediation-and-arbitration-centre-of-unified-patent-court-will-depend-largely-on-performance-court/*, 17. 4. 2018.

33 СЈПС , чл. 3.

34 СЈПС, чл. 32, ст. 2.

ма решавања спорова, требало би да Центар буде овлашћен да решава спорове и у случају када они нису ограничени на патенте који спадају у искључиву надлежност ЈПС.[35]

Исто тако, поставља се питање да ли стране могу, када је реч о спору у вези са унитарним или европским патентном, да одаберу неки други арбитражни трибунал или медијацију у ЕУ (Лондонски суд за међународну арбитражу или Међународну трговинску комору у Паризу), Европи (WIPO Центар за арбитражу и медијацију у Женеви) или другим деловима света. Будући да арбитража и медијација почивају на споразуму страна, предпоставка је да стране желе да буду слободне приликом избора арбитражног трибунала или медијације, као и правила која ће се примењивати. Другим речима, Центар не би требало да има искључиву надлежност да води поступке арибраже или медијације у вези са унитарним или европским патентом. Споразум предвиђа да Центар обезбеђује просторије за медијацију и арбитражу патентних спорова који спадају у надлежност овог споразума, али не помиње да Центар има искључиву надлежност у том циљу (супротно искључивој надлежности ЈПС[36]). То значи да стране нису обавезне да користе просторије Центра и примењују његова правила арбитраже или медијације, чак и ако се поступци арбитраже или медијације односе на унитарни или европски патент.

Према томе, уколико међу странама постоји споразум у коме су се сложиле да о спору одлучује нека друга медијација/арбитража, Суд би требало да се огласи ненадлежним. На овом месту разликујемо две ситуације. С једне стране, уколико је поднета тужба упркос постојању клаузуле о арбитражи, а с друге стране упркос постојању клаузуле о медијацији.

Уколико стране одлуче да спор подвргну арбитражи (при чему текст и формулација арбитражне клаузуле дефинишу природу и обим спора који спада у надлежност арбитражног трибунала), Суд је обавезан да поштује овај избор. Уколико је, упркос арбитражној клаузули, претходно поднета тужба, Суд се оглашава ненадлежним.

Ситуација је другачије у погледу медијације. На питање да ли ће се Суд огласити ненадлежним уколико је страна раније поднела тужбу упркос клаузулу о медијацији, у ЕУ нема једнообразаног становишта. Према једном, повреда калузуле о медијацији имплицира да би Суд требало да се огласи ненадлежним и упути стране на поступак медијације према условима клаузуле о медијацији. Други, алтернативни приступ

35 J. de Werra, 24.

36 СЈПС, чл. 32, ст. 1.

третира кршење клаузуле о медијацији само као повреду уговорних лекова, без процесних последица.[37]

3. Опозив и ограничење патената

Патент не може бити опозван или ограничен у поступку медијације или арбитраже.[38] Уколико поступак медијације или арбитраже не може утицати ни на валидност ни на обим патента, то значи да ова одредба ограничава употребу АДР поступака у случају патентних спорова. Стога би, у пракси, ову одредбу требало тумачити мало шире, при чему постоји разлика између арбитраже и медијације.

Што се тиче арбитраже, намеће се питање да ли ова одредба значи да арбитражни трибунали уопште нису овлашћени да одлучују о валидности или обиму патнета, или су овлашћени да одлучују о овим питањима, али само са дејством *inter partes* (тако да то не утиче на регистрацију патента као таквог и његово дејство на треће стране). Чини се да би ову одредбу требало тумачити у смислу да арбитражни трибунали јесу овлашћени да одлучују о овим питањима, али са дејством *inter partes*.

Овакво становиште образлаже се тиме да је искључива надлежност Суда у вези са одлуком о опозиву или обиму патента оправдана у оној мери у којој таква одлука има дејство на треће стране, тј. у случају када се одлука Суда којом се опозива патент у потпуности или делимично рефлектује у релеватном регистру патената.[39] Сходно томе, уколико нема дејства на треће стране, искључива надлежност Суда није оправдана, те арбитражни трибунали могу да одлучују о валидности патената са дејством *inter partes.*[40]

Што се тиче медијације, чини се рестриктивим тумачење да патент не може бити опозван или ограничен у поступку медијације. Наиме, у току медијације власник патента може да прихвати да опозове или ограничи свој патент као резултат договора постигнутог између страна у спору. Сходно томе, одредбу СЈПС која предвиђа да патент не може бити опозван или ограничен у поступку медијације или арбитраже требало би тумачити заједно са другим прописима који се примењују уз овај споразум.

С тим у вези, Нацрт пословника предвиђа да, уколико то захтевају стране, Суд одлуком потврђује услове било ког поравнања или арби-

37 J. de Werra, 26–27.

38 СЈПС, чл. 35, ст. 2.

39 СЈПС, чл. 65, ст. 5.

40 J. de Werra, 28.

тражне одлуке (независно од тога да ли је то постигнуто у оквиру Центра или на неки други начин), укључујући услов који обавезује власника патента да ограничи, одрекне се или се сложи са опозивом патента или га не износи против друге и/или треће стране.[41] Нацрт пословника потом указује да када су стране закључиле спор поравнањем, оне обавештавају судију известиоца.[42] Суд потврђује поравнање одлуком и она се спрводи као коначна одлука Суда.

Ове одредбе указују да стране, а посебно власник патента, у току поравнања могу да се сложе да ограниче или опозову, у потпуности или делимично, патент и да се поравнање изврши чим га одобри Суд. Дакле, упркос одредби да патент не може бити опозван или ограничен у поступку медијације и арбитраже, поступак медијације може резултирати поравнањем међу странама које за последицу може имати опозив или ограничење патента.

4. Извршност поравнања постигнутих у оквиру Центра

На основу СЈПС члан 82 примењује се *mutatis mutandis* на свако поравнање постигнуто у оквиру Центра, укључујући и медијацију.[43] Иначе, члан 82 односи се на извршност одлука Суда предвиђајући да су такве одлуке извршне у свим државама чланицама које су потписнице Споразума.

Аналогна примена члана 82 покрива „свако поравнање" које се односи на споразум између страна у поступку како би се решио спор. СЈПС предвиђа да стране могу, у свако доба у току поступка, закључити случај поравнањем, које мора бити потврђено судском одлуком.[44] Патент не може бити опозван или ограничен путем поравнања.

Предвиђено је да се сва поравнања постигнута у оквиру Центра сматрају извршним, укључујући медијацију, што имплицира да поравнање може да се постигне изван медијације. Наиме, до поравнања може доћи у оквиру Центра без ограничавања на медијацију, тј. поравнање се може постићи у току арбитражног поступка. Заправо није неуобичајено да се поравнање постигне након што је арбитражни поступак покренут и у току је, што потврђују искуства других арбитражних трибунала.[45]

41 Правило 11 (2) Нацрта пословника ЈПС.

42 Правило 365 (1) Нацрта пословника ЈПС.

43 СЈПС, чл. 35, ст 2.

44 СЈПС, чл. 79.

45 Према статистичким подацима WIPO центра за арбитражу и медијацију, стопа поравнања у арбитражним поступцима је 40%. Вид. *http://www.wipo.int/amc/en/cen-*

На основу одредби СЈПС поравнања постигнута у оквиру Центра извршавају се на исти начин као и формалне одлуке које доноси Суд. Иако ово решење није спорно, намеће се питање зашто се оно примењује само на поравнања постигнута у оквиру Центра. Чини се да ово решење није легитимно јер се поменута одредба може перципирати као да привилегује услуге Центра. Осим тога, овај приступ је у супротности са основним слободом страна да изаберу онај АДР механизам који сматрају најпогоднијим у њиховом случају. Зашто би поравнање постигнуто у оквиру Центра уживало привилегован третман у поређењу са поравнањем постигнутим на друге начине? Коришћење просторија Центра не имплицира да је такво поравнање квалитетније, поузданије или поштеније зато што поравнања рефлектују узајамне намере страна у спору. Стога би члан 82 СЈПС требало *mutatis mutandis* да се примењује на сва поравнања постигнута у оквиру медијација у споровима из права интелектуалне својине.[46]

5. Двоструко седиште Центра

Споразум предвиђа да Центар има два седишта – Љубљана (Словенија) и Лисабон (Португал).[47] С тим у вези намеће се питање да ли су стране слободне да изаберу седиште арбитраже, у оквиру система предвиђеног СЈПС, знајући да је овај елемент од кључне важности приликом доношења одлуке о томе да ли ће спор подвргнути арбитражи. Седиште арбитраже утиче на изазове са којима би се арбитражне одлуке могле сусрести пред националним судовима (нпр. поступак за поништај арбитражне одлуке),[48] као и националност одлуке која је од значаја због извршности одлука у страним земљама.[49]

Иако је двоструко седиште Центра у Португалу и Словенији оправдано из политичких разлога, то не би требало да спречи стране да изаберу неку другу земљу за седиште арбитраже уколико то одговара њиховим интересима. Будући да су и Португал и Словенија чланице Њујоршке конвенције из 1958. године о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, ако стране изаберу Лисабон или Љубљану за седиште арбитраже, свакако ће уживати предности Њујоршке конвенције. Међутим, стране могу изабрати да арбитражу у вези са

ter/caseload.html, 5. 4. 2018.

46 J. de Werra, 30–31.

47 СЈПС, чл. 35, ст. 1.

48 Вид. Мирјана Глинтић, „Поштовање принципа права Европске уније у поступку судске контроле арбитражне одлуке", *Правни живот*, бр. 12/2012, 521–533.

49 J. de Werra, 31.

унитарним или европским патентом повере неком другом арбитражном трибуналу и за седиште арбитраже одреде неку другу земљу.[50]

6. Листа медијатора и арбитара

Центар саставља листу медијатора и арбитара који помажу странама у решавању спора.[51] Ова формулација је нејасна и непрецизна. Прво, функција арбитара није да помажу странама у решавању спора, већ да одлучују о спору. Друго, стране би требало да буду овлашћене да изаберу ко одлучује о њиховом спору (арбитража) или им помаже да га реше (медијација). Приликом тог избора стране не би требало да буду ограничене.[52]

IV Закључна разматрања

Оснивање Центра за медијацију и арбитражу у области патената, поред правног, има и симболични значај на европском патентном пејзажу. Споразум први пут на нивоу ЕУ званично потврђује да патентни спорови могу бити предмет арбитраже. С обзиром на комплексност и трошкове патентних спорова, АДР механизми веома су погодна алтернатива судским поступцима, нарочито за средња и мала предузећа.

Судбина Центра за медијацију и арбитражу у области патената прати судбину Јединственог патентног суда и уопште система унитарне патентне заштите. У овом тренутку, нико са сигурношћу не може предвидети када ће систем унитарне патентне заштите почети да се примењује. Упркос догађајима који су утицали на одлагање почетка примене (Брексит и уставна жалба Савезном уставном суду Немачке), очекује је се да ће се ситуција разрешити у скорије време и да ће ЈПС и Центар почети са радом. У почетној фази, углавном ће судије известиоци бити ти који ће усмеравати странке на Центар, те ће он вероватно имати више случајева медијације него арбитраже.

Што се тиче задобијања поверења корисника и уопште успешности Центра, један од кључних фактора за то јесте успех ЈПС. Однос између Суда и Центра је на метафоричан начин представио један од чланова Одбора за припреме ЈПС. „Суд тај који је за воланом новог система решавања патентних спорова. Центар је само путник, који у одређеном тренутку може постати сувозач. Према томе, Суд најпре мора доказати своју изврсност. Активном сувозачу потребан је одличан возач.“[53]

50 J. de Werra, 32.

51 СЈПС, чл. 35, ст. 4.

52 J. de Werra, 32.

53 J. de Werra, 32.

***Jelena* ĆERANIĆ, PhD**
Senior research fellow
Institute of Comparative Law

THE PATENT MEDIATION AND ARBITRATION CENTER INSTITUED BY THE AGREEMENT ON A UNIFIED PATENT COURT

Summary

Due to rapid development of technology in today's global society, value and competitiveness of companies are increasingly depending on their intangible assets. In this regard, more and more international business transactions relate to intangible assets (which are protected by intellectual property law). Given that international disputes are frequently submitted to out-court dispute resolution system (primarily arbitration and mediation), intellectual property disputes also tend to be decided outside the state courtrooms (Alternative Dispute Resolution – ADR). This trend can be noticed at the EU level, within the new unitary patent protection system. Namely, the Unified Patent Court Agreement (UPCA) establishing a new judicial body for the resolution of patent disputes – a Unitary Patent Court, refers also to creation of the Patent Mediation and Arbitration Center. The paper examined the arbitrability and mediability of patent disputes in general, following by analyses the UPC provisions on a new Patent Mediation and Arbitration Center. Anticipating the challenges that the users of mediation and arbitration services might face, a special attention is paid to the proposals for interpreting or even amending the UPCA provisions in order to increase functionality and efficiency of the services rendered by the Center.

Key words: *arbitration, mediation, unitary patent, Patent Mediation and Arbitration Center, European Union.*

др *Јелена* ЛЕПЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

АКТИВИЗАМ АКЦИОНАРА

Резиме

Аутор у овом раду даје одговор на питање шта се подразумева под активизмом акционара, имајући у виду улогу акционара у корпоративном управљању. Након дефинисања активизма акционара и анализирања његових облика, аутор посебно указује на потребу разликовања пожељног и непожељног активизма акционара. С обзиром на то да пасивни акционари не би требало да имају кључну улогу у корпоративном управљању, важно је пронаћи адекватан метод за подстицање активизма акционара. Као претходна питања, анализирана су права акционара чијим се вршењем акционари ангажују, као и сам појам акционара у српском праву. Аутор даље разматра појаву раздвајања управљачких и економских права и њен утицај на активизам акционара. На крају, узимајући у обзир да је право гласа кључно управљачко право акционара, у раду су посебно анализирани искључење права гласа акционара и модерни начини куповине гласова: тзв. празно гласање, негативно гласање и скривено преображајно власништво.

Кључне речи: *активизам акционара, права акционара, раздвајање управљачких и економских права акционара, куповина гласова.*

I Увод

Права и обавезе акционара одавно су у фокусу теоријских анализа компанијскоправних стручњака. Модерно доба донело је са собом разне промене и дилеме у вези са корпоративним управљањем. Данас се оправдано може поставити питање која је улога акционара у моделу корпоративног управљања, као и да ли се на њих као контролоре може и треба ослонити. Овде треба посебно имати у виду први агенцијски проблем – сукоб интереса акционара и управе.[1] Од степена очекивања и вере у акционаре као значајне чиниоце корпоративног управљања, зависи како ће законодавац предвидети њихова права, али и обавезе. Усвајање нове Директиве бр. 828/2017 о подстицању дугорочног ангажовања акционара представља доказ да европски законодавац није изгубио веру у акционаре као контролоре управе привредних друштава.[2] Наиме, ангажовање акционара је и даље изузетно значајан део корпоративног управљања.[3] С друге стране, основни разлог за сумњу у акционаре је њихова пасивност, будући да без ангажовања нема ни контроле. Постоје јасне индиције да се на акционаре не треба превише ослањати. На то нас подсећају последице финансијске кризе из 2008–2009. године. Акционари који нису активни – пасивни акционари не смеју да буду кључни фактор корпоративног управљања.[4] Због тога, подстицање активизма акционара представља важан сегмент корпоративног управљања.

Активизам акционара обухвата разне облике ангажовања акционара. Акционари се ангажују вршењем својих права. Активизам акционара се не односи само на вршење права гласа, иако оно јесте централно управљачко право акционара, већ и на вршење других помоћних управљачких права акционара. Мере којима би се олакшало вршење права акционара уједно би биле и мере за подстицање активизма акционара. Поред тога, акционари предузимају радње да би извршили своје обавезе, па је свакако и тада реч о ангажовању акционара у ширем смислу. Активизам акционара се односи на ангажовање акционара у ужем смислу, односно на вршење права акционара којим акционари суштински контролишу управу, односно утичу на управљање друштвом. Због

1 Вид. више о агенцијским проблемима у Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2007, 20 и даље.

2 Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *OJ L* 132, 20.5.2017, pp. 1–25.

3 Hanne S. Birkmose, „Forcing Shareholder Engagement: Theoretical Underpinning and Political Ambitions", *European Business Law Review*, No. 4/2018, 615.

4 H. S. Birkmose, 615.

тога, активизам и ангажовање могу имати исто значење, односно могу се наизменично користити.

Приликом избора технике за подстицање ангажовања акционара, треба имати у виду да активизам акционара не може сам себи да буде циљ. У том смислу, треба омогућити акционарима да се приликом уписа акција определе да ли и у којој мери желе да утичу на управљање друштвом. Чињеница да акционар има право гласа сама по себи не гарантује да ће он то право и вршити, односно да ће гласати. Другачије речено, акционарима треба пружити могућност избора. На пример, акционар који упише преференцијалне акције, унапред се одриче права гласа у вези са већином питања. Укидање могућности издавања преференцијалних акција, с друге стране, не би аутоматски било стимуланс акционарима да се више ангажују, иако би се тада подразумевало да сваки акционар има право гласа о свим питањима. Акционари који се определе за акције са правом гласа својим избором показују да јесу заинтересовани за утицај на управљање друштвом. На законодавцу је да акционарима олакша вршење права гласа и да омогући друштву да сазна идентитет акционара како би они међусобно остварили комуникацију. То је посебно значајно за котирана друштва, што је и став европског законодавца, који је видљив у Директиви бр. 828/2017.[5]

II Појам и врсте

Активизам акционара је препознат као значајан сегмент корпоративног управљања на нивоу Европске уније. То се може закључити на основу предвиђених механизама за унапређење права акционара и механизама чија је сврха побољшање контролне функције акционара.[6] Предвиђени механизми контроле у вези са пословима са повезаним лицима представљају пример залагања да се акционарима олакша контролна функција коју би требало да имају. Европска комисија је још 2012. године усвојила Акциони план: Европско компанијско право и корпоративно управљање – модерни правни оквир за веће ангажовање акционара и бољу одрживост друштава.[7] Да би се циљ остварио, односно да би механизми били ефикасни, потребно је прво препознати

5 Вид. у том смислу рецитал 4 Директиве бр. 828/2017.

6 Вид. нпр. Mette Neville, „Shareholder Activism: The Dubious Shareholder Revisited", *Shareholders' Duties* (ed. Hanne S. Birkomose), Alphen aan den Rijn, 2017, 175.

7 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 12. 12. 2012 COM(2012) 740 final.

разлоге пасивности акционара. Ти разлози су бројни. Неки од њих су: трошкови контроле и вршења права гласа, посебно када је реч о прекограничном гласању, потенцијални сукоб интереса институционалних инвеститора као акционара и интереса самог друштва, проблем „слепих путника" (енг. *free rider*), концентрисана власничка структура, односно недостатак дисперзије и неликвидност тржишта и друго.[8]

Промовисање тзв. активног власништва представља важан механизам у борби против пасивности акционара. Термин власништво јесте уобичајен у овом контексту, али само одређење акционара као власника акције захтева додатна објашњења. Акција се често дефинише као „скуп права и обавеза"[9], због чега се најчешће говори о имаоцу акционарских права. Питање природе акционарских права је изведено из проблематике природе дематеријализованих хартија од вредности. То је посебно значајно за спољне односе акционара, док се у интерним односима (однос са друштвом), мора нагласити да акционар није власник друштва.[10] Закони који регулишу привредна друштва и тржиште капитала говоре о власништву над хартијама, чиме експлицитно потврђују примену разних института стварног права на акције, па се може прихватити став да су акције материјализоване у електронске записе.[11] Због тога, сама дематеријализација акција не подразумева аутоматски непостојање права на хартији, односно права својине над акцијама.[12] Такође, треба имати у виду да право својине над акцијама није трајно, узимајући у обзир постојање института принудног откупа акција, иако трајност, уопштено говорећи, јесте карактеристика права својине.[13]

---

8 M. Neville, 177–178.

9 Iris H-Y Chiu, „The Meaning of Share Ownership and the Governance Role of Shareholder Activism in the United Kingdom", *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 8, No. 2/2008, 119.

10 У Србији је недавно донет Закон о централној евиденцији стварних власника (*Службени гласник РС*, бр. 41/2018) који се односи на сва привредна друштва осим јавног акционарског друштва. Српски законодавац говори о власницима правних лица, што укључује и привредна друштва, иако треба имати у виду да акционари нису власници друштва него власници акција. У стварне власнике правног лица убраја, између осталог, физичко лице које непосредно поседује 25% или више акција регистрованог субјекта. Законодавац под власништвом подразумева „економско власништво".

11 Вид. Мирјана Радовић, *Чување и администрирање (депозит) хартија од вредности*, Београд, 2014, 191–192 и 195.

12 Другачији став подразумева да имаоци акција имају својину на рачуну на којем су уписане акције, али не и својину на акцијама. Тако Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 439.

13 I. H-Y Chiu, 119; Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 2014, 58.

Акционар би, према природи ствари, требало да се ангажује да би заштитио своје улагање. Полазећи од те претпоставке, може се закључити да није оправдано предвидети било какву обавезу ангажовања акционара. У том контексту, активизам акционара се може сматрати механизмом самопомоћи за заштиту улагања.[14] Већински акционари имају велики економски ризик, па је природно очекивати да ће се ангажовати да би утицали на управљање друштвом. Мањински акционари, с друге стране, могу да изаберу да не врше право гласа мислећи да њихов глас неће ништа променити. Због тога, активизам акционара обично подразумева радње којима акционар самостално или колективно са другима предузима радње којима утиче на управљање друштвом не покушавајући да стекне контролу.[15] Промоција ангажовања мањинских акционара је оправдани циљ законодавца који има намеру да промовише интерес друштва као такав, чиме се спречава доношење одлука које одговарају само појединцима (лични интерес). С друге стране, јасно је да акционари немају обавезу да се ангажују. Наиме, акционари немају обавезу да врше своја права ни према теорији заступништва у корпоративном управљању (енг. *agency theory*), према којој се акционари схватају као заступана лица, ни према својинској теорији када се сматрају власницима (енг. *property rights theory*).[16] Дакле, законски оквир мора бити такав да акционара подстиче на ангажовање.

Постоје различите врсте ангажовања акционара. Само ангажовање може, али и не мора бити у интересу привредног друштва, па се према том критеријуму може поделити на „добро" и „лоше", односно „пожељно" и „непожељно" ангажовање акционара. Дакле, не може се тврдити да је свако ангажовање добро, а тиме ни добродошло, или, другачије речено, активно власништво не може да буде само себи циљ. Пожељно је одговорно ангажовање акционара, које доприноси дугорочној одрживости привредног друштва.[17] Према временском критеријуму, ангажовање може бити дугорочно или краткорочно. Преовлађујући је став у теорији да треба дати предност дугорочном активном власништву (енг. *long-termism*) наспрам краткорочном власништву (енг. *short-termism*), као мање пожељном.[18] Свакако да постоје и другачија мишљења, према којима краткорочно ангажовање није лоша појава, па се против ње ни не треба борити. Конкретно, поједини аутори тврде да нема довољно

14 I. H-Y Chiu, 142.

15 Bernard S. Sharfman, „A Theory of Shareholder Activism and Its Place in Corporate Law", *Tennessee Law Review*, Vol. 82, No. 4/2015, 804.

16 H. S. Birkmose (2018), 623.

17 Вид. M. Neville, 175.

18 Вид. M. Neville, 179.

доказа да је краткорочно власништво опасна појава.[19] Такође, не може се порећи чињеница да дугорочно власништво и само има мане. Оно доприноси појави тзв. поткопавања (извлачење средстава из друштва), неефикасности управљачке структуре, непроменљивости, прецењености улагања и друго.[20]

III Подстицање *v.* спречавање ангажовања

За поделу активног власништва на пожељно, мање пожељно и непожељно власништво, кључан је интерес привредног друштва и трајање својства акционара. Временски фактор је одлучујући у погледу награђивања лојалних акционара, чија се лојалност обично процењује на основу трајања својства акционара. Награђивање акционара представља начин одвраћања акционара од продаје акција. Лојални акционари могу бити награђени јачањем њихових управљачких или економских права. Ове две технике награђивања немају исти ефекат на активизам акционара. Гласови за лојалност су свакако, у том смислу, значајнији него дивиденде за лојалност, будући да гласови акционарима директно омогућавају већи утицај на управљање друштвом. У случају дивиденди за лојалност, степен њиховог утицаја на управљање друштвом, односно број гласова, остаје исти. У српском праву предвиђено је правило једна акција – један глас, па није могуће наградити акционаре додељивањем специјалног права гласа. Ова техника подстицања активизма акционара свакако завређује пажњу и обраду у посебном раду.

Насупрот опште потребе да се акционари подстакну на ангажовање, постоје и ситуације када је неопходно спречити их да се ангажују. Реч је о случајевима када треба заштитити привредно друштво, друге акционаре и улагаче, односно када треба елиминисати утицај акционара са личним интересом. То се постиже предвиђањем ограничења у вези са правом гласа акционара. Другачије речено, да би нежељено гласање било спречено, примењује се механизам суспензије права гласа, који може али и не мора бити везан за право акционара да учествује у дискусији у оквиру тачке дневног реда у вези са којом му је право гласа искључено.[21] Дакле, непожељно ангажовање акционара могуће је спречити искључењем права гласа акционара, чиме се привремено раздвајају управљачка и економска права. С једне стране, право гласа

19 Тако Therese Strand, „Short-Termism in the European Union", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 22, No. 1/2015, 32.

20 T. Strand, 32.

21 Вид. више у Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд, 2015, 252–253.

може да буде суспендовано само у погледу конкретне тачке дневног реда, када се обично говори о искључењу права гласа, док је, с друге стране, могуће предвидети суспензију права гласа за сва питања у одређеном временском периоду. Суспензија права гласа може имати превентивни или казнени карактер. У Закону о привредним друштвима, предвиђено је искључење права гласа акционара када се одлучује о ослобађању од обавеза или смањењу обавеза тог акционара, покретању или одустајању од спора против њега и одобравању послова у којима тај акционар има лични интерес.[22] Реч је, дакле, о превентивном механизму. Према Закону о тржишту капитала, Комисија за хартије од вредности доноси решење о одузимању права гласа акционару који не испуни обавезе у вези са обавештавањем о значајним учешћима.[23] Комисија одузима право гласа и лицу које стекне или пређе квалификовано учешће у организатору тржишта без претходне сагласности за то стицање, што важи и за стицање квалификованог учешћа у брокерско-дилерском друштву.[24] У та два случаја, суспензија има казнени карактер. У закону којим је регулисано преузимање акционарских друштава, такође постоје примери искључења права гласа акционара. Тако је право гласа акционара у својству понуђача и лица која са њим заједнички делују искључено од дана објављивања обавештења о намери преузимања до дана објављивања извештаја о преузимању.[25] Треба истаћи да овде није реч о санкцији, већ о превентивном механизму заштите осталих акционара. С друге стране, акције понуђача, односно стицаоца и лица која са њим заједнички делују, немају право гласа када није поднет захтев за одобрење објављивања понуде за преузимање у законском року, или ако понуда није објављена након што је Комисија за хартије од вредности одобрила објављивање, као и периоду од када Комисија одбије или одбаци захтев за одобрење објављивања понуде за преузимање до одобрења објављивање те понуде, што је пример комбинације суспензије као санкције и суспензије као превенције.[26] Примери суспензије права гласа постоје и у праву Европске уније.[27] Акционарима могу бити

22 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 9/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018, чл. 362.

23 Закон о тржишту капитала – ЗОТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 62.

24 ЗОТК, чл. 100, ст. 2, чл. 105, ст. 1, тач. 1, чл. 150, ст. 1 и чл. 206, ст. 1, тач. 1.

25 Закон о преузимању акционарских друштава – ЗОПАД, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011 и 108/2016, чл. 10.

26 ЗОПАД, чл. 37.

27 Вид., на пример, чл. 28а (б) и 28б (2), у вези са обавезом обавештавања о значајном учешћу, Директиве бр. 50/2013 о измени Директиве о усклађивању захтева транспарентности у вези са информацијама о издаваоцима чије се хартије од вредно-

суспендована и друга права, а не само право гласа. Тако, на пример, у немачком праву у случајевима необавештавања о стицању значајног капитал учешћа, акционару су поред суспензије права гласа, искључена и друга права која му омогућавају утицај на управљање друштвом – право на побијање одлука скупштине, право на постављање питања, али и економска права.[28] Уколико је акционару суспендовано само право гласа, начелно долази до раздвајања управљачких и економских права акционара.

IV Технике ангажовања акционара

Активизам акционара манифестује се, пре свега, гласањем, односно вршењем права гласа. С друге стране, постоје и други мање видљиви неформални облици ангажовања акционара, који такође представљају значајну технику утицања на управљање друштвом. Дакле, активизам акционара може бити формалан (директан) и неформалан (индиректан). Директни активизам свакако обухвата куповину и продају акција, чиме се може стећи, односно изгубити контрола, укључујући и могућност спречавања доношења одлука стицањем тзв. мањинске контроле (енг. *blockholder*).[29] Најзначајнији од неформалних утицаја на управљање друштвом је одржавање „незваничних" састанака са управом, који представља карактеристичан индиректни начин ангажовања, пре свега, институционалних инвеститора.[30] Имајући у виду да је

сти котирају на регулисаном тржишту, Директиве бр. 71/2003 о проспекту који је потребно објавити приликом јавне понуде хартија од вредности или приликом њиховог пријема у трговање и Директиве бр. 14/2007 о утврђивању детаљних правила за спровођење одређених одредаба Директиве бр. 109/2004 (Directive 2013/50/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and Commission Directive 2007/14/EC laying down detailed rules for the implementation of certain provisions of Directive 2004/109/EC, *OJ L* 294, 6. 11. 2013, pp. 13–27) и чл. 9ц (4) Директиве бр. 828/2017 у вези са учествовањем заинтересованог лица у гласању о пословима са повезаним лицима.

28 Вид. Karsten Engsig Sørensen, „Suspension of the Exercise of Voting Rights: A Step Towards Deterrent and Consistent Sanctioning of EU Transparency Requirement", *European Company Law Journal*, No. 4/2017, 157.

29 Вид. Wolf-Georg Ringe, „Shareholder Activism – A Renaissance", *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (eds. Jeffrey N. Gordon, Wolf-Georg Ringe), Oxford, 2018, 389.

30 Hanne S. Birkmose, „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting", *European Business Law Review*, Vol. 20,

основни начин испољавања активизма акционара гласање, важно је да ли лице које гласа има економски интерес, односно да ли сноси економски ризик пословања тог друштва. Наиме, посебно је значајно питање куповине права гласа акционара – куповине гласова, будући да је могуће направити разлику између ангажовања носиоца економског ризика од ангажовања лица које гласа. Због тога, потребно је разјаснити појаву раздвајања управљачких и економских права акционара и утицај тог раздвајања на ангажовање акционара. Такође, неопходно је објаснити сам појам акционара и утврдити природу њихових права.

1. Акционари и њихова права

Подстицање активизма акционара подразумева стимулисање акционара да врше своја права. Права акционара се генерално могу поделити на управљачка, економска, права информисања и права на судску заштиту.[31] Реч је о правима акционара која постоје према привредном друштву, али њихову природу није једноставно одредити. Иако се у теорији обично говори о облигационим или својинским правима акционара, не треба занемарити чињеницу да постоји и категорија привредних права. Наиме, поделу је могуће направити према релевантној грани права са којом су у вези. Такође, треба имати у виду да не постоји право које је повезано искључиво са једном одређеном граном права.[32] Пре свега, с обзиром на то да су акције део капитала, и да је сврха њиховог издавања прикупљање средстава за пословни подухват, као што је то случај и са издавањем других серијских хартија од вредности, акционари се могу упоредити са повериоцима. Другачије речено, њихов заједнички именитељ је то што друштво снабдевају капиталом, на основу чега се може закључити да су права акционара облигационоправне природе.[33] Ово схватање се не може прихватити, јер је аргументовано искључиво са економског аспекта.[34] С друге стране, акције схваћене као део имовине акционара не објашњавају однос акционара и друштва.[35] Због тога, ни традиционално својинскоправно схватање није у потпу-

No. 5/2009, 718, фн. 8; О појму институционалних инвеститора вид. Вук Радовић, „Институционални инвеститори као активни и одговорни акционари – реалност, обавеза или утопија", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* – 2015 (уредник Вук Радовић), Београд, 2015, 57–59.

31 Вид. више у Ј. Лепетић, 286.

32 Вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 232 и 244.

33 H. S. Birkmose (2018), 629.

34 H. S. Birkmose (2018), 629.

35 H. S. Birkmose (2018), 630.

ности одговарајуће.[36] На крају, не треба изгубити из вида ни чињеницу да лице може да изгуби својство акционара против своје воље у законом предвиђеним случајевима. Дакле, природа права акционара је специјална будући да подразумева низ особености које карактеришу компанијско право као такво.

Тешкоће у дефинисању права акционара су последица развојног пута компанијског права. Имајући у виду да се право друштава капитала развило из права друштава лица (енг. *Partnership law*), има мишљења да акционаре не треба називати члановима друштва, јер би то била реликвија прошлости, када се друштво схватало као збир његових чланова.[37] У српском позитивном праву акционари су чланови друштва – лица која га оснивају и она која му накнадно приступе.[38] Пандан правима акционара, с једне стране, су њихове обавезе, с друге стране. У модерном компанијском праву, постоји обавеза акционара (обично не свих) да приликом поступања узму у обзир и друге интересе, пре свега, интерес друштва као посебан интерес, а не само свој лични интерес. Такво је решење српског права, према којем постоје посебне обавезе одређених категорија акционара према привредном друштву, које Закон назива посебним дужностима.[39] Реч је о значајном дистанцирању од поимања акционара као власника и својинскоправне теорије генерално. Ова специфичност, али и промена, је последица прихватања политичких и економских теорија, где се посебно узима у обзир улога компаније у друштву у социолошком смислу.[40] Такође, она сведочи о окретању законодавца ка другим носиоцима ризика у привредном друштву, али и ван њега, односно предвиђању заштите тих лица нормама компанијског права. У том контексту, веће ангажовање акционара, допринело би и заштити интереса других носилаца ризика.

Према Закону о привредним друштвима, акционарем се сматра лице које је као законити ималац акције уписано у Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности (даље: Централни регистар), у односу према друштву, као и према трећим лицима.[41] Имајући у виду да сам Закон говори о власништву над акцијама, није погрешно рећи да је акционар власник акције.[42] Акционар стиче акцију уписом у регистар. Постоји необорива законска претпоставка да је дан уписа акције дан

36 H. S. Birkmose (2018), 631.

37 H. S. Birkmose (2018), 632.

38 ЗОПД, чл. 9.

39 Вид. више у Ј. Лепетић, 93 и даље.

40 Вид. H. S. Birkmose (2018), 636 и 638.

41 ЗОПД, чл. 249, ст. 1.

42 Вид. ЗОПД, чл. 249, ст. 3 и чл. 256.

њеног стицања. Према Закону о тржишту капитала, акционар је физичко или правно лице које посредно или непосредно поседује акције издаваоца у своје име и за свој рачун, у своје име а за рачун другог лица или депозитне потврде у односу на акције које су њима представљене.[43] Дакле, Закон о тржишту капитала говори о поседовању акција, као и о власничким правима над финансијским инструментима.[44] С друге стране, под законитим имаоцем финансијског инструмента у том Закону, подразумева се лице на чије име гласи рачун у Централном регистру, осим у случају чувања и администрирања финансијских инструмената за рачун клијената и других повезаних услуга, када се законитим имаоцем сматра лице за чији рачун се финансијски инструмент води на рачуну хартија од вредности Централног регистра.[45] Поређењем одредаба ова два закона, може се закључити да њихова решења нису усклађена када је реч о акционарима као законитим имаоцима акција као врсти финансијских инструмената у случајевима када банке воде збирне, односно кастоди рачуне, иако треба имати у виду да је, према природи ствари, Закон о привредним друштвима *lex specialis* за питања акционара и њихова права.[46]

Различите акције дају различита права. У српском позитивном праву предвиђене су две врсте акција – обичне и преференцијалне акције. Управљачка права доминирају код обичних акција, док је код преференцијалних акција акценат на економским правима. Имајући у виду да је у домаћем праву прихваћено правило једна акција – један глас, све обичне акције чине једну класу, док преференцијалне акције могу имати више класа. Једну класу акција чине акције које дају иста права. У пракси постоје акције које дају специјална права, па је за питање врста акција значајан домет слободе уговарања у компанијском праву. Примера ради, Европски модел компанијског закона полази од начела слободе уговарања, па је према њему дозвољено издавање различитих врста акција, укључујући и оне које нису посебно регулисане.[47] Наиме, дозвољено је издавање акција без права гласа, што не мора да буде надомештано већим економским правима, затим акција са специјалним правима (на пример, право вета), не само у нејавним већ и у јавним

43 ЗОТК, чл. 2, тач. 33.

44 ЗОТК, чл. 10.

45 ЗОТК, чл. 2, тач. 32 и чл. 228.

46 Вид. М. Радовић, 56–57.

47 Hans De Wulf, „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle", *European Company and Financial Law Review*, No. 2/2016, 218. Вид. Европски модел компанијског закона, глава 5, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348&download=yes*, 4. 9. 2018.

друштвима, када је то у складу са правилима о котирању, с тим што треба имати у виду да је Модел закон прављен превасходно за нејавна друштва.[48]

2. Раздвајање управљачких и економских права акционара

Постоје мишљења да раздвајање управљачких, конкретно права гласа (енг. *voting rights*) и економских права (енг. *cash-flow rights*) може негативно да утиче на активизам акционара.[49] Раздвајање права акционара може да има и друге негативне ефекте, од којих се посебно издваја могућност избегавања обавезе објављивања чија је сврха заштита инвеститора.[50] Раздвајање права акционара отвара питање сразмерности права и капитала, односно капитала и ризика, или, другачије речено, оправданости несразмере права и капитала која постоји у случају раздвајања управљачких и економских права акционара. Несразмерност у том смислу је посебно очигледна када право гласа има лице које није власник акције, па, према томе, не сноси одговарајући економски ризик. Наиме, лице које не сноси економски ризик не треба мотивисати да се ангажује, већ напротив, ангажовање таквог лица мора бити ближе пропраћено и према потреби елиминисано. Дакле, питање раздвајања управљачких и економских права представља важно и неодвојиво питање од ангажовања акционара. Раздвајање управљачких и економских права је обухваћено раздвајањем „правног" и „економског власништва". Ови појмови у оквирима компанијског права су у најмању руку проблематични. Право својине над акцијама – „правно власништво" је, као што је раније поменуто, посебно проблематизовано у време дематеријализације хартија од вредности. С друге стране, „економско власништво" треба схватити искључиво у оквирима економије јер се односи на сношење економског ризика, односно на могућност да одређено лице претрпи губитак у вези са акцијама.

