

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LVII

Број  
4-6  

---

---

2019



## САДРЖАЈ

### ОСНОВНА ТЕМА

1. **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**  
Привреда и привредна друштва ..... 11

### ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

1. **Зоран АРСИЋ**  
Посебна одлука класе акција – посебно гласање  
и посебна скупштина..... 53
2. **Љубиша ДАБИЋ**  
Поступак принудне ликвидације привредних друштава  
у Републици Србији..... 62
3. **Витомир ПОПОВИЋ**  
Престанак привредног друштва ликвидацијом  
у праву Републике Српске..... 84
4. **Илија БАБИЋ**  
Наслеђивање удела умрлог ортака у ортачком друштву ..... 97
5. **Душица ПАЛАЧКОВИЋ**  
Деривативна тужба..... 112
6. **Небојша ЈОВАНОВИЋ**  
Треба ли у Србији правно уредити промотере ..... 124
7. **Драган ВУЈИСИЋ**  
Дигитализација компанијског права..... 144
8. **Марија КРВАВАЦ, Јелена БЕЛОВИЋ**  
Право на оснивање огранака и представништва страних  
привредних друштава у Републици Србији..... 154

9. <b>Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ</b>	
Осврт на прекогранични елемент као услов оснивања европског акционарског друштва у српском праву .....	167
10. <b>Ванда БОЖИЋ, Страхинја МИЉКОВИЋ</b>	
Компаративни приказ казнене одговорности правних особа у Хрватској и Србији .....	187
11. <b>Зоран ВАСИЉЕВИЋ</b>	
Подела ортаклука према критеријуму одговорности ортака .....	207
12. <b>Јелена ЛЕПЕТИЋ</b>	
Јединство чланских права и уговори о гласању акционара .....	225
13. <b>Вања СЕРЈЕВИЋ</b>	
Откуп акција несагласних мањинских акционара .....	249
14. <b>Јелена МИЛЕНКОВИЋ</b>	
Привредни субјекти као подносиоци представке пред Европским судом за људска права и имовинска и грађанска права која могу заштитити.....	263
15. <b>Милош ТАЊЕВИЋ, Милош БОГДАНОВИЋ</b>	
Комплајанс функција – етичко лице привреде.....	277
16. <b>Јована ВЕЛИЧКОВИЋ</b>	
Ограничења плаћања члановима друштва капитала (општи поглед)...	294
17. <b>Маша МИШКОВИЋ</b>	
Ко је организатор аукције?.....	316
18. <b>Петар МИШКОВИЋ</b>	
Изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела – појам и проблематика у српском праву.....	335
19. <b>Богдана СТЈЕПАНОВИЋ</b>	
Удео у привредном друштву као заједничка имовина супружника .....	352
20. <b>Александра ВИШЕКРУНА</b>	
Особености корпоративног управљања у породичним друштвима.....	364
21. <b>Марија ВИЋИЋ</b>	
Проблеми учешћа запослених у програмима улагања које нуде иностране компаније.....	380
22. <b>Јелена МИЛОСАВЉЕВИЋ, Огњен БАКМАЗ</b>	
Спортско привредно друштво у праву Републике Србије .....	395

23. **Стефан ЈОВАНОВИЋ**

Претварање затворених друштава у јавно акционарско друштво – *pro et contra*? ..... 411

**"ПРАВО И ШВАЈЦАРЦИ"**

1. **Борис БЕГОВИЋ**

Тријумф идеје над разумом: правно економски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле..... 430

2. **Милош ЖИВКОВИЋ**

Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији ..... 458

3. **Милан ЈОВАНОВИЋ**

Анализа правних и економских аспеката става Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима..... 491

4. **Никола ИЛИЋ**

Кредити индексирани швајцарским францима и инвестициона арбитража: Случај Републике Србије..... 505

5. **Ранко СОВИЉ**

Правни оквир пословања исламских банака – могућност примене Базелских стандарда ..... 521

**АРБИТРАЖНО, СТЕЧАЈНО И ИЗВРШНО ПРАВО**

1. **Радован ВУКАДИНОВИЋ, Јелена ВУКАДИНОВИЋ МАРКОВИЋ**

Арбитрабилност инвестиционих спорова из уговора о енергетској повељи ..... 536

2. **Јелена С. ПЕРОВИЋ ВУЈАЧИЋ**

Ништавост уговора о арбитражи ..... 555

3. **Весна БИЛБИЈА**

Судска контрола арбитражне одлуке донете пред републичком Агенцијом за мирно решавање радних спорова ..... 574

4. **Катарина ТОМИЋ**

Појам инвестиције у пракси ICSID арбитраже – да ли је случај SALINI решио дилему?..... 586

5.	<b>Кристина СТЕВАНОВИЋ</b> Србија и инвестициони спорови: проблем такозваних „round-tripping“ инвестиција .....	596
6.	<b>Вук РАДОВИЋ</b> Правна анализа последњих измена Закона о стечају – корак напред, два корака уназад .....	608
7.	<b>Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ</b> Вануговорна одговорност стечајног управника .....	627
8.	<b>Бранко РАДУЛОВИЋ, Марко РАДОВИЋ</b> Незаконитост у поступању поводом унапред припремљених планова реорганизације.....	649
9.	<b>Владимир КОЗАР, Немања АЛЕКСИЋ</b> Пребијање потраживања у стечајном поступку.....	668
10.	<b>Јасминка ОБУЋИНА</b> (Не)намирење извршног повериоца применом члана 153 Закона о извршењу и обезбеђењу.....	683
11.	<b>Никола БОДИРОГА</b> Изузеће јавног извршитеља.....	694
12.	<b>Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ</b> Одлагање извршења .....	715

## УПРАВНИ СПОРОВИ

1.	<b>Зоран ТОМИЋ</b> Правна заштита слободног приступа информацијама од јавног значаја.....	728
2.	<b>Добросав МИЛОВАНОВИЋ</b> Разматрање институционалног оквира заштите права у поступцима јавних набавки.....	744
3.	<b>Маја САНДИЋ</b> Измене и допуне законодавства Републике Србије о безбедности хране у светлу најновијих решења у регулативи ЕУ .....	763

## TABLE OF CONTENTS

### GENERAL TOPIC

1. **Mirko VASILJEVIĆ**  
Economy and Business Entities..... 51

### THE RIGHT OF COMMERCIAL SOCIETIES

1. **Zoran ARSIĆ**  
Separate Resolution - Separate Meeting, Separate Voting..... 61
2. **Ljubiša DABIĆ**  
Procedure for the Compulsory Liquidation of Companies  
in the Republic of Serbia ..... 83
3. **Vitomir POPOVIĆ**  
Termination of the Company by Liquidation in the Law  
of the Republic of Srpska..... 96
4. **Ilija BABIĆ**  
Succession of Company Shares of a Deceased Partner  
in the Partnership Company ..... 110
5. **Dušica PALAČKOVIĆ**  
Derivative Suit (on some Procedural Issues in Legal Regulations) ..... 123
6. **Nebojša JOVANOVIĆ**  
Is there a Need for Legal Regulation of Promoters in Serbia ..... 143
7. **Dragan VUJISIĆ**  
Digitalisation in Company Law..... 153
8. **Marija KRVAVAC, Jelena BELOVIĆ**  
Right to Establish Branches of Non-Resident Companies  
in the Republic of Serbia ..... 166

9.	<b>Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ</b> The Cross-Border Requirement for Creation of a European Company in Serbian Law .....	186
10.	<b>Vanda BOŽIĆ, Strahinja MILJKOVIĆ</b> Comparative Overview of Criminal Liability of Legal Persons in Croatia and Serbia .....	205
11.	<b>Zoran VASILJEVIĆ</b> Classification of Partnerships According to Liability of Partners .....	224
12.	<b>Jelena LEPETIĆ</b> “Unity of Membership” and Shareholders’ Voting Agreements .....	247
13.	<b>Vanja SERJEVIĆ</b> The Buy-Out Right of Dissenting Minority Shareholders .....	262
14.	<b>Jelena S. MILENKOVIĆ</b> Commercial Entities as the Applicants before the European Court of Human Rights and Property Civil Rights they are Entitled to Protect .....	275
15.	<b>Miloš TANJEVIĆ, Miloš BOGDANOVIĆ</b> Compliance Function - Ethical Face of the Economy .....	293
16.	<b>Jovana VELIČKOVIĆ</b> Restrictions on Corporations' Distributions to its Shareholders (General View) .....	314
17.	<b>Maša MIŠKOVIĆ</b> Who is an Auctioneer? .....	334
18.	<b>Petar MIŠKOVIĆ</b> Representations and Warranties in Share Purchase Agreements – Concept and Problems in Serbian Law .....	350
19.	<b>Bogdana STJEPANOVIĆ</b> A Share in a Company as a Common Property of Spouses .....	363
20.	<b>Aleksandra VIŠEKRUNA</b> Peculiarities of Corporate Governance in Family Business .....	379
21.	<b>Marija VIČIĆ</b> Issues with Participation of Employees in Investment Programmes Offered by Foreign Companies .....	394



22. <b>Jelena MILOSAVLJEVIĆ, Ognjen BAKMAZ</b> Sports Commercial Society in the Law of the Republic of Serbia .....	409
23. <b>Stefan JOVANOVIĆ</b> Transformation of Closed Forms of Companies into Public Joint Company - <i>Pro Et Contra</i> .....	428

## "RIGHT AND SWISS"

1. <b>Dr Boris BEGOVIĆ</b> A Triumph of Idea over Reason: Law and Economics Comment of the Legal Understanding of the Supreme Court of Cassation on Legal Validity of Foreign Exchange Clause .....	457
2. <b>Miloš ŽIVKOVIĆ</b> A Short Legal Analysis of the Legal Opinion of the Supreme Court of Cassation on Validity of the Foreign Currency Clause in Credit Agreements in Swiss Francs and Conversion .....	489
3. <b>Milan JOVANOVIĆ</b> Analysis of Legal and Economic Aspects of the Supreme Court's Standing on Legality of Currency Clause in the Loan Contracts Indexed in Swiss Francs .....	504
4. <b>Nikola ILIĆ</b> Chf Loans and Investment Arbitration: Case of the Republic of Serbia .....	520
5. <b>Ranko SOVILJ</b> The Legal Framework of Business Operations of Islamic Banks - Implementation of Basel Standards .....	535

## ARBITRAL, BANKRUPTCY AND EXECUTIVE LAW

1. <b>Radovan VUKADINOVIĆ, Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ</b> Arbitrability of Investment Disputes from the Contract of Energy Charter .....	554
2. <b>Jelena S. PEROVIĆ VUJAČIĆ</b> Invalidity of Arbitration Agreement .....	573
3. <b>Vesna BILBIJA</b> Judicial Control of the Arbitration Decision Made by the Republic Agency for Peaceful Settlement of Labour Disputes .....	585

<b>4. Katarina TOMIĆ</b>	
Notion of Investment in Icsid Arbitration Case Law – Has the Salini Case Resolved the Dilemma? .....	595
<b>5. Kristina STEVANOVIĆ</b>	
Serbia and Investment Disputes: The Problem of the "Round-Tripping" Investments .....	607
<b>6. Vuk RADOVIĆ</b>	
Legal Analysis of the Last Changes to the Law on Bankruptcy from 2018 .....	626
<b>7. Marija KARANIKIĆ MIRIĆ</b>	
Extra-Contractual Liability of Insolvency Administrators .....	648
<b>8. Branko RADULOVIĆ, Marko RADOVIĆ</b>	
Unlawfulness Regarding Prearranged Reorganization Plans .....	666
<b>9. Vladimir KOZAR, Nemanja ALEKSIĆ</b>	
Set-Off in the Bankruptcy Proceedings .....	682
<b>10. Jasminka OBUČINA</b>	
(Non)execution of the Executive Creditor by the Application of the Article 153 of the Law on Enforcement and Security .....	693
<b>11. Nikola BODIROGA</b>	
Disqualification of Public Enforcement Agent .....	713
<b>12. Vladimir BORANIJAŠEVIĆ</b>	
Enforcement Postponement .....	727

## ADMINISTRATIVE DISPUTES

<b>1. Zoran R. TOMIĆ</b>	
Legal Protection of Free Access to the Information of Public Importance .....	743
<b>2. Dobrosav MILOVANOVIĆ</b>	
Review of the Institutional Framework for the Protection of Rights in Public Procurement Procedures .....	762
<b>3. Maja SANDIĆ</b>	
Amendments to the Serbian legislation on food safety in the light of the latest solutions in the EU regulations .....	773

---

# ОСНОВНА ТЕМА

---

Др Мирко ВАСИЉЕВИЋ\*

## ПРИВРЕДА И ПРИВРЕДНА ДРУШТВА\*\*

### Резиме

*Привредна друштва представљају основне економске јединице, чија је битна карактеристика стварање профита. На овој претпоставци базира се и њихов живот, као и живот датог друштва, државе. Отуда је систем уређења ових друштава од посебне важности за развој и конкурентност. Овај систем налаже одговарајући избор и обим избора државне регулативе, посебно правилан одабир импертивне регулативе и диспозитивне регулативе, с обзиром на то да само ова последња омогућује слободу уговарања и креацију „друштва-уговор,“ што је инвестициона потреба. Овај систем такође налаже и избор и обим избора саморегулативе привредних друштава, у циљу даље афирмације института „друштво-уговор.“*

*У овом раду аутор на овим основама говори о улози регулативе и њеној природи, као и о улози саморегулативе, за потребе динамичне и конкурентне привреде. Аутор критички разматра питање правне природе привредног друштва и сматра да форме ортаклука имају без икакве сумње природу уговора, без обзира на то да ли имају правни субјективитет или не, док форма друштва с ограниченом одговорношћу има мешовиту правну природу: уговорну и институционалну (што га и чини привлачним за инвеститоре и најчешћи је, отуда, избор) и, најзад, акционарско друштво има претежне институционалне елементе. Аутор се залаже за проширење правних форми привредних друштава утврђених српским законом који уређује привредна друштва, управо из потребе јачања уговорне природе нејавних акционарских друштава, с једне стране, као и из потребе афирмације уговора и уговорне природе привредних*

друштва, с друге стране. Аутор предлаже увођење три нове правне форме привредних друштава: тајно друштво, ортаклук с ограниченом одговорношћу и поједностављено акционарско друштво, као и увођење још једног привредног субјекта: предузетник с ограниченом одговорношћу (ради смањења ризика предузетника). Најзад, полазећи од теорије корпоративног управљања, института „интереса друштва“ и природе акционарског друштва, аутор критички разматра широку концесију права несагласних акционара на излазак из друштва уз обавезу откупа њихових акција од стране друштва, која нема ни економског оправдања, те уместо постојећег концепта „именованих“ девет основа овог права у српском компанијском праву, предлаже његово везивање за злоупотребу права контролног акционара (теорија злоупотребе права већине).