Постоје различите технике раздвајања „правног" и „економског власништва", односно управљачких и економских права акционара. Будући да су дуална структура акција и пирамидална управљачка структура од раније познате традиционалне технике раздвајања управљачких и економских права, пажња се данас усмерава на технике новијег датума, односно на модерне начине куповине гласова.[51] Дакле, било која тех-

48 H. De Wulf, 251.

49 Вид. више у Klaas Vanneste, „Decoupling Economic Rights from Empty Voting Rights: A Threat to the Traditional Corporate Governance Paradigm", *European Business Organization Law Review*, Vol. 15, 2014, 69.

50 K. Vanneste, 69.

51 Henry T. C. Hu, Bernard Black, „The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership", *Southern California Law Review*, Vol. 79, No. 4/2006, 858.

ника која доводи до тога да лице које нема економски ризик има право гласа и обрнуто, да лице које сноси економски ризик нема право гласа, спада у технику раздвајања управљачких и економских права. С друге стране, није свако раздвајање управљачких и економских права акционара погубно по активизам акционара. Наиме, награђивање лојалних акционара, предвиђањем специјалног права гласа или специјалног економског права, као и уговарање специјалних права на аутономној основи може стимулисати мањинске акционаре да се ангажују. У том смислу, према ефекту раздвајања управљачких и економских права на ангажовање акционара, раздвајање може да буде позитивно и негативно. Такође, према критеријуму да ли до раздвајања долази вољно или невољно, она се могу поделити на добровољна, када акционар сам пристаје на раздвајање (на пример, купи преференцијалну акцију) или принудна (када му је искључено право гласа). На крају, према временском критеријуму, раздвајање може бити привремено или трајно.

3. Куповина гласова

Имајући у виду да је право гласа акционара једно од права које даје акција, може се поставити питање да ли је дозвољено продати право гласа без преношења саме акције, одвојено од осталих права. Права из акције генерално се сматрају преносивим правима.[52] Узимајући у обзир да права могу бити предмет уговора о продаји, начелно би се могло продати и право гласа акционара. Постоје колебања у погледу става да ли продаја права гласа акционара треба да буде дозвољена или недозвољена. О томе сведоче и одлуке суда у Делаверу, чији је став временом промењен. Наиме, раније се сматрало да је продаја права гласа одвојено од продаје осталих права акционара незаконита, али је до промене става дошло у случају *Schreiber v. Carney*, што је касније потврђено и другим судским одлукама.[53]

Према Закону о привредним друштвима, пренос права које дају акције је дозвољен и слободан, са изузетком права гласа.[54] Дакле, у

52 Вид. више у Panagiotis Kon. Panagiotou, „The Disruption of the Principle of Indivisibility of the Share and the Assignment of Autonomous Voting Rights", *Company Lawyer*, Vol. 36, No. 3/2015, 3 (број страна према електронској верзији доступној на електронској бази *Westlaw*).

53 У овом случају [*Schreiber v. Carney*, 447 A.2d 17 (Del. Ch. 1982)], друштво је дало зајам члану који је имао 35% капитал учешћа да не би гласао против предложеног спајања, што се може сматрати куповином гласова, али је суд одлучио да се не меша заузевши став да је куповина гласова законита када није непоштена или када не обесправљује нити оштећује друге чланове. Zohar Goshen, „Controlling Strategic Voting: Property Rule or Liability Rule", *Southern California Law Review*, Vol. 70, No. 3/1997, 776–777.

54 ЗОПД, чл. 261, ст. 4.

српском праву забрањено је преносити право гласа одвојено од осталих права акционара, али је генерално дозвољено преносити права из акција без преношења самих акција. Пренос акција и права из акција јавног акционарског друштва није могуће ограничити.[55] На пренос акција, као и на пренос права из акција примењује се Закон о тржишту капитала као *lex generalis*.[56] Према том Закону, финансијски инструменти и права из финансијских инструмената, могу се неограничено преносити када то није законом забрањено.[57] Овом одредбом није у довољној мери прецизирано да ли се право из финансијског инструмента може пренети одвојено од преноса финансијског инструмента. У сваком случају, права законитог имаоца из финансијског инструмента настају уписом тог инструмента на његов рачун.[58] Пренос права из хартија од вредности врши се на основу одговарајућег правног посла.[59] Налог за пренос даје члан Централног регистра, при чему мора да постоји доказ о предузетом правном послу. Преношење права гласа уз накнаду помиње се и у одредби која се односи на стицање или располагање значајним учешћем у праву гласа према којој се обавезе о обавештавању о стицању, преласку или паду одређеног процента капитал учешћа односе и на случајеве када је право гласа пренето на друго лице привремено и уз накнаду ради остварења права, ако је такав посао у складу са законом.[60] Пример посла који подразумева привремени пренос права гласа уз накнаду је свакако зајам.

Поред традиционалне, постоји и модерна куповина гласова, која се од традиционалне значајно разликује.[61] Под модерном куповином гласова подразумевају се тзв. празно гласање – када лице има више гласова него „економског власништва", тзв. негативно гласање – када лице са правом гласа има интерес да гласа за предлог чије усвајање доводи до пада вредности акција и тзв. скривено преображајно власништво – када лице има већи обим „економског власништва" него гласова, што је комбинација скривеног власништва (тајно „економско власништво") и неформалних гласачких моћи, јер се право гласа може појавити или нестати према потреби.[62] Дакле, трећи облик је посебан вид скривеног

55 ЗОПД, чл. 261, ст. 6.

56 ЗОПД, чл. 248, ст. 1.

57 ЗОТК, чл. 6, ст. 1.

58 ЗОТК, чл. 228, ст. 2.

59 ЗОТК, чл. 229, ст. 1.

60 ЗОТК, чл. 58, тач. 2.

61 K. Vanneste, 66.

62 H. T. C. Hu, B. Black, 812, 816 и 837.

власништва. Празно гласање се другачије назива и негативно раздвајање, док се скривено власништво назива позитивно раздвајање.[63]

Празно гласање (енг. *empty voting*), између осталог, подразумева гласање након што акционар отуђи акције, између дана акционара и дана одржавања седнице и гласање када су акције дате у зајам, односно када лице које гласа не сноси економски ризик, будући да нема економски интерес у тренутку гласања.[64] Важно је напоменути да је тешко доказати да је било празног гласања у пракси, при чему је један од разлога свакако и проблем дефинисања те појаве.[65] Због тога, изузетно су значајна законска решења у вези са одређењем дана акционара. Реч је о дану када се утврђује списак акционара који имају право учешћа у раду седнице скупштине. Према Директиви бр. 36/2007 о вршењу појединих права акционара у котираним друштвима, дан акционара мора бити најмање 30 дана пре дана одржавања седнице скупштине.[66] Српски законодавац је одредио да је дан акционара десети дан пре дана одржавања седнице скупштине.[67] У поређењу са упоредноправним решењима, српско решење би се могло назвати средњим. Рокови се крећу, од изузетно кратких, као, на пример, у Великој Британији где је предвиђен рок од 48 сати пре одржавања седнице, незнатно дужих, на пример, 3 радна дана пре дана одржавања седнице у француском праву, до знатно дужих, као што је то случај у немачком праву у којем је предвиђено да је дан акционара 21 дан пре дана одржавања седнице.[68] У српском праву дозвољено је позајмљивање финансијских инструмената, при чему постоје ограничења ради заштите власничких права клијената инвестиционих друштава.[69] Законом о тржишту капитала предвиђено је да инвестиционо друштво може, између осталог, позајмљивати финансијске инструменте клијената, када га клијент на то овласти.[70] Финансијски инструменти преносе се са рачуна зајмодавца на рачун зајмопримца, а

63 Edita Čulinović-Herc, Antonija Zubović, „Tackling Empty Voting in the EU: The Shareholders' Rights Directive and the Revised Transparency Directive", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 11, 2015, 135.

64 Вид. ESMA, Feedback Statement – Call for evidence on empty voting, доступно на адреси: *https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2012–415.pdf*, 11. 10. 2018, 5 (пар. 13). Вид. и K. Vanneste, 68.

65 ESMA, *Feedback Statement – Call for evidence on empty voting*, пар. 47, стр. 12.

66 Вид. чл. 7 (3) Директиве бр. 36/2007 (Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L* 184, 14. 7. 2007, 17–24).

67 ЗОПД, чл. 331, ст. 1.

68 M. Neville, 189.

69 ЗОТК, чл. 167, ст. 2, тач. 3 и 4.

70 ЗОТК, чл. 183, ст. 4.

налог спроводи Централни регистар. На остала питања у вези са зајмом акција, када пренос акција није ограничен и када уговорна страна није привредно друштво – издавалац те акције, у ком случају се примењују правила о пословима са личним интересом и сопственим акцијама, примењују се општа правила о зајму.

Други пример раздвајања управљачких и економских права је пракса негативног гласања, која се обично сматра најопаснијим модалитетом тог раздвајања, имајући у виду да лице које гласа има интерес да нашкоди другим акционарима.[71] Негативно гласање се може сматрати и подваријантом празног гласања.[72] Давање понуде за куповину *King Pharmaceuticals* (даље: Кинг) коју је средином 2004. упутио *Mylan Laboratories* (даље: Милан) често се наводи као пример негативног гласања. *Perry Corporation hedge fund* (даље: Пери) који је у време објављивања понуде био акционар Кинга, до краја септембра 2004. године стекао је 7 милиона акција Кинга.[73] Перијем је управљао *Richard C. Perry* (раније инвестициони банкар у *Goldman Sachs*-у). Да би осигурао успех трансакције, Пери је купио 26,6 милиона акција Милана, што је чинило 9.9% капитала тог друштва, уговоривши уз то и да их за пар недеља прода по истој цени по којој их је купио.[74] Фактички, купио је голо право гласа, јер није имао економски интерес у Милану.[75] У тој констелацији, позиција Перија као акционара Кинга имала је негативан утицај на цену акција Милана. Пери је имао интерес да својим гласовима из акција Милана подржи трансакцију чији је резултат пад вредност акција тог друштва, с обзиром на то да би неуспех трансакције подразумевао раст цене акција Милана до износа од пре објављивања понуде и пад цена акција Кинга, док, је с друге стране, настављање трансакције водило порасту цене акција Кинга до понуђене цене и паду цене акција Милана.[76] Постоје бројни предлози у погледу мера одбране од негативног гласања. То су: забрана гласања по основу позајмљених акција, забрана гласања за акционара који се закључењем уговора заштитио од ризика промене цене акција, пооштравање правила о објављивању, предвиђање права акционара који су претрпели штету због негативног гласања на подношење тужбе против лица које је фактички био нега-

71 K. Vanneste, 65-66. Вид. и Jonathan Cohen, „Negative Voting: Why It Destroys Shareholder Value and a Proposal to Prevent It", *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 45, 2008, 238 и 243.

72 Тако J. Cohen, 238.

73 J. Cohen, 237.

74 J. Cohen, 237.

75 J. Cohen, 237.

76 J. Cohen, 237-238.

тивни гласач.[77] Дакле, реч је изузетно штетном ангажовању лица које има право гласа.

Трећи пример раздвајања ових права представља посебан вид скривеног власништва, које служи да би се избегла обавеза објављивања информација о значајним стицањима, односно гласачким правима или обавеза да се упути понуда за преузимање.[78] Борбу против скривеног власништва, али и празног гласања води и Европска унија. О томе сведоче промене на регулаторном нивоу. Конкретно, промењен је чл. 13 Директиве бр. 109/2004 о усклађивању захтева за транспарентношћу у вези са информацијама о издаваоцима чије су хартије од вредности уврштене за трговање на регулисаном тржишту и о измени Директиве бр. 34/2001, усвајањем Директиве бр. 50/2013.[79] Промена је имала за циљ да омогући откривање скривеног власништва, али је значајна и за праксу празног гласања.[80] Такође, важно је напоменути да је право друштва да утврди идентитет својих акционара предвиђено Директивом бр. 828/2017, чланом 3а. Ово право се може ограничити једино ако је реч о акционарима са мање од 0,5 % капитала или права гласа, имајући у виду да је државама остављена слобода да предвиде да друштво које има седиште на њиховој територији може захтевати да се утврди идентитет само оних акционара који имају већи проценат од наведеног капитал учешћа, односно права гласа.

V Закључак

Активизам акционара сматра се важним сегментом корпоративног управљања. Његов значај се заснива на идеји да акционари имају важну улогу контролора управе привредног друштва. Акционари контролишу управу и утичу на управљање друштвом вршењем својих права. Да би били подстакнути да се ангажују у већој мери, треба олакшати вршење њихових права, уз предуслов да комуникација између акционара и друштва буде омогућена. Да би комуникација била остварена, друштву мора бити омогућено да открије идентитет својих акционара. Подстицање ангажовања акционара је, пре свега, везано за право гласа акционара, будући да се, ангажовање акционара најјасније испољава вршењем тог права.

77 Вид. више у J. Cohen, 249–254.

78 K. Vanneste, 65–66. Вид. и Johnatan Cohen, 243.

79 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L* 390, 31. 12. 2004, 38–57.

80 Вид. K. Vanneste, 72–73.

С обзиром на то да није свако ангажовање пожељно, постоје и случајеви када је неопходно онемогућити акционара да се ангажује, односно да врши право гласа. Реч је случајевима суспензије права гласа, која доводи до раздвајања управљачких и економских права акционара. Наиме, могу се разликовати технике подстицања ангажовања акционара, с једне стране, и спречавања ангажовања акционара, с друге стране. Такође, није свако ангажовање акционара једнако пожељно, што не значи да мање пожељна ангажовања треба спречити, као што је то случај са непожељним ангажовањем. Тако је, на пример, краткорочно ангажовање акционара мање пожељно од дугорочног. Данас су одрживост друштва и дугорочно ангажовања акционара основи парадигме модерног корпоративног управљања.

Право гласа и друга права акционара, због својих особености у оквиру гране права у којој се изучавају – компанијског права, нису искључиво ни својинскоправне ни облигационоправне природе. Управљачка и економска права акционара могу се раздвојити различитим техникама, што је посебно значајно у контексту активизма акционара. Тзв. празно гласање, негативно гласање и скривено преображајно власништво су технике раздвајања управљачких и економских права акционара новијег датума. Неке од традиционалних техника раздвајања управљачких и економских права у српском праву нису дозвољене као, на пример, дуална структура акција са правом гласа, док су друге, као што је то зајам акција, дозвољене. Такође, према правилима домаћег права није дозвољено наградити акционаре гласовима за лојалност. Потребно је додатно испитати да ли за то постоје оправдани разлози, имајући у виду да начелно треба промовисати награђивање лојалних акционара ради боље одрживости друштва и подстицања дугорочног ангажовања акционара. С друге стране, српски законодавац предвиђа ефикасне механизме спречавања нежељеног ангажовања акционара, предвиђајући бројне ситуације када је право гласа акционара суспендовано. Да закључимо, сваки вид ангажовања акционара није подједнако пожељан, па активизам акционара не треба промовисати по сваку цену.

Jelena **LEPETIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

SHAREHOLDER ACTIVISM

Summary

In this paper, the author gives an answer to the question of what is meant by shareholder activism, in light of the role of shareholders in corporate governance. After defining shareholder activism and analyzing its forms, the author indicates the need for differentiation of desirable and undesirable activism of shareholders. Considering the fact that passive shareholders should not play a key role in corporate governance, it is important to find an adequate method to encourage shareholder activism. Shareholders' rights and the notion of shareholder in Serbian law are analyzed as preliminary issues since the engagement of shareholders is manifested by the exercise of their rights. The author further discusses the issue of decoupling voting rights form economic rights and its impact on shareholder activism. Finally, suspension of voting rights as well as the following forms of modern vote buying, the so called empty voting, negative voting and hidden (morphable) ownership, are considered in this paper having in mind that voting rights are key rights in relation to the shareholder monitoring.

Key words: *shareholder activism, shareholders' rights, decoupling voting rights from economic rights, vote buying.*

др *Ирис* БЈЕЛИЦА ВЛАЈИЋ
доцент Високе бродарске школе академских студија у Београду

УСЛОВИ ЗА АРБИТРАЖУ У ПЛОВИДБЕНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Арбитража, као изабрани суд, све је присутнији начин решавања привредних спорова, јер је одликује боља прилагођеност потребама учесника у спору са становишта примењеног права и стручности арбитара. Зато је у свету велики број сталних арбитражних институција које се специјализују за одређена поља деловања. Међу њима налазе се и арбитражне институције специјализоване за поморство и пловидбу, а најзначајније од њих представљене су у овом раду.

Постојање и примена арбитражног решавања привредних спорова у Републици Србији није новина, мада спорови везани за бродове, ипак, имају посебан режим. Циљ овог рада је да одговори на питање који су услови које домаће законодавство предвиђа за постојање и коришћење арбитраже за спорове везане за пловидбу и уговоре о искоришћавању бродова, као и да понуди нека нова решења. При томе, посебна пажња је посвећена односу арбитраже и државних судова и успостављеној искључивој надлежности домаћих судова.

Кључне речи: *арбитража, пловида, брод, искључива судска надлежност, меторно право.*

I Увод

Решавање спора пред изабраном сталном, домаћом или међународном институцијом или *ad hoc* већем назива се арбитража. Наше право арбитражу дозвољава пред сталним арбитражним институцијама које оснивају привредне коморе, професионална и струковна удружења или удружења грађана, уколико је то предвиђено њиховим оснивачким актима и у складу је са њиховом делатношћу. Одлуком странака, могуће је образовати и *ad hoc* арбитражно веће.

Арбитража као начин решавања будућих спорова из неког правног односа уговара се посебним споразумом (уговором о арбитражи) или клаузулом уговора којим се ступа у правни однос (арбитражна клаузула) у писменој форми. Арбитражна клаузула независна је од осталих клаузула уговора и остаје на снази, чак, и кад је сам уговор проглашен ништавим или непостојећим.

Одлуку доноси арбитар појединац или веће од три и више арбитара, према споразуму који су постигле странке. У сваком случају, као арбитар појављује се особа која је пословно способна, непристрасна и независна од странака и предмета спора. Све остале, додатне, услове које арбитри треба да испуњавају странке договарају и уносе, у одговарајућој форми, у свој споразум. Арбитражна одлука доноси се на основу правних правила, обичаја или уговора. Уколико су се странке изричито споразумеле, одлука се може донети и на основу правде и правичности (*ex aequo et bono*).

У пловидбеном праву, посебно међународној пловидби, избор арбитраже као начина решавања спорова приметно расте јер је брз и ефикасан поступак у овим споровима од кључне важности за све учеснике пословног подухвата. Ово се, пре свега односи, на привремене мере и друге механизме којим се без пуно одуговлачења странкама гарантује сигурност да ће њихов спор бити решен без великих финансијских губитака. Од најранијих времена трговци и морепловци користили су арбитражу за решавање својих спорова. Податке о томе налазимо још у античком добу, да би се у данашњем облику арбитража почела користити на територији Француске у 16. веку.[1]

У Србији први арбитражни суд успостављен је под окриљем Трговинског одбора (трговачке коморе) 1857. године.[2]

1 Више о томе у Јелена Поповић, „Спољнотрговинска арбитража пред Привредном комором Републике Српске", *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањалуци*, 2012, 313–326.

2 Више о томе у Миладин Пејак, *Арбитражни поступак по модел-закону UNCITRAL*, докторска дисертација, Правни факултет за привреду и правосуђе, Универзитет Привредна академија у Новом Саду, 2014.

Мада су арбитражни судови независне институције, за спровођење привремених мера и извршење арбитражних одлука неопходна је асистенција државних судова, у складу са њиховом надлежности.

Осим привредне арбитраже између физичких и правних лица, у вези са морем могућа је и међународна арбитража везана за успостављање граница на мору између држава или због повреде Међународне конвенције УН о праву мора (*UNCLOS*).

У овом раду, осврнућемо се на одредбе домаћег права које се баве питањима арбитраже у пловидбеном праву, њеној допуштености и правилима за спровођење донетих одлука.

II Арбитрабилност у пловидбеном спору

Арбитрабилност је особина спора да буде подвргнут арбитражи и на тај начин решен. Она није апсолутна, већ зависи од правног система државе. Процењује се у односу на три критеријума.

Пре свега, која је то материја која може да буде решена арбитражом (*ratione materiae*). Под овим подразумевамо врсту повреде споразума који су странке склопиле. Пошто поједине сталне арбитраже имају тачно одређено поље рада (инвестиције, трговина, радни односи, поморство) одређивање врсте повреде представља истовремено и услов за оцену прихватљивости спора. Због тога се у припремном поступку може уложити приговор надлежности према *ratione materiae* критеријуму. Уколико се ради о арбитражи која нема ограничење с обзиром на предмет спора, надлежност *ratione materiae* се процењује с обзиром на опсег пристанка на арбитражу који су странке узнеле у арбитражни споразум или клаузулу. Када странка истакне приговор ненадлежности због повреде *ratione materiae* критеријума, арбитар појединац или арбитражно веће (у неким арбитражама председништво) доноси одлуку о надлежности. При доношењу одлуке о надлежности, арбитражно веће тумачи одговарајуће одредбе арбитражног уговора без разматрања меритума. О приговору се доноси делимична одлука или закључак, који се детаљно образлажу у коначној арбитражној одлуци. Без обзира на форму у којој је донета, одлука се доставља странкама у писменој форми. Уколико је приговор основан, поступак се обуставља доношењем одлуке о ненадлежности.

Приметна је тенденција проширивања материје из које се спорови износе пред арбитре. У свету, арбитража се предвиђа за уговоре који укључују најам брода, куповину пловила и опреме, поправку брода, закуп бродова или лучких терминала, накнаде за спашавање, уклањање

олупина или вађење ствари из мора и друге пловидбене послове, али и све спорове везане за поморске несреће и незгоде, те накнаде штете настале због смрти или телесне повреде које су у вези са бродом.

Надлежност за решавање спора (*ratione jurisdictionis*) подразумева да ће арбитражно бити решено све што није у искључивој надлежности државе, односно државних судова. Овај критеријум је нека врста надградње над критеријумом *ratione materiae*. Искључиву надлежност наша држава задржава за: спорове из брачних и породичних односа, спорове у вези непокретност или државине на тлу Републике Србије, спорове са војним јединицама, те извршење и стечај.

Арбитражни поступак могу да покрену само лица легитимисана за то. Овај критеријум је познат под називом *ratione personae*. Према Закону о арбитражи, члан 5 став 2, „свако физичко и правно лице може да уговори арбитражу, укључујући и државу, њене органе, установе и предузећа у којима она има својинско учешће", односно „свако ко, у складу са одредбама закона који уређује парнични поступак, има способност да буде странка у поступку". Дакле, важи опште правило да арбитражни споразум дејствује само између субјеката који су га закључили. Међутим, споразум о арбитражи спада у групу преносивих уговора, тако да се преношењем главног уговора преносе права и обавезе из арбитражног споразума на друга лица (до чега може доћи смрћу физичког лица, односно спајањем, припајањем или поделом правног лица). Када је у питању сингуларна сукцесија у погледу главног уговора, споразум о арбитражи остаје на снази и у случају уступања (цесије) уговора и потраживања, као и у случају суброгације и у другим случајевима преноса потраживања, осим ако није другачије уговорено. За питање да ли и лица која нису потписиници арбитражног споразума имају право покретања арбитраже уколико су у вези са остваривањем уговора за који је споразум потписан, интересантна је одлука суда у спору између бродара *Nisshin Shipping Co. Ltd*. и поморског брокера *Cleaves & Company Ltd (and Others)* пред Трговачким судом у Лондону (High *Court of Justice, Queens Bench Division, Commercial Court)*, који је покренут 2003. године због неплаћања бродарске провизије од стране бродара, у вези 13 уговора о искоришћавању брода (*charterparties*).[3] Спорним уговорима бродар се изричито и безусловно обавезао да ће брокеру платити провизију. Пошто провизија није била исплаћена, брокер је покренуо арбитражни поступак. Напомињемо да брокер није био уговорна страна уговора о искоришћавању брода ни његове арбитражне клаузуле.

3 Зоран Тасић, „Одлуке страних судова и арбитража: Право трећих да своја потраживања остварују у арбитражном поступку", *Поредбено йоморско йраво,* год. 45 (2006), 160, 169.

Ипак, примењујући члан 1 горе наведеног Закона који даје право трећој особи, односно особи која није уговорна страна, да у своје име захтева „испуњење одређене уговорне обвезе, под увјетом да то уговор изричито предвиђа или ако природа уговорне обвезе упућује на такво право треће особе, осим ако се из самог уговора може закључити да уговорне стране нису имале намјеру да испуњење такве обвезе може захтијевати трећа особа.“[4] Даље, члан 8 Закона наводи да „у случају гдје се захтјев за испуњење обвезе има рјешавати пред арбитражом и гдје постоји арбитражни споразум у писаној форми (сукладно одредбама енглеског Закона о арбитражи из 1996. године), трећа ће се особа сматрати странком у арбитражном споразуму ради рјешавања спора насталог између ње и (уговорне) стране ради неиспуњења уговором прихваћене обвезе.“[5] Бродар је сматрао да брокер нема право на покретање арбитражног поступка јер није наведен у споразуму о арбитражи као странка, већ је навео унајмиоца брода као лице које је могло да заступа брокера, али суд није прихватио тај аргумент.

Исти став изнет је у предмету *The Jordan Nicholev (1990)2 Lloyd's Report*, где је судија Хобхаус навео да када постоји цесија/уступање права на тужбу, она ће се односити и на сва овлашћења која су странци на располагању у погледу права на тужбу. Такво је овлаштење и право на покретање арбитражног поступка и на добивање арбитражне одлуке. „Цедент је везан арбитражном клаузулом на начин да не може уживати сва уступљена му права без прихваћања обвезе да своја евентуална потраживања рјешава арбитражно. Стога јасно произлази, како из закона (мисли се на чланак 136 енглеског Закона о власништву), тако и уговорног статуса цедента, да су му уступом пренесена права из арбитражне клаузуле као и из свих других одредаба уговора.“[6]

Мишљење и став судије Хобхауса поклапа се са становиштем које заступа наше право.[7]

Обавеза је арбитражног суда да током целог поступка пази на надлежност. Осим тога, о арбитабилности, односно прекорачењу надлежности арбитражног суда према члану 58 Закона о арбитражи, контролу врше и државни судови, јер се арбитражна одлука може поништити ако спор није подобан за арбитражу.

---

4 З. Тасић, 170.

5 З. Тасић, 170.

6 З. Тасић, 172.

7 Закон о арбитражи Републике Србије – ЗА, *Службени ɪласник Рейублике Србије,* бр.46/2006, чл. 13.

III Сталне арбитраже и стални судови са арбитражама специјализованим за спорове у вези бродова и пловидбе

1. Сталне арбитраже

У свету данас постоји велики број удружења арбитара, од којих су неке специјализоване за тачно одређене области. Навешћемо неке од најпознатијих институција за поморску арбитражу.

Лондонско удружење поморских арбитара (*LMAA*) сматра се водећим удружењем за решавање спорова у вези пловидбе по броју спорова који су му дати на решавање.[8] Сви спорови се разврставају у једну од четири врсте поступака: спорови мале вредности, привремене мере, брза арбитража и спорови из привредног поморског права. Одлуке се доносе на основу енглеског Закона о арбитражи из 1996. године.

Друштво поморских арбитара у Њујорку (*SMA*) које је професионална и непрофитна организација арбитара.[9] Као предности Друштва најчешће се наводи да не наплаћује услуге својих арбитара и да има изузетно квалификоване чланове који долазе из области везаних за поморство (бродоградња, *P&I* клубови, осигуравајућа друштва, универзитети, адвокатура). Она делује на основу сопствених поморских арбитражних правила која су донета у складу са Федералним законом о арбитражи САД. Дакле, посредно сви спорови изнети пред три арбитра СМА биће решани применом америчког права.

Немачко поморско удружење арбитара (*GMAA*) са седиштем у Хамбургу, одлуке доноси на основу немачког процесног права и UNCITRAL правила.[10] Познато је по укључивању неких облика медијације у арбитражу јер члан 13 Правилника ГМАА садржи обавезу арбитара да се споразум у свим фазама поступка оконча пријатељским поравнањем странака.

У Србији нема посебних арбитражних институција специјализованих за поморство и пловидбу, али постоје две сталне арбитраже.

Стална арбитража при Привредној комори Србије са седиштем у Београду, која поступак води на основу Правилника о раду или *UNCITRAL* правила.[11] Отвореног је типа, тако да њену надлежност

8 ЛМАА основано је 1960. године као удружење придружених и пуноправних чланова.

9 СМА основано је 1963. године и редовно објављује ажуриран списак својих арбитара који садржи кратку биографију и квалификације сваког члана.

10 ГМАА основали су 1983. године представници бродарских синдиката и правника из Хамбурга и Бремена.

11 Стална арбитража основана је 2016. године и наследник је Спољнотрговачке арбитраже и Сталног изабраног суда који су такође постојали и радили при Привредној

странке уговарају навођењем одговарајуће клаузуле. Поред арбитрже спроводи и поступке медијације и мирења.

Удружење за арбитражно право бави се промоцијом и унапређењем домаће и међународне арбитраже у Србији.[12] Удружењем управља Управни одбор. При Удружењу постоји посебна организациона јединица, стална арбитражна институција, Београдски арбитражни центар (БАЦ), која пружа услуге решавања домаћих и међународних спорова. Органи БАЦ су Председништво и секретаријат, а одлуке доноси на основу Правилника који је у примени од 1. јануара 2014. године.

2. Стални судови за право мора који предвиђају арбитражу

Стални арбитражни суд (*PCA*) са седиштем у Хагу, најстарије је тело које решава међународне спорове држава, међународниох организација и правних лица.[13] Мада се решавање спора најчешће упућује овом трибуналу због повреде неког међународног споразума, значај Сталног арбитражог суда је што доноси одлуке о разграничењу на мору, али и спорове везане за међународно привредно право.[14]

Организован је по трипартитном систему у ком Административни савет, који чине дипломатски представници свих држава потписница који су акредитовани у Холандији надгледа буџет и и његову расподелу, те примену општих правила по којим Суд поступа.[15] Административним саветом председава министар спољних послова Холандије. У свом раду највише сарађује са секретаријатом. Буџет Суда чине редовне уплате држава чланица, а контрола над трошењем његових средстава поверава се буџетском и финансијском комитету који чине по тројица независних експерата које Административни савет бира не период од 3 године.

Чланови суда су независни потенцијални арбитри који имају мандат од 6 година и могу бити поново бирани. Бирају се из академски и

комори, а на основу Закона о привредним коморама, *Службени ɪласник РС*, бр. 112/2015. На снази је Правилник објављен у *Службеном ɪласнику РС,* бр. 101/2016.

12 Удружење за арбитражно право је непрофитно удружење грађана основано 2013. године. Удружење је основало Фондацију за развој алтернативног решавања спорова.

13 Успостављен је Конвенцијама за мирно решавање међународних спорова из 1899. и 1907. године.

14 Одлука о разграничењу донете су између Индије и Бангладеша у Бенгалском заливу 2014. године и Словеније и Хрватске у Пиранском заливу 29. јуна 2017. године.

15 Пуни назив је Правила поступка Административног савета Сталног арбитражног суда.

пословних кругова, као особе високих моралних квалитета и стручности.

Коначно, постоји и Међународни биро, који обавља послове секретаријата и којим руководи Генерални секретар. Генерални секретар подноси годишњи извештај о раду Бироа Административном савету. Запослени су стручна лица која представљају различите регионе света. Преко Бироа обавља се сва преписка са Судом, као и логистичка, преводилачка и техничка асистенција осталим органима.

Осим у Холандији, Суд је отворио канцеларије на Маурицијусу и у Сингапуру.[16]

Међународни суд за право мора основан је Конвенцијом УН о праву мора (*UNCLOS*) која је прописала начине решавања спорова који током њене будуће примене настану. Међународни суд за право мора има седиште у Хамбургу и задатак да мирним путем решава све спорове у вези Конвенције о праву мора.[17] Конвенција наводи случајеве у којим постоји искључива надлежност Суда, али предвиђа његову надлежност и када се неким другим билатералним или мултилатералним уговором предвиђа надлежност овог Суда. Суд даје саветодавна мишљења на захтев међународних институција.[18] Осим тога, када се странке сагласе, могуће је да се формира веће 5 судија са задатком арбитражног решавања спора.[19] Искључива надлежност Међународног суда постоји у споровима:

– везаним за морско дно,
– арбитражне поступке,
– хитно ослобађање пловила и посаде.

Суд има пет већа:

– Веће за спорове у вези са морским дном,
– Веће које суди у скраћеном поступку у споровима у вези рибарства,
– Веће за спорове у вези са морском околином,
– Веће за спорове у вези разграничења морског појаса,
– Веће у складу са чланом 15 став 2 Статута.

16 У Маурицијусу од септембра 2010. године, а у Сингапуру од јануара 2018. године.

17 Први поступак пред Судом покренут је 13. новембра 1997. године.

18 Суд је дао мишљења на захтев Међународне власти за морско дно и подморје 1. фебруара 2011. године и на захтев Регионалне подкомисије за рибарство 2. априла 2015. године.

19 До сада су на овај начин решени спорови Чилеа и ЕУ поводом улова и одрживог развоја сабљарки у Јужном Пацифику и спор Обале слоноваче и Гане за одређивање линије разграничења између ове две државе у Атланском океану.

Уз Конвенцију је у форми Прилога VI усвојен Статут, а потом су изабране судије.[20] Мандат судија је 9 година, уз могућност реизбра, с тим што се сваке 3 године бира 1/3 судија како би се осигурао континуитет у раду Суда. За судију може бити изабрано лице које испуњава субјективне услове у смислу високог угледа и признате стручности у подручју права мора, али и објективне услове који се односе на праведну географску заступљеност свих региона света и прадстављање главних правних система.

Суду у раду помаже Регистар, административно и стручно тело које броји 34 запослена лица различитих националности, на чијем челу је регистратор. Задатак Регистра је да пружа правну, административну, финансијску, библиотечку и информациону подршку судијама.

IV Одређивање надлежности арбитражних судова за спорове из пловидбеног права у Републици Србији

Према општем важећем правилу, ако постоји пуноважан споразум о арбитражи, суд ком се странка обрати тужбом за решавање спора дужан је, по приговору супротне стране, да се огласи ненадлежним и да одбаци тужбу у истој ствари.

У Републици Србији на снази је Закон о арбитражи, а сталне арбитраже усвојиле су Правилнике који регулишу њихов рад. Важећи закон одређује да је арбитражни суд надлежан за решавање „имовинских спорова о правима којима странке слободно располажу, изузев спорова за које је предвиђена искључива надлежност државног суда.“[21] Дакле, сам закон не одређује области за које се арбитража може уговарати, али поставља ограничење, односно даје приоритет државним судовима у областима у којим је предвиђена њихова искључива надлежност. Међутим, прописи који регулишу питање арбитраже налазе се и у неким другим законима.[22]

---

20 Избор 21 међународног судије извршен је 1. августа 1996. године. Суд је почео са радом у јесен 1997. године, а први случај је представљен Суду 13. новембра те године. Ради се о случају узапћења брода „Саига“ државне припадности Ст. Винсент и Гренадин од стране власти Гвинеје због кршења царинских прописа у њеном привредном појасу. До краја 2017. године Суду је предато 25 предмета. Више о томе: *https://www.itlos.org/en/cases/*, 25. 12. 2017.

21 ЗА, чл. 5.

22 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља донет је 1982. године. Доношењем Закона о арбитражи престале су да важе одредбе чланова 97–100 Закона о решавању сукоба закона, који се односе на признање и извршење страних арбитражних одлука.

Правилник Спољнотрговинске арбитраже Привредне коморе Републике Српске, у члану 12 наводио је да се пред ову институцију могу износити на решавање спорови „1) у вези бродова и ваздухоплова, односно међународни спорови на које се примењује ваздухопловно и пловидбено право".[23] Правилници сталне арбитраже Привредне коморе Србије и Београдског арбитражног центра, не садрже овакву одредбу.

Да би одговорили на питање о дозвољености арбитраже у вези пловидбе, потребно је анализирати одредбе закона који регулишу пловидбу у Србији. Са становишта пловидбе и поморског права најзначајнији су Закон о поморској пловидби и Закон о трговачком бродарству. Први одређује меродавно право за решавање спорова и начин одређивања меродавног права у случају колизије, док други, поред меродавног права, наводи и шта спада у искључиву надлежност домаћих судова.

Искључива надлежност домаћих судова предвиђена је у споровима који укључују учешће домаћих јавних или ратних пловила, било да се ради о спору поводом награде за њихово спасавање или накнаде штете због судара. Имајући у виду интерес државе оваква одредба је сасвим очекивана.

Искључива надлежност домаћих судова постоји у споровима који настану у току и поводом спровођења поступка ограничења одговорности и у споровима који настану у току и поводом судског извршног поступка који домаћи суд спроводи на бродовима.[24]

Без обзира на постојање споразума о арбитражи, пре покретања или у току арбитражног поступка, надлежни домаћи суд може да донесе одлуку о увођењу привремених мера на захтев заинтересоване странке. Тако, одређујући услове за заустављање брода, Закон о трговачком бродарству Републике Србије наводи да се заустављање спроводи без обзира на постојање споразума о надлежности судова или изабраној арбитражи између странака уговора под којим се брод налази. Надлежност за заустављање брода даје се стварно и месно надлежном домаћем суду према месту заустављања, а примењује се домаће право. Самим тим, за заустављање брода постојање арбитражног споразума или клаузуле о примењивом праву и изабраном суду није релевантно већ постоји искључива надлежност домаћег суда и обавезна примена домаћег права.

Месна надлежност се одређује према месту налажења брода у време спровођења мере. Уколико се у време подношења предлога за заустављање не зна да ли је брод упловио у унутрашње воде Републике

23 *Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Републике Српске,* Привредна комора Републике Српске, Бањалука, 1998.

24 Закон о трговачком бродарству – ЗТБ, *Службени гласник РС*, бр. 96/15, чл. 780.

Србије, подносилац може да предложи да одлуку донесе суд на чијем се подручју води уписник бродова у које је брод уписан. За брод који није уписан у домаће уписнике, решење о заустављању може да донесе било који стварно надлежни домаћи суд.[25] Међутим, члан 782 Закона о трговачком бродарству предвиђа да се искључива надлежност домаћих судова односи и на спорове због којих је дошло до заустављања брода или давања одговарајућег обезбеђења, осим ако се странке нису споразумеле да за спор буде надлежан суд друге државе који прихвати надлежност, или пред арбитражу. Мада у овом случају искључива надлежност домаћих судова постоји за фактичко заустављање брода или полагање обезбеђења, сам спор због ког је привремена мера заустављања или полагања обезбеђења затражена може се решавати пред изабраним судом, односно арбитражом.

Ово не значи да нема надлежности домаћег суда за суђење о предмету спора због кога је одређено заустављање брода или давање обезбеђења ради ослобађања брода.