**Кључне речи:** привреда, привредна друштва, правни субјективитет, уговор о оснивању, тајно друштво, ортаклук с ограниченом одговорношћу, поједностављено акционарско друштво.

## 1. Уводна одређења

Као што основни темељ сваког друштва чини породица, тако и основни темељ привреде сваке земље чине основне економске јединице – привредни субјекти организовани у форми привредних друштава и предузетника. Приватизација колективних својинских облика неприватно-правне природе омогућила је и креацију нових правних форми привредних субјеката типа привредних друштава, насталих на основама класичног грађанскоправног уговора – уговора о ортаклуку, који нажалост још увек није интегрални део правног корпуса именованих уговора у српском правном животу. У сваком случају, чини се да нема спора да је правна природа привредних друштава, бар у оснивачкој фази, фази настанка, уговорна, што уговорно право чини неодвојивим везивним ткивом права привредних друштава (компанијског права у ширем смислу). Зависно од форми привредних друштава, уговорна природа обележава и сам живот неких привредних друштава, независно од тога да ли оснивачки уговор води настанку правног субјекта, док код других форми управо на тој основи настали правни субјект у доброј мери преобликује ту уговорну природу привредног друштва у институционалну природу.

Привреди сваке земље важно је неговање основног принципа тржишта и у самој могућности избора форме организовања привредног друштва – слобода избора, као што је такође важно и питање домета слободе уговорника у креацији профила изабраног модела привредног дру-

штва – слобода уговарања. И за слободу избора правних форми привредних друштава важно је питање да ли је она довољна и да ли законом именоване форме задовољавају потребе пословних људи, а и за слободу уговарања у обликовању изабране форме привредног друштва важно је питање да ли је она довољна или не, као и да ли је мера државне регулације и саморегулације правилно утврђена и да ли је избор природе норми регулисања прави. Отворено је питање да ли је слобода уговарања ограничена правним субјективитетом привредног друштва који креира „интерес привредног друштва,“ те да ли овај интерес мења уговорну вољу и тиме интерес сваког уговорника привредног друштва у животу тог друштва и престанку својства уговорника – одговори на ова питања одређују и сам карактер и вредност регулативе привредних друштава.

## 2. Слобода избора форме – проширење избора српског права

Закон о привредним друштвима Србије<sup>1</sup> познаје четири актуелне правне форме привредних друштава: ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Упоредноправно посматрано, ове форме спадају у тзв. стандардизоване форме ових друштава, с обзиром на то да их познају, мање-више, сва законодавства.<sup>2</sup> Од доношења првог закона у бившој земљи који је омогућио оснивање привредних субјеката типа привредних (трговачких, трговинских) друштава протекло је управо три деценије (1989-2019),<sup>3</sup> те се поставља питање зрелости тренутка увођења и неких нових форми, које имају одређени значај, а које су већ са значајном правном традицијом у неким земљама. Чини нам се да бројни разлози говоре овом у прилог, пре свега потреба ширења лепезе форми и на тој основи снажења конкурентности и слободе уговарања, чиме се афирмише слобода воље и

---

\* Проф. Правног факултета Универзитета у Београду и Председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

\*\* Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (2019).

1 Закон о привредним друштвима Србије -ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/11 и 44/18.

2 L. C. V. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992 (71, 85-108) пише о расту броја инкорпорисаних друштава (компанија) и паду броја неинкорпорисаних друштава (ортаклуци), као и о предностима и недостацима инкорпорације. У основи и поред еволуције модерног ортаклука сматра се да он није погодна форма за велика друштва и да тип компанија (корпорација) у том смислу има стратешке предности.

3 Закон о друштвеном капиталу, *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89.

излази у сусрет све разуђенијим инвестиционим потребама. Овде на првом месту мислимо на потребу увођења у српски правни систем три нове правне форме привредних друштава и једне нове форме предузетника: тајно друштво, ортаклук са ограниченом одговорношћу и поједностављено акционарско друштво, као и предузетник са ограниченом одговорношћу.

### 2.1. Тајно (тихо) друштво у англосаксонском и континенталном праву и пракси

Правну форму тајног (тихог) друштва познају неке земље: *la société en participation* у француском праву; тајно друштво у ранијем југословенском праву; „тихо друштво“ у немачком и енглеском праву – *stille Gesellschaft* и *silent partnership*; *les associations momentanées et les associations en participation* у белгијском праву).<sup>4</sup> Српски закон ову форму не регулише изричито, али се чини да она није забрањена, будући да спада у форме друштва које се не региструју и по правилу је грађанско друштво (није искључена ни трговачка природа).

Основна одлика овог друштва је настајање на основу уговора привредних друштава (као и физичких лица предузетника) – може бити писмен, што је препоручљиво ради опрезности, или усмен („друштво-уговор“) између тајног члана, који улаже уговорени улог у подухват неког предузетника, и тог предузетника као друге уговорне стране (најмање два члана – ако има више чланова тајни чланови немају међусобне односе и практично се ради о онолико тајних друштава колико има тајних чланова, осим ако није уговорено постојање једног друштва). Тајно друштво може се доказивати свим доказним средствима (с обзиром на то да је чисто уговорна форма без институционалности јер нема субјективитет, осим евентуално „порески субјективитет“ уз солидарну неограничену одговорност према фискусу).<sup>5</sup>

4 Вид. Code civil (1804), чл. 1871-1873; Југословенски трговачки законик (ЈТЗ, 1937), §489-499; Белгијски трговински закон (БелТЗ, 1995), чл. 175-176; Швајцарски законик о облигацијама (ШЗО, 1911), чл. 530-551; Немачки трговачки законик (HGB, 1907), sec. 230 et seq.

5 Вид. Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 565-576; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 202-203; M. Cozian, A. Viandier, *Droit des sociétés*, Paris, 1998, 504-511; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 508-520; Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial - sociétés commerciales*, Paris, 2001, 665-678; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 241-250; P. L. Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 903-917; C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, *Partnerships*, Berlin, 1997, 114-127; О. Госпавић, *Трговачко право*, Београд, 1938, 247-250; М. Стражњици, *Тумач*

Тајно друштво постоји само у интерним односима између уговорних страна (за интерне односе важе уговорена правила, а у њиховом недостатку – правила ортаклука), нема правни субјективитет, ни регистровано пословно име и не уписује се у регистар. Будући да нема правни субјективитет, ово друштво нема своју имовину (улози чланова, зависно од уговора, јесу или приватна имовина сваког члана у односу на трећа лица или су имовина предузетника – носиоца посла који иступа према трећим лицима, а није искључен ни договор да чланови друштва своје улоге или бар део улога учине „недељивим,“ када се у смислу односа према трећим лицима, што је тајност, ипак сматра да он припада јавном члану-управљачу). За пуноважност овог уговора важе општа правила уговорног и компанијског права.<sup>6</sup> Тајно друштво, иако по правилу неформалног ортачког типа, разликује се од сличних института: грађанско друштво, трговачко друштво, командитно друштво, уговор о зајму или кредиту, уговор о лизингу, уговор о подизвођењу радова.<sup>7</sup>

Улог чланова зависи од уговора и може бити и у раду (што је правило за јавног члана који иступа према трећим лицима) и у капиталу (што је правило за тајног члана). Друштво нема реалне „уделе,“ већ се учешће сваког члана у „активности“ подухвата реализује као потраживање између чланова или према члану „управљачу“ подухвата. Чланови задржавају своја реална права на свом улогу у подухват који могу пренети на друго лице (цесија) уз сагласност свих учесника, осим ако се другачије уреди. И за ово друштво је карактеристичан *affectio societatis* који га и одваја од неких уговора у којима он не постоји (уговор о раду, уговор о зајму и сл.). У овом друштву, посебно ако остане неоткривено, јако је наглашен елемент *intuitu personae* (и тајни члан има фидуцијарну дужност према подухвату). Ово друштво не може да објављује јавни позив за упис акција и да емитује хартије од вредности. Сарадња на принципима овог друштва могућа је и међу физичким и међу правним лицима. Интерес у подухвату једног члана није преносив без сагласности другог члана, а такође је и пренос других права из подухвата условљен сагласношћу другог члана (право на информисање, имовинска права). Пренос потраживања спољњег члана улога од тајног члана је, пак, могућ.<sup>8</sup>

---

трговачкога закона од 1937. године, Загреб, 1939, 480-487; Ј. Барбић, *Право друштвава – друштва особа*, Загреб, 2002, 525-574; Ш. Ивањко, М. Коцбек, *Корпорацијско право*, Марибор, 2003, 391-397.

6 P. L. Cannu, B. Dondero, 908-910; C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 114.

7 C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 117-118.

8 C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 123.

Интерни односи између чланова (ортака) слободно се уређују (слобода уговарања – омогућује креацију атипичног тајног друштва: учешће тајног члана у вредности имовине подухвата и учешће у вођењу послова и типичног друштва – не подразумева обе одлике атипичног). Иако ово друштво нема субјективитет (не уписује се у регистар и не објављује), у интерним односима оно има своје пословно име и своје седиште. Друштво има свог управљача – пословођу, који ради у своје име користећи имовину која му је из подухвата на располагању. Овај однос одређује ко ће иступати према трећим лицима – теорија мандата (пословођа је пуномоћник других чланова).<sup>9</sup> Расподела учешћа у добити и сносшењу губитака уговорне је основе, могуће је искључење учешћа тајног члана у губицима али није могуће искључење учешћа у добити.

Спољни однос између тајног члана и јавног члана (управљача, пословође, „власника бизниса“ - једини пословођа и заступник подухвата, који мора деловати пажњом коју иначе поклања у сопственим пословима), како је добро приметио један аутор, подсећа на ванбрачну заједницу: ако је та заједница тајна, она подсећа на варијанту овог друштва где се тајни члан не открива трећем лицу, а ако је та заједница ноторна, то подсећа на варијанту овог друштва где је постојање тајног члана очигледно (дакле, тајно друштво је некада трајна заједница као и ванбрачна, која је у ствари квазибрак, а некада је пролазна заједница као и ванбрачни флерт на годишњем одмору).<sup>10</sup> Трећа лица ступају у правне односе само са означеним пословођом који иступа у своје име и одговара за преузете обавезе. За постојање тајног друштва чак и није битно да ли тајни члан иступа према трећем лицу или не – он може и иступати, с тим да не открије своје својство тајног члана (ортака).<sup>11</sup> Тајни члан нема никаква директна права према трећим лицима, као што ни трећа лица немају никаква права према тајном члану друштва.

*Изузетно, могу се успоставити и непосредни односи између трећих лица и тајног члана друштва, у одређеним случајевима. Прво, ако је друштво откривено према трећем лицу (закључивањем послова са трећим лицем од стране осталих чланова, објавом постојања друштва и слично), постоји солидарна неограничена одговорност чланова према*

9 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 250-252; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 513; P. L. Cannu, B. Dondero, 911; C.R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 115 и 119.

10 M. Cozian, A. Viandier, 504; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 508; P. L. Cannu, B. Dondero, 912-913

11 J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 198; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 252-253; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 513-515



трећим лицима са којима су закључени такви послови или којима је друштво откривено. Друго, *члан друштва који се меша у послове пословође и управљања друштвом* такође одговара неограничено солидарно за обавезе друштва (теорија привида – треће лице има уверење да он иступа управо тако).<sup>12</sup> Најзад, *треће, члан друштва који је посао према трећем лицу окренуо у сопствену корист* такође је директно одговоран трећем лицу (обогаћење без основа).<sup>13</sup> *Откривање тајног члана може чак да буде утврђено уговором између тајног члана и пословође*.<sup>14</sup> Расподела добити и сношење губитака уређују се уговором, с тим што је дозвољено уговарање да члан који има улог у раду не учествује у губицима, већ само у добити. Ако у уговору о томе нема правила, добит и губитак деле се према конкретним околностима.