Надлежност домаћег суда постојаће уколико је:

– предлагач заустављања брода лице које има пребивалиште или седиште у Републици Србији;
– потраживање настало у току путовања за време кога је извршено заустављање;
– потраживање настало по основу судара или околности прописаних Међународном конвенцијом за изједначење одређених правила о судару бродова, усвојеној 1910. године;
– потраживање настало као последица пружања помоћи или спасавања;
– потраживање обезбеђено хипотеком на заустављеном броду.[26]

Када домаћи суд није надлежан за одлучивање о предмету спора, одредиће рок у коме предлагач обезбеђења мора да покрене поступак пред надлежним страним судом или арбитражним већем.

Из наведених одредби, дакле, произлази да је могуће уговорити арбитражно решавање спора и изабрати институцију којој ће арбитража бити поверена, уколико се не ради о неком од наведених услова из члана 782 Закона о трговачком бродарству.

За суђење у споровима за накнаду штете настале због телесне повреде или смрти члана посаде брода или због нарушавања здравља коју члан посаде претрпи на раду или у вези са радом на броду, надлежан

25 ЗТБ, чл. 633.

26 ЗТБ, чл. 782.

је домаћи суд ако тужилац има пребивалиште на подручју Републике Србије. И у овом случају, као и у случајевима наведеним у члану 782 Закона о трговачком бродарству могуће је решавање спора пред изабраном домаћом или страном арбитражом уколико не постоји ближа веза између странака или једне од њих и Републике Србије.

V Обавезна примена домаћег права у Републици Србији

Већ је наведено да Закон о поморској пловидби одређује меродавно право за решавање спорова и начин одређивања меродавног права у случају колизије норми. У делу који се односи на меродавно право за спорове са међународним елементом, Закон предвиђа искључиву примену домаћег права на свако пловило које је брод по домаћем праву, као и на свако пловило које је брод према праву државе чију државну припадност има.[27] На радне односе чланова посаде који су укрцани на бродовима који имају државну припадност Републике Србије примењује се домаће право.[28] Изузетно, домаће право ће се примењивати и када може да се примени страно право ако је примена страног права уговорена само ради избегавања примене права Републике Србије.[29]

Исти Закон садржи и одредбу о примени домаћег права на домаћа пловила уписана у уписнике Републике Србије или бродове који вију заставу Србије, као и на бродове који се граде у домаћим бродоградилиштима, а према критеријуму државне припадности брода.[30]

Закон даје странкама могућност да у неким областима изаберу право чију примену желе. Изабрано право примењује се за правне односе из уговора о запошљавању чланова посаде, у складу са уговором. А, ако уговор не садржи одредбу о изабраном меродавном праву, примењује се право државе припадности брода или право у вези са спорним односом и странкама.[31]

У случају смрти или телесне повреде примењује се право најближе везе које је за члана посаде најповољније.[32] Док је код ограничења одго-

27 Закон о поморској пловидби – ЗПП, *Службени ɪласник РС,* бр.87/11, 104/13, 18/15, чл. 192: по праву државе чију државну припадност брод има оцењују се:

1) дужности и права заповедник а у управљању бродом и у заснивању права и обавеза за власника брода или бродара;

2) правне последице догађаја на броду на које се мора применити закон места где је догађај настао.

28 ЗПП, чл. 190 и 192.

29 ЗПП, чл. 193.

30 ЗТБ, чл. 760 и 762.

31 ЗТБ, чл. 763.

32 ЗТБ, чл.763, ст. 2.

ворности власника брода или другог физичког или правног лица које је према овом закону с њим изједначено одређено да се примењује закон Републике Србије ако су његове одредбе о ограничењу одговорности строжије од прописа државе чију државну припадност брод има, за уговоре о искоришћавању бродова и уговоре о другим пловидбеним односима примењује се право које су странке изабрале.[33] Изизетак постоји у случају када би применом права Републике Србије путник био стављен у мање неповољан положај.[34]

Примена домаћег права је обавезна код одговорности возара за оштећење, мањак или губитак робе, предвиђену одредбама овог закона, ако се лука укрцавања или одредиште налази у Републици Србији. Искључива надлежност домаћег права постоји и код уговора о тегљењу, односно потискивању.[35]

За све остале радње, примењује се право које је са спорним односом у најближој вези. Такође, уколико се судар догоди у унутрашњим водама Србије или на отвореном мору, за накнаду штете настале том приликом примењује се право Србије или ако све заинтересоване стране имају заједничко држављанство или уобичајено пребивалиште, односно седиште у Републици Србији или је један од бродова који је учествовао у судару домаћи ратни или јавни брод.[36] Такође, искључива примена домаћег права постоји ако су спасавана лица без истовременог спасавања имовине, ако су сва лица држављани Републике Србије, или ако је брод који је спасавао или брод који је био спасаван, а ако је било више бродова један од њих, домаћи ратни брод или домаћи јавни брод или ако имовину спасава домаће привредно друштво, друго домаће правно лице или држављанин Републике Србије.[37]

На односе из уговора о пловидбеном осигурању примењује се домаће право ако су сва заинтересована лица у том уговору држављани Републике Србије са пребивалиштем у Републици Србији или домаћа правна лица са седиштем у Републици Србији, а ради се о осигураним предметима који су изложени покривеним ризицима искључиво на подручју Републике Србије.[38]

Дакле, законодавац је детаљно навео све случајеве у којим се евентуални спорови решавају према домаћем праву. Странкама је остављена извесна аутономија избора меродавног права за уређење њихових

33 ЗТБ, чл. 764 и 765.

34 ЗТБ, чл. 766.

35 ЗТБ, чл. 767.

36 ЗТБ, чл. 769 и 770.

37 ЗТБ, чл. 772 и 777.

38 ЗТБ, 774.

међусобних односа. Када меродавно право није уговорено предвидео је примену оног права које је у најближој вези са пловилом или странкама.

VI Извршење домаће и стране арбитражне одлуке

Питање арбитраже и признавања страних арбитражних одлука у Републици Србији, поред домаћих правних аката, регулишу и међународни споразуми, коју су ступили на снагу након потписивања и ратификације. То су:

- Женевски протокол о арбитражним клаузулама од 24. септембра 1923. године[39]
- Конвенција о извршењу иностраних арбитражних одлука од 26. септембра 1927. године[40]
- Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 1. октобра 1981. године (Њујоршка конвенција)[41]
- Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи донета 21. априла 1961. године[42]
- Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава, донета у Вашингтону, 18. марта 1965. године (Вашингтонска конвенција)[43]

Странке се обавезују да ће извршити арбитражну одлуку донету у складу са правилима која су изабрале у споразумно. Ипак, уколико се то не догоди, арбитражна одлука се извршава у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак. Домаћа арбитражна одлука има снагу домаће правноснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак.

Страна арбитражна одлука има снагу домаће правноснажне судске одлуке пошто је призна надлежни суд Републике Србије. Под страном арбитражном одлуком подразумева се одлука коју је донео арбитражни суд чије је место ван Републике Србије, као и одлука коју је донео арбитражни суд у Републици Србији уколико је на арбитражни

39 *Службени ῑласник СФРЈ*, бр. 4/59.

40 *Службени ῑласник СФРЈ*, бр. 4/59.

41 *Службени лисῑ СФРЈ*, бр. 11/81.

42 *Службени лисῑ СФРЈ*, бр. 12/63. Европска конвенција предвидела је могућност стављања резерве којом се ограничава примена Конвенције на арбитражно решавање искључиво оних спорова у којима су стране приватноправни субјекти, али наша земља није искористила ту могућност и није ставила резерву.

43 *Службени лисῑ СФРЈ*, бр. 7/67.

поступак примењено страно право.[44] Надлежан суд за признање стране арбитражне одлуке је окружни суд места где треба спровести извршење, а ако се страном арбитражном одлуком решавају трговински односи између странака, надлежан је трговински суд.[45]

Признају се и извршавају судске одлуке донете применом конвенција које је Србија потписала и ратификовала, ако су донете од стране судова држава чланица Европске уније, а у складу са законом који уређује признавање и извравање судских одлука.[46] Уколико се ради о судским одлукама донетим у државама које нису чланице Европске уније, признају се и извршавају у Републици Србији под условом да су те државе потврдиле Луганску конвенцију о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким предметима од 30. октобра 2007. године, односно Луганску конвенцију о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким предметима од 16. септембра 1988. године.[47]

О признању стране арбитражне одлуке суд може да решава као о претходном питању у извршном поступку.

Признање и извршење стране арбитражне одлуке може се одбити, на захтев странке против које се оно тражи уколико су испуњени законом предвиђени услови, односно странка поднесе тражене доказе којим опспорава пуноважност споразума о арбитражи или правила за вођење поступка или наводи да су прекорачене границе арбитражног споразума.

Не може се тражити извршење арбитражне одлуке која још није постала обавезујућа за странке или је ту одлуку поништио или обуста-

44 ЗА, чл. 64.

45 ЗА, чл. 65: Поступак признања и извршења покреће се пред судом захтевом уз који странка прилаже:

1) изворну арбитражну одлуку или њен оверени препис;

2) споразум о арбитражи или документ о њеном прихватању у изворнику или овереном препису, и

3) овере н превод стране арбитражне одлуке и споразума о арбитражи на језик који је у службеној употреби пред надлежним судом.

46 Атинска конвенција о превозу путника и пртљага морем из 1974. године са Протоколом из 2002. године о изменама и допунама Атинске конвенције о превозу путника и пртљага морем; Конвенције о ограничењу одговорности за поморска потраживања из 1976. године са Протоколом из 1996. године о изменама и допунама Конвенције о ограничењу одговорности за поморска потраживања; Међународне конвенције о грађанској одговорности за штете проузроковане загађењем нафтом, усвојене 1992. године; Међународне конвенције о грађанској одговорности за штете проузроковане загађењем погонском нафтом, усвојене 2001. године; и Стразбуршке конвенције о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби, усвојене 2012. године.

47 ЗТБ, чл. 783.

вио од извршења суд државе у којој или на основу чијег права је одлука донета.[48]

Суд пред којим се тражи признање и извршење стране арбитражне одлуке може да, ако оцени да је потребно, одложи доношење своје одлуке ако је покренут поступак за поништај или за обуставу извршења те одлуке у држави у којој је одлука донета или на основу чијег је права донета, до окончања тог поступка.[49]

VII Закључак

Предности арбитраже налазе се, пре свега, у могућности странака да бирају место решења спора, правила и поступак по којим ће се њихов спор решавати, те број и стручне квалификације арбитара којим поверавају решавање спора. Управо је стручност арбитара који су добри познаваоци пловидбеног права и његових каратеристика, најчешће, основни разлог за избор овог начина решавања спора. Свакако, у прилог арбитражи иду и брзина, флексибилност и економичност самог поступка, пошто се арбитража може уговорити за будуће спорове, али и у тренутку настанка спора, чак и након изношења пред надлежни државни суд.

Међутим, споразум морају закључити странке које имају потребна својства и способност за његово закључење, у писменој форми, без мана воље и за ону врсту спорова која је подобна за арбитражу. У супротном споразум ће бити ништав.

И за арбитражне судије важе правила о изузећу или замени уколико нису непристрасни или не испуњавају неки од услова који су странке уговориле, али и могућност да дају издвојена мишљења. Арбитржна одлука мора да садржи увод, изреку, трошкове и образложење, а може бити донета и на основу поравнања. Једна од значајних предности уговарања арбитраже је да се арбитражне одлуке лакше извршавају у иностранству од судских јер је Република Србија чланица Њујоршке конвенције о признању у извршењу страних арбитражних одлука, која обезбеђује признање и извршење арбитражних одлука донетих у Србији у 156 земаља потписница Конвенције. Осим тога, на овај начин избегава се спорост домаћих судова услед преоптерећености.

Несумњив је значај Закона о арбитражи јер су се до његовог доношења одредбе о арбитражи налазиле у Закону о парничном поступку и Закону о решавању сукоба закона. При његовом стварању, „коришћена

48 ЗТБ, чл. 66.

49 ЗТБ, чл. 67.

(су) и решења из упоредног права, али и решења нашег домаћег права која су у складу са савременим тенденцијама у законском регулисању арбитраже. Угледањем на Модел-закон УНЦИТРАЛ-а, који је намењен међународној трговинској арбитражи, Србија је преузела његова решења за сваку врсту арбитраже без обзира на њен карактер."[50]

Међутим, поред Закона о арбитражи, за арбитражно решавање спорова који настају поводом бродова и пловидбе значајна су још два закона у којим је могућност арбитражног решавања ограничена. Наиме, овим законима одређени су случајеви у којима се дејство арбитражног споразума ограничава у погледу надлежности арбитражног суда или примене изабраног права. Прегледом ових случајева јасна је интенција законодавца за заштити јавни или национални интерес, али и обезбеди да се у у свим случајевима који укључују домаћа правна или физичка лица примењује домаће право.

Поморска арбитража врста је привредне арбитраже. Међутим, у Србији ова врста арбитраже је неразвијена, што, често, доводи до избора страних арбитражних тела за решавање спорова домаћих лица.

Развоју пловидбене арбитраже у свету у великој мери доприносе стручна удружења везана на бродове и пловидбу. Оно што је основна карактеристика невладиних организација везаних за пловидбу и поморство у Србији је њихова малобројност и недовољна заступљеност у решавању проблема која се тичу пловидбе и бродара. Мада су струковна удружења основни носиоци развоја и унапређења положаја представника одређене делатности, у Републици Србији где постоје два струковна удружења и то: Удружење лађара и Удружење капетана унутрашње пловидбе, те Синдикат лука и пристаништа Србије, нема стручних арбитражних тела пред која би се износили на решавање спорови и чији би чланови као познаваоци материје били најпогоднији за арбитре.

Након разматрања свега наведеног, основна препорука је да се изврше измене и допуне постојећих закона којим би се умањио број случајева у којим постоји искључива надлежност државних судова у Републици Србији, односно оставила већа аутономија странкама да се поједина питања решавају пред изабраним арбитражним већима.

Такође, требало би у већој мери укључити преставнике струковних удружења на листе арбитара чиме би се добила специјализована већа за решавање спорова домаћих, али и страних лица у вези пловидбе. Вишедеценијска искуства арбитараже која је постојала при Привредној комори Србије на овај начин би могла бити добра основа за даљи развој поморске арбитраже као њеног посебног сегмента.

50 М. Пејак, 209.

***Iris* BJELICA VLAJIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Maritime Academic Studies Belgrade

NECESSARY CONDITIONS FOR ARBITRATION IN MARITIME LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA?

Summary

Arbitration is a chosen mean of dispute settlements and it is increasing in a commercial disputes, since its judges are better adapted to the needs of the participants in the dispute, having in mind the applicable law and arbitrators competences. That is why there are a significant number of permanent arbitration institutions in the world that specialize in specific fields of activity. Among them are arbitration institutions specializing in maritime and navigation. The most significant of them are presented in this paper.

The existence and application of arbitrary dispute settlement in the Republic of Serbia has been used since the nineteenth century. Ship-related disputes, however, have a special regime today. The aim of this paper is to answer the question of the existence and use of arbitration for ship-related disputes and ships utilization agreements, as well as to offer some new solutions. In doing so, special attention is paid to the relation between arbitration and state courts and the established mandatory jurisdiction of domestic courts.

Key words: *arbitration, voyage, ship, exclusive jurisdiction, application of domestic laws.*

др *Мирослав* СЕВЕР
Адвокат из Београда
Председник Арбитражног суда Фудбалског савеза Србије

СПЕЦИЈАЛИЗОВАНА СПОРТСКА АРБИТРАЖА ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О СПОРТУ

Резиме

Специјализована спортска арбитража представља арбитражу специјализовану за решавање спорова који произилазе из конкретног спорта. Сам концепт рада овакве арбитраже везан је искључивоза односе који настају у оквиру спортске организације која организује и руководи конкретан спорт на националном нивоу. Закон о спорту Републике Србије предвиђа могућност оснивања и рада овакве арбитраже, али ограничава врсту спорова које специјализована спортска арбитража може решавати. Овакав приступ Закона о спорту је донекле специфичан из разлога што закон, садржински, не би требало да регулише ово питање, нити да залази у аутономију рада једне специјализоване спортске арбитраже. Са друге стране, чланство конкретних спортских организација у општим спортским организацијама, условљава решавање спорова при општим спортским арбитражама, услед чега је Закон о спорту кроз своје одредбе настојао да омогући оснивање и рад специјализованих спортских арбитража. Постојање специјализованих спортских арбитража је делимично условљено и захтевима међународних спортских организација које често инсистирају на оснивању специјализоване спортске арбитраже за конкретан спорт на националном нивоу. На овај начин се полако успоставља квалитетан систем решавања спортских спорова који доприноси свеобухватнијем приступу и раду спортских арбитража, а самим тим и потпунијој регулативи.

Кључне речи: *специјализована спортска арбитража, спортска специфичност, аутономија воље.*

I Увод

Могућност решавања спорова путем арбитраже, специјализоване за конкретан спорт, представља резултат развоја идеје да се кроз систем организовања и рада једне сталне арбитражне институције при конкретном националном савезу, допринесе и омогући развој регулативе и спортских прописа који ће омогућити учесницима да антиципирају границе до којих могу успостављати међусобне односе. Рад сталне арбитражне институције у конкретном спорту мора се сагледати кроз потребу за усаглашавањем прописа и за тумачењем норми спортског права на начин убрзавања развоја правног приступа самом спорту. Специјализована арбитража, поступајући по датом предмету, не решава само спор између страна у поступку, већ ствара прецедентни систем који ће омогућити свим учесницима у конкретном спортуправилан приступ и разумевање успостављених норми, а истовремено се конкретан случај посматра у корелацији са такмичењем и кроз потенцијални утицај који конкретна одлука може имати на само такмичење. Самим тим, улога специјализоване арбитраже у спорту не састоји се само у решавању конкретног случаја, већ је далеко шира и комплекснија и захтева не само пажљивији приступ, већ завидно знање и познавање садржајнијег спектра нормативе кроз коју се преплиће и коју карактерише спортска специфичност.

Када говоримо о спорту, ван сваке сумње фудбал је спорт чија регулатива преовладава у односу на друге спортове. Поред тога, пракса и примена норми из фудбалског спорта већ одавно је постала предмет интересовања Европског суда правде и усаглашавања са комунитарним правом. На овај начин је фудбал као спорт нормативно обликован у Европи, а потом и на цео свет. ФИФА, као кровна организација фудбалског спорта сугерише својим чланицама да у своје статуте унесу одредбе које ће решавање спорова усмерити ка арбитражи, а не ка редовним судовима.[1] Разумевање оваквог приступа произилази не само због брзине решавања спорова, већ због схватања и сагледавања самих фудбалских норми, које нису увек примењиве искључиво кроз систем пуког познавања позитивног законодавства једне земље. Разумевање односа у спорту и разлог успостављања одређених норми произилази из спортске специфичности, суптилне тачке раздвајања спортског

1 ФИФА Статут из 2016. године (*FIFA Statutes April 2016 edition*), чл. 59, ст. 2 и 3.

права као посебне гране права, из ког разлога је за спорт веома важно да у систему одлучивања буде садржан концепт ширег разумевања домета успостављених норми. Већина случајева у спорту је везана за такмичење и може се одразити на исто у већој или мањој мери, а схватање и сагледавање конкретног спора кроз примену спортских норми, са једне стране, као и заштита јавног поретка једне земље, са друге стране, чини специјализовану арбитражу у фудбалском спорту, али и у било ком другом спорту, идеалним решењем за просперитет самог спорта кроз усавршавање и унапређењеегове регулативе.

II Законски оквир

Могућност успостављања сталне арбитражне институције за решавање спорова у конкретном спорту предвиђена је чл. 53, ст. 1 Закона о спорту Републике Србије.[2] У поменутом члану се наводи да: „*Чланови спортског удружења и спортско удружење могу се споразумети да решавање спорова о правима којима слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда – повере ад хок спортском арбитражном суду или сталном спортком арбитражном суду при Олимпијском комитету Србије – за олимпијске спортове, Сталном спортском арбитражном суду при Спортском савезу Србије – за неолимпијске спортове и сталном спортском арбитражном при Параолимпијском комитету Србије – за параолимпијске спортове, а када су у питању спорови у вези раскида, поништења или утврђивања ништавости или испуњења уговора између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације – и сталном спортском арбитражном суду при надлежном националном гранском спортском савезу*“.

Оваква законска формулација успостављања специјализованог арбитражног суда за конкретан спорт, а при националном гранском спортском савезу је врло специфична, донекле и интригантна, обзиром да су наметнута решења која нису у духу арбитраже, као приватног начина решавања спорова[3]. Закон о спорту се бави питањем врсте спорова које може решавати специјализована спортска арбитража националног гранског спортског савеза,фаворизујући,привидно,на тај начин арбитражу Олимпијског комитета Србије, Параолимпијског комитета Србије и Спортског савеза Србије, које види као основне спортске арбитраже у Републици Србији. Са друге стране, и међу овим арбитражама можемо уочити извесну селекцију коју прави Закон, раздвајајући спортове који се могу решавати пред неком од наведених арбитра-

2 Закон о спорту – ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 10/2016.

3 Вид. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 18.

жа, па тако арбитража Олимпијског комитета Србије може решавати спорове везане за олимпијске спортове, арбитража Спортског савеза Србије може решавати спорове везане за неолимпијске спортове, док арбитража Параолимпијског комитета Србије може решавати спорове везане за параолимпијске спортове. Оваквом формулацијом створена је својеврсна конфузија око надлежности различитих арбитража и судбине одлуке коју би донела „ненадлежна" арбитража, уколико би се евентуално упустила у решавање конкретног случаја, руководећи се вољом страна у поступку. Сматрамо да намера да се будући или већ настали спор повери на одлучивање сталној спортској арбитражи не би требало да буде спутана или ограничена одредбом Закона о спорту, нити би Закон о спорту требало да се бави овим питањем. И сам Закон о спорту у чл. 53, ст. 1 предвиђа да се „*чланови спортског удружења и спортско удружење могу споразумети да решавање спора о правима којима слободно располажу...*". Међутим, ова слобода воље се у наредним редовима поменутог члана сужава на већ описани начин.

Уз све наведено, треба разумети и специфичност специјализоване спортске арбитраже, као и потребу решавања спорова у оквиру свог спорта. Специјализовану спортску арбитражу карактерише уско стручно познавање регулативе, ширег и ужег односа између чланова, начина на који ће се донета одлука одразити у оквиру саме организације, као и других карактеристика које је потребно узети у обзир приликом одлучивања. Специјализована арбитража има обавезу да својим члановима обезбеди најбржи и најквалитетнији начин решавања спорова. Међутим, поставља се питање да ли је регулативом националне спортске организације, у оквиру одређене гране спорта, могуће успоставити обавезу да се сви спорови који настану између чланова те спортске организације, морају поверити на решавање специјализованој арбитражи која је успостављена у оквиру саме спортске организације. За разлику од Закона о спорту, конкретна спортска организација би морала да ужива степен аутономије који ће јој омогућити успостављање овакве обавезе међу својим чланством, односно да се сви спорови морају поверити на решавање специјализованој спортској арбитражи која је успостављена у ту сврху.

III Модел приступа арбитражи спортских организација у односу на Закон о спорту

Када говоримо о фудбалском спорту, ФИФА као кровна организација која прописује права и обавезе својих чланова у чл. 57 и 58 свог

Статута успоставља надлежност Арбитражног суда у Лозани[4] за све спорове који настану у оквиру ФИФА, обавезујући истовремено, у чл. 59, ст. 1 Статута, конфедерације, асоцијације чланице и лиге, да морају препознати Арбитражни суд у Лозани као независни судски ауторитет и да морају обезбедити поштовање одлука које овај арбитражни суд доноси. На овај начин ФИФА обавезује своје чланове да све спорове који су међународног карактера повере на решавање Арбитражном суду у Лозани. Као корак даље, у чл. 59, ст. 2 ФИФА Статута, изричито се забрањује обраћање редовним судовима за решавање спорова, осим у случајевима када су императивним прописима конкретне земље, судови искључиво надлежни за решавање појединих врста спорова.

Националне фудбалске асоцијације су у складу са одредбама чл. 59, ст. 3 ФИФА Статута, у обавези да унесу у своје статуте, односно правилнике, одредбе којим ће обавезати своје чланове да све спорове повере на решавање спортском арбитражном суду, који мора бити успостављен у оквиру конкретне националне фудбалске организације, уз гаранцију поштовања начела независности и непристрасности. Истовремено је наметнута и забрана решавања спорова пред редовним судовима, уз поштовање ограничења која су успостављена императивним прописима конкретне земље. Оваквим приступом и формулацијом ФИФА као кровна организација фудбалског спорта инсистира на успостављању такозваних обавезних арбитража,[5] обзиром да су чланови националних фудбалских организација приморани да своје спорове решавају пред оваквом арбитражом.

Следећи норме ФИФА Статута, Фудбалски савез Србијеје унео у чл. 82, ст. 3 свог Статута[6] одредбу да су „*Сви чланови ФСС дужни да у своје статуте уграде одредбу којом ће признати надлежност Арбитражног суда ФСС*“. Фудбалски савез Србије је у обавези да поштује императивне прописе међународне организације којој припада, а Закон о спорту Републике Србије у чл. 53, ст. 6 дозвољава овакво поступање, обзиром да прописује да „*Општим актом спортског удружења не може бити пропisана обавезност арбитраже, осим уколико другачије није прописано спортским правилима надлежног међународног спортског савеза*“. Закон о спорту, генералном одредбом, дозвољава успостављање искључиве надлежности специјализоване спортске арбитраже у оквиру националног гранског спортског савеза, а претходно уводи ограничења обима спорова који се могу изнети пред овакву арбитражу, што нас

4 *Court of Arbitration for sport (CAS).* Више о томе вид. Мирослав Север, „Спортска арбитража“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2004, 138–146.

5 Вид. Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000, 109.

6 Статут Фудбалског савеза Србије, *Сл. лист ФСС „ФУДБАЛ“*, ван. бр. 18/17.

поново враћа на питање оправданости и сврхе овако успостављеног решења у Закону о спорту.

Интересантна би била хипотетичка ситуација у којој би се, на пример, спор између чланова Фудбалског савеза Србије, вољом страна настојао поверити на решавање Арбитражном суду Спортског савеза Србије. Овде треба имати у виду да је Статутом Фудбалског савеза Србије успостављена обавеза чланова ове организације да решавање спорова повере Арбитражном суду ФС Србије, а са друге стране, Закон о спорту сугерише да стални арбитражни суд при Олимпијском комитету Србије решава спорове везане за олимпијске спортове, у коју групу спортова спада и фудбал, а Правилник о сталном спортском арбитражном суду при Спортском савезу Србије у чл. 20, ст. 2 прописује да арбитражни суд није надлежан за арбитражно решавање спорова у олимпијским спортовима. Претпоставимо овде да се не ради о спору у вези раскида, поништења или утврђивања ништавости или испуњења уговора између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације, када се може у складу са Законом успоставити надлежност сталног арбитражног суда при националном гранском спортском савезу. Дакле, слободна воља страна у поступку је двоструко искључена, Законом о спорту, али и Статутом спортске организације чији су чланови стране у поступку, те се уједно поставља и питање могућности и оправданости оваквог приступа. Сматрамо да спортска организација може да инсистира на обавези обраћања арбитражном суду успостављеном у оквиру своје организације и чак то условљавати чланством у датој организацији, док Закон о спорту, са друге стране, не би требалода се бави било каквим условљавањем могућности вођења поступка пред неком од спортских арбитража. Тиме се не бави ни Закон о арбитражи Републике Србије као основни закон који регулише питање успостављања и функионисања једне арбитраже.[7] Сама стална арбитража би требало да буде слободна да уреди своју унутрашњу организацију на начин који сматра најделотворнијим, уз услов да се не повреде основна начела рада и функционисања арбитраже која су успостављена међународним прописима и самим Законом о арбитражи. Национална спортска организација из конкретне гране спорта може да услови питањем чланства своје чланове да прихвате надлежност арбитраже успостављене у оквиру саме организације, међутим, не може их спречити да свој спор изнесу пред редовни суд или пред неку другу арбитражу. Евентуалне санкције које спортска организација може изрећи према својим члановима због непоштовања регулативе и обраћања другој арбитражи су друго питање, али би сама спортска организација морала да поштује одлуку коју је донела друга арбитража или редовни суд.

7 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

Услед изложеног, сматрамо да Закон о спорту не би требало да се бави питањем који ће се спорови водити пред којом спортском арбитражом. Закон о спорту треба да дозволи овакав начин решавања спорова, а саме арбитраже ће својим квалитетом оправдати своје постојање. Арбитража је по својој суштини зависна од воље сукобљених страна да свој спор изнесу пред жељену арбитражу. Законско условљавање и одређивање арбитражног суда који треба да буде надлежан у дефинисаним случајевима ствара ситуацију сличну питању утврђивања надлежности редовних судова. Закон о арбитражи у чл. 6, ст. 1 и 2 предвиђа да „Арбитражно решавање спорова организује стална арбитражна институција, у складу са својим правилима и овим законом, када је то предвиђено споразумом странака. Сталне арбитражне институције могу да оснују привредне коморе, професионална и струковна удружења, удружења грађана у складу са њиховим оснивачким актом и овим законом, ако је то у сагласности са њиховом делатношћу." Дакле, питање рада и функционисања спортске арбитражене би требало да буде предмет разматрања Закона о спорту, већ самих спортских организација.

IV Сагласност на акте спортске арбитраже

Закон о спорту је, такође, успоставио и обавезу добијања сагласности од стране Министарства на опште акте сталне спортске арбитраже којим се уређују надлежности, састав и организација, затим услови и начин избора и разрешења арбитара, арбитражни трошкови и поступак у стварима из надлежности сталне арбитраже.[8] Питање добијања сагласности на акта којим се успоставља стална арбитража је свакако питање које превазилази аутономију конкретне организације да успостави свој систем решавања спорова, а који произилази из Закона о арбитражи. Закон о спорту, са једне стране, не наводи да ли је потребно добити претходну или накнадну сагласност на акта којим се успоставља стална спортска арбитража, док са друге стране, Закон не успоставља санкцију за ситуацију када спортска арбитража није добила сагласност Министарства на поменуте акте. Из тог разлога се поставља питање разлога за успостављањем обавезе добијања сагласности на акте спортске арбитраже, када норма не предвиђа да ли се ради о претходној или накнадној сагласности, нити каква се санкција може успоставити уколико се сагласност уопште не тражи. Тумачећи овакву норму можемо рећи да сагласност Министарства суштински није ни потребна, обзиром да уколико се постави питање недостатка сагласности иста може бити добијена и накнадно, а у ситуацији да се сагласност накнадно не

8 ЗС, чл. 54, ст. 5 и 7.

добије, не може се успоставити било каква санкција, обзиром да иста није предвиђена.

Међутим,то није ни толико битно колико је важно указати на непотребно задирање Закона о спорту у област организације и рада једне спортске арбитраже, а при постојању обавезе спортских организација да приликом оснивања арбитража поштују основнаначела која прописује Закон о арбитражи Републике Србије. Закон о арбитражи у члану 6, став 2. предвиђа да сталну арбитражу могу основати привредне коморе, професионална и струковна удружења, удружења грађана у складу са оснивачким актом и законом о арбитражи и ако је то у складу са њиховом делатношћу. Закон о арбитражи не помиње добијање било какве сагласности за оснивање и рад једне сталне арбитраже. Не можемо чак на поменуте одредбе Закона о спорту гледати као на својеврсни *lex specijalis*, обзиром да је овакав приступ противан основним арбитражним начелима. Добијањем сагласности на акте сталне спортске арбитраже од стране Министарства, не може се постићи бољи ефекат од контроле коју врше сами чланови спортске организације која је основала спортску арбитражу и који имају далеко већи интерес за стварањем квалитетног арбитражног суда. Рад сталног арбитражног суда националне спортске организације може бити и предмет преиспитивања од стране надлежних органа кровне спортске организације, а што може имати далеко веће последице уколико се успостави да постоји повреда регулативе. Са друге стране, арбитражна одлука се може поништавати пред редовним судом у ситуацијама које таксативно набраја Закон о арбитражи.[9] Дакле, већ је успостављен систем контроле одлучивања једне арбитраже, а систем контроле оснивања и поступања сталне спортске арбитраже, кроз давање сагласности на општи акт, не указује на суштину и сврху таквог прописа.

V Степен аутономије спортске арбитраже и антиципативни приступ Закона о спорту

Специјализоване спортске арбитраже по својој суштини и припадности спортској организацији располажу правом и могућношћу да свом чланству наметну обавезу решавања спорова пред конкретном спортском арбитражом. Такав приступ, по нашем мишљењу, не представља умањење слободе избора начина решавања спора насталог између сукобљених страна, обзиром да је ово питање директно везано за чланску припадност конкретној спортској организацији. Слобода избора је тада примарно везана за тренутак уласка у чланство из разлога

9 ЗА, чл. 58.

што се приступом спортској организацији активирају права и обавезе која се морају поштовати и која су дефинисана регулативом и прописима конкретне спортске организације. Непоштовање регулативе води санкцијама које могу резултирати и искључењем из чланства. Овакав приступ је још садржајнији када начин решавања спорова произилази из статута кровне међународне организације, обзиром да би непоштовање императивне регулативе могло довести до искључења из чланства саме националне спортске организације. Ову обавезност поштовања одредаба статута међународне кровне спортске организације на националном нивоу, као и последице које могу настати у случају непоштовања истих, прописао је и Закон о спорту дозволивши успостављање обавезности арбитраже у тој ситуацији.[10]

Руководећи се могућношћу успостављања обавезности решавања спорова међу својим члановима сталне спортске арбитраже које у складу са Законом о спорту могу деловати на територији Републике Србије долазе у својеврсни конфликт, обзиром да је питање чланства спортских организација значајно испреплетено. На пример, Фудбалски савез Србије је члан Олимпијског комитета Србије, а чији је члан и Спортски савез Србије.[11] У чл. 43 Статута Олимпијског комитета Србије је предвиђено да чланови ОКС прихватају примарну и искључиву надлежност Сталне спортске Арбитраже ОКС, као и да се сматра да су чланови прихватањем одредби Статута уједно и уговорили надлежност Сталне спортске арбитраже ОКС. Дакле, питање условљавања вођења спорова пред конкретном спортском арбитражом је врло комплексно и значајно указује на потребу омогућавања успостављања и деловања специјализованих спортских арбитража. Закон о спорту је у том смислу унео извесно компромисно решење када је успоставио могућност да национални гранси спортски савези могу основати своје арбитраже за решавање спорова које Закон прописује. На овај начин је учињен корак напред у развоју схватања односа спорта и спортске арбитраже и полако се ствара пут ка успостављању безусловне могућности рада специјализованих спортских арбитража.

Успостављање обавезности решавања спорова у оквиру спортске арбитраже основане од стране конкретне спортске организације, произилази из широког спектра потреба које се манифестују и уклапају приликом решавања спора насталог у оквиру спорта. Овде је, пре свега, важно указати на комплексност сваког појединог случаја који се решава пред арбитражом, обзиром да је у појединим ситуацијама нужно

10 ЗС, чл. 53, ст. 6.

11 Вид: *http://www.oks.org.rs/olimpijski-komitet-srbije/organizacija/clanovi-olimpijskog-komiteta-srbije/*.

разумети и могућност утицаја који донета одлука може имати на само такмичење. То подразумева, не само познавање позитивноправних прописа и спортске регулативе конкретног спорта, већ и разлога и суштине успостављања појединих спортских норми. Решавање спорова у спорту, као што је напоменуто, није искључиво везано за непосредни однос сукобљених страна, већ треба разумети да тај однос произилази из целокупне спортске регулативе која садржински и примарно регулише такмичење. У професионалном спорту, примарни циљ заштите је заштита такмичења која произилази из заштите конкретних односа кроз дефинисање права и обавеза учесника у спорту. Дакле, концепт заштите је много шири од једног чистог уговорног односа, јер се манифестује кроз активности далеко ширег круга учесника. То не значи да је основ заштите такмичење на штету страна у поступку, већ се само указује да је приступ арбитраже приликом одлучивања комплекснији из разлога што је потребно сагледати далеко ширу слику односа у конкретном спорту и последице које могу утицати на друге учеснике и при свему томе донети закониту одлуку. У том смислу, арбитражна одлука је прецедентног карактера, а сложеност одлучивања је далеко садржајнија од простог приступа конкретном спору. Неопходност разумевања оваквог начина и приступа, нужна је у специјализованој арбитражи, обзиром да је то једини начин испуњења основног циља овакве арбитраже – унапређивање регулативе кроз решавање спорова и смањење спорова кроз едукацију чланства. На овај начин се превазилази концепт рада општих арбитража, обзиром да специјалозована спортска арбитража нужно има више „слуха“ за решавање спорова у оквиру свог спорта. У том смислу, питање условљавања арбитражног решавања спорова мора ићи у правцу ближег домета рада, обзиром да на том нивоу и санкције због непоштовања регулативе по питању искључиве надлежности спортских арбитража може бити делотворнија.

VI Хитност поступања као битни елемент рада спортске арбитраже

Поступак пред специјализованом спортском арбитражом је хитан. Време је саставни део спорта и његов кључни елемент. Из перспективе клуба, немогућност формирања жељеног тима који ће наступати на такмичењу, представља потенцијално велики проблем за клуб, обзиром да то може директно утицати на конкурентност клуба током сезоне. Немогућност ангажовања жељеног играча због поступка који се води, ствара потребу за калкулисањем, секундарним опцијама и сл. Посматрано из перспективе играча, ситуација је још сложенија, јер

немогућност тренирања директно је везана за напредовање играча. Поред тога, каријера играча је релативно кратка. Губљење драгоценог времена због вођења дуготрајног поступка може довести до привременог удаљења са „сцене", а услед постојања огромне конкуренције, губљење из видокруга заинтересованих клубова, може значити и ранији завршетак каријере.

Наведене карактеристике су само део потенцијалних проблема који могу настати приликом вођења спорова пред редовним судовима, али и пред било којом другом арбитражом која није специјализована за конкретан спорт. Поред регулативе, познавање суштинских односа, карактеристика и околности, јако је важно приликом решавања спорова у конкретном спорту. Тиме се доприноси бржем и садржајнијем приступу. Пред судовима поступци могу трајати и по неколико година. До правоснажности одлуке клуб ће свакако изгубити интересовање за играча, а играчу ће протећи драгоцено време. Међутим, то је само део проблема у погледу решавања спорова пред редовним судовима. Редовни судови изостављају из видокруга спортску специфичност због које можда конкретна норма позитивног права захтева модулацију у циљу разумевања потребе за другачијим решењем. У том контексту, различитост приступа може бити есенцијално важна за доношење одлуке, а да се при томе, ни у једној варијанти, не поступа супротно јавном поретку и императивним прописима земље у питању. Редовни судови имају акценат на решавању конкретног спора, губећи из вида последице које ће одлука имати или може имати у односу на такмичење. Понекад последице могу бити огромне, само због недостатка хитног поступања без улажења у друге специфичности приликом одлучивања. На пример, судска одлука донета након три или четири године, којом се утврђује да је клуб поступао противно успостављеној регулативи и да је такмичење нерегуларно, директно може довести до поништења целокупног такмичења које је завршено три или четири године раније, а поставља се и питање успостављања спортских санкција према том клубу за наредна такмичења у којим је учествовао након спорног случаја. Дакле, питање регуларности и наредних такмичарских сезона се директно доводи у питање, а тиме се утиче на ангажовање и пласман клубова који нису имали никакве везе са нарушавањем такмичарског интереса и са противправним поступањем. То не значи да редовни суд није требало да донесе такву одлуку, већ је акценат на томе да редовни приступ судова поступку, као и двостепеност одлучивања, може проузроковати несагледиве поседице неколико година након догађаја који је довео до поступка.

Специјализована спортска арбитража, са друге стране, има далеко већу одговорност приликом поступања. Питање хитног решавања спо-

ра, уз коначно одлучивање већ у првом степену, значи да поступајући арбитар појединац, односно арбитражно веће, нема тај комфор да му другостепени суд контролише одлуку. Поред тога, приступ сваком случају из перспективе поштовања јавног поретка, али и за разлику од редовних судова, примарног сагледавања спортске специфичности и разлога успостављања конкретне спортске норме, која делом може нудити другачија решења и приступ од постојећих позитивних прописа, садржински може правити разлику између одлука донетих пред редовним судовима и одлука које доноси специјализована спортска арбитража. Код спортске арбитраже која настоји да изгради систем који ће бити уважаван код чланова уз ауторитет у одлучивању који ће приказати неприкосновено познавање регулативе, поред унутрашње организације, и арбитри који чине такву арбитражу морају бити лица од великог ауторитета и кредибилитета. Са једне стране, морамо говорити о високим моралним начелима, а са друге стране, о познавању позитивног законодавства и спортске регулативе уз потребно искуство у поступању. У земљама које немају велику традицију решавања спорова пред арбитражом, преовладава погрешно схватање да је изабрани арбитар заправо заступник стране која га је предложила. Такав концепт мора бити превазиђен, јер је погрешан, а сама арбитража је та која ће својим приступом и поступањем указати да се сваки арбитар који се налази на листи арбитара, ту налази са разлогом. Избор арбитра не сме бити извршен уз очекивање пристрасног поступања, већ управо супротно, изабрани арбитар треба да буде гарант законитог решавања спора. Избор арбитра зависи од његовог знања и искуства. Огромну улогу у томе има сама арбитража, односно орган конкретног савеза који бира арбитре. Својеврсни приступ селекцији и изборуврсних стручњака за арбитре нужно мора бити потпуно објективан, обзиром да специјализоване арбитраже обично немају велику листу арбитара, те лица која се налазе на листи морају оправдати указано поверење. Питање указаног поверења и стављања на листу арбитара мора бити двосмерно. Велика је част за арбитра да буде стављен на листу сталних арбитара, али је и велика част за националну спортску организацију да конкретно лице прихвати предлог за именовање. Стална специјализована спортска арбитража је арбитража која мора оправдати своје постојање, пре свега што говоримо о обавезном решавању спорова између чланова арбитраже уз искључење било које друге арбитраже и редовних судова за решавање спорова који могу настати. Овим се питање ауторитета и кредибилитета овакве арбитраже ставља на највиши могући ниво. Услед описаних разлога, специјализована спортска арбитража не решава само спорове између чланова спортске организације, већ кроз праксу и поступање својим конструктивним сугестијама и сарадњом са нормативним органима конкретног спортског савеза, омогућава усавршавање спортских

норми кроз уочавање простора за побољшање или усаглашавање са регулативом кровне организације у мери у којој је то могуће извршити због императивних прописа конкретне земље.

VII Закључак

Разумевање основних принципа рада и функционисања специјализоване спортске арбитраже, као и концепт заштите нормативе конкретног спорта, који се манифестује кроз решавање спорова у оквиру чланства у самој спортској организацији при којој делује конкретна арбитража, нужно указује на потребу за успостављањем оваквог начина решавања спорова. Специјализована спортска арбитража је компактна и предодређена да брзо и ефектно делује. Предности рада специјализоване спортске арбитраже су бројне. Ту свакако треба поменути хитност у поступању, затим разумевање специфичности односа, познавање регулативе, као и препознавање и уочавање недостатака у регулативи који се могу побољшати на начин потпунијег и свеобухватнијег правног приступа. Специјализована спортска арбитража представља потребу модерног спорта, обзиром да утиче на развој свести о нужној повезаности спорта и права, који не функционишу одвојено већ у хармонији. Успостављањем специјализованих спортских арбитража за различите спортове не доводи се у питање оправданост постојања општих сталних арбитража, који својом регулативом предвиђају решавање спорова који произилазе из различитих спортова. Са једне стране, националне спортске организације могу приморати своје чланове да све спорове решавају искључиво пред специјализованом арбитражом, али, са друге стране, овакав приступ неће осујетити рад општих спортских арбитража, обзиром да су специјализоване спортске арбитраже углавном карактеристичне за најмасовније спортове попут фудбала, кошарке и евентуално рукомета. Ту је и регулатива карактеристична, те је потреба за уско стручним приступом заступљенија.

Исто тако, Закон о спорту треба да омогући у пуној мери аутономију рада и поступања спортских арбитража, како општих тако и специјализованих. Мора им омогућити да својим радом и приступом оправдају своје постојање, као и да стекну поверење у квалитет донетих одлука. Судска контрола која се манифестује кроз поступак поништавања арбитражних одлука је довољан гарант поштовања јавног поретка једне земље од стране једне спортске, али и било које друге арбитраже. Треба имати у виду да циљ специјализоване спортске арбитраже није само решавање, већ и смањење броја спорова, што се временом постиже кроз донете квалитетне одлуке и усаглашавање регулативе конкретног спорта. Закон о спорту свакако да је имао слу-

ха код успостављања норми којима се омогућава успостављање и специјализованих спортских арбитража и сада је потребно тај пут отворити у правцу још веће либерализације и омогућавања самим спортским организацијама да се изборе за своје место у свету квалитетних и ауторитативних арбитража.

***Miroslav* SEVER, PhD**
Attorney at law
President of the Court of Arbitration of the Football association of Serbia

SPECIALIZED SPORTS ARBITRATION FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAW IN SPORT

Summary

Specialized sports arbitration, as a model of a dispute resolving body, is specialized for resolving the cases that come from the particular sport. The working concept of such specialized arbitration is related to the relations within the sports organization that governs and organizes the specific sport on the national level. Serbian Law on Sports prescribes the possibility of founding such arbitration, but, at the same time, it limits the type of disputes that specialized sports arbitration can deal with. Such approach of the Law on Sport is very specific because, in the essence, the Law on Sport should not deal with this issue, nor to minimize the autonomy of one specialized sports arbitration. On the other hand, the membership of the particular sports organizations in the general sports organizations, establishes the necessity of a dispute resolving before the general sports arbitrations. Due to that, the Law on Sport, through its provisions, tried to support the foundations and work of the specialized sports organizations. The existence of the specialized sports arbitrations is partially conditioned on demands of the international sports organizations that very often insist on foundation of such specialized arbitration on the national level within the particular sports organizations. Following this concept, a quality system of the sports disputes resolving is slowly being established. It surely contributes to the more comprehensive approach and work of the sports arbitrations, and thus to the more comprehensive regulations.

Key words: *specialized sports arbitration, sports specificity, autonomy of the will.*

Владимир **МАРЕНОВИЋ, адвокат**

Никола **КЛИСКА, адвокат**

ПРЕНОС МОРАЛНИХ ПРАВА УГОВОРОМ ПРЕМА ОДРЕДБАМА ЗАКОНА О АУТОРСКОМ И СРОДНИМ ПРАВИМА РС

Резиме

Морална права аутора и даље изазивају контроверзе међу правницима који се баве интелектуалном својином. Иако су предмет регулисања већ скоро стотину година, не постоји уједначено схватање ових права, те и поред бројних међународних докумената, од земље до земље варира и њихов број, као и обим искључивих овлашћења која аутор може да врши. Закон о ауторском и сродним правима Републике Србије овакво стање не поједностављује. Наиме, иако тај пропис садржи изричиту одредбу да се морална права не могу преносити уговором, поједине одредбе закона прописују управо такав пренос.

Кључне речи: *ауторско право, морална права, ауторски уговор, уговор о наруџбини ауторског дела.*

I Увод

Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП[1] изричито прописује ограничен број искључивих овлашћења, делећи их на морал-

1 Закон о ауторским и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС.

на и имовинска (чл. 14–40). Аутори ће у наредним редовима посветити пажњу моралним правима. Садржина појединачних моралних овлашћења неће бити посебно обрађивана, већ ће тежиште овог рада бити на њиховом преносу путем уговора.

II Морална права кроз историју и релевантне јурисдикције

Глобално гледано, подела на морална и имовинска права дуго није била опште прихваћена.

Француски и немачки правници су највише труда посветили питању моралних овлашћења аутора.[2] У Француској су ова права постала и део законодавних решења од 1957. али су и пре тога уважавана кроз праксу судова.[3] Са друге стране, земље англосаксонског правног простора до пре пар деценија нису ни познавале морална права као таква. Примера ради, Велика Британија уводи морална права у национално законодавство 1988. године[4], а Сједињене Америчке Државе су препознале морална права годину дана касније – 1989. године.[5]

Број признатих моралних права варира од земље до земље, а најмањи заједнички именилац је постављен изменама Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела из 1928. године[6] (у даљем тексту: „Бернска конвенција“). Наиме, Бернска конвенција чланом 6*bis* прописује да аутори имају право да њихово име буде назначено на делу, као и право на заштиту интегритета дела.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту: „ТРИПС“) из 2008. године[7] обавезује чланице да примењују Бернску конвенцију, и то њене суштинске одредбе, али уз

2 Strauss William, „The Moral Right of the Author“, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 4, Issue 4, 1 October 1955, 506–538; *https://doi.org/10.2307/838072*, 115

3 S. William, стр. 141

4 Tanya Aplin, Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*, Text, Cases, and Materials, First Edition, Oxford Univerity Press, 2009, 136.

5 Мирослав Милетић, „Приступање Сједињених Америчких Држава Бернској конвенцији о заштити књижевних и уметничких дела“, *Патентни гласник*, бр. 2 и 3, Београд, 1994, 251 и 593.

6 Србија (СФР Југославија) је ову конвенцију, заједно са неколико ревизија, ратификовала 1975. године Законом о ратификацији Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75 и *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/86 – уредба.

7 Србија није чланица овог споразума, али је релевантан у смислу примене Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008) и то одредби Анекса VII.

изричито искључивање обавезности примене одредби које се односе на морална права.[8] Ово је и разумљиво јер је ТРИПС донет под окриљем Светске трговинске организације, те је акценат био на економским аспектима права интелектуалне својине, а не на моралним.

У сваком случају, у земљама континенталне правне традиције број тих права варира (у Француској их има пет (5): Право објаве, право патернитета, право заштите интегритета дела, право на повлачење дела, право на заштиту части и репутације; у Црној Гори[9] и Хрватској[10] четири(4): Право прве објаве, право патернитета, право на поштовање дела и право покајања).

III Непреносивост моралних права *inter vivos*

Струка се детаљно бавила упоредним позитивно-правним решењима и уобличен је став да у земљама континенталне правне традиције постоји опште правило да се аутор не може одрећи моралних права, као и да су она непреносива пословима међу живима. У складу са наведеним, закони прописују бројна ограничења у погледу садржине уговора који се тичу ауторских права.[11] Међутим, из праксе француских и немачких судова може се закључити да наведено правило није апсолутно. Наиме, могу се извући следећа правила која имају „животнији" карактер:

- Аутори се не могу одрећи права патернитета и права на заштиту интегритета дела у целости;
- Бланко одрицање од права, које је дато *pro futuro,* није извршиво;
- Уколико се аутор одриче својих моралних права, такво одрицање, уопштено гледано, може бити правно ваљано, уколико је јасно дефинисано и уколико се односи на ситуације које се могу предвидети унапред.[12]

У Великој Британији, пренос није могућ, али је дозвољено одрицање од моралних права у писаној форми.[13]

8 T. Aplin, J. Davis, 50.

9 Закон о ауторском и сродним правима Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 37/11 и 53/16.

10 Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Republike Hrvatske, *Narodne Novine Republike Hrvatske*, br. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14, 62/17.

11 Cyrill P. Rigamonti, „Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, 47, (2006), 361– 362.

12 C. P. Rigamonti, 377–378.

13 T. Aplin, J. Davis, 144–145.

Аутори и у нашем региону скрећу пажњу да одредбе које уређују морална права не треба стриктно тумачити. Примера ради, проф. Марковић наводи да је једино аутор овлашћен да објави своје дело, али додаје „наравно, аутор је овлашћен и да дозволи другом лицу да објави његово дело".[14] Поред тога, проф. Бесаровић наводи да је неотуђивост моралних права обележје које нужно произлази из чињенице да је морално право везано за личност аутора и да је његов основни задатак – заштита ауторове личности. Међутим, проф. Бесаровић посебно истиче да прописи у неким случајевима постављају ограничења у погледу вршења моралних овлашћења, на пример код ауторских дела насталих у радном односу или код уступања права на прилагођавање дела, иако изричито прокламују неотуђивост моралних права или то имплиците произлази из садржаја законских одредби.[15]

IV Пренос моралних овлашћења аутора према законодавству Републике Србије

Поред кратког прегледа решења у другим земљама и у теорији, у даљем тексту ћемо извршити анализу релевантних одредби ЗАСП. Овај закон познаје пет моралних овлашћења аутора и то су:

- Право патернитета (члан 14);
- Право на назначење имена (члан 15);
- Право објављивања (члан 16);
- Право на заштиту интегритета дела (члан 17); и
- Право на супротстављање недостојном искоришћавању дела (члан 18).

Даље, ЗАСП одредбом члана 60 изричито прописује: „Морална права аутора не могу се преносити уговором.". Пошто је ова одредба изразито кратка, језичким тумачењем се долази до неспорног закључка да је и апсолутна.

Са друге стране, у даљем тексту указујемо на одредбе истог закона, које ови аутори примећују као одступања од правила из члана 60.

14 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, 174.

15 Весна Бесаровић, *Интелектуална својина: Индустријска својина и ауторско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2005, 290.

1. Ауторски уговор

Чланом 67 ЗАСП, регулисано је да се ауторским уговором ауторска права уступају или у целини преносе, те се чланом 68 надаље прецизира:

> „У сумњи о садржини и обиму права које се уступа, односно преноси ауторским уговором сматра се да је уступљено, односно пренесено мање права.
>
> Дозвола за објављивање дела, за бележење дела на носач звука или слике и дозвола за емитовање дела морају бити изричито уговорене, ако одредбама овог закона није друкчије одређено.
>
> Уступање, односно пренос одређеног права на искоришћавање дела не подразумева и уступање, односно пренос права на ауторску накнаду у случајевима искоришћавања ауторског дела по основу законске лиценце.
>
> Уступање, односно пренос одређеног права на искоришћавање дела подразумева и давање дозволе за оне измене на делу које су технички неминовне или уобичајене за тај начин искоришћавања дела."

Одредбом члана 16 ЗАСП која прописује да „аутор има искључиво право да објави своје дело и да одреди начин на које ће се оно објавити". Тумачимо да аутор може одлучити да сам објави дело или не, и да може одредити да ли ће га објавити на јавном скупу усмено, писаним путем, у електронској форми или на неки други начин. Из ове одредбе се ни не наслућује да су изузеци могући.

Са друге стране, из цитираног текста члана 68 ЗАСП се види да је изричита сагласност (дозвола) трећем лицу за објављивање дела могућа и дозвољена, као и да заштита интегритета дела није апсолутна. Наиме, из саме природе ауторског уговора проистиче и да је често практичније да стицалац права сâм објави дело. Примера ради, у највећем броју случајева у пракси долази до тога да аутор текста песме, уговором певачу дâ дозволу да објави песму коју ће изводити. Нема разлога пратити круто правило да аутор мора прво приступити објави, па да се тек онда може вршити пренос уговором. Са друге стране, ни правници који посебно вагају интересе уговорних страна, не могу приговорити да се овим нарушава личност аутора, или да је повређено начело пропорционалности. Имајући у виду наведену формулацију, аутори овог рада су става да овде нема преноса моралног права, већ да аутор врши овлашћење које му је ЗАСП ставио на располагање. У сваком случају сматрамо да је одредба такве природе потребна лади лакшег правног

промета. Међутим, без обзира на то да ли се ради о преносу моралног права уговором, или вршењу овлашћења, да би се одредба члана 68 ЗАСП применила, потребно је извршити тумачење, а примена сваког тумачења додатно успорава правни промет.

Сличан случај је и са заштитом интегритета дела, где је законодавац препознао да се ауторско дело може користити у видовима који се унапред не могу ни предвидети, те релативизује круто правило из чланова 17 и 60. Овим је заштита интегритета дела уподобљена свакодневном животу, без угрожавања интереса аутора.

2. Уговор о наруџбини ауторског дела

Чланом 95 ЗАСП прописано је уговором о наруџбини ауторског дела аутор се обавезује да за наручиоца изради ауторско дело и преда му примерак истог.

Наручилац има право да објави дело и да стави у промет примерак дела који му је аутор предао, а аутор задржава остала ауторска права, ако уговором о наруџбини није друкчије одређено. У овом случају, за разлику од ауторског уговора, сматрамо да долази до преноса моралног права.

Ако је на основу уговора о наруџбини ауторског дела израђен рачунарски програм, наручилац стиче сва права искоришћавања рачунарског програма, ако уговором није друкчије одређено.

Из наведених одредаба опет произлазе два могућа изузетка у односу на строго правило из члана 60 ЗАСП.

Наиме, овим уговором је могуће пренети право на објаву дела, што је оправдано самом чињеницом да је дело и створено тек након, и поводом, наруџбине наручиоца.

Напомињемо да је у случају рачунарских програма прописано да наручилац стиче „сва права искоришћавања". Поставља се питање да ли то покрива и „недостојно" искоришћавање дела (у ком случају су аутору пружене гаранције из члана 18 ЗАСП-а). У пракси, такве ситуације нису незамисливе. Примера ради, могуће је да програмери пристану на израду друштвене мреже за размену фотографија кућних љубимаца, а да наручилац ту платформу касније користи за размену фотографија са заграђених подручја. Оправдано је очекивати да се аутори могу успротивити оваквом коришћењу платформе. Како се ради о изузетку сматрамо да би га требало тумачити уско, те да синтагма „сва права искоришћавања" не анулира морална овлашћења аутора да се успротиви недостојном коришћењу његовог дела.

3. Радни однос

Члан 95 ЗАСП прописује режим за дела настала у радном односу. Наиме, ако је аутор створио дело током трајања радног односа извршавајући своје радне обавезе, послодавац је овлашћен да то дело објави и носилац је искључивих имовинских права на његово искоришћавање у оквиру своје привредне делатности у року од пет година од завршетка дела, ако општим актом или уговором о раду није друкчије одређено.

Како је правна природа радног односа, пре свега уговорног карактера (уз изузетке у јавном сектору), заснивањем радног односа запослени пристаје и на ову одредбу ЗАСП, самим тим уговором о раду даје бланко сагласност послодавцу за објављивање свих његових дела која су настала у вези са његовом радном обавезом. Следи да члан 95 ЗАСП предвиђа, још један изузетак од строге одредбе члана 60, а у вези са овлашћењем из члана 16.

4. Проблеми у пракси

Сматрамо да овако формулисана одредба члана 60 ЗАСП и врло савесне читаоце може довести у заблуду, и навести их да се задрже само на овој одредби као релевантној и апсолутној, а да приликом упознавања са осталим одредбама ЗАСП изузетке лако и превиде. Аутори не доводе у питање важење претпоставке *ignorantia iuris nocet,* међутим, сматрају да из практичних разлога треба извршити измене које ће повећати правну сигурност.

Наиме, из искуства аутора, у преговорима често долази до неспоразума баш због одредбе из члана 60 ЗАСП. Несугласице се јављају у ситуацијама када се једна уговорна страна обрати аутору са предлогом текста уговора у којем стоји да стицалац права на делу стиче, између осталог, и овлашћење да објави ауторско дело. Уколико аутор није упознат са свим одредбама ЗАСП до детаља, он је често забринут да ли је таква одредба о објави директно противна закону. Такве недоумице захтевају додатна тумачења и ангажовање правних саветника, што све изискује додатно време и новац.

Са друге стране, чак и када аутор ангажује стручну правну помоћ, у пракси се дешава да и тада дође до забуне. Наиме, чак и правници који су прошли опште правно образовање немају прилике да се сусретну са овим питањима.[16]

16 У књизи која представља литературу за припрему испита из Права интелектуалне својине на Правном факултету УБ стоји „Једино је аутор овлашћен да објави своје дело, одн. да забрани сваком другом објављивање свог дела.“ Изузеци нису

V Закључак

Закони који регулишу ову област мењани су неколико пута у последњих деценија (укључујући и доношење нових закона, али који су увек за основу имали претходну верзију закона). Приликом измена дошло је и до неколико неконзистенција. Примера ради, од верзије Закона о ауторским и сродним правима из 1998.[17], већ у члану 2 се примећује недоследност текста. Наиме, у том члану су *exempli causa* наведене врсте ауторских дела, али се реч „скица" спомиње на два места (члан 2, став 2, тачке 6 и 9). Иако се ради о пропусту који не утиче на правну сигурност, сматрамо да је морао бити исправљен једним од четири новелирања која су уследила након тога.

Тема овог рада је била недоследност ЗАСП у погледу преноса моралних права. Овај пропис садржи изричиту одредбу да морална овлашћења аутора није могуће преносити уговором. Са друге стране, системским тумачењем осталих одредби истог закона долази се до закључка да су овакви преноси ипак могући, а да у случају радног односа постоји могућност чак и бланко овлашћења за сва будућа дела (која су у вези са радном обавезом). Сматрамо да би се прецизирањем одредбе члана 60 ЗАСП-а могле отклонити недоумице које настају у пракси, а које уносе правну несигурност и тиме успоравају правни промет. Приликом ревизије закона предлажемо прецизирање наведеног члана у следећем правцу: „Морална права аутора не могу се преносити уговором, осим у законом предвиђеним случајевима." Сматрамо да би овом изменом биле отклоњене најбитније недоумице у пракси.

поменути, што је и разумљиво јер се студентима приказују само најважнији аспекти појединих института. Више о томе: Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 57.

17 *Службени лист СРЈ*, бр. 24/98.

***Vladimir* MARENOVIĆ, Attorney at Law**

***Nikola* KLISKA, Attorney at Law**

CONTRACTUAL TRANSFER OF MORAL RIGHTS UNDER THE SERBIAN COPYRIGHT ACT

Summary

Amongst the legal professionals dealing with the intellectual property, moral rights are still considered to be controversial,. Even though they have been regulated for almost a hundred years now, there is no unified approach. Various international legal documents exist, but from country to country, number of moral rights varies, as well the scope of exclusive rights which author could exercise. The Act on Copyright and Related Rights of the Republic of Serbia does not simplify the situation. Even though this piece of legislation does prescribe ban on transfer of moral rights by contract, some provisions of the same act envisage exceptions to such rule (i.e. allow such transfers).

Key words: *copyright, moral rights, copyright agreement, agreement on order of a work of art.*

***Милош* ВУКОТИЋ**
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НАСЛЕЂИВАЊЕ ПРЕДУЗЕЋА

Резиме

Овај рад је посвећен правним проблемима који се јављају у вези са наслеђивањем предузећа због сукоба између начела наследног права и начела компанијског права. Анализа обухвата наслеђивање предузетника и наслеђивање удела у привредним друштвима.Аутор испитује могућност наслеђивања у зависности од правног облика предузећа. Особености неких правних форми предузећа доводе у питање могућност наследноправне сукцесије. Фактички континуитет, међутим, може се остварити путем уговорног права, независно од наслеђивања. Аутор истиче значај разликовања наследноправне сукцесије, као универзалне сукцесије која наступа по самом закону, од других начина стицања положаја предузетника односно члана привредног друштва.

Кључне речи: *наслеђивање, привредно друштво, предузетник, предузеће, ортачко друштво, сукцесија.*

I Увод

Временска ограниченост човековог овоземаљског живота захтева од сваког правног система да реши правну судбину права и обавеза након смрти њиховог титулара. Српско право решава овај проблем прописивањем општих правила наслеђивања, која важе за сва имовинска

права и обавезе и све оставиоце.[1] С обзиром на мноштво различитих права и обавеза, на личне одлике оставилаца и разноврсност правних односа у којима су се налазили, може се рећи да су правила наслеђивања веома једноставна. Сва наследива права и обавезе оставиоца прелазе на његове наследнике као једна неподељена целина – заоставштина, при чему се скуп наследника такође посматра као једна целина – наследничка заједница(универзална сукцесија). До овог преласка долази по сили закона у часу оставиочеве смрти (*ipso iure* наслеђивање).[2] Положај наследника одликује се непосредним стицањем целе заоставштине или удела у целој заоставштини.[3] Посматрано као субјективно право, право на наслеђивање настаје, врши се и престаје у часу делације.[4] Оно је право стања које се исцрпљује у стицању заоставштине, у преласку наследивих права и обавеза са оставиоца на наследника.[5] Јединство и свеобухватност наслеђивања је логична последица сврхе наследног права. Нестанак једног правног субјекта ствара неизвесност у свим правним односима у којима се он налазио. Основни задатак наследног права јесте да ту неизвесност што једноставније уклони тако што ће одредити коме права и обавезе оставиоца припадају.

Општа правила наследног права важе и за наслеђивање предузећа. Међутим, услед сукоба начела наследног права и начела компанијског права, наслеђивање предузећа отвара бројна правна питања за која у општим правилима наследног права не налазимо одговоре. Који наследник има право да настави предузетничку делатност под називом који је користио оставилац? У којој мери наследник предузетника одговара за обавезе из пословних односа ако настави с обављањем делатности? Какво правно дејство има уговорна одредба о настављању ортаклука с наследницима преминулог ортака? Може ли санаследничка заједница ступити на место преминулог ортака? Може ли одговорност наследника који је ступио на место преминулог ортака да буде ограничена? На који начин санаследници врше права по основу удела у друштву с ограниченом одговорношћу, односно по основу акција? Овај рад има за циљ да размотри наведена питања, тј. да испита однос између правила наследног права и правила компанијског и предузетничког права у контексту

1 О начелима наследног права вид. уместо свих: Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, 28–39.

2 Закон о наслеђивању – ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, чл. 212.

3 Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd, 1986, 5–6.

4 Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, 266–268.

5 V. V. Vodinelić, 266–268.

наслеђивања предузећа. Иако се ради о веома важној теми, она је до сада привукла пажњу малог броја аутора.[6]

Израз „предузеће“ не ужива статус техничког термина у српском праву. Тим изразом колоквијално се означава организација која обавља привредну делатност. Прецизније речено, тема овог рада је наслеђивање предузетника и наслеђивање удела у привредним друштвима. Будући да предузетник обавља привредну делатност као физичко лице, наслеђивање предузетника је непрецизан израз за ситуацију која би се правилније могла описати као настављање делатности преминулог предузетника од стране његовог наследника. Међутим, како би се ове правне дистинкције, у циљу једноставније изражавања, оставиле по страни, прихваћен је колоквијални израз наслеђивање предузећа.

Наслеђивање предузећа у првом реду зависи од правне форме предузећа. Проблеми који се јављају у случају смрти предузетника битно су различити од питања која се отварају приликом наслеђивања удела у привредним друштивма. Затим, када су у питању привредна друштва, велика је разлика између наслеђивања удела у тзв. друштвима лица и удела у тзв. друштвима капитала. Начелно речено, могућност наслеђивања удела у привредном друштву зависи од значаја личних особина његових чланова и од њихове одговорности за обавезе друштва. Што је лични однос чланова друштва мање изражен, то је наслеђивање удела једноставније.

Овај рад је подељен према правним облицима предузећа. Највећи део рада посвећен је наслеђивању предузетника и наслеђивању удела у ортачком друштву зато што се ту јавља највећи број правних проблема. Значајно мањи део рада посвећен је наслеђивању акција и удела у друштву с ограниченом одговорношћу јер је ту правна ситуација много једноставнија. Због потребе да се направи свеобухватан преглед наслеђивања предузећа, обухваћене су све правне форме у којима предузеће може да се организује.

II Наслеђивање предузетника

Према дефиницији Закона о привредним друштвима, предузетник је физичко лице које обавља неку делатност са циљем да оствари про-

6 Вид. Небојша Јовановић, „Ко наслеђује удео у ортачком друштву?“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (уредник Вук Радовић), Београд, 2012, 23–44; Zlatko Stefanović, *Sloboda prenosa udela u društvu s ograničenom odgovornošću prema Zakonu o privrednim društvima: stručni komentar*, ParagrafLex (септембар 2018). За економски аспект наслеђивања породичних предузећа вид. Катарина Ђулић, Тања Кузман, Горан Радосављевић, „Наслеђивање – најважнији испит за предузетника“, *Иновације и предузетништво* (ур. Ана С. Трбовић, Александра Чавошки), Београд, 2012, 123–140.

фит.[7] Када привредну делатност обавља предузетник, предузеће нема самосталну правну егзистенцију, већ је потпуно сједињено с личношћу предузетника.[8] Предузетник је титулар свих права и обавеза који су повезани с обављањем делатности. Предузетничка радња нема својство правног лица, тако да у свим правним односима који настају у обављању делатности фигурира само предузетник као појединац. Све што је стечено обављањем делатности припада предузетнику и не разликује се од његове остале имовине. Предузетничка делатност се обавља под пословним именом које обавезно садржи име и презиме предузетника, а може да садржи и назив предузетника.[9] Име и презиме предузетника морају да се истакну ради идентификације одговорног лица, док се назив користи ради лакшег препознавања на тржишту.

Будући да предузетничка радња нема својство правног лица, наследити се могу само права и обавезе предузетника. Када предузетник умре, сва његова права и обавезе прелазе на његове наследнике по сили закона. Сукцесија обухвата како права и обавезе који су повезани с делатношћу предузетника тако и права и обавезе који немају никакве везе са предузећем. У начелу, не прави се разлика између пословне и личне имовине предузетника. Примера ради, ако је предузетник имао доставно возило које је користио приликом обављања делатности и аутомобил који је користио у слободно време, право својине на оба возила прелази на наследнике по истим правилима.

Иако предузетничка радња нема правни субјективитет, наследник предузетника може да преузме предузеће тако што ће наставити да обавља делатност под истим називом и користећи иста средства (нпр. у истом пословном простору). Пословно име предузетника састоји се од два дела, од којих је један везан за личност предузетника (име и презиме предузетника), док други означава предузетничку радњу у правном промету и може се пренети на новог предузетника (назив предузетника, који се колоквијално назива фирма). Нема разлога да се наследнику ускрати право да преузме предузетничку радњу и наставе њено пословање. Уосталом, постоји очигледан јавни интерес да се успешна предузетничка радњасачува.Како би се сачувао пословни идентитет[10] предузетничке радње и суштински омогућило преузимање предузећа, потребно је обезбедити сукцесију у права која чине суштину предузетничке радње, а то су назив предузетника и имовина која служи

7 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 5/2015, 44/2018, чл. 83.

8 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2012, 44.

9 ЗПД, чл. 86.

10 Правни идентитет никада не може да буде сасвим очуван јер је нужно да положај преминулог предузетника преузме друго физичко лице тј. други правни субјект.

обављању предузетничке делатности. Поред тога, неопходно је регулисати одговорност наследника за дугове предузетника који су настали у обављању предузетничке делатности.

Право на назив, као део пословног имена, припада предузетнику, а након његове смрти, ако он није ништа друго одредио, његовим наследницима. Лице које жели да обавља привредну делатност под називом одређеног предузетника мора имати његову сагласност или сагласност његових наследника. Немачко право садржи општу одредбу која за преузимање фирме захтева изричиту сагласност предузетника или његових наследника.[11] Исто правило треба да важи и у српском праву. Закон о привредним друштвима у чл. 91, ст. 7 предвиђа нејасно правило које гласи:

> „У случају смрти или губитка пословне способности предузетника, наследник, односно члан његовог породичног домаћинства (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи) који 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."

Закон једноставно говори о настављању обављања делатности, пропуштајући да предвиди детаљнија правила о називу и имовини предузетника. Може се претпоставити да законски израз „може наставити обављање делатности" подразумева да се делатност наставља под називом који је користио преминули предузетник. Другачије тумачење не би имало никаквог смисла. Наследник преминулог предузетника у сваком случају може да обавља исту делатност под другим називом. То право му припада по општим правилима, независно од наслеђивања. Дакле, када закон говори о настављању обављања делатности, он мисли на настављање обављања делатности под истим називом односно под истом фирмом.

Лица која могу да наставе предузетничку делатност такође су нејасно одређена. Закон говори о наследнику *односно члану породичног домаћинства*. Ко је овлашћен да преузме предузетничку радњу? Наследник или члан породичног домаћинства? Зашто је за наставак делатности потребна сагласност свих чланова породичног домаћинства? Изгледа да је забуна настала зато што је законодавац две различите правне ситуације, смрт и губитак пословне способности, регулисао у једној истој одредби. О непрецизности законске регулативе речито сведочи одредба чл. 91, ст. 9 где стоји:

11 Немачки трговачки законик из 1897. године – НТЗ(*Handelsgesetzbuch*), пар. 22.

„Пословно способни наследник може наставити обављање делатности предузетника и за живота предузетника ако то право врши на основу расподеле заоставштине за живота у складу са прописима којима се уређује наслеђивање."

Зашто законодавац говори о пословно способном *наследнику* ако се делатност предузетника преузима за живота предузетника? О чијем наследнику се ради? Зашто законодавац каже расподела *заоставштине* за живота када је неспорно да жив човек нема заоставштину? Ове очигледне грешке у формулацији чл. 91 Закона о привредним друштвима подстичу сумњу у квалитет законског решења и отварају простор за широко циљно тумачење закона.

Предузетничка радња није правно лице нити постоји посебна имовина предузетничке радње. Предузетничка радња се фактички састоји од назива предузетника и имовине коју он користи за обављање делатности (која није одвојена од његове остале имовине). Како, дакле, може да се стекне предузетничка радња? Како она може да пређе са предузетника на неко друго лице које ће постати нови предузетник? Назив и имовина која служи обављању делатности могу да пређу на стицаоца сингуларном сукцесијом *inter vivos* (уговор о поклону, продаји, уступању и расподели имовине за живота...), сингуларном сукцесијом *mortis causa* (легат, поклон за случај смрти) и универзалном сукцесијом (тестаментарним или законским наслеђивањем). Ако је предузетник својом вољом пренео својназив и пословну имовину на стицаоца (у случају уговора или легата), стицаоцу није потребна никаква додатна сагласност. Предузетник има право да располаже називом своје радње, под условом да након преноса назива престане да обавља предузетничку делатност.[12] Насупрот томе, ако је предузетничка радња стечена наслеђивањем, а постоји више наследника, онда је за настављање делатности потребна сагласност свих наследника. У случају универзалне сукцесије, назив предузетника и његова пословна имовина улазе у његову заоставштину која прелази на све наследнике као целина и којом наследници располажу заједнички, тј. једногласном одлуком.[13] Право на настављање делатности, дакле, може да се заснива на вољи бившег предузетника или његових наследника.

Ситуација је другачија ако је предузетник изгубио пословну способност. Лице лишено пословне способности мора да буде стављено под

12 Према ЗПД, чл. 26, ст. 1, који се према ЗПД, чл. 86, ст. 6 примењује на пословно име предузетника, назив предузетника се може пренети само ако онај који га преноси престаје да обавља предузетничку делатност. Ово правило спречава да два предузетника обављају исту делатност под истим називом (вид. и ЗПД, чл. 86, ст. 5).

13 Вид. ЗОН, чл. 229, ст. 1.

старатељство. Старатељ је овлашћен, између осталог, да води рачуна о имовини штићеника. Он управља и располаже имовином штићеника, у интересу штићеника,при чему је за неке послове располагања неопходна сагласност органа старатељства. О судбини предузетничке радње треба, дакле, да одлучи старатељ уз надзор органа старатељства, а не чланови породичног домаћинства предузетника.

1. Одговорност наследника за дугове предузетника

За разлику од старозаветногправила,[14] савремено право штити наследнике од наслеђених дугова.У српском праву, одговорност наследника ограничена је вредношћу коју је стекао наслеђивањем.[15] Ако би се десило да оставиочеви дугови вреде више од заоставштине, наследник би био дужан да ихнамири само до вредности заоставштине, али не преко тога. На тај начин је имовина наследника заштићена. Ова заштита важи и ако је оставилац био предузетник, али може ли да важи и ако наследник одлучи да настави предузетничку делатност?

Карактеристично је за предузетника да целокупном својом имовином неограничено одговара за дугове који настану у обављању предузетничке делатности.[16] Предузеће нема својство правног субјекта, нема посебну имовину,тако да у свим правним односима који настају у обављању делатности учествује само предузетник и за све обавезе гарантује својом имовином. Када наследник предузетника преузме радњу (настави пословање под истим називом, користећи иста средства), трећа лица могу имати оправдано очекивање да је нови предузетник неограничено одговараза све обавезе из пословања радње, укључујући и оне које су настале за живота претходног предузетника. Континуитет у обављању делатности ствара утисак да је предузеће сачувало идентитет. Сигурност правног промета захтева да нови предузетник одговара под истим условима и за исте обавезе као и стари предузетник. Насупрот томе стоји интерес да се наследник заштити од презадужености оставиоца. Одговорност треба уредити тако да изражава компромис између ова два интереса. С једне стране, наследника који жели да настави предузетничку делатност, што може бити у јавном интересу, не треба стављати у неповољнији положај у односу на наследнике у другим случајевима. С друге стране, треба сачувати поверење у сигурност правног промета које би било озбиљно уздрмано када би нови предузетник

14 „Господ дуго чека и обилан је милошћу, праште безакоње и грех, али не правда кривога, него походи безакоње отачко на синовима до трећега и четвртога колена“. Четврта књига Мојсијева 14, 18.

15 ЗОН, чл. 222.

16 ЗПД, чл. 85.

одбио да испуни обавезе старог предузетника, упркос томе што послује под истим називом.