Тајно друштво има вишеструке предности. Прво, користи се као начин за тајно финансирање неког пословног подухвата једног пословође (нпр. лансирање певача или спортске ведете често је у овој форми – лице које улаже новац жели да остане анонимно, а профит, ако га буде, пошто певач или спортиста постигне успех и славу, дели се према договору). Друго, користи се као погодан инструмент за сарадњу међу привредним друштвима и банкама – тзв. *пул* или *синдикат банака или осигуравача који је тајан* (нпр. откуп емисије акција једног емитента од стране банке која има тајног члана за деобу ризика и добити). Треће, користи се као инструмент сарадње између предузетника (који улаже свој таленат и рад – активни члан) и командитора (који је инвеститор – пасивни члан), а посебно су од значаја његова флексибилност, једноставност и дискретност. Четврто, може бити и породични тајни ортаклук. Пето, може се користити и за финансирање подухвата предузетника од стране запослених. Ипак, највећа незгода овог друштва је његова ограничена ефикасност.<sup>15</sup>

Тајно друштво може престати по истим основима као и ортакчко друштво (општи и посебни), посебно имајући у виду природу потпуне затворености и тајности односа: протеклом времена на које је склопљен уговор; остваривањем циља или ако је остваривање циља постало немогуће; смрћу или престанком правног лица; отварањем и спровођењем стечајног поступка над пословођом или тајним чланом; споразумом, као

---

12 P. L. Cannu, B. Dondero, 913-914.

13 M. Cozian, A. Viandier, 509; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 203; P. L. Cannu, B. Dondero, 914

14 P. L. Cannu, B. Dondero, 912-913.

15 Више: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 509-510.

и у другим уговореним случајевима. У случају престанка, сваки члан узима свој улог, а ликвидациони вишак дели се према уговору о тајном друштву.<sup>16</sup>

## 2.2. Ортакљук с ограниченом одговорношћу у англосаксонском праву и пракси (LLP)

Пракса и теорија дуго су тражиле путеве комбинације стратешких предности ортаклука и стратешких предности корпорација, да би на тој основи настала и нова правна форма организовања – *ортакљук с ограниченом одговорношћу (LLP)*, као комбинација и повезивање два пола: *ортакљук и компанија*, на којој основи настаје својеврстан пословни мост. Ово поставља питање да ли смо на путу конвергенције (ризик немогућности разликовања степена уговорне нефлексибилности и смањења или елиминације ризици за постојање толиких форми трговачких друштава) или дивергенције форми привредних друштава, а одговор није тако једноставан, посебно због велике популарности друштва с ограниченом одговорношћу. У сваком случају, нема спора да је *форма ортаклука (некорпорације)*, на *једној страни* (незаменљивост флексибилности засноване на слободи уговарања и прави инструмент за смањење трошкова управљања, као и непостојање отворених питања друштвене одговорности, што не везује руке пословођама ортаклука, чиме имају потпуну окренутост ка интересима ортака) и *форма корпорације на другој страни* (погодне за јавно прикупљање капитала и јавну трговину, што захтева империјум закона као правило и слободу уговарања као изузетак, уз евидентан и све наглашенији проблем друштвене одговорности компаније, што везује руке управама друштава).

Велики берзански крахови корпоративних форми организовања с почетка овог века свакако су погурали пут раста некорпорација (ортаклука), што је пружило важну улогу реобликовању националних економија (иако наравно велике корпорације воде економије, а ортаклуци нису погодан оквир за такву моћ, раст малих друштава типа ортаклука, повезаних међусобно разним неименованим уговорима из арсенала слободне воље у разне пословне асоцијације, свакако ће бити извор будућег раста – инструмент који предузетници имају данас да би сутра имали од њега/њих велике компаније).<sup>17</sup>

16 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 254-256; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 515; P. L. Cannu, B. Dondero, 915-917; C.R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 124-126.

17 Вид. L. A. Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford 2010, 65-135, 247-257.

Удруживање у некој форми *грађанског ортаклука* (тзв. *грађанска друштва*), без посебног субјективитета, није одговор на питање адекватности постојећих статусних форми, посебно кад је реч о потребама делатности слободних професија и није одговор на потребе времена, иако је свакако корак даље од индивидуалног обављања услуга ових професија (индивидуални трговац).<sup>18</sup> Донедавно је и *немачко право* дозвољавало организовање слободних професија само у грађанске ортаклуке, али се то показало као неадекватна форма и стога је донет закон који је креирао *посебну врсту трговачког ортакчког друштва* за делатности слободних професија (*partnerschaftsgesetz*).<sup>19</sup> На ово ортакчко друштво примењују се општа правила грађанског ортаклука, са изузетком одговорности, која може бити ограничена (*форма ортакчког друштва с ограниченом одговорношћу*) – максимални износ за одређене професионалне активности уз конкурентно обавезно осигурање од одговорности, као и уз могућност наслеђивања само од стране делатника исте професије.

Доношењем *Limited Liability Partnerships Act*-а (2000. године) у Енглеској (у Шкотској је донет исти закон), омогућено је и оснивање управо ове посебне врсте трговачког друштва које је комбинација ортаклука и компаније – *ортакљук са ограниченом одговорношћу*. Иста форма друштва могућа је и у Канади и у САД.<sup>20</sup> У недостатку посебних норми о овом друштву, у овом закону, на њега се према природи датог института примењује или компанијски закон (правила о затвореним компанијама: *limited liability company – LLC*, што је српско друштво са ограниченом одговорношћу, или правила *company limited by shares*, што је српско затворено акционарско друштво), или закони који уређују ортаклуке (али не и правила која се односе на *joint stock company*, што је наше отворено акционарско друштво, јер му капитал није подељен на акције).

*LLP (Limited Liability Partnerships)* - ортакљук са ограниченом одговорношћу настао је као израз потребе да се комбинују позитивне карактеристике ортаклука са позитивним карактеристикама компанија, односно да се елиминишу негативне карактеристике компанија и ортаклука. На овој основи је настало специфично „мешовито друштво“ које укључује и *карактеристике ортаклука* (уређивање унутрашњих односа

18 Вид. Д. Кнежић-Поповић, Љ. Дабић, *Слободне професије – правни аспекти*, Београд 2009

19 C.R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 99-100.

20 Вид. G. Morse, *Partnership Law*, Nottingham 1995, 245-272; A. Van Duzer, *The Law of Partnerships and Corporations*, Ontario 1997, 58-65; D. Hynes, *Agency, Partnerships and the LLC – The Law of Unincorporated Business Enterprises*, Virginia 1998, 538-540; J. Choper, J. Coffee, R. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 801-802.

ортака – чланова у потпуној је њиховој аутономији; ово друштво нема органе – заступају га ортаци-чланови, у складу са оснивачким актом, и нема капитал; ортаци-чланови по правилу не одговарају за све или не одговарају за неке обавезе друштва; морају постојати најмање два оснивача и *није могуће једночлано друштво*; постоји дужност лојалности према друштву свих ортака-чланова ако се не уговори друкчије) и *карактеристике компанија* (друштво се уписује у регистар – има обавезан оснивачки акт са прописаном формом и има факултативни уговор за регулисање међусобних односа ортака-чланова и њихових односа са друштвом; одговара за обавезе према трећим лицима својом имовином, а ортаци-чланови могу изузетно одговарати за обавезе друштва, ако су испуњени одређени прописани услови, који су шири него у теорији „пробијања правне личности“; подвргнуто је финансијској контроли: финансијски извештаји, ревизори, објављивање и депоновање у регистар, обелодањивање у пословном имену и документима форме друштва, заштита мањинских ортака-чланова, престанак друштва стечајем или ликвидацијом).<sup>21</sup>

### 2.3. Поједностављено акционарско друштво (SAS) у француском праву и пракси

Корисници правне форме акционарског друштва у Француској нису били задовољни овом формом као непримереном за формирање заједничких улагања типа *joint venture*, а са друге стране, приговарали су на њену нефлексибилност. Подстакнут пословним потребама, француски законодавац је креирао специјализовану форму овог привредног друштва: „поједностављено“ акционарско друштво (*la société par actions simplifiée* - SAS). Правна теорија, међутим, приговара да се овом формом није добило оно што се желело, а пре свега флексибилност управе и реализација идеје „друштва-уговора.“<sup>22</sup> Насупрот томе, створено је, у ствари, „друштво-друштава“. Ово је био разлог да се у законодавству направе значајне интервенције које су омогућиле да ово друштво може да оснује и *један оснивач*, као и да оснивачи и акционари овог друштва могу бити сва правна и физичка лица, али се ово друштво и даље не може основати јавним путем (акције му не могу бити у јавној продаји, што се сматра зна-

21 J. Charlesworth (ed. Morse G. et al.), *Charlesworth & Morse Company Law*, London, 1995, 36-37; Smith&Keenan's, *Company Law*, Longman – London, 2005, 36-40.

22 *Code de commerce (Ccom, 1807)*, чл. 227-1 – 227-20; M. Cozian, A. Viandier, 423; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 373-381; Ph. Merle, A. Fauchon, 650-662.

чајним ограничењем атрактивности).<sup>23</sup> Посебна предност овог друштва, како сматра француска торија, је *могућност оснивања унутар групе друштава*, могућност оснивања као једночланог друштва, мали трошкови функционисања (ако изабере најповољнију структуру органа), чиме практично постаје „возило за све употребе“.<sup>24</sup> Императивност правила која важе за акционарско друштво, строга овлашћења надзорних тела на финансијском тржишту, затим ригидност пореских прописа у погледу битних питања функционисања акционарских друштава и, најзад, нефлексибилност управљања, условили су креирање ове форме друштва, која је можда и најавна законодавца о дерегулацији и јачању статусне аутономије привредних субјеката.

Оснивачи (правна или физичка лица; супружници такође могу бити и једини оснивачи) за оснивање уплаћују минимални капитал који утврде у свом оснивачком акту (либерализам). Доминантна француска теорија чак сматра да је дозвољено оснивање овог друштва *са клаузулом о променљивом капиталу* (попут отворених инвестиционих фондова), с обзиром на то да је опште прихваћен став да заштитна функција капитала за трећа лица игра занемарљиву улогу.<sup>25</sup> Минимални оснивачки капитал за ово друштво мора бити уплаћен одмах након уписа – карактер улога слободно бирају оснивачи (*дозвољен је и улог у услугама*, али није дозвољен јавни упис нити јавна продаја на тржишту), с тим да улози у стварима и правима морају бити верификовани од стране ревизора. Ово друштво може такође настати и преобликовањем неке друге форме трговачког друштва (захтевана једногласност сматра се сметњом за „мигра-

23 Вид. Y. Guyon (2003), 514-526; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 645-656; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 373-379; P. L. Cannu, B. Dondero, 621-673.

24 Француске статистике говоре да постоји велики број затворених акционарских друштава која се „селе“ у ову форму (постало је већ најатрактивнија форма међу акционарским друштвима), као и да је број новооснованих ових друштава једнак броју новооснованих друштава са ограниченом одговорношћу (сматра се чак да ће форму друштва с ограниченом одговорношћу учинити непотребном), мада му природа и даље остаје акционарског типа - затвореног (сва регулатива акционарског друштва, ако нема посебне, примењује се на „поједностављено акционарско друштво“ – у теорији се доста оспорава овакво одређење природе овог друштва првенствено због његове доминантне уговорне природе, иако рачуноводствени, фискални и аспекти тржишта капитала имају императивну природу и аналогни су акционарском друштву), што је најбољи доказ атрактивности форме. За сваки случај, француска теорија препоручује законодавцу да одреди области у којима се поједностављено акционарско друштво може удаљити од акционарског друштва, јер општа правила уговорног права нису за то довољна и прецизна, првенствено ради његове веће сигурности, као и ради веће сигурности инвеститора који му поклањају поверење: P. L. Cannu, B. Dondero, 622-628.

25 P. L. Cannu, B. Dondero, 630-631.

цију“ других форми друштава ка овој форми – једногласност се такође тражи и за статусне промене овог друштва али само ако имају за последицу увећање обавеза чланова). Поједностављено акционарско друштво може основати по правилу више оснивача, а недавно је променама законом дозвољено да ово друштво оснује и само један оснивач – *једночлано „поједностављено“ акционарско друштво* (што је овом друштву дало значајну атрактивност).<sup>26</sup>

Флексибилност је основна одлика *система управе* овог друштва. Могуће су *три солуције*: прва, постојање само председника; друга, генерални директори са две варијанте: генерални директор и делегирани генерални директори; трећа, постојање и других директора које предвиђа статут, који могу извршавати своје функције индивидуално или колективно.<sup>27</sup> Председник овог друштва, у границама предмета друштва, има неограничена заступничка овлашћења према трећим лицима, те статутарне одредбе које ограничавају његова овлашћења немају правно дејство према трећим лицима (исто важи и за послове изван предмета делатности друштва). *Председник* („*primus sed non inter pares*“) је, у принципу, једини заступник по закону, а може заступничку функцију делегирати, ако је тако предвиђено статутом друштва, генералном директору или делегираним генералним директорима, у принципу, у потпуности или делимично идентичне са својим заступничким функцијама. Заступничку функцију може обављати и правно лице (које онда одређује лице које ће то обављати у поједностављеном акционарском друштву), као и „други директори“ (финансијски директор, директор извоза, комерцијални директор и др.), ако је тако предвиђено статутом (делегирање заступничких овлашћења може им извршити како председник тако и генерални директори који су овлашћени на заступање, а делом и статут друштва).

Функција управљања овим друштвом је у компетенцији статута друштва (обавеза уређења): *управни одбор* (председник може бити и сам председник овог друштва или неки од генералних директора), комитет за управљање, директоријум или пак сам председник или заједно са генералним директорима. *Може постојати и надзорни одбор*. Интерна овлашћења (пословодство) „руководилаца“ у потпуној су слободи статута друштва. У случају избора колективних органа, што није изоловано али

26 Ph. Merle, A. Fauchon, 660-662; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 649; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 380-381.

27 P. L. Cannu, B. Dondero, 637.

свакако је мањински избор, ови органи би имали природу колегијалних и колективних и морали би да доносе одлуке на седницама. Статус чланова ових органа није до краја регулисан и јасан, тако да се може рећи да влада систем „несигурне слободе“ уређивања статутом: извесно је постојање само једног председника, а избор чланова органа врши се на начин утврђен статутом (прве чланове свакако бирају акционари), стабилност статуса зависи од статута (неопозивост са становишта статута, опозивост у сваком моменту без обзира на постојање разлога, опозивост у случају постојања „важних разлога“), одређење накнаде је слободно (како у погледу надлежног органа, тако и у погледу форме накнаде), *дужност лојалности у свим аспектима* (сукоб интереса и изузеци, неконкуренција друштву, дискреција и пословна тајна) постоји према општим правилима, примена општих правила имовинске одговорности (укључујући и одговорност „за недостатак активе“).<sup>28</sup>

*Скупштина друштва* постоји ако је такав избор статута, иначе је могуће да њене функције у овом друштву врше чланови-акционари колективно, а статутом се одређује о којим питањима и како се доносе одлуке. Будући да ово друштво *има затворену природу*, правило је да се неке одлуке доносе једногласно (ако се друкчије не утврди оснивачким актом): усвајање годишњег рачуна, усвајање инвестиционог плана, именовање ревизора, усвајање буџета друштва, усвајање стратегије развоја, избор банке, отварање или затварање делова, дефинисање политике осигурања, кауције и гаранције, трансакције које нису под уобичајеним условима, политика у материји индустријске својине. Једногласност се увек тражи и за одлуке којима се увећавају обавезе чланова друштва. У сваком случају, одлуке које доноси скупштина имају природу колективних одлука органа друштва.<sup>29</sup> Седнице скупштине захтевају и вођење записника, а код једночланог поједностављеног акционарског друштва одлуке једног члана уносе се у књигу одлука (регистар одлука), што је важно посебно због трећих лица. Општи режим ништавости колективних одлука органа друштва примењује се и на ово друштво, па и у случају одлука које донесу акционари као уговорне стране овог друштва, а не као скупштина овог друштва.<sup>30</sup>

Начин остваривања права гласа је у режиму потпуне уговорне и статутарне слободе (сви модалитети одржања седнице скупштине и

28 P. L. Cannu, B. Dondero, 643-649.

29 M. Cozian, A. Viandier, 426; M.D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 651-654

30 P. L. Cannu, B. Dondero, 649-656.

модалитети остваривања права гласа су могући – *уговорна слобода је практично неограничена*). Исто важи и за систем већинског одлучивања (кворум, већина). Ако није другачије предвиђено статутом друштва примењује се правило „једна акција један глас“. Кад је реч о променама статута, неке одлуке морају бити донете једногласно (ако се друкчије не утврди оснивачким актом) – *мотив заштита акционара*: неotuђивост акција одређено време – искљученост излаза (небитан мотив), дозвола преноса акција и улаз новог члана, суспензија права гласа и других неимовинских права и принудно искључење уз могућност повратка чланства (одлука акционара или суда у случају губитка *intuitu personae* међу члановима друштва: промена контроле над акционаром овог друштва, статутне промене члана овог друштва, престанак члана овог друштва), обавеза реоткупа уз аутоматско одобрење, обавеза информисања друштва када се мења контрола над чланом (акционаром) овог друштва и други случајеви (право прече куповине, клаузула о повлачењу својства члана, клаузула о неповећању капитал учешћа у друштву – *standstill*, клаузула *buy or sell* (у случају блокаде одлучивања, посебно код тзв. заједничке филијале са два акционара са по 50% акција, ако се неспоразуми не би решили у неком року, један акционар може тражити откуп акција од акционара са којим постоји неспоразум, по утврђеној цени, док други акционар може прихватити понуду или узвратити својом понудом првом акционару да му откупи акције по предложеној цени).<sup>31</sup>

Ово друштво не може повећати основни капитал јавним уписом акција, што значи да има *природу затвореног акционарског друштва*. Статутом друштва може се прописати неotuђивост акција за време које не може прећи 10 година.<sup>32</sup> Статутом се такође може утврдити да је за пренос акција на треће лице потребна сагласност друштва. Статутом се може прописати и дужност уступања акција (*искључење акционара у случају нелојалности друштву, неспоразуми међу акционарима*). Ако се над неким акционаром овог друштва промени контролни пакет (на бази капитала, уговора или фактички), он је дужан да информише ово друштво, које му може суспендовати управљачка права по основу акција које поседује у овом друштву. Све ове статутарне клаузуле могу бити утврђене само једногласном одлуком акционара овог друштва. Коначно, чини се да ово друштво има *више сличности са друштвом са ограниче-*

31 P. L. Cannu, B. Dondero, 667-673.

32 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 654.



ном одговорношћу, или делом и са затвореним акционарским друштвом, него са отвореним акционарским друштвом.

#### 2.4. Предузетник с ограниченом одговорношћу у француском праву и пракси

Француско право је променама своје регулативе трговачких друштава (2010) увело нови правни институт: индивидуално предузеће, које чини индивидуални предузетник са ограниченом одговорношћу (*EIRL – l'entreprise individuel à responsabilité limitée*), који је врло сличан једночланом друштву с ограниченом одговорношћу, те постоји ризик мешања ова два у основи ипак различита института. Намера законодавца управо је била заштита приватне имовине предузетника-индивидуалног трговца која није погођена професионалном делатношћу, што је омогућено *креацијом наменске имовине за професионалну делатност*, око које се одвија професионална активност и која одвојено од остале приватне имовине има своју активу и пасиву. Ипак, законодавац је јасан да на овај начин не настаје ново правно лице, за разлику од једночланог друштва с ограниченом одговорношћу – реч је, дакле, о *индивидуалном предузетнику ограничене одговорности*, а не о индивидуалном „предузећу“ ограничене одговорности. У фискалном смислу, међутим, ова два института су изједначена.

Предузетник бира имовину коју улаже у овај подухват (улози у натури подлежу неком систему процене). На овој основи врши се разграничење и поверилаца те имовине из професионалне делатности и личних поверилаца из остале имовине предузетника. *Повериоци приватне одвојене имовине предузетника* могу се наплатити из реализоване добити пословне године из пласиране „наменске имовине“ предузетника, али не могу спровести извршење на „уделу“ у „наменској имовини“ предузетника, за разлику од поверилаца члана друштва с ограниченом одговорношћу који могу спровести извршење на његовом уделу у том друштву. Најзад, француски законодавац је санкционисао непоштовање *имовинске аутономије „наменске имовине“* предвиђајући неку форму индивидуалног стечаја у случају „оштећења интереса делатности“ наменске имовине. Француска теорија је става да је ово блиско „оштећењу интереса друштва,“ те иако је била намера да се креира нова форма предузетништва без субјективитета, у доброј и збуњујућој мери ова институција се приближава креирању новог правног лица.<sup>33</sup>

33 Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 810-812.

### 3. Уговорна природа привредног друштва

Правно, привредно друштво је уговор (атипично је једночлано друштво), укључујући и друштво са правним субјективитетом - теорија уговора.<sup>34</sup> Уговор о оснивању привредног друштва мора бити сачињен у писаној форми (*forma ad solemnitatem*), а некад се тражи и неки облик свечане форме (сачињавање или овера од стране нотара и слично),<sup>35</sup> а могућа је и електронска и дигитализована форма.

Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора<sup>36</sup> захтевају се подједнако и за овај уговор, будући да и он има *облигациона дејства* – материјални услови (*способност уговорних страна* – искљученост малолетника и пунолетних лица лишених или ограничене пословне способности,<sup>37</sup> *предмет* – дозвољеност и одређеност,<sup>38</sup> *сагласност воља* – без заблуде, претње и принуде, *кауза* - мотив)<sup>39</sup> и формални услови (формализам – писмена форма, овера потписа,<sup>40</sup> упис у прописани регистар и објава).<sup>41</sup> Мане воље у настанку уговора о оснивању привредног друштва могу бити значајне за његову судбину, посебно заблуда (о предмету, о личности), уговор може бити симулован и фиктиван – који је често преваран („друштво фасада“).<sup>42</sup>

34 Конститутивни акт компаније има дејство уговора: а) између компаније и сваког њеног члана у својству члана, и б) између компаније и сваког њеног директора и секретара компаније у тим својствима, и в) између члана и сваког другог члана компаније и само у тим својствима. Статут компаније и друга компанијскоправна правила чине део оснивачког акта и имају његову природу. У хијерархијском смислу оснивачки акт је акт јаче правне снаге од статута компаније. Ови акти нису извршиви од стране трећег лица које није уговорна страна (не могу наметати права и обавезе трећем лицу): R. P. Austin, I. M. Ramsay, 192-199.

35 Вид. F. Easterbrook, D. Fischel, „The Corporate Contract“, *Foundations of Corporate Law*, (ed. R. Romano), New York 2010, 2 152-160; L. A. Ribstein, 6-9.

36 Вид. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 245-366; О. Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, 212-331.

37 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 46.

38 Предмет треба разликовати од: каузе уговора о оснивању привредног друштва (то је стицање профита за друштво и чланове или макар само уштеда трошкова), од интереса друштва (који је мера одговорности чланова органа друштва који имају дужности према друштву) и делатности друштва (ужи појам од предмета). Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 47-48.

39 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 43-45.

40 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 123-128.

41 Ph. Merle, A. Fauchon, 63-82; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 46-56, 128-138.

42 Симулована сагласност је чешћи случај од сагласности са манама воље. Симулована сагласност може бити тројака: односити се на постојање самог уговора, односити се на природу уговора (нпр. *уговор о друштву покрива уговор о поклону што може повређивати право наслеђивања*), односити се на личност могућег сачлана. У погледу дејства привидног (симу-

*Уговор о оснивању привредног друштва* основ је настанка грађанског ортаклука (у неким правима и специфичне установе тзв. *преддруштва*), који ствара права и обавезе за осниваче, на уговорној основи. За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да овај уговор може да има и *статусна – институционална дејства* (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект),<sup>43</sup> у овом уговору има и одређених посебних правила која произлазе из овог дејства. Ипак, уговорна природа ових друштава доминира код друштава лица (ортачко и командитно друштво), док институционална природа доминира код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), чиме се омогућује да ова друштва функционишу *техником рада органа друштва*, јер овим друштвима након оснивања управљају органи, а не оснивачи и доцнији чланови (акционари). Ово је, међутим, у потпуности тачно за акционарско друштво са јавним уписом акција, које и на овај начин испољава све одлике друштва капитала, али не и за друштво са

---

лованог) уговора треба разликовати однос према трећима и однос међу уговорним странама. Кад је реч о односу према савесним трећим лицима привидност уговора не може се истицати и привидан уговор има дејства према њима (могу се позивати дакле на тај очевидан-симулован уговор, али се уместо тога по свом избору могу позивати на прикривени-дисимуловани уговор ако он испуњава услове за пуноважност), док с друге стране у односима између уговорних страна постоје извесне недоумице. Наиме, према решењу српског закона који регулише облигационе односе *привидни уговор нема дејство међу уговорним странама* (ЗОО, чл. 66). Како су уговорне стране закључивале привидан-очевидан-симулован уговор управо да би прикриле стварни-дисимуловани уговор, није логично да ће се позивати на тај дисимуловани-прикривени уговор. Отуда, *чини се логичнијим решење француског права* (С.сiv. art. 1321) које се разликује код овог института од српског права што прописује дејство очевидног-привидног уговора и међу уговорним странама. У прилог овом француска теорија наводи карактеристичан случај одлуке трговачког суда Версаја. У конкретном случају, уговорне стране су закључиле уговор о оснивању акционарског друштва са уговореним улозима чланова. Како ови улози нису у целости унети у имовину друштва, односно уплаћени у целости до покретања поступка ликвидације друштва, ликвидатор друштва је тражио од чланова уношење и уплату преосталог дела уговореног улога, али се један оснивач бранио приговором да он није стварни оснивач већ да је из услужности потписао уговор о оснивању друштва за другог члана чији је био ванбрачни партне р. Судови нису уважили овај аргумент јер је и тај „тобожњи“ оснивач потписао уговор о оснивању друштва са знањем ствари и да тиме што је по сопственој тврдњи „тобожњи“ оснивач (оснивач из услужности) није мање оснивач. Суштински, међутим, с обзиром на природу уговора о оснивању друштва, који ствара и међусобне обавезе уговарача, али и обавезе према трећем (будуће друштво), овде је *пре реч о уговору у корист трећег лица (него о дејству уговора међу уговорним странама)*. Вид. М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 44-45.

43 P. L. Cannu, B. Dondero, 163-186

ограниченом одговорношћу (и делом и за акционарско друштво без јавног уписа акција), које и након оснивања задржава доста личних карактеристика, тако да су уместо органа друштва, ипак, често у функцији чланови или акционари друштва. Код свих друштава са правним субјективитетом, ипак, ништавост оснивачког акта не води аутоматској ништавости-престанку друштва насталог на његовој основи, већ друштво мора да престане на начин предвиђен законом.