У немачком праву изричито је прописано да наследник неограничено одговара за дугове преминулог предузетника ако настави да обавља предузетничку делатност под истим називом(чак и ако постоји назнака да је дошло до сукцесије нпр. ново лично име предузетника).[17] *Ratio* овог правила лежи у заштити поверења у трговачком промету.[18] Континуитет предузећа захтева континуитет у одговорности за дугове. Међутим, ово правило не важи без изузетка. Наследник може да избегне неограничену одговорност ако у року од три месеца од сазнања за наслеђивање прекине да обавља предузетничку делатност под фирмом преминулог предузетника.[19] Овај рок даје могућност наследнику да процени економску оправданост преузимања предузетничке радње. Штавише, према владајућем схватању у немачкој теорији, наследник може једностраном изјавом, која се региструје у регистру привредних субјеката (*Handelsregister*), искључити неограничену одговорност чак и ако настави предузетничку делатност под истим називом.[20] Ово схватање долази одатле што § 27 HTЗ, који уређује одговорност наследника за дугове предузетничке радње, упућује на § 25 HTЗ, који уређује пренос предузетничке радње *inter vivos*, где је остављена могућност да се уговори да стицалац радње неће одговарати за дугове који су настали пре преноса, с тим да та одредба делује према трећим лицима само ако је регистрована, па се из тога закључује да наследник може једностраном изјавом да искључи неограничену одговорност.[21] У оба случаја, било да је прекинуо делатност у року од три месеца или изјавио да одбија неограничену одговорност, наследник задржава право да ограничи своју одговорност. Наиме, за разлику од српског права, у немачком праву одговорност наследника није вредносно ограничена, али наследник има могућност да тражи одвајање заоставштине од своје имовине тако да одговорност буде предметно ограничена (*cum viribus hereditatis*).[22] Из наведених правила може се закључити данема разлога да одговорност наследника који је стекао предузетничку радњу буде строжа од одговорности наследника у другим случајевима, под условом да је повериоцима преминулог предузетника адекватно омогућено да се обавесте о сукцесији.

17 HTЗ, пар. 27 (1) у вези са HTЗ, пар. 25.

18 Rainer Frank, *Erbrecht*, München, 2003, 311.

19 HTЗ, пар. 27 (2).

20 Dieter Leipold, *Erbrecht*, Tübingen, 2014, 234.

21 R. Frank, 312.

22 О томе вид. D. Leipold, 293–296.

Српско право не предвиђа посебна правила о одговорности наследника који настави делатност преминулог предузетника. По општим правилима, одговорност наследника је вредносно ограничена. Наследник одговара до вредности наслеђене имовине.[23] За разлику од немачког права, наследник не мора да дâ изјаву којом ограничава одговорност. Сигурност трговачког промета је заштићена регистрацијом наследника као новог предузетника. Наследник који наставља обављање делатности мора се регистровати под својим именом, иако користи исти назив као преминули предузетник. Пословно име предузетника, поред назива, мора да садржи име и презиме предузетника. Због тога закон не говори о *наслеђивању* предузетничке радње, већ само о *наставку обављања делатности*. Ако се ово решење упореди са решењем немачког права, које начелно прописује неограничену одговорност наследника који пословање настави под истим називом, може се закључити да српско право пружа мању заштиту поверењу трећих лица. Чињеница да је у регистру промењено име предузетника, мање је видљива од изричите изјаве којом се задржава право на ограничење одговорности.

У сваком случају, наследник који жели да настави предузетничку делатност не мора да сноси целокупан терет обавеза које су настале у обављању делатности пре смрти предузетника. Његова одговорност је ограничена вредношћу права која је наследио. Нема разлога да наследник одговара строже од лица које предузетничку радњу стекне уговором.[24] Српско право не узима у обзир континуитет у називу предузетничке радње.

2. Наслеђивање предузетника када има више наследника

Када постоји само један наследник, судбина предузећа зависи једино од његове одлуке. Ситуација је значајно сложенија када постоји више наследника. У том случају, заоставштина припада свим санаследницима као неподељена заједничка имовина. Пре деобе заоставштине, санаследници управљају и располажу заоставштином само на основу једногласне одлуке.[25] Према томе, судбина предузетничке радње зависи од одлуке санаследника о управљању заоставштином односно од одлуке о деоби заоставштине.

Један од санаследника може да настави предузетничку делатност на основу споразума о деоби заоставштине. Санаследници могу да се

23 ЗОН, чл. 222, ст. 1.

24 Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 452.

25 ЗОН, чл. 229.

сагласе да једном од њих припадне право на назив предузетника и имовина која служи обављању делатности. Ако се споразум о деоби постигне током оставинског поступка, суд ће унети споразум у оставинско решење,[26] тако да наследник може да региструје наставак обављања делатности на основу оставинског решења.[27] Санаследници могу да се договоре око поделе заоставштине и након правноснажности оставинског решења. Да би наследник могао да региструје наставак делатности на основу вансудског споразума о деоби, неопходно је да споразум буде у писменој форми и да га сви наследници потпишу.[28] Ако су предмет деобе непокретности, споразум о деоби мора да буде јавнобележнички потврђен.[29]

Уколико санаследници не могу да се сагласе, одлуку о деоби заоставштине ће донети суд у ванпарничном поступку за деобу заједничке имовине,[30] који може да покрене сваки од санаследника.[31] Када одлучује о деоби имовине, ванпарнични суд је дужан да узме у обзир „оправдане захтеве и интересе заједничара".[32] Ако један од учесника захтева да му припадне одређена ствар, суд мора да размотри „посебне потребе" због којих је такав захтев постављен.[33] Ови широки правни стандарди имају велики значај за деобу заоставштине предузетника. Позивајући се на њих, ванпарнични суд може да одлучи да предузетничку радњу додели оном од санаследника који је најспособнији да настави предузетничку делатност. На пример, ако је само један од наследника изучио занат којим се бавио преминули предузетник, логично је да њему припадну права која су неопходна за обављање делатности. Овакво решење оправдано је не само због интереса наследника који ће наставити предузетничку делатност, већ и због јавног интереса да занатска радња надживи смрт свог носиоца.

У сваком случају, није спорно да један од санаследника може да настави делатност предузетника, било на основу споразума санаследника, било на основу судске одлуке о деоби заоставштине. Да ли је,

---

26 Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. Закон, чл. 122, ст. 3.

27 ЗПД, чл. 91, ст. 7.

28 ЗПД, чл. 91, ст. 7.

29 Закон о промету непокретности – ЗПН, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015, чл. 4 у вези са чл. 2.

30 ЗВП, чл. 153.

31 ЗВП, чл. 149, ст. 1.

32 ЗВП, чл. 153, ст. 1.

33 ЗВП, чл. 154.

међутим, могуће да санаследничка заједница настави да обавља делатност предузетника пре деобе заоставштине? Морају ли санаследници да промене форму предузећа, нпр. да оснују ортачко друштво, да би могли да заједнички наставе с обављањем делатности? Полазећи од дефиниције предузетника, могло би се закључити да само појединац може да буде предузетник, тј. да положај предузетника не може да припада групи лица. Међутим, постоје практични разлози да се санаследничкој заједници дозволи да настави предузетничку делатност. У немачкој судској пракси и правној доктрини влада схватање да санаследничка заједница може да настави предузетничку делатност пре деобе заоставштине и то без временског ограничења.[34] Овај став није остао без критике, али се ипак одржао због практичних потреба трговачког промета.Немачки Савезни суд је одбацио мањинско схватање да одлуку санаследника да наставе предузетничку делатност треба квалификовати као уговор о оснивању ортачког друштва, сматрајући да таква квалификација нема основа у закону и да је противна практичним интересима.[35] Када би наследници морали да оснују ортачко друштво да би наставили предузетничку делатност, то би значило да су они приморани да спроведу деобу заоставштине, те имовину неопходну за обављање делатности пренесу на ортачко друштво.[36] Санаследници, међутим, нису дужни да спроведу деобу заоставштине, нити би преносом имовине на ортачко друштво, које чине сви санаследници, променили правни режим управљања имовином, будући да је та имовина, као део заоставштине, ионако заједничка имовина свих санаследника.[37] Што је најважније, санаследници могу имати оправдани економски интерес да одложе деобу заоставштине, нпр. ако није повољан тренутак за продају предузећа.[38] Ако санаследници одлуче да наставе предузетничку делатност пре поделе заоставштине, сваки од санаследника одговара за дугове предузећа.[39]

У немачком праву нема одредбе која изричито предвиђа могућност да санаследничка заједница настави делатност предузетника, али нема ни одредбе која би томе стајала на путу. Иако се у §§ 22 и 27 Немачког трговачког законика говори о једном наследнику, немачки Савезни суд сматра да је смисао тих одредаба да се дозволи наслеђивање пред-

34 D. Leipold, 316–317; R. Frank, 312; Hans Brox, *Erbrecht*, Köln, 2003,448–449.

35 BGH, II ZR 223/83, од08.10.1984, доступно на: *https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_223–83* (јул 2018).

36 BGH, II ZR 223/83.

37 BGH, II ZR 223/83.

38 BGH, II ZR 223/83.

39 R. Frank, 312.

узетничке радње и да се уреди одговорност наследника.[40] Наиме, § 22 HTЗ регулише пренос назива предузетника, док § 27, упућујући на § 25, регулише одговорност наследника за дугове настале у предузетничкој делатности. Ова правила важе како у случају једног наследника, тако и ако наследника има више.[41]

Да ли је овакво решење могуће у оквирима српског права? Одредба чл. 91, ст. 7 Закона о привредним друштвима, као и одредбе Немачког трговачког законика, користи једнину када говори о наследнику који наставља предузетничку делатност. Међутим, то не значи да је законодавац желео да спречи могућност да санаследничка заједница настави предузетничку делатност и пре деобе заоставштине. Врло је могуће да је та ситуација остала изван видокруга законодавца. Ако је циљ правила из чл. 91, ст. 7 да се омогући наслеђивање предузећа, циљно тумачење би водило закључку да санаследничка заједница може да настави предузетничку делатност исто као што то може један од санаследника. Поред практичних интереса који су истакнути у немачкој јудикатури, треба истаћи да повериоци предузетника неће бити у лошијем положају ако предузетничку делатност настави заједница наследника јер ће у том случају имати већи број лица која одговарају за обавезе предузећа. Прописи који уређују регистрацију предузетника не садрже ни једну одредбу која би спречавала да се региструје наставак обављања делатности у оквиру санаследничке заједнице.[42] Таква регистрација треба да садржи личне податке свих санаследника, будући да су сви одговорни за дугове који настану у вези са вршењем делатности.

Специфичан проблем постоји када неко од санаследника нема потпуну пословну способност. То су најчешће малолетни наследници. Било би логично и у складу са правилима о управљању неподељеном заоставштином да у том случају о наставку делатности одлучују пословно способни наследници и законски заступници пословно неспособних наследника. Међутим,закон о привредним друштвима изричито захтева да наследник који наставља предузетничку делатност буде пословно способан,[43] што је у складу са законским појмом предузетника.[44] Значи ли то да се делатност не може наставити у санаследничкој заједници ако у њој има пословно неспособних лица?

40 BGH, II ZR 223/83.

41 BGH, II ZR 223/83.

42 Вид. Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Службени гласник РС*, бр. 42/16, чл. 2, чл. 6, ст. 1 и 2, чл. 7 и чл. 21.

43 ЗПД, чл. 91, ст. 7.

44 ЗПД, чл. 83, ст. 1.

Цитирана одлука немачког Савезног суда бавила се управо једним таквим случајем.[45] Делатност преминулог предузетника настављена је у оквиру санаследничке заједнице, коју су чинили његова супруга и двоје малолетне деце. У вези са пословањем предузетничке радње, супруга је дала изјаву о признању дуга у своје име и у име своје малолетне деце. Савезни суд је сматрао да је мајка, као законски заступник, била овлашћена да преузме обавезу у име своје малолетне деце, те да су деца дужна да обавезу испуне. Немачки Уставни суд је поништио ову одлуку сматрајући да је неограничена могућност родитеља да обавежу своју децу неспојива с општим правом личности деце.[46] У поводу ове одлуке, немачки законодавац је прописао посебну одредбу о ограничењу одговорности малолетника, која малолетнику даје могућност да своју одговорност ограничи на вредност своје имовине која постоји у часу стицања пунолетства.[47]

Практична потреба да се пословање предузетничке радње настави у периоду до деобе заоставштине захтева да се дозволи наставак делатности чак и када у санаследничкој заједници има пословно неспособних лица. У том случају, о наставку делатности треба да одлуче пословно способни наследници и заступници пословно неспособних наследника. Међутим, у циљу заштите пословно неспособних лица, српско право је ограничило овлашћење за заступање сагласношћу органа старатељства. Родитељи имају законско право и дужност да заступају своје дете у свим правним пословима који су изван његове пословне способности.[48] Они су такође овлашћени да располажу имовином малолетног детета, али ако се ради о имовини велике вредности неопходна им је сагласност органа старатељства.[49] За располагање имовином штићеника старатељу је сагласност органа старатељства увек потребна.[50] Будући да предузетничка делатност собом носи ризик разних обавеза, могло би се закључити да је за одлуку о наставку обављања делатности увек неопходна сагласност органа старатељства. Штавише, бројне пословне одлуке током обављања делатности такође би биле условљене сагласношћу органа старатељства. Очигледно је да овакво решење не одговара потребама трговачког промета и да је практично тешко изводљиво. Изгледа

45 BGH, II ZR 223/83. Вид. R. Frank, 313.

46 BVerfG, 1 BvR 1542/84, од 13. 5. 1986.

47 Немачки грађански законик из 1900. године – НГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch*), пар. 1629a; R. Frank, 313.

48 Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 72, ст. 1.

49 ПЗ, чл. 193, ст. 2 и 3.

50 ПЗ, чл. 140, ст. 2.

да је у српском праву наставак делатности тек након деобе заоставштине једино практично решење. Делатност могу наставити само пословно способни наследници, ако су деобом заоставштине стекли право на назив и пословну имовину преминулог предузетника. Треба напоменути да се овде не ради о напуштању начела универзалне сукцесије, јер пословно способни наследници настављају делатност преминулог предузетника на основу одлуке о деоби заоставштине.

III Наслеђивање удела ортака

У српском праву трговачки ортаклук је регулисан у Закону о привредним друштвима под називом *ортачко друштво*.[51] Ортачко друштво настаје на основу уговора најмање два ортака[52] и има својство правног лица.[53] Носилац предузећа је ортачко друштво као самосталан правни субјект, оноје носилац права и обавеза које настану у пословању предузећа. Поред ортачког друштва, за дугове предузећа одговарају и ортаци. Ортаци неограничено и солидарно одговарају својом имовином за обавезе ортачког друштва и та одговорност се не може ограничити.[54] Будући да ортачко друштво има правни субјективитет и посебну имовину, ортаци имају уделе у друштву сразмерно својим улозима.[55] Када један од ортака умре, поставља се питање да ли његов удео може да пређе на његовог наследника и под којим условима.

Ортачко друштво је форма организовања предузећа код које личност чланова друштва има изузетно велики значај. Ортаци својом имовином одговарају за обавезе друштва, а успех предузећа по правилу зависи од њиховог личног залагања и сарадње. Међусобна веза ортака је тако блиска да доводи у питање могућност наслеђивања ортачког удела. Будући да ортаци рачунају на личне особине сваког ортака, не може се претпоставити да су ортаци спремни да предузеће наставе с наследницима преминулог ортака, који можда не показују исте личне квалитете. У немачком праву је све до 1998. године важило правило да смрт ортака доводи до престанка ортаклука, ако што друго није уговорено, а ово правило и даље важи за ортаклук грађанског права који нема комерцијални карактер.[56] Значај личности ортака не захтева, међутим, овако ради-

51 Вид. М. Васиљевић, 150.

52 Вид. ЗПД, чл. 93 и 94.

53 Вид. ЗПД, чл. 2, 3 и 8.

54 ЗПД, чл. 93.

55 ЗПД, чл. 96.

56 R. Frank, 314–315; H. Brox, 449–450; D. Leipold, 235–236. Вид. НГЗ, пар. 727.

кално решење стогашто постоји једнако значајан интерес да се сачува предузеће и омогући преосталим ортацима да наставе с пословањем. Према решењу српског права, а то решење важи и у немачком праву након реформе из 1998. године, смрт ортака не доводи до престанка ортачког друштва, већ друштво наставља да постоји с преосталим ортацима, алиудео преминулог ортака не прелази на његове наследнике, осим ако то није посебно уговорено.[57] Ово правило на најбољи начин штити чланове ортачког друштва јер судбина удела преминулог ортака зависи од њиховог договора. Закон полази од претпоставке да ортаци не желе да ново лице ступи на место преминулог ортака, али оставља могућност да се изричито одреди другачије.

Ако не могу да ступе на место преминулог ортака, његови наследници имају право на накнаду вредности његовог ортачког удела.[58] У случају смрти ортака јавља се ситуација која је слична ситуацији када ортак иступи из друштва. Смрт ортака је, као и иступање ортака, један од начина престанка својства ортака.[59] Зато су права наследника уређена упућивањем на одредбу која регулише последице иступања ортака.[60] У случају иступања, као и у случају смрти ортака, преостали ортаци преузимају његов удео и сразмерно га деле између себе.[61] За друштво настаје обавеза према ортаку који је иступио да у року од шест месеци исплати ликвидациону вредност његовог удела.[62] Према општим правилима о одговорности ортака, за ову обавезу одговарају и сви чланови друштва.[63] Када ортак иступи из друштва, у његову имовину улази право на накнаду ликвидационе вредности удела. Исто тако, када ортак умре, право на накнаду ликвидационе вредности припада његовој заоставштини. Примена правила о иступању из друштва у случају смрти ортака неопходна је и због одговорности наследника за дугове друштва када је друштво презадужено. Наследници преминулог ортака дужни су да друштву исплате сразмерну вредност дугова,[64] наравно уз привилегију вредносно ограничене одговорности коју наслед-

57 ЗПД, чл. 119, ст. 1; НТЗ, пар. 131 (3).

58 Вид. Н. Јовановић, 35–40. Када има више наследника, право на исплату вредности припада санаследничкој заједници и његова даља судбина зависи од одлуке о деоби заоставштине. Јовановић, међутим, говори о накнади као да се ради о сингуларној сукцесији, као да сваки од наследника има своје посебно право на накнаду, што не одговара правилима српског наследног права.

59 ЗПД, чл. 117, ст. 2.

60 ЗПД, чл. 119, ст. 4.

61 ЗПД, чл. 122, ст. 1.

62 ЗПД, чл. 122, ст. 2.

63 ЗПД, чл. 93, ст. 1.

64 ЗПД, чл. 122, ст. 3.

ници иначе уживају. Наследници преминулог ортака треба такође да учествују у добити и губицима из послова који у време смрти ортака још увек нису били завршени.[65]

Слично решење предвиђено је у немачком праву.Када наследници преминулог ортака немају право да ступе у друштво, они имају право на исплату вредности удела (*Abfindungsanspruch*).[66] Ово право, међутим, произлази из одредаба диспозитивног карактера. Оно је предвиђено у § 738 Немачког грађанског законика, који уређује иступање члана друштва у случају некомерцијалног ортаклука грађанског права, а који се супсидијарно примењује на трговачки ортаклук посредством § 105 Немачког трговачког законика. Право на исплату вредности удела може да буде ограничено или сасвим искључено споразумом ортака.[67] Правна квалификација таквог споразума зависи од начина на који је право на исплату ограничено. Ако је право на исплату искључено у случају смрти било ког ортака, ради се о двострано обавезујућем уговору стога што сваки ортак има шансу да повећа свој удео смрћу другог ортака, или да изгуби свој удео у случају своје смрти.[68] Насупрот томе, ако је право на исплату искључено само у случају смрти одређеног или одређених ортака, онда се ради о поклону који је учињен преосталим ортацима.[69] Ако се искључење права на исплату квалификује као поклон, наследници могу да захтевају исплату свог нужног дела.[70]

Да ли су правила српског права такође диспозитивна? Закон изричито наводи да ортаци могу да измене сразмеру у расподели удела преминулог ортака,[71] као и рок за исплату ликвидационе вредности.[72] Могу ли ортаци да оду корак даље и да искључе право на накнаду или да га ограниче? Ако се пође од тогада у интерним односима ортака важи начело слободе уговарања[73] и да ортак има право да располаже својим уделом,[74] одговор је потврдан. Право наследника на накнаду вредности удела може да буде искључено у корист свих или одређених ортака. Овакав споразум по правилу не захтева сагласност свих ортака јер се у ортачко друштво не уводи нови члан.[75] Као што је већ наведено, правна

65 ЗПД, чл. 123.

66 D. Leipold, 236; R. Frank, 316; H. Brox, 450.

67 H. Brox, 450.

68 H. Brox, 450.

69 H. Brox, 450.

70 H. Brox, 450.

71 ЗПД, чл. 122, ст. 1.

72 ЗПД, чл. 122, ст. 2.

73 М. Васиљевић, 151.

74 Вид. ЗПД, чл. 96–99.

75 Вид. ЗПД, чл. 98.

квалификација споразума којим се искључује право на накнаду зависи од тога да ли се односи на удео свих или само одређених ортака. Поред искључења права на исплату вредности удела, сваки ортак може, по општим правилима наследног права, свој удео завештати преосталим ортацима.[76]

Ситуација је много компликованија ако ортаци предвиде да ће друштво наставити да послује са наследницима преминулог ортака. Проблем се јавља код начина на који наследници преминулог ортака улазе у друштво. Да ли се њихово ступање у друштво одвија по правилима уговорног и компанијског права или по правилима наследног права?[77] Чланови ортачког друштва могу да уговоре да ће ортачко друштво наставити да послује с наследницима преминулог ортака.[78] Закон каже да у том случају наследници могу да захтевају од друштва да ступе на место преминулог ортака, а тај захтев могу поставити у року од 30 дана од правноснажног окончања оставинског поступка.[79] Закон такође каже да наследници могу да одбију да ступе у ортачко друштво и да се у том случају удео преминулог ортака расподељује преосталим ортацима.[80] Да ли ове одредбе говоре о наслеђивању ортачког удела или о нечем другом?Стичу ли наследници удео ортака по самом закону, као што иначе важи за наслеђивање, или само право да ступе у друштво, које је по свом пореклу уговорног карактера? Да ли се пренос удела остварује у оквирима компанијског права, само на основу правног посла *inter vivos*, или у оквирима наследног права? Ова дилема детаљно је расправљена у немачкој правној теорији, где се такође поставило питање правне природе преноса удела са преминулог ортака на његове следбенике[81]. Ставови немачке правне теорије могу да помогну у разумевању решења српског законодавца.

1. Непосредно или посредно стицање удела?

Ако ортачко друштво треба да настави пословање са правним следбеницима преминулог ортака, сукцесија у право на удео може да се оствари на два начина:следбенику се може дати право да ступи у друштво (*Eintrittsklausel*) или се може предвидети непосредно стицање

76 У српском праву се претпоставља да је пренос удела на другог ортака дозвољен, вид. ЗПД, чл. 98.

77 Вид. D. Leipold, 236–237.

78 ЗПД, чл. 119, ст. 1.

79 ЗПД, чл. 119, ст. 3.

80 ЗПД, чл. 110, ст. 2.

81 Овде се намерно користи израз „следбеник“ јер се у одређеним случајевима удео преминулог ортака не стиче наслеђивањем, већ сингуларном сукцесијом.

удела у друштву (*Nachfolgeklausel*).[82] У првом случају, одређеном лицу се даје право да ступи у друштво на место преминулог ортака, а преостали ортацисе обавезују да с њим закључе уговор о ступању у друштво.[83] Овде се не ради о наследноправној сукцесији, већ о стицању на основу уговора у корист трећег.[84] Самим тим, право на ступање у друштво може да се предвиди и за лица која нису наследници преминулог ортака.[85] Лице које има право да ступи у друштво има облигационоправни захтев за закључење уговора о пријему у друштво.[86] Величина удела на који следбеник има право одређује се уговором ортака.[87] Ако су услови под којима ће следбеник ступити на место преминулог ортака одређени тако да остали ортаци немају могућност да их мењају, сматра се да је следбенику учињена обавезујућа понуда за закључење уговора о ступању у друштво, тако да он стиче преображајно право да једностраном изјавом ступи у друштво (право опције, *Optionsrecht*).[88] У сваком случају, право на ступање у друштво стиче се на основу уговора у корист трећег, а не по основу наслеђивања. Пошто следбеник стиче право да ступи у друштво, удео преминулог ортака неће прећи непосредно на њега. У тренутку смрти ортака, његов удео се расподељује на преостале ортаке, а следбеник стиче удео тек када прихвати да ступи у друштво.[89] Између удела преминулог ортака и удела следбеника не постоји правни идентитет. Следбеник може да стекне удео на више различитих начина. Ако следбеник има право на исплату вредности удела преминулог ортака (ако је наследник или је то право стекао по другом основу), он може тражити да се то право преиначи у удео у друштву.[90] У сваком случају, поред обавезе на закључење уговора са следбеником преминулог ортака, може се предвидети обавеза ортака да на следбеника пренесу одређени удео у друштву.[91] Према томе, уговор о праву на ступање у ортачко друштво је веома флексибилан инструмент за уређење судбине ортаклука у случају смрти ортака, али њиме не може да се постигне наслеђивање ортачког удела тј. непосредна сукцесија у право на удео.

82 H. Brox, 451–458; R. Frank, 316–322.

83 H. Brox, 451.

84 H. Brox, 451.

85 H. Brox, 451.

86 H. Brox, 451.

87 H. Brox, 452.

88 H. Brox, 452.

89 R. Frank, 317.

90 H. Brox, 453.

91 H. Brox, 454.

Други начин да се друштво настави с наследницима преминулог ортака је путем уговора о сукцесији (*Nachfolgeklausel*), којим се предвиђа да ће одређено лице непосредно ступити у правну позицију преминуог ортака тј. да ће непосредно стећи његов удео у друштву. У немачкој теорији спорна је правна природа овог уговора. Неизвесно је да ли се пренос остварује само на основу уговора или је неопходно садејство наследног права. Према владајућем схватању, у овом случају се ради о наследноправној сукцесији.[92] Непосредно стицање ортачког удела не може да се заснива на уговору у корист трећег зато што чланство у ортачком друштву, поред права, ствара и обавезе.[93]Ако би следбеник непосредно стицао удео преминулог ортака на основу ортачког уговора, радило би се о недозвољеном уговору на терет трећег.[94] Према томе, само наследник преминулог ортака може непосредно да ступи у његов ортачки удео. Пошто уговор ортака није основ позивања на наслеђе, његов значај је у томе што отвара могућност за наслеђивање. Њиме се мења диспозитивно правило о ненаследивости ортачког удела.[95] Лице именовано у ортачком уговору стиче удео у друштву само ако постане наследник по општим правилима наследног права. Потребно је, дакле, да се одредбе ортачког уговора поклопе с наследноправном ситуацијом.[96]

Наведена концепција о непосредном стицању ортачког удела путем наслеђивања наилази на значајне доктриналне дилеме када постоји више наследника. Према начелу универзалне сукцесије, удео преминулог ортакаулази у заједничку имовину санаследничке заједнице, али је спорно да ли санаследничка заједница може да има својство ортака. Полазећи од могућности да се одговорност ограничи на заоставштину и од нестабилне природе санаследничке заједнице, немачка судска пракса и правна доктрина сматрају да она не може да има својство ортака, већ да својство ортака стиче сваки од санаследника сразмерно свом наследном делу.[97] Ово решење, које је дубоко укорењено у немачком праву, стоји у суокбу с начелом универзалне сукцесије који се налази у основи наследног права. Наиме,начело универзалне сукцесије налаже да *сва* права и обавезе оставиоца пређу на *све* његове наследнике као њихова заједничка неподељна имовина. Међутим, према изложеном схватању, долази до сингуларне сукцесије у ортачки удео оставиоца (*Sonderrechtsnachfolge*) – право на удео не припада санаследничкој

92 D. Leipold, 237–239.

93 D. Leipold, 237.

94 D. Leipold, 237.

95 R. Frank, 318.

96 D. Leipold, 237.

97 D. Leipold, 237–238; R. Frank, 319–320.

заједници као део неподељене заоставштине, већ се одмах расподељује међу санаследницима. Може се рећи да је овај став нарочито неочекиван ако се узме у обзир да немачко право дозвољава да санаследничка заједница настави делатност преминулог предузетника, иако је неограничена одговорност инхерентна положају предузетника.

Ситуација се још више компликује када се уговори да ће друштво наставити да послује само са једним или неколицином наследника преминулог ортака. У том случају, удео ортака постаје наследив само за одређене наследнике.[98] Овде опет долази до одступања од начела универзалне сукцесије. Удео преминулог ортака треба да припадне свим наследницима као њихова заједничка својина, међутим, ортаци не желе да сви наследници уђу у ортачко друштво, већ су то право резервисали само за неке од њих. Штавише,пошто уговор ортака није основ располагања заоставштином, јавља се дилема да ли наследник стиче удео преминулог ортака сразмерно вредности свог наследног дела, или стиче цео удео? Одговор зависи од тумачења ортачког уговора, али у сумњи треба претпоставити да наследник стиче целокупан удео.[99] Уколико вредност удела превазилази вредност његове наследне квоте, наследник ће бити дужан да вишак вредности исплати осталим наследницима.[100] Удео преминулог ортака не улази у његову заоставштину, али се *рачуна* у њену вредност за потребе деобе заоставштине.[101]

Због ових компликованих правних конструкција и одступања од начела универзалне сукцесије неки аутори критикују схватање о наследноправној природи сукцесије у удео преминулог ортака. Брокс (Brox)сматра да удео преминулог ортака може да се стекне непосредно на основу уговора ортака независно од наслеђивања.[102] Према његовом схватању, уговор којим се непосредно преноси ортачки удео може да се квалификује као уговор у корист трећег зато што положај ортака подразумева неразлучну мешавину користи и терета, у којој, по правилу, користи више долазе до изражаја.[103] Поред тога, лице којем је остављена корист има право да корист одбије, тако да су његови интереси адекватно заштићени.[104]Дакле, према овом становишту, следбеник преминулог ортака непосредно стиче његов удео у друштву на основу ортачког уговора. Није неопходно садејство наследног права.

98 R. Frank, 320.

99 D. Leipold, 238.

100 D. Leipold, 238–239.

101 H. Brox, 457.

102 H. Brox, 455.

103 H. Brox, 455.

104 H. Brox, 455.Вид. НГЗ, пар. 333.

2. Решење српског права

Из изложених схватања може се закључити да ортачко друштво може да настави пословање са следбеницима преминулог ортака путем различитих правних конструкција. На основу уговора ортака следбеник може да стекне право да ступи у друштво, што значи да неће непосредно стећи удео преминулог ортака. Нема сумње да се у том случају ради о уговору у корист трећег.Лице које има право да ступи у друштво не мора бити наследник преминулог ортака. Друга могућност је непосредна сукцесија на основу уговора ортака. Она је могућа у две варијанте: лице именовано у уговору непосредно стиче удео преминулог ортака као његов наследник (неопходно је садејство наследног права) или лице именовано у уговору непосредно стиче удео преминулог ортака само на основу уговора (није неопходно садејство наследног права). Ова друга варијанта је могућа само ако се чланство у ортачком друштву квалификује као корист. Није извесно коју од ових могућности је српски законодавац имао у виду када је предвидео правило из чл. 119 Закона о привредним друштвима. Нажалост, чини се да законодавац није имао одлучан став о правној природи сукцесије у случају смрти ортака. У ставу 2 наведеног члана стоји:

> „Ако је уговором о оснивању одређено да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака, а наследници се са тиме не сагласе, удео ортака се распоређује сразмерно на преостале ортаке."

Закон, дакле, каже да друштво наставља да послује с *наследницима* преминулог ортака *ако се они с тим сагласе*. Зашто је потребна сагласност наследника ако се удео стиче наслеђивањем тј. по сили закона? Језичко тумачење ове одредбе не оставља могућност да је законодавац имао у виду право на одрицање од наследства. Изричито је прописано да наследници треба да се сагласе да наставе пословањеортачког друштва. У следећем ставу закон каже:

> „Ако је уговором о оснивању одређено да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака, наследници могу у року од 30 дана од дана правноснажног окончања оставинског поступка да захтевају од друштва да ступе на место преминулог ортака."

Из обе одредбе јасно произлази да се удео ортака не стиче непосредно, већ да наследници стичу само *право да захтевају да ступе у друштво*. Ово право настаје на основу уговора ортака (уговор у корист трећег) и може да се квалификује као потраживање (захтев да се

закључи уговор о ступању у друштво) или као преображајно право (ортаци су упутили неопозиву понуду за ступање у друштво).[105] Овде се несумњиво ради о уговору у корист трећег јер наследник стиче само право да ступи у друштво, а не стиче никакве обавезе. У сваком случају, не ради се о наслеђивању удела ортака.[106] Уговорно порекло права на ступање у друштво значи да корисник уговора уопште не мора да буде наследник преминулог ортака. Одредбе уговора не морају се поклопити с наследноправним последицама. Ако се, на пример, предвиди да ће друштво у случају смрти одређеног ортака наставити да послује с лицем А, а лице Б постане наследник, лице А ће и даље имати право да ступи у друштво. Краће речено, право на ступање у друштво независно је од наслеђивања. У прилог томе говори и чињеница да је законодавац временски ограничио право да се захтева пријем у ортачко друштво, што значи да се не ради о наследноправном захтеву.[107] Може се претпоставити да законодавац користи реч *наследници* само због претпоставке да ће у највећем броју случајеваортаци желети да сепословање настави с њиховим наследницима. Међутим, право ортака да располаже својим уделом не може се ограничити на располагање у корист наследника. Сваки ортак може да пренесе свој удео на треће лице правни послом *inter vivos*, ако има сагласност осталих ортака,[108] што треба да важи и у случају располагања *mortis causa*. Нема разлога да се право на располагање уделом ограничи у корист наследника. Дакле, када чланови ортачког друштва предвиде да ће друштво наставити да послује с наследницима преминулог ортака, *удео ортака не постаје наследив*, већ наследници *стичу право да ступе у друштво*. Закон о привредним друштвима предвиђа само уговор о ступању у ортачко друштво (*Eintrittsklausel*), али не и уговор о непосредном стицању ортачког удела (*Nachfolgeklausel*). Следбеник преминулог ортака долази до удела у ортачком друштву на посредан начин. Он не стиче удео који је ортак имао у часу смрти, већ право да ступи у друштво и стекне свој удео. Услови

105 Вид. H. Brox, 451–452.

106 Јовановић говори о „условном наслеђивању удела". Вид. Н. Јовановић, 29. Према његовом схватању, за наслеђивање удела преминулог ортака неопходна је сагласност преосталих ортака и наследника. Међутим, у систему српског наследног права до наслеђивања долази по самом закону и наслеђивање обухвата сва наследива права и обавезе. Заоставштина нема својство правног лица, већ постаје заједничка имовина свих наследника у часу смрти оставиоца. Због тога није могуће да једно право буде *условно* наследиво. Коме би такво право припадало до остварења услова? Једно право може бити наследиво, у ком случају прелази на наследнике по сили закона у часу делације, или ненаследиво, тако да смрћу титулара престаје да постоји.

107 Вид. ЗОН, чл. 221.

108 ЗПД, чл. 99.

под којима ће ступити у друштво могу да буду различити од услова које је имао преминули ортак.

Посредно стицање подразумева дисконтинуитет између удела преминулог ортака и удела његовог следбеника, што значајно компликује правну ситуацију. У часу смртиортака његов удео се дели између осталихортака, а право на накнаду вредности удела улази у његову заоставштину (аналогно се примењују правила која важе када ортак иступи из друштва). Судбина права на накнаду зависи од уговора ортака јер су међусобни односи ортака и њихов однос према ортачком друштву уређени диспозитивним правилима.[109] Ортаци могу да искључе право на накнаду или да га пренесу на лице које је овлашћено да ступи у друштво. Ово је веома важно јер лице које има право да ступи у друштво мора да унесе одређени улог.[110] Рецимо, ако лице А има право да уђе у друштво уместо једног ортака, иако неће постати наследник тог ортака, њему се може дати право на накнаду вредности удела тако да приликом ступања у друштво може да захтева да се то његово потраживање према друштву сматра улогом.[111] Наравно, ако што друго није уговорено, право на накнаду вредности припада свим наследницима. Међутим, изгледа да српски законодавац није доследно спровео концепцију о посредном стицању удела. Према Закону о привредним друштвима право на накнаду вредности удела припада само наследницима који нису ступили на место преминулог ортака.[112] Ово правило не одговара концепцији о посредном стицању ортачког удела. Лице које треба да ступи на место покојног ортака стиче само право да уђе у ортачко друштво, тако да ће удео стећи тек када искористи то право и тек онда ће имати обавезу уплате улога. У међувремену, удео преминулог ортака престаје да постоји,а његово место у заоставштини заузима право на накнаду вредности. Закон такође греши када каже да наследници имају право на накнаду *сразмерно свом наследном делу*[113] зато што по правилима о универзалној сукцесији право на накнаду припада заоставштини као заједничка имовина свих наследника. Коначна судбина права на накнаду зависи од одлуке о деоби заоставштине. Наследници могу да постигну договор да право на накнаду припадне само једном од њих или да га између себе поделе у сразмери која се разликује од сразмере њихових наследних делова.

109 Вид. М. Васиљевић, 151.

110 R. Frank, 317.

111 H. Brox, 453.

112 ЗПД, чл. 119, ст. 4.

113 ЗПД, чл. 119, ст. 4.

Одредба којом се право на накнаду вредности удела резервише за наследнике који нису ступили на место преминулог ортака доводи у питање целу конструкцију о посредном стицању ортачког удела. Посредно стицање удела подразумева дисконтинуитет између права преминулог ортака и права његовог следбеника. Удео преминулог ортака се гаси, а његов следбеник стиче право да ступи у друштво и свој удео стиче тек када искористи право да ступи у друштво. Пошто следбеник постаје нови члан друштва, за њега постоји обавеза уплате улога.[114] Ако има право на исплату вредности удела преминулог ортака, његов следбеник може то право да искористи као улог у ортачког друштво. Тако се, на посредан начин, успоставља економски континуитет између удела старог и удела новог ортака.Међутим, према језичком тумачењу одредбе из чл. 119, ст. 4, лице које ступа у ортачко друштво нема право на накнаду вредности удела преминулог ортака. Да би се овај велики проблем избегао треба прибећи циљном тумачењу. Закон полази од тога да следбеник преминулог ортака стиче исти удео у ортачком друштву, иако правни идентитет удела заиста не постоји. То значи да се ова одредба може тумачити као законска конверзија: право на накнаду вредности удела преминулог ортака сматра се улогом новог ортака. У сваком случају, будући да су наведене одредбе Закона о привредним друштвима диспозитивног карактера, чланови ортачког друштва имају могућност да детаљно уреде наставак пословања са следбеницима преминулог ортака, те, између осталог, и судбину права на накнаду вредности удела преминулог ортака.

Наведено решење, иако није једноставно, значајно јебоље од концепције о непосредном стицању ортачког удела путем наслеђивања. Њиме се избегава сукоб између начела универзалне сукцесије и личне природе ортаклука који се јавља када ортаци предвиде да ће наставити пословање само са једним од више наследника. Када би сеудео ортака наслеђивао, он би, као део заоставштине, припадао свим наследницима – позиција ортака припала би санаследничкој заједници.Оставилац који жели да свој ортачки удео остави одређеном наследнику, морао би да сачини тестамент и да ортачки удео завешта у виду легата. Међутим,због обавезне универзалне сукцесије, наследник коме је остављен удео имао би само облигационо право према осталим наследницима. Краће речено, по правилима српског право уопште није могуће да се наслеђивањем непосредно стекне једно одређено право. Што је најважније, ортаци не би имали могућност да изаберу лице са којим ће наставити пословање, иако су код ортачког друштваличне особине чланова од пресудне важности. Наследноправно решење не може да избегне ове проблеме, осим ако се не призна сингуларна наследноправна сукцесија, као што је то

114 ЗПД, чл. 96.