Сви компанијски закони, па и Закон о привредним друштвима,<sup>44</sup> уређују *битне елементе* уговора о оснивању привредног друштва, било уопште за сва друштва, било посебно за свако друштво, те би изостанак неког од ових битних елемената чинио уговор о оснивању ништавим, осим елемената који имају категорију претпостављених битних елемената по самом закону (време оснивања, на пример). Осим ових елемената, уговор о оснивању може садржати и *факултативне елементе* који зависе од природе друштва и чије изостајање не чини такав уговор по самом закону ништавим, будући да их тада надомешћују диспозитивне законске норме. Уговор о оснивању привредног друштва једини је конститутивни акт свих затворених форми друштава (ортачко, командитно, друштво с ограниченом одговорношћу) – *систем једног конститутивног акта*, док код акционарског друштва има функцију конститутивног акта (*memorandum of association*) само за потребе оснивања и уписа друштва у регистар и то паралелно са статутом друштва (*articles of association*) – *систем два конститутивна акта*.<sup>45</sup> У сваком случају и уговор о оснивању и статут

44 ЗОПД, чл. 11, 94, 127, 141 и 265.

45 У енглеском праву за обе форме компанија (са акцијама и уделима) важи систем два конститутивна акта, с тим што јавна компанија мора регистровати *memorandum of association* („устав компаније“ - обично регулише екстерне односе), али не мора регистровати *articles of association* (обично регулише интерне односе) већ може изабрати модел (Table A), који је саставни део компанијског закона и који постаје *articles*; приватна компанија са ограниченом одговорношћу – Table B; приватне компаније са одговорношћу покривеном гаранцијом без акцијског капитала – Table C; приватне компаније са ограниченом одговорношћу покривеном гаранцијом са акцијским капиталом - Table D; компаније са неограниченом одговорношћу са акцијским капиталом – Table E; Table B, C и D садрже и моделе *memorandum*-а друштава на које се односе, док Table F садржи модел *memorandum*-а за јавна акционарска друштва. Коначно, Table G садржи модел *articles* за „partnership companies“. Однос *memorandum* and *articles* је хијерархијски: *memorandum* има јачу правну снагу. Компанијски закон из 2006. користи и термин „constitution“ (устав) који обухвата углавном „articles“, али има и шире значење у смислу посебних одлука скупштине компаније. Вид. L. C. B. Gower, 273-276; L. C. B. Gower, P. L. Davies (2008), 62-76; J. Charlesworth (ed. G. Morse *et al.*), 51-78, 79-89; R. Pennington, 3-38; J. Birds *et al.*, 38-43, 75-79; Smith&Keenan's, 71-72, 105-120; за

имају уговорне елементе и успостављају уговорне везе између сваког члана друштва и привредног друштва (теорија уговора).<sup>46</sup>

Уговорне стране за уговоре о оснивању привредног друштва (оснивачи) могу бити и физичка и правна лица (осим ако то у одређеним случајевима није изричито искључено).<sup>47</sup> По правилу, овај уговор није билатералан већ мултилатералан, али се углавном *не прописује максимални број уговорних страна*.<sup>48</sup> Ипак, и у случају кад закони не садрже ограничење максимума уговорних страна, фактички друштва лица, па и друштво са ограниченом одговорношћу, због своје природе, тешко могу да функционишу са великим бројем ортака или чланова, што је опет фак-

---

америчко право: Revised Model Business Corporations Act - RMBCA (2016), sec. 2.02; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 30-51.

46 „Одредбе устава компаније обавезују компанију и њене чланове до истог степена као да постоји споразум између компаније и сваког њеног члана који их обавезује“. Уговор о оснивању компаније (и статут) и поред тога што компанија није уговорна страна обавезују чланове-уговорне стране у својству чланова компаније и уговорних страна и то како међусобно тако и према компанији, а иако компанија није уговорна страна (уговор у корист трећег али и на терет трећег уз његову сагласност) обавезана је истим уговором према сваком члану у својству њеног члана и дужна је да поштује његове одредбе. Практично, и *компанија је снагом факта и права уговорна страна*, као и чланови и ови акти су извршиви и у односима компаније и чланова и у односима између самих чланова (не и трећих лица који нису уговорне стране). Иако је уговор приватноправни документ, он је уједно и јавноправни (институционални) документ и као такав може се ипак мењати вољом капитал већине (која обавезује капитал мањину). Вид. The British Companies Act - CA 2006, Sec. 33; L.C.B. Gower, 282-288; L. C. B. Gower, P. L. Davies, *Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 65-76; B. Cheffins, *Company Law – theory, structure and operation*, Oxford, 2004, 455-462; J. Birds et al., *Boyle and Birds Company Law*, London, 1995, 70-74; Smith&Keenan's, 112-115.

47 У случају супружника са режимом заједничке имовине, кад је улог у друштво из заједничке имовине, потребна је сагласност супружника који није оснивач, а ако је улог из посебне имовине на основу закљученог уговора између супружника (кад не постоји заједничка имовина) таква сагласност не треба ако је оснивач други супружник са улогом из своје имовине. Остаје отворено питање шта је претпоставка. У сваком случају, супружнички однос не конституише претпоставку да је супружник који није потписник оснивачког акта и члан друштва. Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 153-158.

48 У британском праву оснивачи (*promoters*) компаније не сматрају се агентима компаније, нити повереницима (*trustees*), али ипак имају две фидуцијарне дужности: забрану прављења тајног профита из оснивања компаније без њене сагласности и обавезу откривања компанији било ког интереса који имају у поводу предузетих трансакција. Ове дужности трају док директори или одбор директора не преузме послове вођења компаније. Постоје и посебни правни лекови за извршење ових фидуцијарних дужности, на које је овлашћена сама компанија. Право оснивача на накнаду за услуге оснивања компаније, као и право на накнаду трошкова оснивања утврђује се конститутивним актима компаније или/и уговорима оснивача и првих директора. Вид. R. Pennington, *Company Law*, London, 1995, 703-710.

тичко питање. Најзад, иако је природа привредних друштава уговорна (тренд ка јачању ове природе у савременом компанијском праву неки аутори с правом називају: “*contractualisation*” - контрактуализација),<sup>49</sup> закони по правилу никад не траже аутоматски престанак друштва када оно у току пословања спадне на једног ортака, па и у случају када по закону такво друштво не може бити једночлано (друштва лица), већ редовно остављају рок (у којем може бити једночлано) за преображај таквог друштва у другу правну форму или за приступање новог ортака (члана).

#### 4. Слобода уговарања и регулација и/или саморегулација

Уговорна природа привредних друштава, по логици ствари води афирмацији принципа *слободе уговарања*,<sup>50</sup> што је и српски компанијски закон диспозитивном природом норми (али не и општим принципом) утврдио код друштава чија је уговорна природа неспорна и скоро искључива (ортачко друштво и командитно друштво). Слобода уговарања код ових друштава примењује се за уређивање: 1) улога у друштво; 2) располагања ортачким уделом; 3) одговорности код преноса удела; 4) одлучивања ортака друштва; 4) пословођења и заступања; 5) накнаде трошкова ортака; 6) добити и губитка; 7) посебних основа престанка својства ортака. Дакле, осим за унутрашње односе, принцип слободе уговарања примењује се и при уређењу преноса удела трећим лицима и код заступања као односа ортачког друштва (и ортака друштва) према трећим лицима

49 Сматра се да и неке нове форме друштва у француском и европском праву иду у прилог реафирмације и оснажења уговорне теорије привредних друштава, јер се заснивају на принципу слободе уговарања (поједностављено акционарско друштво и европска компанија), а такође и теорија корпоративног управљања, пореклом англосаксонска, која природу односа директор-акционари-друштво објашњава мандатним (агенцијским, заступничким) правним послом. Доминантност уговорне теорије привредних друштава у француској теорији подупиरे и француски законодавац (Трговачки законик из 1804. године дефинише у члану 1832 *привредно друштво као уговор* – „*la société est un contract ...*“, а то задржава и законодавац трговачких друштава из 1978. године, уз истовремено проширење циља-каузе привредног друштва), док српски законодавац привредних друштава даје концесију институционалној теорији („*привредно друштво је... правно лице*“ - ЗОПД, чл. 2), што је управо француски законодавац не без разлога желео да избегне, а која иначе чини мост ка једночланом друштву, говорећи тиме у прилог потребе допуњавања ове две теорије: P. L. Cannu, B. Dondero, 26, 171-186.

50 C. R. Eggers, B. Hasse, M. T. Oltmanns, 45-46.

(укључујући ту и саме ортаке кад су у пословним односима са друштвом као одвојеним правним субјектом).<sup>51</sup>

Управо доминација принципа слободе уговорања (уређење унутрашњих односа ортака, нема минимума капитала, нема прописане корпоративне структуре, слобода уређења пословањења и заступања, потпуна контрола уласка нових ортака у друштво и изласка постојећих ортака, неспорна уговорна природа и током трајања друштва и тиме једнакост ортака, нема спољњег надзора због величине друштва) и постојање минимума норми императивне или полуимперативне природе, чини форму ортачког друштва максимално флексибилном и с тог аспекта пожељном инвестиционом формом.

Неограничена одговорност партнера, уз то, према трећим лицима (у унутрашњим односима опет принцип слободе уговорања омогућује да буде одговоран и само један партнер и да се у крајњем сви који плате дуг трећем лицу могу регресирати од њега, што такође друштву даје могућност велике адаптације међусобним односима и потребама), иако за њих ризична, чини повериоце друштва сигурним и релативно обезбеђеним, што друштву даје додатни престиж. Неограничена одговорност партнера чини друштво такође атрактивним за кредитне институције, а власничко управљање друштвом уклања проблеме корпорацијског управљања који настају пре свега одвајањем управљања и власништва (контроле), што истовремено смањује агенцијске трошкове управљања. Ипак, чињеница да је реч о друштву с неограниченим ризиком ортака, чини ово друштво недовољно атрактивним за оснивање.

*Принцип слободе уговарања као општи принцип*, за разлику од друштава лица, утврђен је изричито као такав код друштва с ограниченом одговорношћу, а ова слобода произилази и из диспозитивне природе уређења бројних питања статуса овог друштва и његових чланова компанијскоправним законом.<sup>52</sup> За разлику од овог друштва, које је складним комбинацијама друштва лица и друштва капитала, те доминацијом уговорне воље, неспорно најчешћи инвестициони избор, акционарско друштво доминацијом императивних норми и тиме нефлексибилности за слободу уговарања у статистичком смислу није посебно пожељан инвестициони избор. Ово посебно у условима постојања само једне

51 ЗОПД, чл. 93-124 и чл. 126; М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 469-470; G. Morse (1995), 63-76; T. Prime, G. Scanlan, *The Law of Partnership*, London 1995, 56-80

52 ЗОПД, чл. 140: „Чланови друштва с ограниченом одговорношћу своје међусобне односе у друштву, као и односе са друштвом, уређују слободно, ако овим законом није другачије уређено.“

(искључиве) форме овог друштва (јавно друштво са подваријантама котираног и некотираног), што је англосаксонски избор. Отуда нам се чини да српском инвестиционом миљеу одговара могућност постојања више форми и акционарских друштава, како позитивноправних (јавно-отворено са подваријантама котираног и некотираног и нејавно-затворено), тако и *de lege ferenda* могућих нових, попут француског поједностављеног акционарског друштва, које и код овог друштва у значајној мери, чак и конкурентно са друштвом с ограниченом одговорношћу, афирмише слободу уговарања, што је за лепезу разноврсности инвестиционог интереса пожељно.

Сијамски близанац“ слободе уговарања је и сам избор субјекта регулације и расподела квантитативног учешћа: државна регулација привредних друштава и/или саморегулација аутономним изворима компанијског права. Британска теорија, чини се с правом, имајући у виду да је тег саморегулације у В. Британији значајно претегао тег државне регулације, за разлику од САД-а, земље исте правне традиције, где је тег државне регулације и даље снажнији, сугерише да се и В. Британија у овом погледу угледа на САД.<sup>53</sup>

Економска анализа права сугерише да се императивна (мандаторна) правила регулације користе само у случају кад доносе већу корист од трошка (евидентно је да знатно коштају и да се тешко мењају због парламентарних поступака, што им додатно увећава трошак, а ако им је и примена проблематична, онда немају ни очекивани ефекат стандардизације понашања и поступања субјеката на које се односе, као своју предност: на пример, дејство према трећим лицима, чиме достизање пројектованих циљева није у коалицији са ефикасношћу). Уместо *императивних правила* теоретичари ове гране права препоручују *допуштена правила* (*opt out*), посебно у односу регулативе ЕУ и националне регулативе држава чланица (чиме се за потребе националних специфичности излази из правила наднационалне регулације). За разлику од допуштених правила где је практично за примену наднационалног правила потребан *opt in* (због неискоришћеног *opt out*), *претпостављена правила* се примењују осим ако адресати правила не оптирају за допуштена правила (*opt out*), што се препоручује као мањи трошак и већа ефикасност.

---

53 Вид. В. Cheffins, 364-420; М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 17-25; В. Радовић, „Развој културе одступања од „примени или објасни“ правила корпоративног управљања“, *Анали*, бр. 2/15, 23-44.



У сваком случају, општи је суд да је америчка држава *Delaware* најбоље моделирала своје законодавство (као и да има најбољу судску корпорацијску праксу) у циљу привлачења инвеститора (преко половине од 500 највећих корпорација и преко 55% од ових котираних на Њујоршкој берзи имају седиште у овој држави), а највећи број америчких држава прихватио је или моделирао свој корпорацијски закон према *Model Business Corporations Act*, препоручен од Америчке адвокатске коморе (који иначе редовно ревидира корпорацијски комитет ове коморе – последња ревизија 2016). У историјском смислу одлика америчког корпорацијског права је напуштање бројних рестрикција за затворена друштва и често и за отворена и увођење флексибилних правила. Успех *Delaware* сматра се важним за пут европске компанијске регулативе и у том смислу, чини се, с правом се упозорава да његова претерана хармонизација може укинути или ограничити иначе потребни *shopping* одговарајуће регулативе за оснивање компанија.<sup>54</sup>

### 5. Доминација субјективитета/институционалности привредног друштва над уговорном природом и ублажавање субјективитета друштва као прилог уговорној природи

Уговор о оснивању привредног друштва, поред облигационих (уговорних) – теорија уговора, може да има и *статусна (институционална) обележја*, посебно ако друштво има правни субјективитет – теорија институције.<sup>55</sup> Управо ова чињеница и чини овај уговор специфичним

54 Вид. В. Cheffins, 217-263, 424-451; В. А. Белов *et al.*, *Корпоративно право - Актуелни проблеми теорије и праксе* (на руском), Москва, 2009, 89-160.

55 О уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 25-26; Ph. Merle, A. Fauchon, 32-34; други аутори говоре да је привредно (трговачко) друштво уговор по свом настанку, а институција са правним субјективитетом по свом функционисању (мада уговорни елементи не ишчезавају у потпуности не само код друштава лица код којих и поред субјективитета друштва скоро у потпуности опстају и током трајања друштва, већ и доброј мери и код друштва с ограниченом одговорношћу – случај кад се тражи једногласност за промену оснивачког акта), посебно код друштава капитала, код којих влада „закон већине“, те је тешко прихватити да се то уклапа у теорију уговора, као и сам правни субјективитет који од друштва чини „правно биће“ и, посебно, континуитет друштва и оснивање с намером трајања: М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 41-42, 119-120; P. L. Cannu, В. Dondero, 165-171. Институционална теорија привредног друштва има и неке посебне форме: теорија организације предузећа (потврда је форма једночланог друштва које се не уклапа ни у уговорну основу настанка привредног друштва), теорија колективног акта (одликује је став о конвергенцији више конститутивних интереса). Вид. P. L. Cannu, В. Dondero, 175-179.

у односу на уговоре који имају само облигациона својства (по правилу уговором основано друштво траје неодређено време, друштво има неке корпорацијске органе, уговор се региструје, могуће је искључење члана и иступање члана из друштва, могућ је спор члана друштва са другим чланом као уговорном страном али и са друштвом, уговор се може променити и већинском вољом,<sup>56</sup> различитост права чланова, неравноправност чланова уз равноправан третман, права мањинских чланова, дејство према трећим лицима, принудни престанак).

Институционалној природи привредног друштва, нарочито акционарског друштва, посебно доприноси *теорија корпоративног управљања*, која промовише принцип суверености сваког органа друштва. Скупштина друштва, будући да је орган „власника над акционарским друштвом,“ уобичајено се означава као хијерархијски највиши орган у акционарском друштву. Ипак, с обзиром на њено ретко састајање, претежну незаинтересованост акционара, поготову мањинских, за свакодневну активност друштва, као и на њихову делимичну стручну неупућеност, чини се да је исправно примећено да је овај „суверен“ само „краљ лењивац пошто ради само неколико часова годишње“.<sup>57</sup> Теоријска самосталност скупштине у фактичком смислу показује се све више као фарса. „Тамо где се ништа не разуме, човек се успава“, констатовоао је резигнирано један акционар са Запада.<sup>58</sup> Ипак, *јачање тзв. институционалних инвеститора као акционара* у савременим условима јача и професионални кредибилитет скупштине акционарског друштва и води извесној

---

56 Промена оснивачког акта већинском вољом не сме бити преварна, малициозна или против интереса мањине по капиталу, већ мора бити савесна и у интересу компаније као целине (не изван граница разумности – тест дискриминације), у противном таква промена може бити ништава. У систему два конститутивна акта, промена статута нема правно дејство ако је супротна уговору о оснивању, промене статута које увећавају обавезе чланова друштва (промена одговорности, додатне уплате, нови улози, рестрикције располагања акцијама и уделима) могуће су само уз сагласност чланова којих се тичу, промена права класе акција могућа је само уз прописану (по правилу квалификованом већином) сагласност те класе акција, промена не може лишити чланове права које им је дао суд, промена је подложна судском поступку и може бити ништава ако није вршена у интересу компаније као целине (тј. у интересу свих чланова). Промена оснивачког акта може бити не само вољна, већ и принудна (усклађивање са законом), промена може бити условљена неким рестрикцијама (већа већина од законског минимума и друга ограничења у складу са законом), промена мора бити у складу са законом и код котираних друштава у складу с берзанским правилима, промене не могу стварати права и обавезе за трећа лица, компанија не може гарантовати непромену оснивачког уговора или статута: J. Birds et al., 79-84; Smith&Keenan's, 104-111; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 201-205.

57 Вид. А. Tunc, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, 1978, 178.

58 Y. Guyon (2003), 310.

ренесанси овог органа.<sup>59</sup> У новије време, наиме, приметна је, и у регулативи и у пракси, тенденција својеврсног „васкрса“ овлашћења скупштине (*редемократизација акционарских друштава уместо технократизације*), што је видљиво из законског делокруга (већина је императивни делокруг). Фактички, ипак, овај орган, уместо стварног органа управљања, претвара се у *орган контроле* одбора директора код једнодомног управљања или надзорног одбора код дводомног управљања, као и *орган заштите акционара*.

Одлуке скупштине имају *природу колективног правног акта* акционара – принцип колегијалности по својој природи (иако одлука може бити донета и од једног акционара у систему одлучивања, али у одређеним случајевима и од стране свих акционара). Акт скупштине је акт органа друштва – то је тиме акт – одлука самог друштва. Суверенитет скупштине практично је ограничен само законском надлежношћу других органа друштва (скупштина их не може лишити законске надлежности и статутарне без промене статута) и активношћу акционара (пасивизам малих по капиталу акционара у доброј мери се решава модерним средствима комуникације и одлучивања који не захтевају физичко присуство).<sup>60</sup>

Чврсто правило корпоративног управљања је и да послови *из надлежности одбора директора* спадају у његову *суверену надлежност* и не могу се одлуком скупштине компаније (ма којом већином или чак и једногласно) изузети из његове надлежности и сместити у надлежност скупштине (важи и обрнуто).<sup>61</sup> Одобравање - ратификација аката одбора директора или надзорног одбора могућа је само по њиховом захтеву (или по законској расподели надлежности).<sup>62</sup> Такође, *послови из надлежности*

---

59 Вид. R. Romano, „Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance“, *Foundations of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York, 20102, 372-384.

60 P. L. Cannu, B. Dondero, 550-554 и 571; J. Лепетић, „Активизам акционара“, *ПиП*, бр. 10-12/18, 105-123.

61 У британском праву постојање суверености овлашћења директора у овом смислу традиционално је важно правило компанијског права и праксе. *Мењање скупштине у вођење послова друштва* од стране директора дозвољено је једино као изузетак у случају такве посебне одлуке скупштине, као и у случају блокаде рада одбора директора. Додатно, скупштина компаније може ратификовати одлуке директора изван овлашћења директора, као и ослободити директоре имовинске одговорности у следству примене „правила пословног одлучивања“: J. Birds *et al.*, 426-427; J. Charlesworth (ed. G. Morse *et al.*), 281-283.

62 Расподела делокруга на релацији *скупштина – одбор директора* извршена је, дакле, према генералном принципу да оперативни послови вођења компаније спадају у делокруг одбора, а структурне промене и промене статута спадају у делокруг скупштине. Упор. ЗОПД, чл. 398.

одбора директора не могу се у смислу одлучивања (али могу у смислу извршавања) пренети-делегирати на извршне директоре друштва, комитете или друга лица (суверена надлежност одбора – граница надлежности генералног директора и извршних директора),<sup>63</sup> те за њих одговара одбор као целина доносећи одлуке на начин утврђен статутом<sup>64</sup> (па и у случају поделе извршавања - или по директној одговорности за припадајући „ресор“ или по основу пропуштања дужног надзора и непредузимања нужних мера ако је био информисан:<sup>65</sup> за обављање функција других чланова одбора из „неприпадајућих ресора“- било да је у питању однос директора матичног и директора зависног друштва или је у питању *тзв. виртуелни холдинг* у једном субјекту са дивизионом унутрашњом струк-

---

ст. 2 (правило је диспозитивно: „ако статутом није другачије одређено“, што би значило да и сама скупштина својом одлуком може „преузети“ нека питања из надлежности одбора директора, што је по интегритет овог органа и његових дужности и одговорности лоше решење – примат уговорне теорије привредног друштва и поред дефиниције привредног друштва као „правног лица“); GJSCA, sec. 119, para 2 (правило је императивно и за такво „поверавање“ надлежности једино су власни органи у чијој је то надлежности – примат институционалне теорије привредног друштва). Ратификација (или повлачење саме ратификације) сама по себи не значи ослобађање имовинске одговорности одбора директора (извршног одбора) или надзорног одбора и одустајање од тужбених захтева за накнаду штете у узрочној вези с одлукама ових органа. Вид. G. Wirth *et.al.*, 133-135; S. Grundmann, 271-276; L. C. V. Gower, P.L.Davies, 375-377.

У овом погледу, интересантно је да америчко корпорацијско право (RMBCA, sec. 8.26) садржи изричито решење да „корпорација може одлучити“ да поднесе на одлучивање скупштини и неко питање, чак и ако одбор директора то не препоручује (примат уговорне теорије привредног друштва).

63 Управо ова делегација извршних овлашћења на извршне директоре са одбора директора је разлог за забринутост да стварна компанијска моћ лежи у извршним директорима а не у одбору директора, те да одбор директора, посебно са сегментом неизвршних (спољних) директора, поприма све више надзорна овлашћења над извршним директорима уместо стварне моћи одлучивања. С друге стране, чак и у британској пракси има мало судских одлука које су се изјашњавале о природи односа одбор директора – извршни директори и други директори (*officers*), а у сваком случају ови односи зависе од статута компаније, овлашћења одбора директора и уговора о постављењу извршних директора и нижих директора: V. Chelfins, 602-608; J. Birds *et al.*, 428-429; J. Charlesworth (ed. G. Morse *et al.*), 292-294; Smith&Keenan's, 322-323; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 259-263.

64 Ph. Merle, A. Fauchon, 473.

65 У француској пракси је делегирањем овлашћења могуће пребацити одговорност за њихово извршавање на лица на која су делегирана (осим у делу потребног надзора и предузимања нужних мера), под претпоставком да се докаже да су лица на која су делегирана овлашћења компетентна и да располажу потребним ауторитетом и нужним средствима. Овакав правац прихваћен је прво у домену казнене одговорности, да би постепено као рационалан био поступно прихваћан и у грађанској одговорности: P. L. Cannu, B. Dondero, 303.

туром).<sup>66</sup> Генерални надзор над извршењем ових функција, у смислу својих овлашћења, има скупштина друштва.<sup>67</sup>

Кад је реч, дакле, о природи делокруга органа акционарског друштва (што важи и за друга друштва), утврђеног законом или статутом, односно о природи овог разграничења и правној позицији ових органа, у правној теорији и законодавној техници донедавно је постојало *напуштање теорије мандата*<sup>68</sup> - *уговорна природа друштва* (скупштина даје мандат одбору директора или надзорном одбору код дводомног управљања, а одбор директора даје мандат извршним директорима, односно надзорни одбор код дводомног управљања извршном одбору директора), сходно којој властодавац може у свако доба, чак и без постојања основа, отказати (одузети) мандат (а пуномоћник може поднети оставку у свако доба), а истовремено се све више промовисао модел *законског или статутарног овлашћења* које је везано за одређени орган и неопозиво до измене закона или статута – *институционална природа друштва*. Овим се успоставља чврста позиција сваког органа у привредном друштву. Данас, међутим, чини се да је на помолу нови тренд: *мешавина теорије мандата* (на статусном плану избора и разрешења у свако доба и без постојања ваљаног или озбиљног разлога, интерна дужност поштовања ограничења овлашћења) и *теорије законског и статутарног овлашћења* (изворни делокруг и његово остваривање уз заштиту права савесних трећих лица) – *мешовита природа друштва: уговорно-институционална*. Упоредо са овом теоријом и законодавном праксом, афирмисала се и теорија о *непостојању хијерархије међу органима* привредног друштва, будући да је сваки орган једини и „највиши“ у свом законски и статутарно утврђеном делокругу, која се данас релативизује на статусном плану, где се хијерархија у потпуности реafirмише.

Иако, дакле, у складу са теоријом *корпоративног управљања*, одвојени субјективитет привредног друштва од субјективитета његових чланова носи значајне правне последице (на плану јачања његове институционалне природе), ипак постоје и нека *ублажења одвојености ових субјективитета* (што реafirмише уговорну природу друштва): индиви-

66 Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 475-484; G. Wirth et. al., 101-102, 109; R. Pennington, 765-768.

67 Smith&Keenan's, 321-325.

68 О довођењу у питање теорије мандата (у мери у којој је мандат, то је неки *sui generis* мандат – политички мандат), посебно због чињенице да директор не врши само послове заступања, већ пре свега послове који улазе у сферу интерних односа – пословодство (присталице институционалне теорије привредног друштва говоре о „функцији“ и „функционеру друштва“): P. L. Cannu, B. Dondero, 277-278, 312.