учињено у немачом праву. Изгледа да се законодавац, иако неспретно, приклонио „уговорној концепцији", што значи да у српском праву уопште није могуће *наследити* ортачки удео. Континуитет између удела старог и удела новог ортака може да буде само економски, а никако правни.

Када је уговором ортака предвиђено да ће друштво наставити пословање с наследницима преминулог ортака, наследници могу да траже да се ортачко друштво преиначи у командитно друштво, а да они стекну статус командитора.[115] До промене правне форме друштва може да дође само уз сагласност свих ортака. Законодавац овде изричито наводи да се уговором ортака може одредити удео у добити на који ће наследници имати право ако се друштво преиначи у командитно друштво. Наведена законска правила нису од великог значаја јер наследницима није признато *право да захтевају* промену форме друштва. Ортачко друштво ће постати командитно друштво само ако се сви ортаци с тим сагласе. Такав договор је дозвољен по општим правилима.

IV Наслеђивање удела у командитном друштву

Командитно друштво се разликује од ортачког друштва постојањем барем једног члана чија је одговорност за обавезе друштва ограничена (командитор).[116] Командитор одговара за обавезе друштва само до вредности свог *неуплаћеног* улога.[117] Након што испуни своју обавезу према друштву, одговорност командитора престаје.[118] Чланови који неограничено одговарају за обавезе друштва (комплементари) имају исти правни положај као и чланови ортачког друштва и на њих се примењују правила која су прописана за ортачко друштво.[119] Командитно друштво омогућава да се направи разлика између активних и пасивних чланова друштва.[120] Командитори по правилу немају право да руководе пословима друштва и да заступају друштво,[121] већ су њихова права ограничена на удео у добити[122] и право надзора.[123]

115 ЗПД, чл. 119, ст. 1–4.

116 ЗПД, чл. 125.

117 ЗПД, чл. 125 и чл. 134, ст. 2.

118 ЗПД, чл. 134, ст. 1.

119 ЗПД, чл. 126.

120 Вид. М. Васиљевић, 169.

121 ЗПД, чл. 131.

122 ЗПД, чл. 130.

123 ЗПД, чл. 132.

Будући да командитори не управљају пословањем друштва и да нису одговорни за обавезе друштва, њихове личне особине нису од значаја за успех друштва. Апстрактно посматрано, комплементарима је свеједно ко се налази у позицији командитора. Због тога командитор може слободно да пренесе свој удео или чак део удела на треће лице.[124] Из истих разлога, законодавац предвиђа да наследници преминулог командитора ступају на његово место.[125] Полазећи од формулације ове одредбе, те имајући у виду релативно мали значај личности командитора, може се закључити да је удео командитора наследив и да прелази на његове наследнике по правилима наследног права. У немачком праву влада схватање да се и овде одступа од начела универзалне сукцесије и да сваки наследник појединачно стиче својство командитора.[126] Ипак, постоје и супротна схватања у којима се истиче да нема оправданог разлога да се одступи од начела универзалне сукцесије.[127] Удео командитора је превасходно удео у капиталу и на њега треба применити правила која важе за удео у друштву с ограниченом одговорношћу и удео у акционарском друштву.[128] Ако има више наследника, удео командитора, као део заоставштине, представља њихову заједничку имовину.[129] Ово схватање треба да важи и у српском праву. Удео командитора је наследив, што значи да улази у заоставштину командитора. Када има више наследника, заоставштина је заједничка имовина санаследничке заједнице (универзална сукцесија). До деобе заоставштине, положај командитора има санаследничка заједнице тако да наследници могу да управљају и располажу уделом само на основу једногласне одлуке. Нема разлога да се одступи од начела универзалне сукцесије јер личност командитора није од пресудног значаја за пословање командитног друштва. Као што командитор може свој удео да подели и пренесе на више трећих лица, тако исто санаследничка заједнице може да преузме положај преминулог командитора.

Настављање друштва са наследницима преминулог комплементара уређено је истим правилима која важе за ортачко друштво. Законодавац, међутим, предвиђа једно изненађујуће правило за случај смрти *јединог* комплементара. Одредба чл. 137, ст. 4 Закона о привредним друштвима гласи:

124 ЗПД, Чл. 129, ст. 3.

125 ЗПД, чл. 137, ст. 1 и 2.

126 D. Leipold, 239; R. Frank, 322–323.

127 H. Brox, 459–460.

128 H. Brox, 459–460.

129 H. Brox, 459–460.

„У случају смрти јединог комплементара друштво наставља да послује са наследницима преминулог комплементара, ако наследници у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка захтевају упис промене комплементара у регистар."

Изгледа да законодавац полази од претпоставке да је личност комплементара од значаја само за друге комплементаре, а не и за командиторе, што никако није случај. Пошто комплементари воде пословање друштва и заступају друштво, успех предузећа зависи од њиховог личног залагања и њихових личних особина. Према томе, личност комплементара је питање које занима све чланове друштва. Командитори, који улажу своју имовину у командитно друштво, имају очигледан интерес да се пословођење повери поузданим и способним лицима. Правило које је предвидео српски законодавац ставља командиторе у незгодну позицију да морају да прихвате да наставе пословање са наследницима преминулог комплементара, чак и ако немају вере у њихове пословне способности.

V Наслеђивање удела у друштву с ограниченом одговорношћу

Удео у друштву с ограниченом одговорношћу је наследив.[130] За наслеђивање удела важе општа правила наследног права. Питање одговорности за обавезе друштва уопште се не поставља јер чланови друштва с ограниченом одговорношћу нису одговорни за његове обавезе.[131] Када умре члан друштва с ограниченом одговорношћу, његов наследник непосредно и по сили закона стиче његов удео. Да би могао да остварује права која има по основу удела, наследник мора да се упише у регистар привредних субјеката, али упис има само декларативно дејство.[132]

Ако има више наследника, удео припада санаследничкој заједници, тако да наследници само заједничком одлуком могу да управљају и располажу уделом.Санаследници се сматрају једним чланом друштваи солидарно су одговорни за обавезе према друштву.[133] Да би вршили право гласа које им припада по основу удела, они морају да поставе

130 ЗПД, чл. 172, ст. 1.

131 D. Leipold, 235.

132 Супротно: Z. Stefanović. Стефановић сматра да се удео у друштву стиче уписом у регистар. Наследник, међутим, стиче удео по самом закону, а упис има само декларативно дејство.

133 ЗПД, чл. 153, ст. 4.

заједничког пуномоћника.[134] До постављања заједничког пуномоћника правне радње које друштво предузме према једном наследнику имају дејство према свим наследницима.[135] У немачком праву важи исто решење, с тим да правна радња учињена према једном наследнику има дејство према свим наследницима само ако је учињена по истеку месец дана од дана отварања наслеђа.[136] На тај начин се наследницима оставља период од месец дана да се обавесте о правима која су стекли наслеђивањем.

На захтев једног од наследника или на захтев друштва, оставински суд може да постави привременог стараоца заоставштине који ће уместо наследника вршити чланска права у друштву.[137] Ова могућност је веома значајна када наследници не могу да се сагласе о управљању уделом.

Након наслеђивања, судбина удела зависи од одлуке о деоби заоставштине. Удео у друштву с ограниченом одговорношћу може да се подели између наследника.[138] Иако у другим случајевима постоји могућност да се оснивачким актом одреди да су удели недељиви (да би се спречило умножавање чланова друштва), таква одредба не важи када се ради о наслеђивању.[139]

Наслеђивање удела може да се ограничи правом на принудни откуп удела. Оснивачким актом може да се предвиди да ће друштво или одређени чланови друштва имати право на принудни откуп удела преминулог члана.[140] У том случају, оснивачким актом морају да буду одређени начин за процену накнаде за откуп удела и рок за исплату накнаде.[141] Ако ова питања нису уређена, право на принудни откуп неће настати. Дакле, чланови друштва с ограниченом одговорношћу не могу да спрече наслеђивање удела у друштву, али могу суштински да га ограниче правом на принудни откуп.

134 ЗПД, чл. 153, ст. 3, 5 и 6.

135 ЗПД, чл. 153, ст. 6, тач. 2.

136 Закон о друштву с ограниченом одговорношћу из 1892. године – (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), пар. 18 (3).

137 ЗПД, чл., 172, ст. 2 у вези са ЗОН, чл. 210 и 211.

138 ЗПД, чл. 176.

139 ЗПД, чл. 176, ст. 2.

140 ЗПД, чл. 173.

141 ЗПД, чл. 174.

VI Наслеђивање акција

Акционарско друштво је друштво капитала у којем личне карактеристике чланова нису од правног значаја.[142] Основни капитал акционарског друштва подељен је на акције, а чланови друштва (акционари) нису одговорни за обавезе друштва.[143] Ризик пословања акционарског друштва погађа акционаре само преко тржишне вредности акција. С обзиром на капиталистичку природу акционарског друштва, закон предвиђа да је пренос акција слободан, осим ако статутом то право није ограничено.[144] За ограничења права на пренос акција важе правила која уређују ограничење права на пренос удела у друштву с ограниченом одговорношћу.[145] То значи да се права наследника могу ограничити правом на принудни откуп акција, сагласно правилима из чл. 173 и 174 Закона о привредним друштвима.Наслеђивање акција не може да се ограничи када су у питању јавна акционарска друштва.[146]

Ако постоји више наследника, акције преминулог акционара припадају свим наследницима као њихова заједничка имовина све до деобе заоставштине. Да би вршили право гласа које им припада по основу права на акцијама, наследници морају да именују заједничког пуномоћника.[147] Када заоставштини припада више акција, оне се могу поделити између наследника, али тако да све акције остану целовите. За разлику од удела у друштву с ограниченом одговорношћу, акције се не могу поделитина основу одлуке о деоби заоставштине.[148] Акције су међусобно једнакепо вредности и по правима која дају акционару. Ако има више врста акција, све акције једне врсте морају да буду међусобно једнаке.[149] Да би се очувала једнакост акција, забрањена је подела једне акције на више акција мање вредности. Подела акција је дозвољена само на основу одлуке скупштине акционарског друштва и мора да обухвати све акције одређене класе.[150]

Пошто се акције наслеђивањем стичу по сили закона, упис у Централни регистар хартија од вредности нема конститутивно, већ само

142 М. Васиљевић, 238.

143 ЗПД, чл. 245.

144 ЗПД, чл. 261, ст. 1.

145 ЗПД, чл. 261, ст. 7.

146 ЗПД, чл. 261, ст. 6.

147 ЗПД, чл. 256.

148 ЗПД, чл. 248, ст. 2.

149 ЗПД, чл. 250, ст. 5; М. Васиљевић, 260.

150 Вид. ЗПД, чл. 257, ст. 1.

декларативно дејство.[151] Када има више наследника, пре деобе заоставштине санаследничку заједницу треба уписати као власника акција.

VII Закључак

У додиру између наследног права и компанијског права настају бројна и компликована правна питања. Наслеђивање је уређено једноставним општим правилима која важе за све оставиоце и сва наследива права и обавезе. Наслеђивање је замишљено као свеобухватна и монолитна сукцесија која спречава пометњу која може да настане услед престанка једног правног субјекта. Међутим, особености неких правних облика организовања предузећа захтевају посебна правила сукцесије. Када се ради о предузетнику, сама чињеница да предузетничка радња нема својство правног лица изискује посебна правила о настављању делатности од стране наследника. Наслеђивање удела ортака такође захтева посебна правила јер су ортаци везани међусобним поверењем и рачунају с личним особинама сваког ортака. Чак и у случају капиталистичких друштава постоји потреба да се сукцесија у удео преминулог члана ограничи. Интерес који једно лице има у одређеном предузећу не може се увек потчинити општим правилима наслеђивања. Особености одређене форме организовања предузећа могу бити тако значајне, као што је то случај код ортачког друштва, да доводе у питање саму могућност наслеђивања. Српски законодавац овим проблемима није посветио пажњу коју заслужују.Законска правила могу да послуже само као један непотпун оквир за доктриналну дискусију или као почетна смерница ка могућем решењу.

Задатак је јуриспруденције и јудикатуре да покуша да формулише адекватна правила која ће изражавати компромис између начела наследног права и начела компанијског права. При томе треба посебно водити рачуна о темељним начелима која одређују цео систем наследноправне сукцесије. То су најпре начело универзалне сукцесије и начело *ipso iure* наслеђивања. Сва наследива права оставиоца у часу његове смрти морају да пређу на његове наследнике. Ниједно право не може бити *условно* наследиво јер оно у часу делације мора некоме припасти или се угасити. Када има више наследника, сва наследива права постају њихова заједничка имовина. Ако је положај члана у неком привредном друштву наследив, онда ће својство члана најпре стећи санаследничка заједница, а коначна судбина удела зависиће од одлуке о деоби заоставштине. Треба увек правити јасну разлику између наследноправне сукцесије, која је универзална и која наступа по самом закону, од других

151 ЗОН, чл. 212 у вези са ЗПД, чл. 249, ст. 1.

начина стицања удела у привредном друштву. Наследноправна сукцесија у позицију члана друштва је могућа само ако се помире правила наследног и компанијског права. У супротном, преузимање предузећа може да се постигне независно од наслеђивања, у оквирима уговорног права.

***Miloš* VUKOTIĆ, LL.M.**
Lecturer
University of Belgrade, Faculty of Law

INHERITING A BUSINESS

Summary

This article is devoted to legal problems which arise in connection with inheriting a business due to the conflict of the principles of succession law and the principles of company law. The analysis covers inheritingentrepreneurs and shares in commercial companies. The author examines the possibility of succession depending on the legal form of the business. Characteristics of certain legal forms of business put into question the possibility of succession. Factual continuity, however, may be achieved through contract law, independently from the law of succession. The author stresses the importance of distinguishing inheriting, as universal succession which operates by force of law, from other methods of acquiring the position of entrepreneur or shareholder of a commercial company.

Key words: *succession, inheritance, commercial company, entrepreneur, partnership, company law, law of succession.*

***Андрија* ЂОНОВИЋ**
докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

ВЕШТАЧКА ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ – МАШИНА КАО АУТОР?

Резиме

Вештачка интелигенција у комјутерским системима је од скора све чешћа тема дискусије, нарочито имајући у виду користи које доприноси свим индустријама. Системи који раде уз помоћ вештачке интелигенције су способни да, делимично или потпуно аутономно у односу на човека, извршавају комплексне задатке за изузетно кратко време. Али, шта се догоди када један такав систем створи дело који би, по свим карактеристикама, могло бити окарактерисано као ауторско? Другим речима, ко би био титулар права на делу које створи вештачка интелигенција? Правна регулатива ове области је непостојећа или изузетно апстрактна. Сврха овог рада јесте да, уз помоћ концептуалне анализе, пружи преглед тренутних субјеката потенцијално подобних да буду титулари једног таквог дела, а након кратког приказа антропоцентричности ауторског права, као и кратког прегледа одговора правних система на појаву вештачке интелигенције. Циљ јесте пружање нове стартне тачке за будуће дискусије на ову тему имајући у виду извесност регулисања вештачке интелигенције у скоријој будућности.

Кључне речи: *вештачка интелигенција, ауторско дело, ауторско право, машинско учење, право интелектуалне својине.*

I Увод

Машине су до недавно биле коришћене једино у функцији алата. Од изума штампарије, преко парне машине, па све до 3Д штампача – технологија је искључиво служила човеку да фокусира своју креативну визију како би је остварио брже, лакше, прецизније или боље. Што су машине продуктивније и што се више користе за различите намене, то је значајнији ниво обарања трошкова производње и пораста прихода оног који их користи. Машина или компјутер су способни да обрађују милијарде рачунских операција у секунди, не изискују храну, сан или накнаду за рад – укратко, представљају идеалног радника. Стога ни не чуди што је тренд аутоматизације[1] све присутнији и што овакве машине више нису новина, већ главни покретачи[2] економског напретка.[3]

Један од изума који у последње време привлачи највише пажње како у технолошкој заједници, тако и у широј јавности, јесте такозвана вештачка интелигенција[4], термин који се користи за технологију са могућностима да се развија и учи самостално. Са развојем ВИ технологије, машине готово извесно „еволуирају" у правцу тога да постану способне да самостално стварају. Тај развој довео је и до преиспитивања „монопола" човека над креативним стварањем.[5]

Јединствена дефиниција вештачке интелеигенције не постоји, односно, постоји их исувише. ВИ обухвата мноштво различитих технологија, као што су машинско учење, природна обрада језика, обрада говора, експертски системи, роботика и машински вид, а уз коришћење испрограмираних правила или „тренинг" података[6] који усмеравају доношење одлука и, ефективно, доводе до процеса „учења". ВИ машине и уређаји, следствено овим карактеристикама, способни су да имитирају

1 Jamie Condliffe, „Actually, Steve Mnuchin, Robots have already affected the U.S. Labor Market", *MIT Technology review,* 2017, доступно на адреси: *https://www.technologyreview.com/s/604005/actually-steve-mnuchin-robots-have-already-affected-the-us-labor-market/,* 17. 7. 2018.

2 Ryan Abbott, „I think, therefore I invent: Creative computers and the future of patent law", *Boston College Law review*, Vol. 57, 2016, 1080.

3 Peter Cowan, Jim Hinton, „Intellectual property and artificial intelligence: what does the future hold?", *IAM media*, 2018, доступно на адреси: *http://www.iam-media.com/Magazine/Issue/88/Features/Intellectual-property-and-artificial-intelligence-what-does-the-future-hold*, 17. 7. 2018. Према овим ауторима, пројекције вредности тржишта ВИ, за 2025. годину, су између тридесет пет и педесет милијарди долара.

4 У даљем тексту, ради економичности: ВИ.

5 Kalin Hristov, „Artificial intelligence and the copyright dilemma", *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, Vol. 57–3, 2017, 433.

6 Maya Medeiros, Jordana Sanft, „Artificial intelligence and intellectual property considerations", *Financier Worldwide Magazine*, 2018, 17. 7. 2018.

конфигурацију људске неуралне мреже.[7] С тим у вези, поље технологије које се бави вештачком интелигенцијом се може дефинисати као *„систем који садржи обрисе интелигенције, на основу посматрања како се систем понаша, уколико може да се прилагоди новим ситуацијама, поседује капацитет да резонује, да разуме повезаност чињеница, да открије значења и да препозна истину... такође, од интелигентног система се очекује да учи, односно да побољшава своје перформансе на основу прошлих искустава“*.[8]

Неки аутори дефинишу ВИ системе као креативне, непредвидиве, независне и аутономне, рационалне, са способношћу да еволуирају, прикупљају податке и комуницирају, да су ефикасни и прецизни, као и способни да слободно бирају између више алтернативно презентованих опција.[9]

Како дефинсање вештачке интелигенције није предмет овог рада, већ интелектуалноправни третман „ауторских дела“ које иста створи, нећемо се даље упуштати у дефинисање појма ВИ, нарочито имајућу у виду да не постоји научни консензус око истог. Оно што је неминовно, а што делује најбитније за потребе анализе овог рада, јесте понајбоље сублимирано у такозваном Туринговом тесту који подразумева да се компјутерски програм има сматрати вештачком интелигенцијом уколико људско биће није у стању да разликује тај компјутер од другог људског бића, а на основу поређења њихових творевина.[10] Предност коришћења оваквог приступа је управо у једноставности и томе што се заобилази филозофска дебата шта је свест и како настаје.

Овај рад бавиће се анализом феномена стварања ауторских дела од стране ВИ машина, односно – када створе она дела која би, да их је створио човек, уживала интелектуалноправну заштиту под окриљем ауторског права. Ово нарочито у светлу тога што је коришћење ВИ технологије приликом стварања ауторских дела све учесталије и напредније.[11]

---

7 K. Hristov, 434.

8 Anthony Ralston, Edwin D. Reilly, *Encyclopedia of Science and Engineering*, 3rd edition, New York, 1983, 110 и 111.

9 S. Ravid, X. Liu, 2 и 11–16.

10 Alan Turing, „Computing machinery and intelligence“, *Mind*, Vol. 59–236, 1950, 433–460. Дакле, уколико бисмо посматрали дело које је створила машина, на пример слику, и уколико не бисмо могли да разазнамо да ли ју је створила машина или човек – та машина би прошла Турингов тест.

11 На пример, пројекат под називом „Следећи Рембрант“ (*The Next Rembrandt*) који је довео до тога да ВИ машина створи слику која је идентична у стилу са чувеним сликаром Рембрантом Ван Ријном; или кратки роман написан од стране једног јапанског компјутерског програма који је у 2016. години прошао у друго коло

Ради јасније анализе, направићемо неколико претпоставки: да се дело које је створено од стране ВИ машине у потпуности оригинално, у смислу да није у питању изведено дело; да није у питању процес које је аутоматски или који је у потпуности дефинисан параметрима које је задао програмер овакве машине; да је било какво потенцијално мешање човека у креативни процес довољно минимално да не испуњава услов оригиналности како би се њему могло приписати тако настало ауторско дело.[12]

Прво ћемо се фокусирати на ауторско право као такво, са циљем да се изолују конкретне карактеристике неопходне за каснију анализу. Након тога, позабавићемо се детаљније појмом вештачке интелигенције као „ентитета" у контексту права интелектуалне својине. Напослетку, анализираћемо конкретне опције уређивања ауторскоправног режима дела које створи ВИ, а на основу тренутно расположивих института права интелектуалне својине, те дати неколико предлога праваца размишљања које би ваљало узети у обзир приликом осмишљања какве будуће регулативе ове области.

II Антропоцентризам ауторског права

Ауторско право постоји са јасним циљем – да заштити креативни израз појединца аутора, а путем признавања права која могу бити моралног или економског карактера. На пример, аутор једини има право да своје дело објави, промене или да се супростави скрнављењу његовог интегритета. На тај начин се појединци стимулишу да стварају, али се штити и њихова личност јер се сматра да се она може директно огледати у њиховим делима.

Закон о ауторским и сродним правима дефинише ауторско дело као „*оригиналну творевину аутора, изражену у одређеној форми, без обзира на његову уметничку научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног*

за награду за књижевно дело; или пројекат компаније *Google* створен од стране њихове компаније ћерке *Deep Mind*, а који може да компонује песме и музику само на основу слушања других музичких записа. О овим, али и другим примерима више видети у: Andres Guadamuz, „Artificial intelligence and copyright", *WIPO Magazine*, WIPO, 2017, доступно на адреси: *http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html*, 17. 7. 2018.

12 Ово, ради једноставности анализе, али и разумевања концепта машине као „аутора". Исто тако и Alessio Chiabotto, „Intellectual property rights over non-human generated creations", *SSRN electronic journal*, 2017, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3053772*, 17. 7. 2018, 6 и даље.

саопштавања његове садржине".[13] Такође се наводи да аутор може бити само физичко лице, док је правно лице као аутор изузетак.[14] Сличан став заузима и домаћа правна теорија,[15] а може се приметити да је такав антропоцентричан приступ заједнички за већину[16] правних система у свету.[17] Суд правде Европске Уније, у пресуди у случају *Infopaq*[18] наводи да се ауторско право односи на оригиналне радове, а да оригиналност мора да буде одраз личности аутора, што имплицира да је људски аутор неопходан како би ауторско дело као такво могло постојати.[19]

На основу изложеног става који ауторско право безмало универзално заузима, логично произилази и да се дела која створе „нељудски аутори", на пример животиње, не могу сматрати ауторским делима у правом смислу. Ово је и следствено циљевима ауторског права, то јест мотивисању појединаца да стварају што је могуће више оригиналних творевина, а што води обогаћивању културне екумене друштва. Животињама економски подстицај није неопходан, те оне ни не потпадају под регулативу права интелектуалне својине. Тако, уколико би се и направила потенцијална паралела између ВИ и животиња, као ентитета који постоје, али нису људска бића, ауторско право не би могло „признати" постојање ауторског дела где је један такав ентитет аутор.

Ипак, вештачка интелигенција се као таква разликује од ентитета као што су животиње. ВИ, креирана од стране човека, нема никакве жеље, потребе или настојања за променом свог стања, а управо у томе постоји и њена најјаснија ралика од људских бића, али и животиња за које се може рећи да своје „жеље" изражавају путем својих инстиктивних

13 Закон о ауторским и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС, чл. 2.

14 ЗАСП, чл. 9.

15 Па тако у Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 38. Аутори разлажу дефиницију ауторског дела на људску творевину, која има духовни садржај, која има одређену форму и која је оригинална.

16 Jane Ginsburg, „The concept of Authorship in comparative copyright law", *DePaul Law Review,* Vol. 52–4, 2003.

17 Alessio Chiabotto, 1, 8 и даље. Такође, канцеларија за ауторско право у Сједињеним Америчким Државама у свом Приручнику праксе наводи да ће „регистровати оригинално ауторско дело уколико је аутор људско биће". За више вид. Приручник праксе канцеларије за ауторско право САД (Compendium of the U.S. Copyright Office Practices), 2014, чл. 306; K. Hristov, 437.

18 *C-5/08 Infopaq international A/S v Danske Dagbaldes Forening*, 2009, доступно на адреси: *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-5/08*, 18. 7. 2018.

19 A. Guadamuz, 4.

потреба.[20] Снажнија паралела би се можда могла повући између правних лица, као „нељудских" ентитета и ВИ. ВИ, као и правно лице, није људско биће, те уколико се, као што је већ наведено, правном лицу може признати ауторство, због чега се исто не би могло учинити и у случају вештачке интелигенције? Осим што ВИ нема, нити може изразити, своје жеље, што у случају правног лица чине његови органи који фокусирају жеље власника[21], постоји још једна круцијална разлика између ова два ентитета. Наиме, право интелектуалне својине и у случају правних лица штити, у крајњој мери, човека, односно подстицаји који се креирају на овај начин директно утичу на људска бића која профитирају од рада правног лица. Код ВИ, уколико би јој се признало ауторство, не постоји „крајњи људски корисник" ка коме би ови подстицаји производили некакав ефекат.[22]

На основу свега наведеног, јасно је да није могуће са лакоћом направити аналоган случај са већ постојећим ентитетима који нису људска бића, те на тај начин решити проблем „ауторства ВИ". Несумњиво је да је ауторско право као такво изразито антропоцентрично и да ВИ не потпада под претходно изнете концепте и да се са већ постојећим решењима не може повући паралела. Пре него што се посветимо детаљнијој анализи потенцијалних титулара ауторског права у случају дела које створи ВИ, осврнућемо се на тренутно стање правне регулативе вештачке интелигенције.

III Вештачка интелигенција и обазривост правних система

Вештачка интелигенција већ дуже времена ствара дела која би, уколико би их створио човек, потпадала под дефиницију ауторских

20 Па тако и у Richard McDonough, „Machine predictability versus human creativity", *Artificial intelligence and creativity*, (ed. T. Dartnall), *Studies in cognitive systems*, Vol. 17, 1994, 117–135.

21 Такође, власници правног лица су они који ултимативно сносе последице пословања, било да је то одговорност за уизвршење уговора или одговорност за кривична дела која „учини" правно лице. Код ВИ се таква логика не би могла имлементирати јер, чак ни у случају учињеног кривичног дела, нема начина казнити ВИ под тренутном структуром казнених санкција. За више о овоме видети Gabriel Hallevy, „AI v IP, Criminal liability for IP offenses of AI entities", 2015, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=2691923*, 18. 7. 2018, 24 и даље; Gabriel Hallevy, „The criminal liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control", *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, Vol. 4– 2, 172–185.

22 Евентуално би се могло говорити о стимулисању оних који производе машине које имају ВИ системе, али о њима ће бити речи у делу рада који се детаљно бави проблемом субјекта који би могао бити титулар ауторског права на делу које створи ВИ.

дела. Ако се послуша музичка композиција ВИ система *FlowMachines*[23], или загледа у слику коју је створио систем *AARON*[24], или пак погледа трејлер за филм „Морган" који је направио суперкомпјутер компаније *IBM* под називом Вотсон (*IBM Watson*) – тешко да се може рећи да су у питању творевине којима недостаје „људски додир".[25] Још 1994. године научник Стивен Талер је учинио јавним свој изум назван Креативна машина (*Creativity Machine*) који је описао као „парадигму која је најближе пришла томе да емулира фундаменталне механизме неопходне за формирање идеја".[26] Креативна машина, уз помоћ софтвера који има за циљ да рекреира неуралну мрежу људског мозга, способна је да ствара нове патерне информација и на тај начин се може прилагодити новим ситуацијама без додатног инпута човека.[27] Талер наводи како је Креативна машина, за разлику од других програма, комплетно аутономна и да се самостално „надограђује".[28] Следствено томе, није тешко замислити да је таква машина, као ВИ систем, способна да самостално ствара дела која би се третирала као ауторска дела да их је створио човек.

Тренутно, са све бржим развојем ВИ технологије, неминовно је да ће правни системи бити суочени са новим изазовима њихових основних принципа, као што је то антропоцентризам у ауторском праву. Стога, не чуди да је велики број важних светских организација и установа реаговао на овакав, експоненцијелан, развој технологије. Примера ради, Бела Кућа је објавила извештај о „Вештачкој интелигенцији, аутоматизацији и економији"[29], а Европски парламент је објавио извештај са препо-

23 Иначе, производ рада компаније Sony. За више о раду овог ВИ система, видети: *http://www.flow-machines.com*.

24 Компјутерски програм који је развио Харолд Коен, професор уметности на Универзитету Калифорније у Сан Дијегу. Професор Коен је почео рад са овим програмом још 1973. године, када је *AARON* и настао. За више видети у Roger Malina, „Aaron's Code: Meta-Art, Artificial Intelligence and the Work of Harold Cohen by Pamela McCorduck (review)", *Leonardo*, Vol. 24–5, 1991, 628–629.

25 A. Chiabotto, 3.

26 За више видети Imagination Engines Inc, What is the ultimate idea, доступно на адреси: *http://www.imagination-engines.com*, 18. 7. 2018.

27 За више детаља о начину рада Креативне Машине видети Stephen Thaler, „Synaptic perturbation and consciousness", *International Journal of Machine Consciousness,* Vol. 6, 2014.

28 Занимљива анегдотална чињеница, је да је датум када је признат патент за Креативну Машину исти датум као и „судњи дан" из познатог филма „Терминатор" који се бави апокалипсом у којој машине завладају светом – 29. 8. 1997.

29 Executive office of the President, White House report on Artificial intelligence, Automation and the Economy, 2016, доступно на адреси: *https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Artificial-Intelligence-Automation-Economy.PDF*, 18. 7. 2018.

рукама Комисији за грађанскоправна правила везана за роботику.[30] Такође, улога „нељудских" ентитета постаје све важнија и у области права интелектуалне својине – како се наводи у Радном документу Светске организације за заштиту интелектуалне својине (*World Intellectual Property Organization – WIPO*) везаном за економско истраживање:

„Да ли интелектуална добра може створити робот?... Јесу ли објекти, софтверски код или друга добра креирана аутономно од стране робота подложна заштити путем ауторског или патентног права? Ако јесу, како? И ко би био титулар ових права? Произвођач? Корисник робота? Сам робот?".[31]

Ипак, и поред јасно подвученог питања, мало је званичних студија и радова који се баве анализирањем последица стварања ВИ у контексту права интелектуалне својине. Ово води недостатку усаглашених правила и недостатку консензуса о могућим алтернативама.[32] Са друге стране, приватни сектор је већ увелико ангажован на развоју и усаглашавању стандарда када је у питању развој ВИ. Довољно је навести који све технолошки гиганти[33] припадају такозваном „партнерству за ВИ": *Amazon, Apple, Deepmind, Google, Facebook, IBM, Microsoft*.[34]

Ако погледамо ВИ у контексту помагала, односно алата, који су тренутно на располагању човеку, можда је најлакше направити паралелу са фотоапаратом. Оба „уређаја" се, на први поглед, користе уз вођење „људском руком", са јасним инструкцијама које даје човек. Оба уређаја раде готово аутоматски и са компјутерском прецизношћу, нарочито када се узме у обзир напредак модерних дигиталних фотоапарата. На основу тога може се тврдити да је ВИ машина, попут фотоапарата, само алат уз помоћ кога аутор изражава своју идеју у одређеној форми.[35] Па ипак, имајући у виду изнете примере рада ВИ машине, постоје и јасне разлике. Док је рад са фотоапаратом у великој мери диктиран радњама

30 European Parliament, Procedure: 2015/2103(INL), 2017, доступно на адреси: *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8–2017–0005+0+DOC+XML+V0//EN*, 18. 7. 2018.

31 Andrew Keisner, Julio Raffo, Sacha Wunsch-Vincent, „Breakthrough technologies – Robotics, innovation and intellectual property", *WIPO Economic Research Papers no. 30*, 2015, доступно на адреси: *http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4001&plang=EN*, 18. 7. 2018.

32 A. Chiabotto, 4.

33 За детаљнију анализу видети The Economist, „Artificial Intelligence: Rise of the Machines", 2015, доступно на адреси: *https://www.economist.com/briefing/2015/05/09/rise-of-the-machines*, 18. 7. 2018.

34 Partnership on AI, за више видети на адреси: *https://www.partnershiponai.org*, 18. 7. 2018.

35 K. Hristov, 435–436.

човека (на пример, намештањем бленде, жижне даљине, филтера који се користи итд.) – рад са ВИ системом може бити врло далеко од тога. Вештачка интелигенција која пролази Турингов тест, на нивоу на коме може аутономно да ствара, способна је да то чини са минималним уплитањем човека или потпуно без њега. Могуће је замислити ситуацију у којој се ВИ систему „изда наређење" да створи, на пример слику, те да исти то учини на начин на који човек не може предвидети резултат. Из свега, произилази да је ВИ далеко више од простог алата који човек користи приликом стварања ауторског дела управо јер је „људска оригиналност" сведена на минимум.[36]

У поређењу са брзином технолошког развоја, право је веома споро јер је неопходно да се решења темељно размотре и полако имплементирају.[37] Стога, јасно је зашто је неопходно о тематици ВИ стварања благовремено дискутовати.

IV Правац регулисања – идеје

Као што смо већ навели, ауторско право постоји како би обезбедило виши ниво друштвеног благостања, а тиме што ће осигурати да постоји стално растући број оригиналних дела. То се постиже економским мотивисањем аутора тиме што им се дозвољава да „убиру плодове" свог рада тако што могу да на искључив начин економски искоришћавају своја дела, али и тиме што им се признају одређена морална права која служе да заштите интегритет и достојанство аутора.[38] Овакав начин заштите аутора прати и две најчешће филозофске школе по том питању – природноправна и утилитаристичка.

Природноправна школа сматра да је ауторство природно право, што би значило да ауторско право не „ствара" ауторство већ га само препознаје да постоји као такво. На основу те премисе постоје и две теорије у складу са њом – радна теорија и теорија личности. Радна теорија, коју је формулисао Џон Лок у седамнаестом веку, налаже да би сваки човек требало да буде власник производа сопственог рада и напора. На пример, уколико појединац доприноси обликовању идеје

36 Иста логика је примењива, безмало, на сва помагала која човек може да користи при стварању, без обзира да ли говоримо о папиру и оловци или програмима за обраду текста као што је *Microsoft Word*. За више вид. Ryan Abbott, „Artificial Intelligence, Big Data and Intellectual Property: Protecting Computer-Generated Works in the United Kingdom", 2017, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=3064213*, 18. 7. 2018, 2 и даље; A. Guadamuz, 4.

37 A. Chiabotto, 5.

38 За више о детаљним правима аутора у српском праву, видети ЗАСП, чл. 14–40.

или концепта својим интелектуалним радом на начин да се створи интелектуално добро, онда та особа треба да има право на неку врсту права над крајњим резултатом. Теорија личности, с друге стране, за коју се везују филозофи Кант и Хегел, држи да је интелектуални рад отелотворење личности и ума аутора, те да на основу тога мора бити заштићен. Управо овде можемо видети да вештачкој интелигенцији недостају одређене карактеристике које би омогућиле да јој се „препозна" ауторство. Наиме, ВИ не исказује какав напор приликом стварања интелектуалних добара – ВИ није свесна својих радњи (барем не још увек) и као таква не може да буде у било каквом стању намере. Због тога, чини се да се ни радна теорија ни теорија личности не могу односити на ентитет попут ВИ, те да се у њима не може тражити оправдање постојања ВИ „аутора".[39]

Утилитаристичка концепција, са друге стране, далеко је погоднија за примену у овом конкретном случају. Према овој теорији, главни циљ друштва јесте подизање нивоа друштвеног благостања, а што се остварује подстицањем људи да стварају и да објављују своја дела. Вештачка интелигенција, пак, нема потребе за подстицајима. С обзиром да нема потребе и за каквим мотиваторима, као што су храна, вода, финансијска накнада и томе слично, те да не би било икаквог начина да ВИ ужива економске[40] користи уопште, можемо закључити да се на ВИ не може применити ни утилитаристичка теорија.[41]

Поставља се питање, дакле, ко онда, ако не ВИ машина, може бити титулар ауторског права на делу које створи ВИ, те да ли је таквом делу уопште и неопходна заштита? У наредном делу анализираћемо да ли је уопште потребно пружити заштиту делима које створи ВИ, и уколико јесте, ко би био оптимални „аутор" коме би требало пружити највише овлашћења.

1. Да ли је дела које направи ВИ уопште потребно штитити?

Несумњиво је да је за друштвено благостање важно да људи стварају и да своја дела чине доступним јавности, али и да су, да би до тога и дошло, неопходни различити подстицаји. Уколико дела остају

39 Ana Ramalho, „Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems", *Journal of internet law*, Vol. 21–1, 2017, 25–26.

40 Pamela Samuelson, „Allocating ownership rights in computer-generated works", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 47, 1985, 1185–1199.

41 A. Ramalho, 27.

тајна, онда је друштво ускраћено за доприносе развоју науке, културе и иновације.[42]

ВИ можда нема жеље и хтења, али несумњиво је да их имају они који стварају ВИ системе и машине. С тим у вези, на посредан начин, требало би узети у обзир да се управо они морају таргетирати подстицајима – како да праве ВИ машине које су способне да стварају дела, тако и да тако настала дела учине доступним јавности. На основу тога можемо закључити да подстицаји, па макар и на посредан начин, играју велику улогу. Такође, уколико не постоји неки претпостављени људски титулар права, било би исувише једноставно да било ко „присвоји" дела које створи ВИ систем, а што би водило признавању ауторства појединцима без икакве основе.[43]

2. Људски („фиктивни") аутори

Вештачка интелигенција, колико год била тренутно развијена, још увек није способна да формулише жеље и хтења, те да буде подложна подстицајима на начин на који је то могуће код људског бића. Управо због тога машине, па и оне које оперишу уз помоћ ВИ система, немају признат субјективитет нити у једном правном систему у свету, па следствено томе немају ни правну ни пословну способност. Зато, беспредметно је дискутовати о „машини као аутору", чак и уколико је она способна да се креативно изражава. Такође, не би било могуће говорити ни о заједничком ауторству машине и човека – то би имплицирало да је могуће да машине буду титулари ауторског права, те да је могуће да имају намеру, с обзиром да је намера за заједничко стварање код коауторских дела пресудна.[44]

Након што се одбаци могућност „вештачког" аутора, остаје простора разматрати друга хипотетичка решења која су више у складу са основама права интелектуалне својине. Претпостављање ауторства и додељивање одговарајућих права људском бићу би било адекватније решење, а у складу са традицијом права интелектуалне своијне и прихваћеним филозофским и друштвеним уверењима.[45] С тим у вези, раз-

42 Па тако и Rex Shoyama, „Intelligent Agents: Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law", *Canadian Journal Of Law And Technology*, Vol. 4–2, 136.