дуална тужба чланова друштва против чланова органа друштва, имовинска одговорност чланова органа друштва за повреду правила компанијског права која се тичу ограничења плаћања, деликтна одговорност чланова органа друштва према трећим лицима, одговорност директора за дугове компаније за преварне („погрешне“) послове у предстечајној позицији, коришћење корпоративне структуре за извршење преваре - „пробијање правне личности.“<sup>69</sup>

У пракси често долази до *злоупотребе правног субјективитета* привредног друштва, што наравно не утиче на његову правну природу. Ова злоупотреба може бити ради избегавања неког законског решења (нпр. ако је број запослених критеријум за неке форме партиципације запослених у управи друштва), ради оштећења поверилаца (престанак дужника), ради оштећења интереса супружника и института заједничке имовине супружника, *ради преваре фискаса* (чланови друштва често „изазову стечај“ свог друштва из ових разлога, али француска теорија ово упоређује са „игром мачке и миша“ и хвали спретност фискаса - „мачке“ која успева да ухвати дужника - „миша“ или, с друге стране, чланови друштва често оснивају *фиктивно друштво ради преваре фискаса*, када с позивом на превару држава у свом интересу узима да је друштво преварно-фиктивно и да фискално не постоји). Ове и сличне злоупотребе санкционишу се често ништавошћу преварног друштва насталог на тој основи или несупротстављивошћу трећим лицима улога који има преварни карактер и слично.<sup>70</sup>

## 6. Интерес/“најбољи“/ привредног друштва

Привредно друштво, будући правни субјект или, кад то није, одређена имовинска заједница са неким степеном правне самосталности, само по себи има одређене интересе који су одвојени од појединачних интереса његових интересних сегмената. Посебност интереса привредног друштва не чини ни укупност свих других појединачних интереса, већ је то *sui generis* интерес. Овај посебан интерес привредног друштва је логична последица често супротстављених интереса других интегративних сегмената привредног друштва (неких или некад и свих), те стога компанијски закони по правилу редовно садрже одређење да је управа

69 R. P. Austin, I. M. Ramsay, 129-137.

70 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 79-82.

друштва дужна да ради „у интересу друштва (компаније, корпорације)“.<sup>71</sup> У уговорној концепцији привредног друштва, интерес привредног друштва се поистовећује са интересом чланова друштва (који и закључују уговор о оснивању друштва), док се у институционалној концепцији привредног друштва, интерес друштва не поистовећује с интересом чланова (мањинских или већинских или уопште), као ни са посебним интересом управе, већ је посебан интерес.<sup>72</sup> Интерес друштва (компаније) има свој посебан аспект код повезаних друштава (групе друштава), у смислу постојања „посебног интереса групе као целине“ или постојање и даље посебних интереса сваког члана групе.<sup>73</sup>

Компанијско право на повреду „интереса друштва“ реагује забраном злоупотребе већине или мањине или једнакости (то је такође повреда „интереса друштва“), разрешењем управе проценом оправданог разлога мереног „интересом друштва“ или без оправданог разлога и имовинском одговорношћу, именовањем привременог заступника друштва кад је то „интерес друштва,“ ништавошћу акта управе друштва кад је повређен „интерес друштва,“ искључењем члана друштва кад је то „интерес друштва“ и слично.

Дужности према привредном друштву („рад у интересу друштва“), утврђене српским законом који уређује привредна друштва, имају поред чланова органа друштва, у концепцији српског закона и чланови и акционари са значајним капитал учешћем (*преко 25% права гласа*, сами или са лицима са којима делују заједно) или контролни чланови друштва са ограниченом одговорношћу и контролни акционари акционарског друштва<sup>74</sup> (самостално или са лицима са којима делују заједно и врше контролни утицај на пословање другог лица путем капитал учешћа, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора).

Промоција „интереса друштва“ (англосаксонска доктрина *Business Judgment*)<sup>75</sup> и тиме дужности рада лица са таквим дужностима у том

---

71 О кључним учесницима у компанији: B. Cheffins, 47-125; K. Greenfield, *The Failure of Corporate Law*, Chicago 2006, 41-71; A. Johnston, *EC Regulation of Corporate Governance*, Cambridge 2009, 19-103; S. Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Cambridge 2012, 43-52

72 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 167-171; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 351-356.

73 R. P. Austin, I. M. Ramsay, 362-367.

74 Вид. D. Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993, 513-588

75 Вид. Пројект корпоративног управљања Америчког правног института, sec. 4.01 - R. P. Austin, I. M. Ramsay, 397-398; обимна судска пракса која конкретизује доктрину *Business Judgment Rule*:

интересу није спорна, упоредноправно посматрано, кад је реч о таквим дужностима чланова органа друштва,<sup>76</sup> али је постојање такве дужности

D. Block, N. Barton, S. Radin, *The Business Judgment Rule*, I, II, New York, 1985; R. Hamilton, 310-320; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 350-356, 395-406; један од најконтроверзнијих случајева примене овог института у америчкој пракси је: *Smith v. Van Gorkom* (1985); R. Hamilton, 312-316; B. S. Sharman, „Understanding Maryland’s Business Judgment Rule“, *Duquesne Business Law Journal*, бр. 8/2006, 307-309; A. S. Gold, „A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith and Judicial Uncertainty“, *Maryland Law Review*, бр. 66/2006-2007, 407-409 и 426-427; K. S. Sergent, „The Corporate Director’s Duty of Care in Maryland: Section 2-405.1 and the Business Judgment Rule“, *Howard Law Journal*, 2000-2001, 194-195; E. E. Cassell, „Applying the Business Judgment Rule Fairly: A Clarification for Kansas Courts“, *Kansas Law Review*, бр. 52/2003-04, 1126-1127. „Није поента да суд по теорији уздржавања не може чак ни да пита: да ли је одбор директора повредио дужност пажње?“ Вид. S. M. Bainbridge, „The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine“, *Vanderbilt Law Review*, бр. 57/2004, 93-94. Америчка правна теорија аргуентује да „ако судије нису квалификоване да процене да ли је директорско понашање повредило дужност пажње, онда они нису квалификовани ни да процене да ли је њихово понашање прешло линију обичне непажње и ушло у зону крајње непажње или неки други такав стандард.“ Вид. D. A. J. Telman, „The Business Judgment Rule, Disclosure and Executive Compensation“, *Tulane Law Review*, бр. 81/2006-2007, 864-865; M. Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Anali*, бр. 3/12, 7-38.

76 ЗОПД, чл. 61. ст. 1. тач. 4 и 5 и чл. 63. ст. 1; RMBCA, 2016, par. 8.30; Аустралијски компанијски закон конститутивне елементе овог правила уређује на исти начин као и *common law*: а) савесна процена за одговарајуће сврхе, б) непостојање личног материјалног интереса у предметном питању, в) информисаност (лична) о предметном питању до мере разумног уверења да је то одговарајуће и г) разумно уверење да је процена у најбољем интересу корпорације: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 395-396; Врховни суд америчке државе Делавер (*Delaware*) углавном се држи праксе да постоји претпоставка таквог поступања (савесност, дужна пажња, информисаност, поступање у интересу корпорације) ових лица кад је реч о њиховој одговорности, што значи да тужиоци морају да пруже супротан доказ (неиспуњеност претпоставки за ослобођење директора од одговорности због: несавесности, повреде дужности пажње, повреде дужности информисања, повреде дужности лојалности корпорацији), што је „тежак терет“ (српски компанијски закон поставља обрнуто правило – лица са прописаним дужностима према привредном друштву нису одговорна за штету која из њиховог поступања настане за привредно друштво ако докажу да су поступала у складу са прописаном дужношћу пажње – ЗОПД, чл. 63. ст. 5); немачко право је релативно скоро прихватило постојање фидуцијарне дужности чланова органа акционарског друштва према компанији „и другим акционарима,“ због капиталске структуре овог друштва (што је иначе увек признавано код ортакчког и командитног друштва, као и код друштва с ограниченом одговорношћу). Вид. *German Joint Stock Corporation Act* (GJSCA 1965), sec. 117, sec. 243, para 2, sec. 309, sec. 317; G. Wirth et. al., 93-95; *British Companies Act* (CA 2006), sec. 170-181; у аустралијском компанијском праву и пракси говори се и о дужности рада директора за „одговарајуће сврхе“ (*proper purpose doctrine*). Ова доктрина настала је из института „преваре на власти“ (*fraud on a power*) - фидуцијарна овлашћења директора морају се користити за сврхе за које су дата а не за колатералне сврхе (нпр. у поступку преузимања компаније ова овлашћења



спорно кад је реч о члановима друштва с ограниченом одговорношћу и акционарима, који имају најмање значајно капитал учешће, а свакако контролно и већинско капитал учешће. Наиме, иако српски компанијски закон утврђује ове власнике друштва капитала као „лица са дужностима према друштву“ (рад „у интересу друштва“), он истовремено не „оптерећује“ „дужношћу пажње“ ова лица да поступају „у најбољем интересу друштва,“ што је централни елемент доктрине и правила „*Business Judgment*“ и без ког нема одговорности<sup>77</sup> (али истовремено протеже и на ова

морају се користити у сврхе заштите акционара), те је у свакој одлуци директора битно утврдити сврху датих овлашћења за такву одлуку: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 368-369.

77 ЗОПД, чл. 61. ст. 1. тач. 2 и 3 и чл. 62, ст. 3-6 и чл. 63. ст. 1.

У британском компанијском праву не постоји фидуцијарна дужност акционара (па ни значајног, контролног или већинског) према компанији кад гласа у скупштини, али постоји таква дужност директора (дакле, ако директор гласа у скупштини као акционар он нема фидуцијарну дужност према компанији, али када гласа као директор на седници одбора директора има такву дужност и тиме одговорност). Наиме, из постојања опште дужности акционара да гласа у скупштини савесно и у „најбољем интересу компаније као целине“ не може се извући закључак о постојању фидуцијарне дужности акционара према компанији у смислу такве дужности лица која имају такве дужности према друштву. Реч је, заправо, о извршењу власничких права које акционар може извршити у свом властитом интересу, чак и ако је он супротан интересу компаније или мањинских акционара (осим ако је то супротно правилу забране злоупотребе акционарске већине или ако води недозвољеној експропријацији власничких права или угрожавању стечених права класе преференцијалних акција). Акционар се може чак и обавезати уговором да гласа на овај или онај начин, а који је и принудно извршив. Ово важи и за директоре као акционаре кад гласају у скупштини друштва, осим ако им берзанска правила искључују право гласа. Вид. J. Charlesworth, (ed. G. Morse), 391-395; L. C. V. Gower, P. L. Davies, 653-662.

У аустралијском компанијском праву не постоји посебна фидуцијарна дужност акционара, па ни контролних, већ постоји само фидуцијарна дужност директора (извршних и неизвршних, „директора у сенци“, фактичких директора и нижих директора – *officers*) према компанији, али у извршавању својих дужности директори морају водити рачуна и о другим интересима (повериоци, запослени и други интереси везани за пословање компаније) до мере до које поступајући тако индиректно доприносе интересу компаније. Такође, у овом праву не постоји фидуцијарна дужност директора према појединачним акционарима, осим ако не постоје посебне околности, које чине да, на основу фактицитета, таква фидуцијарна дужност између директора и појединачног акционара настане: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 438-440, 443.

У немачком праву трговачких друштава сматра се да постоји подједнака дужност свих чланова друштва према друштву (ово произилази и из принципа једнаког третмана чланова друштва) и према другим члановима – изванредан степен лојалности. Овај концепт развијан је у судској пракси, али сматра се да он ипак не значи да чланови друштва у сваком случају сукоба интереса друштва и својих личних интереса треба да ставе интересе друштва испред својих. Ипак, чланови се не могу понашати толико себично и са злоупотребом права или преварно штитећи своје интересе на штету интереса друштва. Гранична линија између ових двају интереса тешко је одредива, али у сваком случају изазива доста контроверзи и у тео-

лица, као и на чланове органа друштва, друге компанијскоправне дужности, које инкорпорирају дужност поступања „у интересу друштва“: сукоб интереса, избегавање сукоба интереса, неконкурентација друштву, чување пословне тајне друштва).<sup>78</sup>

Континентална правна пракса нема посебан институт за означавање ових дужности, док се то у англосаксонској пракси означава појмом „фидуцијара“, агента или „trustees“ (повереника који ради за туђ рачун, у овом случају за рачун компаније као правног субјекта – имовина компаније није поверена њима већ компанији од стране чланова друштва и они су одговорни за њено управљање као „фидуцијари“, агенти или „trustees“),<sup>79</sup> односно појмом „фидуцијарних дужности.<sup>80</sup> Истина, и континентално право познаје (не на универзалној основи) „фидуцијарну својину“ (као средство обезбеђења – „привремена својина“).<sup>81</sup>

---

рији и у пракси (карактеристичан пример је кад већински члан не може повређивати клаузулу неконкурентације свом друштву - основ за накнаду штете или искључење члана из друштва, зависно од свих околности датог случаја). Сматра се, чак, ако је одлука скупштине донета већином гласова а повређује дужност лојалности друштву или повређује интересе мањинских чланова, може бити и побојна. Практику немачког Федералног суда у вези с овим вид. В. Meister, М. Heidenhain, Ј. Rosengarten, 78.

У америчкој теорији пише се да је фидуцијарна дужност применљива само у случају делегирања од стране власника управљања друштвом професионалној управи, када и постоји ризик оштећења друштва и власника друштва. Штавише, контролни члан друштва не треба да има фидуцијарну дужност према неконтролним члановима, с обзиром на то да има право да ради у властитом интересу. За разлику од фидуцијара, контролни акционар нема обавезу да несебично ради за рачун другог (корисника). Постоји чак и озбиљна расправа око правне природе фидуцијарне дужности управе друштва: императивна или диспозитивна (*opt-out*). Судови америчке државе *Delaware* у низу одлука заузимају чак став о могућности искључења ове клаузуле на уговорној основи и тиме могућности заснивања својих одлука о одговорности управа друштава не на повреди ове дужности, већ на „преварном“ или „незаконитом“ вођењу компаније или на „несавесној“ повреди завета „савесности и доброг-фер поступања“. Вид. L. A. Ribstein, 166 и 219-222.