43 A. Chiabotto, 13–14.

44 Па тако и Timothy Butler, „Can a computer be an author – copyright aspects if artificial intelligence", *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*, Vol. 4–4, 1981, 744–745.

45 A. Chiabotto, 15.

мотрићемо више актера као потенцијалних „фиктивних“ аутора[46]: програмера ВИ, крајњег корисника ВИ, власника ВИ машине, а и третман ВИ машине као запосленог у складу са третманом ауторског дела створеног у радном односу.

а) Проīрамер

Програмер машине која оперише са ВИ системом је свакако важан фактор у њеном стварању, нарочито када се узме у обзир да је стварање ВИ система изузетно напоран, интелектуално изазован и скуп рад. Такође, програмер је тај који ВИ систему даје концептуалне оквире унутар којих се систем може кретати, оспособљује га да ради и да се развија. Заштита интелектуалног рада програмера би допринела томе да се ствара више ВИ система, а што би допринело укупном развоју технологије и напретку вештачке интелигенције, те би било контрапродуктивно не штитити и наградити их. [47]

Развој вештачке интелигенције, као што је већ изнето, има изузетно корисне последице у много области, не само при стварању ауторских дела. Ипак, као што је већ изнето, ВИ системи могу да раде далеко више од онога за шта су испрограмирани.[48] Програмери, дакле, нису у стању да предвиде шта ће се створити, ништа више него што би, на пример, родитељи детета били у стању да предвиде какве ће оно песме писати.[49] Такође, програмери могу да траже заштиту другим путем, било да је у питању патентноправна заштита или уговорним путем лиценцирањем свог софтвера корисницима, па не делује правично да буду у позицији да одлучују о *de facto* сваком делу које њихов ВИ систем створи. На основу тога, програмери не би били идеални субјект ка коме би се могло алоцирати ауторско право у пуном обиму.

---

46 На сличан начин поједини аутори предлажу „фикције“ када је у питању одговарање за кривична дела које учине ВИ системи, за више видети Gabriel Hallevy (2015), 9 и даље.

47 K. Hristov, 438–439. Тако, на губитку би биле индустрије културе, али подједнако ако не и више индустрије попут образовања, медицине, технологије.

48 Stephen Thaler, „Neural networks That Autonomously Create and Discover“, *Imagination engines inc.,* 1996, доступно на адреси: *https://www.researchgate.net/publication/294097768_Neural_nets_that_create_and_discover*, 19. 7. 2018.

49 John Haugeland, „Artificial intelligence: The Very Idea“, *MIT press*, 1989, 12.

б) Крајњи корисник

Крајњи корисници[50] и начин на који они користе ВИ системе могу деловати као валидан разлог да се управо они третирају као аутори дела које такви системи створе. Ипак су они ти који раде са ВИ системом непосредно, дају му контролне инпуте, усмеравају, аранжирају и финализују крајњи исход, односно дело.[51] Међутим, корисници нису ти који стварају тржиште за дела које створи ВИ, на начин на који то раде, на пример продуцентске куће када је у питању филмска индустрија, те им не би ваљало пружити овакву, додатну заштиту.[52] Такође, питање је да ли је неопходно и пожељно подстицати крајње кориснике да на овај посредан начин „стварају", односно подстицати их путем института права интелектуалне својине.[53] Ово, нарочито ако се узме у обзир да крајњи корисници могу имати још мање утицаја[54] на крајње дело, уколико је ВИ систем довољно аутономан да може да прати команде као што би биле „насликај слику" без икаквих даљих инструкција.[55] Евидентно је, дакле, да крајњи корисници нису идеални „аутори" за ову сврху.[56]

в) Власник (инвеститор) система вештачке интелигенције

Власници ВИ система јесу особе које су уложиле финансијска средства како би се један такав систем развио. У том погледу, можемо видети постојање паралеле између позиције власника ВИ система и одређених титулара сродних права, на пример произвођача фонограма.[57] Следствено тој логици, по којој постоје сродна права, власник ВИ система, односно инвеститор у његов развој, јесте лице које је сносило највише финансијског и пословног ризика у развоју система, те би требало због тога јој пружити заштиту. Овакав став није без преседана, на сличан начин проблем ауторства „нељудских" субјеката регулише,

50 „*End users*" како се ословљавају на енглеском.

51 P. Samuelson, 1203.

52 R. Shoyama, 135.

53 P. Samuelson, 1224.

54 Поједини аутори ово пореде са корисницима видео игара који имају мали или никакав допринос, на пример изгледу ликова у игри. За више видети R. Abbott, 2017, 6.

55 Супротно A. Chiabotto, 17.

56 Па тако и K. Hristov, 444.

57 „*Произвођач фоноīрама је физичко или йравно лице у чијој орīанизацији и чијим средсшвима је фоноīрам начињен и који сноси одīоворносш за йрво снимање звука, односно низа звукова*", ЗАСП, чл. 125.

између осталих, и Уједињено Краљевство, а на такав начин да се за аутора компјутерски створених дела има сматрати она особа која је преузела „неопходне кораке" како би дело могло настати.[58] Ипак, проблем остаје у одређивању шта тачно подразумевају „неопходни кораци". Свакако да је то питање на које одговор може дати само судска пракса[59], али несумњиво је да је решење далеко од једноставног. Замислимо само ситуацију у којој један ВИ систем створи други ВИ систем, било као помоћни или као потпуно самостални. Уколико неки такав наредни, „низводни" ВИ систем створи какво дело, онда је веза између лица које је преузело „неопходне кораке" да изворни ВИ систем настане и крајњег дела које се посматра далеко слабија. Што бисмо више ишли „низводно" на сличан начин, то би било све теже оправдати алоцирање ауторства ка таквом организационом[60] субјекту.[61]

ī) Ауторска дела створена у радном односу

Када су у питању ауторска дела створена у радном односу, са правом се може рећи да би се могла повући паралела са проблемом ауторских дела које створи ВИ. Наиме, ВИ се, у крајњој мери, користи као средство за остваривање циља. ВИ може бити потпуно аутономна у бирању начина на који ће тај циљ остварити, као у случају када јој се издају кратки, апстрактни упути попут „напиши књигу".[62] У ситуацији у којој се говори о ауторском делу створеном у радном односу долази до „раздвајања" моралних и економских права. Искључива имовинска права на искоришћавање тако створених дела, у оквиру своје привредне делатности, прелазе на послодавца, док аутор има право на посебну накнаду, а он је титулар и осталих ауторских права.[63] Уколико би се

58 Закон о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства из 1988. године (UK Copyright Designs and Patents Act (CDPA)), чл. 178. Државе које на сличан начин регулишу ово су такође и Нови Зеланд, Ирска, Хонг Конг, Јужна Африка и Индија. За више видети A. Ramalho, 10; A. Chiabotto, 10; A. Guadamuz, 4.

59 Мада судска пракса као таква може бити посве различита, како унутар једног правног система, тако поготово када се посматра више правних система. За више вид. A. Ramalho, 19.

60 Вреди напоменути да постоје аутори који сматрају да би овакво „полагање оружја пред ноге" субјекту који је инвестирао новац био пораз ауторског права, те да би се „изгубила смисао ауторскоправне заштите" као такве. За више видети J. Ginsburg, 1091.

61 A. Ramalho, 11–12.

62 Оваква ситуација подсећа на ситуацију у којој особа А просто каже особи Б „напиши књигу", односно на ситуацију у којој се једна особа, практично говорећи, служи другом, као што је случај код радног односа.

63 Закон о ауторским и сродним правима, чл. 98. У српском праву период на који послодавац стиче искључива имовинска права је пет година, а тај период је

сличан режим искористио на дела која створи ВИ, избегло би се алоцирање било каквих права самој машини, потреба да се програмер призна као аутор, а и све веће промене самих основа права интелектуалне својине.[64] Управо из тих разлога, није редак предлог примене таквог, односно сличних режима, на ауторска дела која створи вештачка интелигенција.[65]

Ипак, остаје питање коме би се алоцирала морална права аутора, ако би већ економска прешла на „послодавца"?[66] Морална компонента ауторског права се несумњиво не би могла признати ВИ машини, али она свакако мора постојати. Такође, приметна разлика је управо та што, да би до примене овог института уопште и дошло – мора постојати радни однос између послодавца и запосленог. С обзиром да се радни однос формира уговором о раду, тешко је, ако не и немогуће, замислити постојање таквог споразума[67] између људског бића и машине.[68] Исто тако, не би било могуће да машина и човек „закључе уговор о делу.[69] И поред тога што неки аутори верују да би малим изменама овог режима било могуће[70] подвести под њега и ситуације у којима ВИ створи какво ауторско дело, чини се да ни ово решење није адекватно.

С обзиром на све изнето, нема сумње да питање исправног и правичног алоцирања ауторских права код дела које створи ВИ није једноставно. Постојање више заинтересованих страна компликује одабир правог пута, нарочито када се узме у обзир комплексност технологије као што је вештачка интелигенција. Тако, постоје аутори који се залажу да би се у разматрање требало узети више актера[71], као што су, на пример, они који тренирају сам ВИ систем давајући му повратне

неограничен уколико је ауторско дело у питању рачунарски програм. Пандан овом институту нашег права, у англосаксонском праву, јесте такозвани „work for hire doctrine".

64 A. Chiabotto, 18.

65 Па тако и Annemarie Bridy, „The evolution of authorship: Work made by code", *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 39, 2016, 400.

66 Притом, послодавац би, у овом случају, био изузетно сличан претходно анализираном власнику, односно инвеститору те би важили исти проблеми као и код тог субјекта.

67 A. Chiabotto, 18.

68 Нарочито имајући у виду да машина, како смо установили, не може да има жеље и намере, те ни правну ни пословну способност.

69 О овоме, али и о проблемима који могу постојати унутар „work for hire" доктрине видети. A. Ramalho, 11–12.

70 K. Hristov, 445.

71 S. Ravid, X. Liu, 20–22.

информације, јавност, влада или прибављачи података[72] на основу којих машина учи. Оно што је неспорно јесте да је неопходно стимулисати раст и развој система који оперишу са вештачком интелигенцијом[73], нарочито имајући у виду користи и вредности[74] које они, као такви, могу донети са собом.[75] С обзиром на то, неопходно је започети озбиљне дискусије и разматрања када је у питању однос вештачке интелигенције и права интелектуалне својине, понајвише узимајући у обзир да ова технологија има потенцијал експоненцијалног развоја великом[76] брзином.

V Закључак

Технологија вештачке интелигенције свакодневно напредује и усавршава се.[77] Логично је за очекивати да се актери који су, бар на неки начин, умешани у стварање ВИ, али и ВИ стварање, споре око користи која тако настане. Уколико се правни системи не прилагоде овим променама и не регулишу ову област на време, извесно је да ће бити мање правне сигурности.[78] Овај пут је пун изазова, како теоретски, тако и у имплементацији, имајући у виду да не постоји јасна дефиниција шта је тачно интелигенција[79], чини се да смо далеко од тога да можемо да

72 Овде се мисли на такозване „тренинг" податке, односно сетове података груписаних по базама података које ВИ систем обрађује на себи својствен начин и у зависности од намене, на пример тако што их категоризује по групама додељује им вредности. Ови подаци могу бити пресудни приликом развоја ВИ система, али њихови власници нису укључени у ову анализу из простог разлога што сматрамо да су већ довољно заштићени – у доброј су економској позицији јер поседују кључан инпут за учење ВИ. За више о овоме, али и проблемима који могу настати уколико ВИ повређује туђа ауторска права док их користи, видети: Benjamin Sobel, „Artificial intelligence's fair use crysys", *Columbia Journal of Law & the Arts, forthcoming*, 2017, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=3032076*, 19. 7. 2018, 1, 4 и 12–15; S. Ravid, X. Liu, 10; За више о значају тога ко је власник оваквих сетова података, али и о самим типовима података видети P. Cowan, J. Hinton, 8–10, ови аутори називају податке „горивом за вештачку интелигенцију".

73 R. Abbott (2016), 1081.

74 S. Ravid, X. Liu, 29–31.

75 R. Abbott (2017), 11.

76 A. Chiabotto, 18.

77 По неким прогнозама, индустрија ВИ ће достићи вредност од око седамдесет милијарди долара до 2020. године. За више видети Reuters, Tech CEOs declare this the era of artificial intelligence, Fortune, 2016, доступно на адреси: *http://fortune.com/2016/06/03/tech-ceos-artificial-intelligence/*, 20. 7. 2018.

78 R. Shoyama, 130.

79 A. Ramalho, 2.

дефинишемо шта је свест[80], а самим тиме и интелигентни ентитет.[81] На срећу, ВИ је још увек у одређеним аспектима ограничена, али напредује брзо.[82]

Неке земље, попут Јапана и Кореје, већ су отвориле теме као што су давање права[83] машинама, док је Саудијска Арабија отишла најдаље и дала држављанство хуманоидном роботу под називом Софија (*Sophia*).[84] Не улазећи у то да ли су овакве „манифестације" само привлачење пажње, остаје да је приватни сектор[85] далеко испред влада држава када је у питању прихватање ВИ и њено коришћење. [86]

Чини се да је дошло време да се преиспита човек као „центар" регулације права интелектуалне својине.[87] Овај процес захтеваће да напор међународне заједнице, који од скора постоји,[88] буде још одлучнији,

80 Питање је да ли су компјутери способни да буду свесни и самосвесни, а ако јесу – како бисмо уопште то могли опазити. За више о овоме видети Ian Kerr, „Spirits in the Material World: Intelligent Agents as Intermediaries in Electronic Commerce", *Dalhouse Law Journal*, 1999, Vol. 22, 217.

81 Stuart Russel, Peter Norvig, *Artificial intelligence: A modern approach*, 2013, 2–14.

82 A. Ramalho, 3–4.

83 A. Keisner, J. Raffo, S. Wunsch-Vincent, 35.

84 R. Abbott (2017), 13.

85 ВИ представља изузетно лукративно поље и важно је да компаније доведу у ред своје пословање и портфолио права интелектуалне својине како би могле да наставе да улажу у развој, M. Medeiros, J. Sanft; Такође, правна пракса обраћа пажњу све више на ВИ развој и саветује своје клијенте да се на време „наоружају", Mark Penner, Mark Vanderveken, „Could the creations of Artificial intelligence be entitled to intellectual property protection", Lexology, 2018, доступно на адреси: *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=37535418–709c-4d71-b4ba-26bc44d4ed4b*, 19. 7. 2018;

86 Довољно је само погледати учесталост подношења патентних захтева који се односе на вештачку интелигенцију. Нарочито када се узме у обзир колико је тешко добити патентну заштиту за компјутерски софтвер уопште, а тек за ВИ. За више видети Isi Caulder, Paul Blizzard, „Protecting and Navigating Intellectual Property for Artificial Intelligence Based Technologies", Bereskin&Parr, 2018, доступно на адреси: *https://www.bereskinparr.com/doc/protecting-and-navigating-intellectual-property-for-artificial-intelligence-based-technologies*, 19. 7. 2018; За саме бројеве патентних захтева везаних за ВИ, а и географска подручја где се они најчешће подносе видети: P. Cowan, J. Hinton, где аутори наводе да су земље са највећом учетсталости САД и Кина, а такође подвлаче важност улоге универзитета и образовних центара у развоју вештачке интелигенције.

87 A. Chiabotto, 1.

88 Као што је, на пример, овогодишње саопштење Европске комисије који се односи на подизање инвестирања у ВИ и постављање етичких правила, European Commission, Artificial intelligence: Commission outlines a European approach to boost investment and set ethical guidelines, 2018, доступно на адреси: *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18–3362_en.htm*, 20. 7. 2018; Такође, ЕУ је у јуну ове године формирала

нарочито имајући у виду све користи које се од ВИ могу убрати.[89] Наравно, тај процес би требало да буде постепен, без брзоплетог отварања дискусија[90] о постојању машина као „особа", *machine sapiens*.[91]

По свему судећи, сада је савршени тренутак да човек превазиђе инхерентну скепсу коју осећа према новим технологијама[92] и да се ухвати у коштац са „богом у машини".

***Andrija* ĐONOVIĆ**
PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTELLECTUAL PROPERTY – MACHINE AS AN AUTHOR?

Summary

Artificial intelligence in computer systems is a hot topic of discussion as of late, especially with all the benefits it brings across all industries. AI powered systems are capable to, partially or completely autonomously, perform complex tasks in lightning speeds. However, what happens when one such system creates an artwork that would be, by all characteristics, copyrightable if made by man? In other words, who would be the „author" of an AI created piece of artwork?

Високу Групу за ВИ – Група ће отпочети са радом ове године. За чланове групе, а и више детаља видети European Commission, High-Level group for Artificial Intelligence, 2018, доступно на адреси: *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-group-artificial-intelligence*, 19. 7. 2018.

89 Carlos Perez, „How Artificial Intelligence Enables the Economics of Abundance", Medium, 2018, доступно на адреси: *https://medium.com/intuitionmachine/artificial-intelligence-and-the-economics-of-abundance-92bd1626ee94*, 20. 7. 2018.

90 A. Guadamuz, 6.

91 Изненађујуће, овакве дискусије и погледи нису ретки, а дешавају се и код правника који се правом баве практично. За пример видети Huzefa Tawalla, Abhishek Senthilnathan, „Can artificial intelligence be given rights and duties", Lexology, 2018, доступно на адреси: *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=15937d6a-5421–487b-bf60–82a34cb79d79&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=Lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=Lexology+Daily+Newsfeed+2018–07–19&utm_term=*, 19. 7. 2018.

92 Примера ради, још је Платон, пре две хиљаде година, критиковао писани језик и тврдио да је далеко инфериорнији од меморисаног језика. За више видети Plato, *Phaedrus*, (Benjamin Jowett trans.), 1999, доступно на адреси: *http://www.gutenberg.org/ebooks/1636*, 20. 7. 2018.

Legal regulation of this area is either non existent or too abstract. The purpose of this paper, by using conceptual anlysis, is to provide an overview of potentially viable subjects to be assigned authorship over AI created artwork, following a brief depiction of anthropocentrism of IP regulation related to this matter, and current legal respones to AI. The goal of this paper is to provide a new starting point for future discussions on this subject matter, having in mind the expected regulation of AI in the near future.

Key words: *artificial intelligence, authorship, copyright, machine learning, intellectual property.*

Александар **СТЕВАНОВИЋ**
Мастер права и докторанд Правног факултета
Универзитета у Београду

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЛОБИРАЊА УЗ ПОСЕБАН ОСВРТ НА РАДНОПРАВНИ СТАТУС ЛОБИСТА: У СУСРЕТ ЗАКОНУ О ЛОБИРАЊУ

Резиме

Поред значајних правних инструмената међународних организација, све већег броја заговорника лобирања у академским и пословним круговима, оно се још увек сматра „сивом зоном" остваривања утицаја на законодавни и управне процес креирања јавних политика. Лобирање дуго, са изузетком САД није било предмет правног нормирања што је утицало на формирање предрасуда и стављања негативног предзнака када је лобирање у питању. Сваки покушај регулисања лобирања требало би да понуди јасну дефиницију појма, да на изричит начин утврди ко и под каквим условима може обављати лобистичку делатност, а ко се треба сматрати лобираним лицем и коначно да обезбеди механизме за транспарентност лобирања, као и за утврђивање одговорности за повреде правила о лобирању. Чини се да је у досадашњим академским радовима о лобирању, значајно већа пажња била посвећивана његовом демократском капацитету у смислу активизма и партиципације, као и разлучивању лобирања од корупције. Међутим, радноправни аспект лобирања остао је у другом плану, те ће у овом раду бити речи о радноправном статусу лобиста у светлу анализе постојећих нормативних решења и актуелних доктринарних питања.

Кључне речи: *лобирање, лобиста, радни однос, интересне групе.*

I Увод

Лобирање се у најширој јавности са правом перципира као делатност која се налази на ивици легалног и легитимног. Такво стање ствари је у највећој мери последица непостојања јасне представе о томе шта лобирање подразумева са правног становишта и какав утицај остварује на интегритет и поверење грађана у јавне институције и функционере са једне, односно на тржишну конкуренцију са друге стране. Отуда и не треба да чуди постојање дијаметрално супротних ставова о лобирању, а нарочито у контексту (анти) коруптивног потенцијала и домашаја које оно подразумева. Лобирање је тако за једне, само еуфемизам за злоупотребу материјалних и других ресурса и привилеговано остваривање приватног интереса, док за друге, оно представља део природе човека оличене у жељи да свој интерес заступа пред свима[1], значајан инструмент у борби против корупције, као и интегрални и конститутивни елемент сваког демократског поретка.[2]

Међутим, треба бити обазрив приликом изношења апсолутних закључака о лобирању као неспорном демократском инструменту. Наиме, како поједини аутори наводе, лобирање није одувек било прихваћено у пракси демократских поредака будући да се сматрало да директно подрива принцип владавине народа који на законом/уставом предвиђен начин заступају народни представници у парламенту.[3] О томе сведочи и чињеница да је лобирање у XIX веку било прописано као кривично дело у Џорџији и Калифорнији, савезним државама САД.[4] Покушај да се остварује утицај на процес доношења политичких одлука ван предвиђених законских и уставних оквира, сматран је опасним и непотребним паралелизмом који урушава принцип правне државе. Без обзира на овај помало идеалистички и утопистички став о представничкој демократији, лобирање се ипак временом наметнуло као друштвена реалност услед кризе представничке и партиципативне демократије, која је многе социјално-економске колективитете маргинализовала у погледу могућности утицања на креирање јавних политика и уопште учествовања у политичком животу заједнице.[5]

1 Балша Кашћелан, „Улога и место Закона о лобирању у политичком систему Србије“, *Српска политичка мисао*, бр. 17–29/2010, 136.

2 Александар Плавшин, „Под којим условима и како лобирање може допринети демократији“, *Scientific Journal for Theory and Practice of Socio-economic Development*, Nr. 2–4/2013, 418.

3 Ирена Петерлин, „Значај лобирања у Европској унији“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 2/2006, 244.

4 Sanja Barić, Ana Acinger, „Pravna regulacija položaja lobista u Sjedinjenim Američkim Državama“ *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Splitu*, br. 2/2018, 897.

5 Криза представничке демократије нарочито се огледа у промени природе и функције политичких странка које су се трансформисале из некада заступљеног

Све то је следствено водило и ка тражењу алтернативних начина и субјеката за заступање интереса таквих група, имајући у виду да се представничка функција демократије данас препознаје само у траговима. Ту на сцену ступају различите тзв. „интересне групе" које имају за циљ да непосредно или посредно обезбеде своје дефинисане интересе кроз стратегију лобирања код изабраних, именованих или постављених лица са адекватном политичком моћи одлучивања.

Према томе, лобирање би најпре требало разумети као технику ефикаснијег (у односу на традиционалне организације попут политичких странка) обезбеђивања партикуларног интереса онога ко лобира или за кога се лобира, а по логици ствари најчешћи наручиоци лобирања су субјекти који поседују највећу економску моћ. Ако оставим по страни лобирање које бисмо могли означити као политичко, најчешћи наручиоци лобирања су пословни ентитети који имају довољно средстава да плате скупе и софистициране услуге професионалних лобиста, али и врло одређене и конкретне интересе, те бисмо лобирање у ужем смислу могли означити као корпоративно или пословно лобирање. У складу са тим је и често цитирана дефиниција која лобирање одређује као политичко деловање приватних фирми (пословних ентитета), што пре свега укључује утицање на доношење правних прописа са општим важењем који би погодовали њиховим пословним аспирацијама.[6]

До сада је највећа пажња при разматрању питања лобирања на академском нивоу била посвећивана његовом (анти) коруптивном аспекту, што не треба да чуди имајући у виду велики број коруптивних скандала који су потресали политичку сцену широм света и изазивали велику пажњу јавности. Међутим, лобирање као релативно нов правни институт[7] остварује и значајне импликације на пољу радних односа и уопште радног права, те је неопходно сагледати и овај аспект феномена који још увек изазива амбивалентне ставове, како опште, тако и академске јавности. Ипак, зарад методолошке исправности, најпре би тре-

модела масовне странке у данас доминантни модел који се у литератури назива професионална, кадровска или картелска странка. Главне карактеристике новог модела политичке странке су између осталог и: смањење њене представничке функције, слабљење веза са социјалним групама, прагматизам и усредсређеност искључиво на изборе.

6 Madina Rival, *Lobbying by firms to influence public decision: is it a legal or an illegal networking? The cases of France and the United kingdom,* Berlin, 2008, 2.

7 Требало би се сложити са мишљењем да је лобирање феномен иманентан људској природи која тежи да свој интерес заступа у свакој ситуацији, што значи да је као такав постојао у међуљудским односима још од почетка развоја цивилизације. Ипак, први покушај законског нормирања лобирања и то парцијалног, десио se тек 1938. када су САД усвојиле Закон о регистрацији страних агената (*Foreign Agents Registration Act*).

бало одредити појам лобирања и указати на његове поједине *differentia specifica* карактеристике у односу на сличне феномене, а ту се посебно мисли на корупцију.

II Појам лобирања у контексту савремених друштвених околности

Када је реч о настанку термина „лобирање" постоји неколико верзија које се често наводе у радовима посвећеним овој теми. Међу њима се истичу она према којој је он настао средином XIX века захваљујући бившем председнику САД *Ulysses S. Grant-u* који је употребио тај назив да би описао многобројне трговце и политичаре који су се окупљали у предворју хотела *Willard* у америчкој престоници, не би ли ограбили прилику да са њима разговарају о својим проблемима и интересима. Друга најчешће навођена верзија порекло термина везује за парламентарну праксу Велике Британије према којој су се лобистима називали они чланови Парламента који су од других чланова тражили подршку у заступању својих ставова.[8]

Упрошћено говорећи, лобирање је активност коју људи предузимају несвесно у многим животним ситуацијама, па чак и оним најбаналнијим.[9] Лобирање се у свакодневном животу врши на свим нивоима, а његови актери су често и деца најмлађег узраста. Међутим, такво лобирање није предмет овог рада, нити је оно у фокусу правног одређења суштине појма, како са доктринарног, тако и са нормативног становишта. Потреба за дефинисањем лобирања, а потом и његовим адекватним регулисањем, првенствено постоји онда када се оно врши од стране професионалних лобиста који поседују неопходне интелектуалне, материјалне и социјалне ресурсе, када су лобирана лица представници јавне власти и када је циљ лобирања такав да може утицати на јавни интерес друштва или макар његовог већег дела.

У основи, лобирање је активност која има за циљ остваривање утицаја на законодавне и извршне органе власти који на основу устава и закона доносе јавне одлуке.[10] Грађани у складу са прокламованом слободом говора и политичког деловања настоје да непосредно или посредно остваре своје политичке захтеве најчешће тако што покушавају да утичу на процес креирања јавних политика и доношења одлука од

8 Klemens Joos, *Lobbyng in the new Europe – Successful representation of interests after the Treaty of Lisbon,* Minesota US, 2011, 15.

9 Б. Кашћелан, 136.

10 Lionel Zetter, *Lobbying The Art of Political Persuasion*, Hampshire, 2008, 3.

јавног значаја.[11] За тако нешто је потребна колективна акција, односно заједничко деловање које се реализује удруживањем у различите облике група и организација ради борбе и пропагирања заједничких интереса својих чланова. Таквим организацијама, традиционално се сматрају пре свега политичке организације које би у условима демократског поретка требало да окупе „истомишљенике", креирају, заговарају, а потом, уколико дођу на власт, спроводе јавну политику у складу са претходно усвојеним принципима и постављеном агендом.[12] Међутим, криза политичких странака која је примећена још у осамдесетим годинама XX века допринела је међусобном удаљавању политичких странака и њиховог руководства од грађана-бирача. Теоретичари политиколошке науке излаз из кризе у коју је запала партиципативна демократија виде у поновном враћању политичких странака грађанима, што би их учинило отворенијим за грађански активизам и политички плурализам, или, што је вероватније, у формирању и развијању нових облика активације и партиципације грађана у доношењу политичких одлука.[13] Лобирање је управо један од тих облика који грађанима пружа такву могућност. Међутим, проблем је што услуге лобиста нису доступне свима, те не би било потпуно неосновано очекивати и да лобирање као „комуникациони канал" којим грађанство комуницира са доносиоцима јавних одлука западне у одређену кризу, услед формирање не политичке, већ овога пута „лобистичке елите", која подразумева привилеговани део оних који себи могу приуштити професионално заговарање сопствених интереса.

Потребу за лобирањем су у досадашњој пракси најчешће испољавали пословни ентитети односно пословне „интересне групе" чији лобистички потенцијал варира у зависности од неколико фактора. У том смислу би се као релевантна могла узети подела коју у свом раду даје *Andrew Heywod*, а према којој се „интересне групе" деле на 1) групе посебних интереса и промотивне групе 2) инсајдерске и аутсајдерске групе.[14] Како исти аутор даље објашњава, разлика између групе посебних интереса и промотивне групе јесте у томе што се у првом случају ради о заступању искључиво појединачних интереса чланова групе, док се, када је реч о промотивној групи, ради о заступању јавног интереса, односно вредности чије би успостављање значило добробит за читаву

11 Срђан Кораћ, „Лобирање у институцијама Европске уније", *Међународни проблеми*, бр. 2/2010, 351.

12 Александар Стевановић, „Финансирање политичких субјеката: коруптивни потенцијал и значај адекватног законског регулисања", *Финансијски криминалитет* (уредник Јелена Костић, Александар Стевановић), Зрењанин, 2018, 336.

13 Горан Марковић, „Утицај политичких странака на развој политичке партиципације", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 1/2006, 104.

14 С. Кораћ, 351.

друштвену заједницу. Друга подела за критеријум узима позицију коју група има у односу на јавне институције и њихове представнике, односно могућност приступа и интензитет веза које група одржава са доносиоцима јавних одлука. Управо је задатак лобиста да од једне аутсајдерске интересне групе која их ангажује, учине од ње ону која се према датој типологији означава као инсајдерска. Могућност несметаног приступа доносиоцима јавних одлука као законом претпостављених лобираних лица и могућност одржавања блиских пословних или чак пријатељских веза које могу водити ка коначном обезбеђивању интереса наручилаца лобирања, одређује лобисте као успешне.

Процес лобирања се у одређеном смислу може сматрати комуникационим процесом у којем лобисти настоје да носиоцима законодавне и извршне власти пренесу информације које би требало да доведу до тога да се интереси група које наручују лобирање преточе у општи правни пропис и на тај начин ефикасно остваре и заштите. У том смислу, понекад од веће важности може бити комуникацијска вештина лобисте, него садржај информације или аргумената који се преноси, што у крајњој мери зависи од квалитета нарученог лобирања и умешности ангажованих лобиста.

До доношења Закона о лобирању у САД 1995. године (*Lobbyng Disclosure Act of* 1995. – *LDA*), лобирање је било дефинисано у пореском пропису (*Internal Revenue Code of* 2000) у односу на суштину и циљ своје активности. Према тој логици и одредби наведеног прописа лобирање представља активност која се односи на пропаганду (промоцију, друштвени притисак) или на остваривање утицаја на законодавство на било који други начин. Усвајање LDA од 1995. године не само да је значило прво систематично и целовито нормирање лобирања у САД, већ је са собом донело и другачији приступ у његовом дефинисању који су касније следиле и готово све европске државе. Нова законска дефиниција лобирања као централни појам више није узимала саму природу активности, већ лобирано лице као својеврсни објекат лобистичке активности.

Велика Британија је најдоследнија оваквом приступу иако она није на законској основи регулисала материју лобирања.[15] Међутим лобирање је у Великој Британији нормирано у Правилнику Парламента (*Code of Conduct for the members of the Parliament)*, што упућује на то да је сва одговорност поводом могућих злоупотреба код лобирања пребачена на лобирана лица, тј. законодавну власт. Овакво решење је адекватан одговор на активности *de facto* лобиста који нису регистровали почетак обављања своје активности и тиме избегавају транспарентан рад

15 Margaret M. Malone, *Regulation of Lobbyists in Developed Countries, Current Rules and Practises*, Dublin, 2003, 18.

који је услов легалног и легитимног лобирања. Дакле, лобирати може ко год хоће, без било каквих услова, док од државних функционера зависи хоће ли се процес лобирања претворити у корупцију или не.

Према томе, активности које подразумевају утицај у циљу остваривања одређених интереса, се могу подвести под лобирање у складу са законом, онда када се врши утицај на јавне функционере из извршне и законодавне гране власти. Ова дистинкција није без значаја ако се узме у обзир да лобирање у најопштијем смислу може бити и ангажовање познатих личности које би у свом јавном иступању заговарале одређену идеју, организовање различитих пропагандних кампања, трибина и осталих друштвених догађаја који имају за циљ да утичу на јавно мњење и креирају у друштву одређени став према неком питању, али без било каквог директног утицаја на званичне представнике власти. Отуда би активности сличне лобирању, а које не подразумевају директну везу са носиоцима власти било адекватније означити као јавно заговарање.

Узевши у обзир неке претходно размотрене важне и одређујуће елементе појма, лобирање би се могло дефинисати као *процес комуникације и остваривања контаката са јавним функционерима који врше професионалци са циљем да се легалним доносиоцима одлука интереси и идеје оног ко наручује лобирање представе као општи интереси које треба обезбедити остваривањем утицаја на процес доношења јавних одлука.*

Према теорији размене (*Exchange theory*) коју су социолози развили 60-тих година XX века,[16] однос приватних и јавних ентитета могао би се одредити као однос серија размене информација и ресурса. Анализа сопствене користи утиче на то са ким ће се ући у размену, која може бити дуготрајна и стабилна само онда када је заснована на реципрочној бази.[17] Поједини аутори суштину лобирања виде управо у томе да је оно таква врста агитовања која треба да убеди законодавца да уђе у процес „размене" баш са клијентом лобисте који у конкретном случају лобира.[18]

Потенцијална корист коју законодавна или извршна власт имају од „размене" са приватним (грађанским) субјектима може бити вишеструка, а да се при том не ради о директној противзаконитој користи коју стиче искључиво функционер и њему блиска и са њим повезана лица као што је то случај код корупције. Наиме, често када треба расправљати о неком уско стручном питању, законодавци ангажују ек-

16 Sol Levine, Paul White, *Exchange as a conceptual framework for the study of interorganizational relationships,* 1961, 587.

17 Pieter Bouwen, „Corporate lobbyng in the European Union: the logic of access", *Journal of European Public Policy,* Nr. 9–3/2010, 368.

18 Mark Kober – Smith, *Legal Lobbying How To Make Your Voice Heard*, London, 2000, 14.

сперте (универзитетске професоре, истраживаче, консултанте...) који могу наступати и као лобисти одређеног интереса. Такође, власт од лобиста може добити и друге значајне информације попут расположења јавног мњења у односу на неку политичку меру и тему, изводљивости одређеног пројекта итд.[19] Посебно је занимљив однос извршне и законодавне власти према великим корпорацијама које запошљавају по неколико хиљада или десетина хиљада људи. Доношење мера које се односе на пословање таквих привредних субјеката без консултовања заступника њиховог интереса могло би угрозити социјално-економски поредак државе.

III Радноправни елементи лобирања

Закон о лобирању у САД од 1995. године као први, а уједно и најутицајнији правни акт који је на систематски и свеобухватан начин нормирао лобирање, дефинише лобистичке активности као одржавање контаката, припрему и планирање стратегије остваривање утицаја на креирање јавне политике, истраживање о конкретном питању и остале легалне радње предузете у циљу остваривања интереса клијента, тј. наручиоца лобирања. Из оваквог одређења лобистичке активности произлази да је лобирање делатност која захтева скуп софистицираних знања и вештина које подразумевају мултидисциплинарност у раду и међусобно прожимање више научних области (право, економија, политикологија...). Отуда можемо закључити да се ради о једној сложеној делатности што је од значаја и када је реч о разматрању субординације као конститутивног елемента радног односа.

Управо се радни однос и перципира као централни појам радног права,[20] те ће кроз његову призму у наставку и бити представљен рад лобиста у складу са постојећом нормативом на упоредноправном нивоу. Према регулативи већине држава чланица Европске уније и САД лобирање обављају физичка лица – лобисти или правна лица која запошљавају лобисте и обављају лобистичке активности, под условом да су уписана у одговарајући Регистар. Са радноправне тачке гледишта лобисти који уз испуњење неопходних услова самостално обављају делатност чине категорију самозапослених лица, док они који раде у оквиру правног лица регистрованог за пружање услуга лобирања спадају у категорију запослених лица, уз одређене специфичности које ће у наставку рада бити изложене.

19 Б. Кашћелан, 138.

20 Сенад Јашаревић, „Радни однос – тенденције у пракси и регулативи“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2013, 237.

1. Лобиста као самозапослено лице

Подела на запослене и самозапослене последица је прихватања традиционалне концепције бинарног рада за другога, која се заснива на дихотомној подели између зависног и независног рада, чија је главна разделница радни однос, тј. начин на који је он дефинисан. Рад у оквиру радног односа био је један од кључних фактора економије XX века и елемент који је служио за неутралисање социјалне и економске неравноправности у односима између запослених и послодаваца.[21] Ипак, пут до усвајања јасне концепције радног односа није био нимало лак и било је потребно време како би се он правно, економски, политички и културолошки профилисао.

Крајем XVIII и XIX века, развојем правног појма „радни однос" најпре су се бавили судови[22] који су услед потребе да се суоче са појединим ситуацијама као што су одговорност послодавца за штету коју у раду трећем лицу учини радник, повреда на раду и томе слично, морали да креирају принципе, односно смернице за дистинкцију радног односа и осталих, грађанскоправних односа који подразумевају обављање одређеног рада за другога или пружање услуга. Тако су временом као последица судске потребе, али и праксе настали тзв. „контролни тестови" помоћу којих се утврђује да ли у конкретном случају рад обављан под влашћу и контролом послодавца, што је указивало на постојање радног односа уз њему иманентне социјално-економске карактеристике.[23] Садејством правне теорије и праксе, временом су се издвојили и поједини битни елементи[24] радног односа, а преглед домаће и упоредне литературе упућује да су међу њима најприхваћенији управо: 1) *субординација,* 2) *лична радноправна веза,* 3) *плаћеност рада* и 4) *добровољност*.[25] Нарочито у ранијој југословенској радноправној теорији, били су истицани и елементи попут 5) *професионалности* и 6) *интеграције у радну заједницу*.[26]

Последње декаде прошлог века донеле су значајне промене на пољу рада. Концепт „индустријског друштва" се полако напушта и прелази се на „постиндустријски модел" који подразумева и прилагођавање ново-

21 Сенад Јашаревић, „Уређивање радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада", *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2015, 1053.

22 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 55.

23 С. Јашаревић, (2013), 239.

24 Скрећемо пажњу да битне елементе који суштински одређују радни однос не би требало поистовећивати са индикаторима радног односа.

25 Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2015, 159.

26 С. Јашаревић (2013), 241.

насталим социјално-економским околностима.[27] Манифестацијама тог прилагођавања данас можемо означити промене у економским и технолошким условима рада, све уочљивије напуштање стандардног радног односа и његову истовремену „флексибилизацију" и коначно измењен друштвено-економски амбијент у оквиру којег се долази до запослења и обавља рад. Према ставу појединих аутора, радни однос који се темељи на подређености запосленог послодавцу при чему за узврат добијају неопходну радноправну и социјалноправну сигурност полако бива потиснут у други план од стране облика рада који не подразумевају субординираност што уједно значи и преузимање пословних ризика и одговорности у замену за могућност самосталног креирања услова рада и одлучивања о радном процесу.[28]

Насупрот „зависном раду" који се обаља у оквиру радног односа, самозапосленост се односи на такву врсту рада у којој не постоји континуитет плаћеног обављања послова искључиво за једног послодавца и под његовом контролом.[29] Заправо је појам самозапосленог лица и његовог рада адекватније дефинисати на негативан, резидуалан начин у односу на зависан рад у оквиру радног односа. Овакав приступ је прихватио и Европски суд правде у предмету бр. C-268/99 где наводи да се свака активност ван односа субординације ваља третирати као рад самозапосленог лица.[30] Поред одсуства субординираности у раду, у литератури се још наводи да самозапослена лица за разлику од запослених сносе и ризик активности и нису инкорпорирани у организовани радни процес послодавца.[31]

Управо је овакав рад својствен обављању тзв. слободних професија које изискују повећани интелектуални анганжман и поседовање специфичних знања, што је како смо претходно у раду истакли, карактеристично и за обављање лобистичких активности. Поред тога, лобирање данас подразумева и поседовање тзв. „социјалног капитала" који подразумева стицање и одржавање друштвених односа и контаката што представља својеврсни *conditio sine qua non* лобирања.[32] Самозапосле-

27 Libby Bishop, „Visible and Invisible Work: The Emerging Post-Industrial Employment Relation", in (eds.), *A web on the wind: The structure of invisible work, special issue of Computer Supported Cooperative Work* (ed. B. Nardi, Y. Engeström), 1999, 115.

28 Simon Deakin, „The many futures of the contract of employment" *Working Paper No. 191*, ESRC Centre for Business Research,University of Cambridge, 2000, 17.

29 Љубинка Ковачевић примећује да самозапослена лица сама одлучују о условима рада, врше рад за свој рачун и сама сносе ризик од својих пословних активности. Види више: Љ. Ковачевић, 214.

30 European Court Reports 2001, I-8615, 34.

31 Љ. Ковачевић, 214.

32 „Социјални капитал" се сматра и важнијим ресурсом сваке интересне групе него што је то поседовање материјалних средстава будући да се на тај начин обезбеђује

но лице само доноси одлуку о свим аспектима процеса рада, као што је одабир средстава рада, начина на који ће он бити обављан, у ком обиму итд. Анализом номотехнике прописа којима се настоји увођење лобирања у законске оквире, стиче се утисак да су законодавци широм ЕУ, али и у САД најпре имали на уму да се легалан процес лобирања повери лобистима који би своју делатност обављали као самозапослена лица у правној форми коју наше право познаје као предузетник.

Међутим у основи лобирања се налази и потенцијални сукоб интереса, до којег неминовно долази када два или више пословних ентитета настоје да остваре своје супротстављене или интересе који се услед конкуренције не подударају, утичући на креирање јавних политика и доношење јавних одлука. У том смислу, лобиста – физичко лице би се морао придржавати етичких принципа[33] и кодекса који забрањују злоупотребу поверења и сукоб интереса. То значи да се не може истовремено лобирати за два наручиоца, тј корисника лобирања који имају различите пословне аспирације, јер би у том случају једно од основних начела лобирања било нарушено. Треба имати у виду и околност да, како смо већ истакли, лобирање изискује значајну специјализацију у погледу поседованих знања, вештина, искустава и контаката. С тим у вези, тешко је замислити да лобиста појединац може подједнако успешно утицати на доношење одлука из примера ради области нафтне и области текстилне индустрије. Такође, важно је узети у обзир и да процес убеђивања својствен лобирању захтева утрошак радног времена који не оставља нарочит простор за друге клијенте. Из тих разлога би се оправдано могло очекивати да лобиста – појединац већи део своје самосталне и регистроване делатности на одређеном периодичном нивоу најчешће обавља за једног наручиоца, што га чини економски зависним у односу на њега.[34] Када је лобирање у питању, то је донекле препознао законодавац у САД предвидевши обавезу регистровања лобистичке активности уколико се кумулативно на њу утроши 20% радног анганжмана на тромесечном нивоу и уколико се по том основу оствари накнада[35] већа од 2.500 USD и то искључиво од једног

база клијената и осталих сарадника који олакшавају и помажу основну делатност групе.

33 Најчешћи је случај да се у прописима који нормирају материју лобирања предвиде начела која имају за циљ спречавање сукоба интереса, тј. обављање лобистичке делатности *bona fides*. У пракси појединих законодавстава се усвајају и посебни етички кодекси струке који детаљније регулишу ово питање.

34 То посебно важи за мање државе где у једној области постоји свега неколицина пословних субјеката који имају потребе за лобирањем и који имају довољно финансијских ресурса да га приуште.

35 Остваривање накнаде за рад од искључиво једног наручиоца посла у одређеном износу и временском периоду, а која представља основни извор прихода

клијента.[36] Проблем идентификовања временског периода који се у раду посвећује једном клијенту је присутан у пракси, а он нарочито важи за лобирање, будући да је досадашње искуство показало да обављање лобистичке делатности и поред законског регулисања, у многим државама остаје ван домашаја уредно регистрованог тј. транспарентног и легалног оквира.

Све је чешћа појава да послодавци ангажују, наизглед самозапослена лица и то на основу уговора грађанског права, која су готово у потпуности подређена власти[37] послодавца и интегрисана у његову радну организацију. Послодавци то чине у намери да смање трошкове рада и избегну релевантне одредбе социјалног, пореског и радноправног законодавства које радницима на које се односе гарантују одређена права која за послодавце значе и тзв. „трошкове радне снаге". Овакав рад се у теорији радног права означава као „лажна самозапосленост", а лице које обавља такав рад означава се термином „лажно самозапослено лице" (енгл. *false self-employed).*

Рад лажно самозапослених лица који прикрива и правно и економски зависан рад, треба разликовати од рада „тзв. „економски зависних радника" (енгл. *economically dependent worker)*. Овај потоњи „облик рада" карактерише постојање економске зависности радника у односу на наручиоца посла, а фактичког послодавца, а не правне подређености којој се у материји радно права даје више значаја. Ипак, законодавства појединих држава прихватају значај економске зависности и предвиђају још једну категорију радника и обим права и обавеза који се односи на њих.[38] Судска и законодавна пракса држава које су у одређеној мери прихватиле ову категорију радника, је на становишту да *рад коју пружа економски зависно лице није једнократне природе, већ да он мора подразумевати континуитет од неколико месеци,* што је случај у италијанском праву,[39] односно *најмање једне године* када је реч

самозапосленог је чест индикатор утврђивања категорије економски зависних радника која је посебно занимљива у контексту разматрања лобистичке делатности.

36 The Campaign Legal Center, The Failure of the Lobbying Disclosure Act (LDA) and Proposed Reforms, Washington DC, доступно на: *http://www.campaignlegalcenter.org/sites/default/files/LDA%20Fact%20Sheet%20FINAL%207–28–15.pdf*, приступ 13. 10. 2018.

37 Мисли се на управљачку, нормативну и дисциплинску власт послодавца у процесу рада.

38 Љубинка Ковачевић, „Персонално подручје примене радног законодавства-(не) поузданост критеријума за квалификацију радноправне заштите", *Зборник матице српске за друштвене науке*, бр. 3/2015, 511.

39 Љ. Ковачевић (2015), 513.

о немачкој судској пракси.[40] У појединим законодавствима се захтева и *лично обављање послова,*[41] што је како смо претходно изложили у складу са природом лобирања као својеврсне слободне професије.

Природа обављања лобистиче делатности која лобисте у значајнијем временском периоду оријентише ка неколицини, а често и само једном наручиоцу – клијенту, чини их потенцијално економски зависним радницима, уз додатне индикаторе попут личног обављања рада и остваривања главних извора прихода од једног наручиоца посла. На то упућује и увид у извештаје које лобисти у предвиђеном року подносе надлежним контролним органима, а који показују да поједини лобисти у дужем временском периоду пријављују обављање лобистичке активности за само једног наручиоца које трају и по неколико година.[42] Можемо закључити да се питање радноправне и социјалноправне заштите ове још увек недовољно прихваћене категорије економски зависних радника, како на нормативном, тако и на теоријском нивоу, итекако односи на лобисте и лобирање као делатност.

2. Лобиста као запослено лице

Поред могућности да се лобирање обавља у својству предузетника као самостална регистрована делатност, готово сва законодавства која су регулисала материју лобирања, предвиђају да се оно може вршити и од стране правних лица која запошљавају лобисте. Увид у званичне статистике о лобирању управо показују да су тзв. „лобистичке куће" далеко заступљеније него регистровани лобисти који самостално обављају делатност. Тежња ка удруживању се може правдати смањењем трошкова при обављању делатности, специјализацијом и иновацијом потребних материјалних и нематеријалних ресурса и повећаном конкурентношћу на тржишту. Наведени разлози односе превагу у односу на изражени лични карактер слободне професије каква је и лобистичка, а који традиционално утиче да се слободне професије обављају у индивидуалним формама.

Уз могућност удруживања регистрованих лобиста у правна лица која обављају лобистичку делатност, поједини закони, следећи тенденције у вршењу лобистичких активности, предвиђају и тзв. „*in house*" лобирање које се заснива на томе да за наручиоца лобирања, ло-

40 Adalberto Peruli, „Subordinate, autonomous and economically dependent work: a comparative analysis of selected European countries", *The employment relationship. A comparative overview* (ed. Giuseppe Casale), Geneva, 2011, 180.

41 Љ. Ковачевић, (2015) 513.

42 Доступно на: *http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do*, 1. 11. 2018.

бистичке активности обавља лице запослено или на други начин (ван радног односа) ангажовано код њега. Одавно је на основу емпиријских истраживања, али и статистичких показатеља макар када је реч о ЕУ[43], примећена тенденција померања средишта лобистичких активности од ангажованих професионалних, екстерних лобиста као посредника ка стратегији директног обраћања институцијама.[44] На тај начин се смањују трошкови ангажовања скупих лобиста, а активности које имају за циљ остваривање утицаја на доносиоце јавних одлука се поверава лицима из редова запослених, који најчешће уз то обављају и друге, редовне активности у складу са описом свог посла.

Занимљиво је питање обима субординације коју послодавац остварује над запосленим који у том својству, за послодавца лобира. Наиме, у радноправној теорији се истиче да субординација није увек хомогена категорија, већ да се однос подређености разликује у зависности од конкретног радног односа[45] па чак и конкретне активности која се обавља у оквиру радног односа. За активности попут лобирања, које захтевају висок степен самосталности у раду, није карактеристично издавање строгих и стриктних радних налога од стране послодавца. Стога је француска судска пракса седамдесетих година прошлог века у појам субординације инкорпорирала нови елемент који подразумева рад у оквиру организоване радне службе.[46] То значи да када су у питању активности које захтевају самосталност и имају изражени лични карактер, послодавац своју управљачку власт врши тако што одређује услове рада, распоред рада и томе слично, док начин на који се активности обављају у највећој мери зависи од запосленог који их обавља.

IV Закључна разматрања

Криза представничке демократије и отуђење политичких партија од бирача утицали су на губљење вере у традиционалне демократске механизме који остављају многе социјално-економске групе на маргини политичког живота, а нарочито активног учествовања у процесу креирања јавних политика. Приватни капитал све више доминира у укупним бруто друштвеним производима држава, што за последи-

43 Регистар лобиста на нивоу ЕУ на дан 1. 11. 2018. садржи 5.922 регистрованих лобистичких кућа – правних лица, наспрам 1.228 регистрованих лобиста – појединаца. Доступно на: *http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do*, 1.11. 2018.

44 С. Корач, 353.

45 Љ. Ковачевић (2013), 107.

46 Љ. Ковачевић (2013), 107.

цу има и тежњу власника таквог капитала да се питају када је реч о доношењу прописа из области које тангирају њихово пословање.

Можемо констатовати да лобирање данас представља својеврсну друштвену реалност, а када је већ тако, онда је неопходно најпре добро разумети сам појам и сагледати све његове аспекте, а потом га и регулисати законом на адекватан начин. У супротном ће потенцијални лобисти остати у „сивој зони" пословања, а евентуално усвајање закона о лобирању не би учинило дистинкцију у односу на корупцију, што би требало да буде и најзначајнији мотив доношења прописа који регулишу материју лобирања.

Највећи изазов са којим би требало да се суочи сваки покушај увођења лобирања у законске воде јесте чињеница да је јако тешко приморати некога ко има мноштво дугогодишњих контаката и праксу утицања на органе јавне власти да региструје своју делатност на законом предвиђен начин. То се нарочито односи на транзиционе и државе са високим степеном корупције. Пример за то је Црна Гора у којој је од ступања на снагу тамошњег *Закона о лобирању*[47] 2014. године у Регистар уписано тек петоро лобиста од чега троје након две године од увођења Закона у правни систем. Утолико је важније имати у виду и одређене стимулативне мере, које би, уколико је лобирање већ на прагу озакоњења, заиста довеле до тога да се лобистичка професија профилише у друштву на адекватан начин. С тим у вези је посебно важно и на одговарајући начин уредити радноправне односе који произлазе из обављања лобистичких активности.

47 *Службени лист ЦГ,* бр. 52/14.

***Aleksandar* STEVANOVIĆ, M.A.**
PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

THE CONCEPT AND IMPORTANCE OF LOBBYING WITH SPECIAL REFERENCE TO EMPLOYMENT STATUS OF LOBBYISTS: ENCOUNTERING THE NEW LAW ON LOBBYING

Summary

This paper presents the key issues of lobbying with pointing on lobbyist employment status. Lobbying was presented as a paid activity in which interest groups hire well-connected advocates to argue for their interest in decision-making process. It was also stated that lobbying is still not recognized as legitimate and necessary in democracy. However, recognizing the importance of lobbying in modern democratic societies should lead to the regulating lobbying in an adequate manner in trying to obtain a wider confirmation. It means that every single lobbying regulation needs to ensure: transparency of the process; useful definition of terms especially of lobbying, lobbyist and lobbied person; accountability for violation of the lobbying and all the other relevant norms. Promoting an atmosphere of accountability and transparency has to be a main goal and if that achievement was made, lobbying could be the real alternative for the traditional participatory democracy. Before that it is necessary to regulate labour relation when it comes to the lobbying. It also has to be mentioned that drafting Law on Lobbying means a huge step forward for Serbia in the process of EU integration. Adequate lobbying regulation also means the strengthening ant-corruption effort.

Key words: *lobbying, lobbyist, labour relation, interest groups.*

АРБИТРАЖНА ПРАКСА У ПОМОРСКОМ ПРАВУ

др *Зоран* РАДОВИЋ

ПЛОВИДБЕНО ПРАВО И АРБИТРАЖА

I Увод

Прве арбитраже за режавање спорова, насталих на мору, појавиле су се у 18. веку за време активности карибских гусара и „privateers".[1] Редовни суд је предмет спора уступио арбитражи од четити члана у Новом Амстердаму, данашњем Њујорку у време када су Холанђани купили Менхетн од Индијанаца и продали Енглезима 1626. године. Тужилац је тражио да се његов брод ослободи, заустављен судским путем, због неплаћања уговорене цене. Већ 1766. у Њујорку основана је привредна комора за решавање поморских спорова путем институционалне абитраже. Удружење поморских арбитара основано је у Лондону 1963. Донело је своја арбитражна правила. Омогућила је странкама изводјење доказа које редовни суд не би прихватио.

Лондонска поморска берза, тржиште бродског простора, (*The Baltic Exchange*) прославила је 1960. тристагодишњицу од оснивања поморске арбитраже. Касније се оснивају арбитраже за решавање специфичних спорова, нпр. за утврђивање висине награде за спасавање брода због опасности да потоне. Важно место у овој области свакако припада Конвенцији Уједињених народа о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

1 Лица која су добила овлашћење енглеске државе да за време мира нападају шпанске бродове који су преносили злато из Америке. Добијено овлашћење (*letter of marque*) прихваћено је као ризик покривен Лојдовом полисом осигурања.

II Море

Према римском праву (*Digeste*), море по својој природи улази у категорију ствари, познатих под називом *res publicae*, за које се сматрало да нису предмет приватноправних односа. По природном праву ваздух, вода и море припадају свима. „Слобода мора“ (*mare liberum*) представља принцип међународног права. Отворено море за разлику од теритотијалног мора, отворено је свима за пловидбу (Конвенција Уједињених народа о праву мора од 1982).

III Брод

Како су море и поморски простор, природни оквир и нужна претпоставка сваке поморске делатности, тако је и брод основно материјално средство за реализацију те делатности. Брод (*navis*) у изворима римског права у Дигестама помиње се више од четири стотине пута. Као синоним непосредно је везан за употребу и основну функцију брода. Намењен је пловидби на реци и мору.

Закон о трговачком бродартсву (*Сл. ïласник*, бр. 96/2015) у својим уводним одредбама не објашњава појам брода. Уписом брода у уписник бродова идентификује се и постоји све до његовог брисања. На њему постоје стварна права, хипотека и законска заложна права.

У имовинскоправном смислу под појмом брод обухваћен је сваки пловни објекат оспособљен за пловидбу морем и унутрашњим водама. По свом физичком својству брод је покретна, састављена и недељива ствар.

Од свих мртвих ствари, како је рекао један енглески судија у 18. веку, брод је најживљи. Брод је субјекат права. Лице које је претрпело штету услед удара брода у лучко постројење, може да бира да ли ће накнаду штете тражити од власника брода, тужбом *in personam* или од брода тужбом *in rem*. У Закону о трговачком бродарству тужба *in rem* за накнаду штете је привилегиовано право, представља законско заложно право на броду. Настанак привилегија је условљен економском потребом да се одређеним потраживањима пружи гаранција која повериоцу треба да омогући да продајом брода судским путем наплати своје потраживање. Међународна конвенција о изједначавању неких правила о поморским привилегијама и хипотекама од 1926. године, измењена 1993. године, наводи која су потраживања привилегована и редослед њихове наплате. Привилеговано потраживање се не гаси променом власништва брода. Привилегије на броду унутрашње пловидбе

предвиђене су у Међународној конвенцији о упису бродова унутрашње пловидбе од 1965. године.

Међународна конвенција о привременом заустављању поморских бродова судским путем од 1999. године набраја поморска потраживања због којих се брод може зауставити. Поморска потраживања не обухватају све поморске привилегије. Постигнут је компромис између англосаксонског права и континенталног права.

IV Арбитража

Решавање спорова путем арбитраже предвиђено је како у уговорима о искоришћавању бродова тако и уговорима о продаји робе која се бродовима превози. И једни и други уговори имају уграђен механизам о подели права и обавеза и одговорности. Садрже одредбе о преласку ризика са једне на другу уговорну стану. У овом делу наведени уговори се не подударају.

1. Уговори о искоришћавању бродова

Бродарски уговор за одређено путовање (Gencom 1976. *Voyage Charterparty*), који закључује оператер, држалац брода и носилац пловидбеног подухвата, без обзира да ли је власник брода са корисником превоза, предвиђа решавање спорова путем арбитраже.

Арбитражна клаузула у бродарском уговору прописује примену енглеског права за све спорове настале у вези са бродарским уговором на основу енглеског Закона о арбитражи. Уколико се стране у спору не договоре за избор једног заједничког арбитра, свака страна бира по једног и заједно бирају трећег.

Оператер брода за терет укрцан на брод, издаје крцатељу теретницу (коносман) која се позива на бродарски уговор и његову примену. Код трговине робом са наплатом путем документарног акредитива теретница има важну улогу и то као правни инструмент преноса права располагања робом. Теретница омогућава купцу да са брода преузме купљену робу у луци одредишта. Преносивост теретнице приближава теретницу хартији од вредности.

Пример 1: Трговачка агенција ГАЛА из једне државе иза Урала, ангажовала је фирму БЕТА из Беча да за њен рачун купи сточну храну у Кини. За куповину сточне хране наручилац је БЕТИ платио. БЕТА је купила сточну храну од фирме ЗЕТА. Уговор је предвиђао плаћање путем докуменарног акредитива. Превоз сточне хране извршен је бродом МАРИЗА на релацији Далиан до Новоросиска у Црном мору. Сходно

уговору о продаји ЗЕТА је поднела банци БЕТЕ робна документа (фактуру продавца, теретницу и полису осигурања) да изврши наплату. Банка је одбила плаћање јер јој није била поднета оригинална теретница, већ њена фотокопија. Одбила је плаћање и други пут. Није прихватила ни фотокопију теретнице са оригиналним печатом. Брод је већ дошао у Новоросиск. Из непознатих разлога, на недозвољен начин, сточну храну није примила БЕТА, није ни могла, јер није имала оригиналну теретницу. Сточну храну примила је ГАЛА која је железничким вагонима отпремила сточну храну у државу иза Урала. ЗЕТА је сазнала да је ГАЛА већ платила сточну храну БЕТИ. БЕТА је плаћање одбила ЗЕТИ, условљавајући плаћање доставом робних докумената. ЗЕТА је покренула абитражни спор и арбитражу добила јер БЕТА није имала правног основа да задржи новац.

Полиса осигурања не покрива овакав губитак.

Пример 2: Уговор о превозу пиринча бродом ВАЛЕНТИН ЗОЛОТАРЕВ од кинеске луке до бугарске луке, предвиђао је арбитражу за решавање спорова. Уговор о продаји пиринча по паритету ЦИФ са плаћањем путем документарног акредитива, такође је предвиђао арбитражу за решавање спорова. Извршена је наплата пре приспећа брода у луку Бургас. Прегледом пиринча на броду утврђено је да је пиринач плесњив и да није за људску исхрану. Постојале су индиције да је бродар одговоран, јер није исправно вентилирао пиринач. Заповедник брода је побегао и са собом понео денвник из кога би се могло видети како је извршена вентилација пиринча. Продавац је преварио купца. Није осигурао робу полисом од свих ризика (*all risks policy*). Банка која је извршила плаћање цене није уочила да је у полиси писало „од свих ризика по клаузули Б". Клаузула Б је покривала само набројане ризике. Хаваријски комесар бугарског осигуравача тестирао је пиринач на присуство морске воде. Како није дошло до продора морске воде у брод, због које би пиринач могао постати плесњив, штета није била плативa из осигурајња. Узрок штете на пиринчу може бити не само због погрешне вентилације пиринча, већ и због погрешног слагања пирцинча у врећама које је вршено под надзором продавца. У датој ситуацији имамо следеће уговорне односе:

– између продавца и купца пиринча
– између превозиоца и власника пиринча
– између осигуравача пиринча и корисника осигурања

Покренут је арбитражни поступак против бродара. Поступак није водјен. Дошло је до поравнања са осигуравачем одговорности бродара (*P&I club*) из Лондона.

2. Уговори о коришћењу шпедитерске потврде

Шпедитери учлањени у своју професионалну организацију (FIATA) издају потврду која се користи у трговини уместо друге превозне исправе, примера ради, теретнице.

Пример 3: Уговор о куповини *Samsung* телевизора закључио је купац из Новог Сада са јапанским продавцем, са паритетом ЦИФ. Уговор је предвиђао наплату путем документарног акредитива. Робна документа по условима акредитива су садржала фактуру продавца, полису осигурања и шпедитерску потврду. Купац је уредно платио телевизоре. У случају спора уговор о продаји је предвиђао арбитражу. После поморског превоза од Копра до Новог Сада пошиљка телевизора је упућена маршутним возом који се на путу не зауставља. На путу цела композиција вагона је нестала (у време када се СФРЈ гасила). Продавац је хтео да од банке купца наплати вредност пошиљке подносећи јој робна документа. Банка је одбила исплату с обзиром да је у шпедитерској потврди наведено да продавац има право располагања са робом. Арбитражни поступак није вођен, јер је продавац у међувремену банкротирао.

3. Уговори о продаји робе

Извоз робе у расутом стању (*bulk*) из Србије највећи је код извоза жита речним баржама (шлеповима) Дунавом до Браиле и претоваром у поморске бродове. Због тога што је кукуруз берзанскИ артикал који се честопрепродаје у току превоза, уговорни услови продаје морају бити познати. За продају кукуруза често се користе стандардни услови асоцијације GAFTA (*The Grain and Food Trade Association Ltd*.) из Лондона.

Наша земља је ратификовала Конвенцију Уједињених народа о међународној продаји од 1980. Неки наши житари је не воле. На пример, типски уговори о продаји соје изричито искључују њену примену. Њима су довољна Једнообразна правила и обичаји Међународне трговачке коморе.[2] Трговцима често ни писмени уговор није потребан. Још у Библији се уочило да усмени уговор није добар.[3]

ЖИТА СРБИЈЕ (Пословно удружење за унапређење производње и извоз жита) донела је Правилник о раду арбитражног суда. Споразум о

2 Предвиђају да банка приликом пријема робних докумената и плаћања уговорне цене није дужна да проверава форму, тачност или фалсификат примљених докумената.

3 Јаков је усмено уговорио да ће се оженити млађом ћерком Лебана под условом да оре њиву седам година. Ћерка је после затражила да оре још седам година.

арбитражи мора бити закључен у писменој форми са применом Закона о арбитртажи. Претходно пословно удружење за унапређење производње и извоз жита Југославије донело је типске уговоре о продаји кукуруза за извоз под називом Југа 1, 2, све до седам са познатим паритетима ФОБ, ЦФ, ЦИФ, до франко железнички вагон. Пре њиховог усвајања добијена је сагласност мултинационалних компанија из сектора жита. Ови уговори се и данас користе само не под датим називом. Садрже клаузулу о арбитражи.

4. Уговори о спасавању брода

Спасавање бродова на мору и робе превожене бродом регулисано је међународним конвенцијама и Законом о трговачком бродарству. За спасавање брода и терета спасиоцу припада правична награда. Предвиђена су мерила за утврђивње награде. Висина награде не може бити већа од спасене имовине.[4] Однос између спасаваног и спасиоца најчешће се регулише уговором познатог под називом „без успеха нема награде". Најпознатији уговор из ове области је енглески уговор LOF (Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement – no cure, no pay). За утврђивање права спасиоца на награду и њену висину предвиђена је арбитража уколико спасени интереси (брод и терет) не прихвате захтев спасиоца. Да би се омогућило броду да исплови, спасилац добија гаранцију да ће му награда бити исплаћена на основу одлуке арбитраже. Уобичајено је да гаранцију спасиоцу издаје P&I клуб (за заштиту и накнаду) у који је брод учлањен.

Пример 4: ЈУГОБРОД из Београда продао је брод швајцарском купцу. Није узео гаранцију да ће купац платити цену. Брод је променио заставу (у Либеријску) и добио је име АГДИР 2. Убрзо је у строју брода избио пожар. Бачен је инертни гас за гашење пожара. Два дана касније утврђено је да су вентили разбијени и морска вода продирала је у брод. Намерно потапање брода изведено је нестручно. Због тога што је крмени део брода био тежи, морска вода више није могла да улази у брод. Ангажован је професионални спасилац из Сингапура. Београдска банка, која је имала хипотеку на броду, платила је награду за спасавање. Награда за спасавање је платива од осигуравача бродског каска. Брод је био осигуран код Лојда који је на постављени одштетни захтев одговорио: „наши адвокати су нам саветовали да ову штету не платимо". С обзиром да су енглески адвокати Београдске банке сматрали да не постоје изгледи да се добије спор против Лојда, Београдска банка је путем лондонског нотара продала брод Југоброду.

4 Право спасилаца за награду за спасавање брода и терета регулисано је још у дубровачком Закону о поморском осигурању донетом у XVI веку.

5. Заједничка (генерална) хаварија

Под заједничком хаваријом подразумевају се материјалне штете и издаци настали као последица мера предузетих од стране заповедника брода или посаде у циљу спасавања брода, робе и других материјалних интереса од заједничке опасности због чега их заједнички сносе бродар и власник робе.

Закон о трговачком бродарству прописује да ће се заједничка хаварија решавати применом Јорк-антверпенских правила, последња верзија правила, уколико се хаварија десила на мору. Дунавска правила о заједничкој хаварији од 1985., са изменама и допунама од 1990., донета су на основу Братиславског споразума дунавских бродарстава. На Рајни су на снази IRV правила од 2006.

Јорк-антверпенска правила предвиђају да уколико је пловидбени подухват, брод и терет, спасен од пропасти интервенцијом спасиоца, поднети трошкови, укључујући и награду за спасавње, биће третирани као награда за спасавање.

Пример 5: Брод СМЕДЕРЕВО Београдске пловидбе укрцао је руду гвожђа у Јужној Америци (Перу) намењену за железару у Смедереву. У водама Чилеа, у невремену, брод је претрпео хаваријy и склонио се у *Concepcion* канал. Заповедник брода најавио је заједничку хаваријy. Професионални спасилац из Порто Аренаса привремено је поправио брод. Представник Лојда из Вирџиније дошао је на брод и издао цертификат да је брод способан за пловидбу тегљењем. Брод је отегљен на север Чилеа где је поново поправљан. С обзиром да на западном делу америчког континента није постојала лука за искрацање руде гвожђа, ангажован је холандски професионални спасилац који је отеглио брод, четири миље на сат, до Јужне Кореје где је руда искрцана и продата. Невреме је даље повећало штету на броду тако је брод исечен на Формози и продат у старо гвожђе.[5] Професионална фирма за ликвидацију заједничке хаварије из Лондона именована је од Београдске пловидбе за ликвидатора заједничке хаварије и власник терета (Југометал) је именовао коликвидатора. Издат је докуменат о расподели трошкова у заједничкој хаварији (диспаша). Београдска банка на броду је имала уписану хипотеку. Арбитражни поступак није водјен с обзиром да су брод и терет били осигурани код истог осигуравача који је платио штету.

5 У кабини заповедника брода била је уметничка слика „Проклета Јерина“ поклон градоначелника града Смедерева. Веровало се да је слика донела броду несрећу. Била су два предлога.

6. Уговор о реосигурању

Уговор који закључују реосигуравачи за решавање спорова предвиђају арбитражу.

Пример 6: Компанија из Београда продала је робу ирачкој агенцији и за превоз робе ангажовала је брод ЕОН. Роба је укрцана у луци Бар. Када је брод прошао кроз Суецки канал, брод уместо да уплови у Црвено море, кренуо је на југ да искрца неку другу робу. У повратку се покварио због отказивања електронских уређаја. Професионални спасилац је отеглио брод до прве афричке луке. Компанија која је продала робу платила је спасиоцу награду за спасавање у износу од 1.000.000 америчких долара. Брод је био мале вредности, а његов бродовласник је банкротирао.

Иностранн реосигуравач позивом на енглеско право, одбио је да плати свој удео у штети објашњавајући да је осигураник прекршио уговор о осигурању. Осигураник је у уговору о осигурању јемчио да ће на броду бити оружана пратња због опасности од сомалијских гусара. Јемство (*waranty*) енгеског права осигурања мора се испунити у целости. Околност да настала штета (награда за спасавање) није ни у каквој вези са датим јемством, искључује одговорност осигуравача.

Уговор о реосигурању предвидео је арбитражу за решавање спора. Уговорена је арбитража у Београду и примена српског права. С обзиром да српско право не познаје институт јемства енглеског права осигурања иностранн реосигуравач је спор изгубио.

7. Решавање спорова

Бродарски уговор за одредјено путовање (Gencon Charter) предвиђа да ће се уговор тумачити применом енглеског права у Лондону на основу Закона о арбитражи.

GAFTA (енглеска асоцијацијаза продају жита) такође предвиђа примену енглеског права и са седиштем арбитраже у Лондону. ЖИТА СРБИЈЕ предвиђају примену српског права са седиштем арбитаже у Београду. Арбитражни суд је дужан применити право које су странке изабрале као меродавно материјално право. Ако странке то нису одредиле, арбитражни суд је дужан применити право утврђено правилима о сукобу закона која сматра меродавним.[6] Уколико у уговору о арбитражи није одређено право које ће се примењивати, не постоје опште прихватљива решења.

6 Правила о арбитражи Комисије Уједињених народа за међународно трговачко право (UNCITRAL) од 2010. године.

V Право државе припадности брода

Брод за време пловидбе мора бити подвргнут одређеном суверенитету. С обзиром да се брод стално креће, право државне припадности брода обезбеђује правни континуитет и једнообразни правни режим. Не представља негацију *lex situs*-а већ само његову адаптацију због специфичности самог брода.

1) Lex situs брода

Поборници ове теорије сматрају да не постоје разлози због којих би требало правити разлику између брода и осталих покретних ствари. Не можесе избећи фактички ситус брода у поступку његове принудне продаје.

2) Lex fori

Премда ће примена *lex fori* најчешће бити идентична са лех ситус-ом брода то неће бити увек случај. Решење се ипак оправдава једноставношћу и извесношћу. Закон о трговачком бродарству не садржи релевантне одредбе из ове материје. Укинут Закон о поморској и унутрашњој пловидби предвидео је да се на права на броду примењује право државне припадности брода. Обухваћена су уговорна и законска заложна права. Закон није изричито навео који моменат је важан за просуђивање државне припадности брода. Прихватљиво решење је да је то час судског заустављања брода.

3) Хамбуршка правила

Хамбуршка правила (Конвенција Уједињених народа о превозу робе морем) од 1978. прописују да ће се спор у вези са уговором о превозу робе решавати путем арбитраже.

4) Уредба бр. 44/2001. Европске уније

Уредба којом се утврдјује судска надлежност, признање и извршење судских пресуда, односи се и на арбитраже.

Пример 7: Европски суд правде узео је у разматрање одлуку енглеског другостепеног суда у случају *Allianz Spa* против *West Tankers Inc*. према којој међународна арбитража може бити замењена вођењем судског спора у другој држави. Брод *West Tanker* у власништву *West Tankers Inc*. чартрован (унајмљен) од Ерг, сударио се са покретним лучким уређајем у Италији у власништву Ерг. Ерг је поднео захтев за накнаду штете осигуравачима брода (*Allianz and General*) до лимита колико су ови осигуравачи носили ризик. Осигуравачи су платитили штету и путем суброгације поднели тужбу у Италији против *West Tankers Inc*. да би остварили накнаду за штету коју су платили. *West Tankers Inc*. се

обратио енглеском суду са захтевом да својом одлуком спречи вођење судског спора у Италији с обзиром да је спор са Ерг настао на основу бродарског уговора (charterparty) који је предвидео решавање спора путем арбитртаже. Европски суд правде је прво утврдио да се у овом случају Уредба не примењује. Европски суд је искључио могућност да енглески суд спречи вођење спора у Италији. Верује се да ће наведена одлука Европског суда правде имати далекосежне последице.

VI Закључак

Учесници у међународној трговини са расутим теретом, кукурузом, пшеницом и другом робом ове врсте, у поморском и речном превозу, изложени су у већој мери ризицима и опасностима у поређењу са учесницима у копненом превозу. Изложени су и превозиоци. Разлога има више.

- море и река нису природна средина у којој човек живи;
- опасности отвореног мора су увек присутне без обзира на технолошки напредак у пловидби;
- брод покретна ствар тиче луке разних земаља са различитим правним режимима и јурисдикцијом;
- брод је субјекат права уписан је у уписнике бродова разних земаља;
- на броду постоје уговорна (хипотека) и законска заложна права (привилегована потраживања);
- повериоци могу да бирају („shopping“) у којој ће држави своје право на накнаду остваривати;
- не постоји јединствено решење за утврђивање меродавног права;
- море по својој природи омогућава да се изврше криминалне, преварне и друге недозвољене радње.

И најсавеснији учесници у међународној трговини и превозу терета могу се наћи у ситуацији да некоме буду одговорни и поред мера које су предузели уговорима са обезбеђењима путем гаранција и осигурањем.

Решење је у арбитражи. Предности арбитраже су познате. Уочена је тенденција да се све више примењују *ad hoc* арбитраже. Флексибилне су и јевтиније. Нема ограничења у погледу доказа који се могу поднети. Није увек ни потребно да је унапред уговорена примена права одређене земље.

Ако се спор односи само на правна питања било би целисходно решавати их пред редовним а не пред арбитражним судом. Арбитража има и недостатке. Арбитражу не добија увек странка која је у праву. Зависи колико се темељито и стручно припрема и улаже у арбитражу, адвокате специјализоване за арбитраже као и вештаке, специјализоване куће, нпр., инжињера (*quantum engeeniers*) за арбитраже.

Један индијски правник, половином прошлог века, својим студентима почео је предавање: „нема грешке без незнања ни преваре без грешке". Арбитража овде не помаже.

Какву будућност има међународна арбитража. Дуго времена се веровало да је знање најбитније. Данас је често најважније располагати са подацима који се добијају путем интернета, и других техничких средстава. Вештачка интелигенција, са својим великим капацитетом брзо процесуира податке и може да замени млађе правнике. Прикупља податке уз малу могућност грешке.

Познато је да се будућност убрзава, од буржоаске, социјалистичке, индустријске, технолошке и друге револуције. У исто време када је човеку омогућено да располаже са великим бројем података, арбитража се нашла под ударом критике, да арбитражне одлуке доноси мали број људи далеко од јавности. Због тога се предлаже „демократизација" арбитражних одлука објављивањем. Право мора бити познато и предвидљиво. Доноси правну сигурност.

Не очекује се да стране у спору покажу једна према другој увиђавност која је по речима светог Бенедикта матер свих врлина. Међутим, морају да прихвате универзалне људске вредности. Арбитражни трибунал код доношења својих одлука не сме их заобићи.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италик).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминолоīија у уīоредном īраву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трīовинско īраво*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коменīар Закона о сīечајном īосīуīку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друīшва, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.
R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва", *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.
Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität", *Zeitschrift für Ünternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције", *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.
Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Stucture", *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник" или „ур." („editor" или „ed."),

„редактор“, и сл. и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово a, b, c, d, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995a), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: CA), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf*, 21.10.2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik =
ISSN 0032-9002
ISSN 0354-3501 = Право и привреда
COBISS.SR-ID 101774343

Претплата за 2019. годину

- правна лица. . . . . 9.100 динара
- физичка лица . . . 4.550 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун
Удружења правника у привреди Србије
број: 205-174837-56, Комерцијална банка, уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“