78 Упор. ЗОПД, чл. 61, 63. ст. 1, чл. 65, 67, 69, 71, 72, 75-76.

79 Разлика позиције директора и позиције *trustees* (иако и једни и други имају извесне дискреционе дужности и имају дужност промоције интереса трећег лица – компаније, а не својих): R. P. Austin, I. M. Ramsay, 349-350 и 353-354.

80 J. Charlesworth (ed. G. Morse *et al.*), 294-297; R. Hamilton, 303; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 338-340.

81 У римском праву фидуција (*fiducia*) је била најранији начин обезбеђења. Име је добила по *fides* (вера, поверење, поштење), јер се у почетку заснивала на поверењу (морална санкција), а не на правној санкцији. Фидуцијарни пренос својине на некој ствари састојао се у томе што се ствар давала привремено у својину за обезбеђење повраћаја дуга или испуњење неког услова, када се враћала власнику или по споразуму предавала другом лицу. Заштита моралном санкцијом била је недовољна, па је касније уведена тужба *actio fiduciae directa*, којом је

Из англосаксонског права<sup>82</sup> институт фидуцијарне дужности директора преузима се путем „правне трансплантације“ и у континентално право, како у општем смислу фидуцијарне дужности („рад у интересу друштва“, „у разумном уверењу да делује у најбољем интересу друштва“),<sup>83</sup> тако и у посебном смислу код других компанијскоправних дужности, где такође постоји дужност рада у интересу друштва (дужност лојалности друштву). Тако је у Француској Касациони суд изричито признао *devoir de loyauté* (дужност лојалности) директора.<sup>84</sup> У Немачкој Закон о акционарским друштвима дуго је резервисано говорио само о фидуцијарној дужности директора према компанији (и једино према компанији), али је „дужност лојалности“ била већ наглашена у судској пракси и у немачком Кодексу корпоративног управљања (2002), посебно у вези са сукобом интереса. Правни писци скоро једногласно карактеришу позицију директора као фидуцијарну (суштину јој чини теорија корпорацијских шанси), с тим што се наглашава да „дужност лојалности“ тражи јаче стандарде примене од опште обавезе која произлази из начела савесности и поштења.<sup>85</sup>

Према дуго постојећој традицији, фидуцијарна дужност лица са дужностима према друштву дугује се, дакле, према друштву-компанији,<sup>86</sup>

---

зложни дужник могао да тужи зложног повериоца и да тражи повраћај предмета залогe ако је извршио своју обавезу. Вид. О. Станојевић, 204.

82 СА 2006, 172.

83 Постоји расправа да ли има разлике у формулацији неких судских одлука „најбољи интерес компаније“ и „интерес компаније“: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 351-353; B. Kasalowsky, *Fiduciary Duties in Company Law*, Hamburg, 2002; I. Anabtawi, L. Stout, „Fiduciary duties for Activist Shareholders“, *Foundations of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York, 2010, 397-402; L. Ribstein, 165-179.

84 У једном случају, председник отвореног некотираног акционарског друштва купио је акције од акционара за 3.000 франака појединачно, а затим их после неколико дана продао по 8.800 франака. Трговачки суд је сматрао да је председник, тиме што није открио праву цену акција другим акционарима, повредио дужност лојалности коју директор дугује сваком индивидуалном акционару. У другом случају, директор је дао оставку у ранијој компанији и основао је нову, с тим да је убедио кључне запослене из раније компаније да пређу на рад у нову. За разлику од апелационог суда, Касациони суд је одобрио накнаду штете ранијој компанији тужиоцу, заснивајући своју теорију на повреди од стране директора дужности лојалности према ранијој компанији. Вид. H. Fleischer, „The Responsibility of the Management and of the Board and Its Enforcement“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford, 2004, 377.

85 Вид. H. Fleischer, 378-379; G. Wirth et al., *Corporate Law in Germany*, München, 2010, 110.

86 Директори имају дужност према компанији, посебно да раде савесно у интересу компаније – тако: A. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2004, 310-325; E. Ferran, *Company Law and*

а не према индивидуалним акционарима (или индивидуалним повериоцима или индивидуалним запосленима).<sup>87</sup> Ипак, чланови борда директора (и друга лица са дужностима према компанији) могу бити и у фидуцијарној дужности према акционарима појединачно, али само као њихови агенти или у контексту тзв. агенцијских проблема корпоративног управљања (тзв. други проблем) или у случају постојања основа за индивидуалну тужбу или код *take over-a*, као и на индивидуалној уговорној основи – посебно код малих и средњих компанија. Оваква дужност постоји и према повериоцима у контексту евентуалне деликтне одговорности.<sup>88</sup>

### **7. Теорија злоупотребе права контролног акционара уместо његове фидуцијарне дужности – права мера заштите несагласних акционара и чланова путем права „изласка“ из друштва**

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 - у грађанскоправном смислу се ради о злоупотреби права - посебно кад постоји намера оштећења мањине - „unfair prejudice“ - и фаворизовања већине, као и кад се то чини супротно интересима друштва*), а са друге стране, да заштите мањину, али и спрече злоупотребу њених права (*теорија злоупотребе мањине - блокада одлука скупштине друштва*).<sup>89</sup> Према ставу француског Касационог суда за злоупотребу

---

*Corporate Finance*, Oxford, 1999, 154-170; G. Wirth *et al.*, 110-111; J. Birds *et al.*, 450-451; J. Charlesworth (ed. Morse G. *et al.*), 297-299.

87 Н. Fleischer, 373-375; J. Charlesworth, (ed. G. Morse), 349-363; R. Hamilton, 304-305.

88 *Case: Allen v. Hyatt - Privy Council*, у: L. Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, London, 1992, 250-251; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 479-483; R. Pennington, 780-782, 811-814; R. Hamilton, 163.

89 О злоупотреби права већине и права мањине, али и права једнакости (као варијанте злоупотребе права мањине и изједначености њихових правних режима) и о доктрини права мањине и злоупотребе и преваре мањине (и права мањине могу се користити само у одговарајуће сврхе које их оправдавају – *тест прикладности права*): Ph. Merle, A. Fauchon, 632-638; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 172-178; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 558-559; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 172-178; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 639-667; L. C. B. Gower, 593-606; J. Birds *et al.*, 491-523. У енглеском праву, заштита мањине „под кишобраном“ подразумева, пре свега, два важна принципа: прво, опште је правило да доктрина већине гласова не може извршити превару мањинских гласова и да мора поступати савесно у интересу компаније као целине (*fraud on the minority, unfa-*

*већине*, што се иначе врло ретко установљава у пракси, потребна су два кумулативна услова: повреда интереса друштва и повреда принципа једнакости акционара.<sup>90</sup> Санкција злоупотребе већине је накнада штете и ништавост предметне одлуке.

С друге стране, злоупотреба мањине постоји када акционарска мањина искључиво у циљу фаворизовања својих интереса спречава доношење одлуке скупштине друштва наносећи тиме штету интересима друштва и повређујући тиме интерес свих акционара.<sup>91</sup> *Проблем злоупотребе акционарске мањине* постоји нарочито на терену санкција, с обзиром на то да нема скупштинске одлуке (изостаје могућност поништења), као у случају злоупотребе већине кад санкција може бити у одређеним озбиљнијим случајевима и њена ништавост. Евентуална санкција накнаде штете је по правилу неадекватна, а суд у принципу нема право да се меша у процес доношења корпоративних одлука. Француски Касациони суд је проблем решио тако што је заузео став о могућности суда да у овом случају именује *ad hoc* заступника који би у скупштини имао право гласа уместо мањинских акционара, који „злоупотребљавају мањинско право“ у предметном питању.<sup>92</sup>

Најдаље у заштити акционарске мањине по капиталу<sup>93</sup> (у случају дисперзованих-распршених акционара, они су по правилу већина по

---

*ir conduct* – овлашћење акционарске већине лимитирано је принципом правичности, који је онемогућује да своја овлашћења не врши у складу са њиховом сврхом – злоупотреба овлашћења - *доктрина преваре мањине* - тражи интервенцију суда и поништавање одлуке која споља гледано испуњава услове регуларног извршења овлашћења, а која се не заснива на фидуцијарној дужности; ова доктрина садржана је у самом бићу промена уговора о оснивању компаније – на пример, немогућност промене оснивачког акта која овлашћује на експропријацију акција, осим основа законом дозвољених; немогућност промена које нису мотивисане одговарајућом дозвољеном сврхом; немогућност промена оснивачког акта које би биле „деспотске“ по интересе акционарске мањине; немогућност промена које су у зони сукоба интереса; немогућност промена које би водиле одрицању права на компанијскоправне тужбе или ослобођењу одговорности чланова органа друштва: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 643-646); друго, компанија на основу одлуке скупштине може бити тужилац за штету нанету компанији (*the proper plaintiff principle, the majority rule principle*) за извршење фидуцијарних дужности (повреда дужности лојалности према компанији: сукоб интереса, дужност избегавања сукоба интереса, дужност неконкуренције друштву, повреда дужности чувања пословне тајне), са овлашћењем суда на ослобођење од одговорности позивом на правило „*unfair prejudice*“. Вид. J. Charlesworth, (ed. G. Morse), 396-430; J. Charlesworth (ed. G. Morse, *et al.*), 337 и даље; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 681-708; J. Birds *et al.*, 498-513.

90 Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 172.

91 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 174.

92 Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 174-175, 178-180.

93 О деградацији права гласа акционарске мањине вид. P. Ledoux, 237-284.

броју) отишло је англосаксонско право, које је формирало став да су већински акционари у основи у фидуцијарној дужности и према мањинским акционарима у одређеним случајевима (тзв. други агенцијски проблем корпоративног управљања),<sup>94</sup> посебно у вези са пословима који излазе изван оквира редовног предмета пословања друштва.<sup>95</sup> Већински (и контролни и значајни) акционари морају увек гласати у интересу компаније, ако по закону постоји таква обавеза, као што је то случај са српским правом, што је ипак ретко решење кад је реч о општој фидуцијарној дужности (али такво решење редовно постоји код осталих компанијско-правних дужности: институти сукоба интереса, избегавања сукоба интереса, забране конкуренције друштву и чување пословне тајне друштва), за разлику од таквог универзалног правила које важи за чланове органа друштва са дужностима према друштву.<sup>96</sup>

У сваком случају, било као општа фидуцијарна дужност контролног (значајног и већинског) акционара, било као дужност по основу других компанијскоправних дужности, одлуке скупштине друштва (и других органа друштва с таквим прописаним дужностима) могу се доносити само „у интересу друштва,“ те је институт заштите мањинских (несагласних) акционара и правом изласка из друштва (уз обавезу друштва на откуп њихових акција „по највишој цени“),<sup>97</sup> у случају несагласности са

94 Вид. М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 91-98.

95 J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh, 1988, 380-408.

96 Ипак, реч је о једном доста спорном питању компанијског права. Чини се да водећа англосаксонска теорија оспорава постојање принципа по ком постоје идентичне дужности акционара (посебно значајних, контролних, већинских) приликом доношења одлука скупштине акционара, попут дужности чланова органа друштва да поступају у „интересу друштва“, тиме и у интересу мањинских акционара (фидуцијарна дужност према компанији). У том смислу говори се да је и принцип „злоупотребе мањине“ погрешан и да га треба напустити. С друге стране, прихвата се да је општи принцип да је одлука скупштине акционара или класе акционара ништава, ако се може доказати да је непоштена и штетна за све акционаре или акционаре неке класе. У том случају у покренутом поступку суд утврђује да ли је поштована законска процедура сазивања и одржавања скупштине друштва. Терет доказа да је одлука непоштена и штетна по акционаре или класу акционара је на тужиоцу, али тежина доказа варира зависно од околности случаја. Ствар је јасна ако је класа акционара донела одлуку и то већином гласова акционара који припадају некој другој класи или кад одлука није донета због гласања чланова који су за то имали лични интерес супротан интересу компаније. С друге стране, такав доказ је тежак ако је одлука донета са јасном (великом) већином. Вид. L. C. V. Gower, 603-605.

97 ЗОПД, чл. 475. Вредност акција (процењена, тржишна, књиговодствена) рачуна се према вредности на дан доношења одлуке о сазивању седнице предметне скупштине на којој несагласни акционари заснивају своја права на продају акција друштву, без обзира на ефекат те

неким одлукама које по закону дају основ за то, тешко правно објашњив и прихватљив, осим разлога акционарске демократије, што је већ склизнуће ка политичкој демагогији. Ово и посебно ако су такви основи постављени врло широко, као што је случај са српским компанијским правом (по узору на решење америчког модел корпорацијског закона). Отуда нам се чини да основ таквог права несагласних акционара може бити само у зони теорије (и на њој засноване праксе) злоупотребе права контролног (већинског и евентуално значајног) акционара.

Закон о привредним друштвима, наиме, утврђује следеће основе овог права несагласних акционара: 1) промена статута друштва којом се умањују његова права (право учешћа и гласања у скупштини, право на исплату дивиденде, право на ликвидациони остатак и стечајни вишак, право пречег уписа обичних акција и других финансијских инструмената заменљивих за обичне акције и то из нових емисија); промена статута друштва којима се умањују стечена права ималаца преференцијалних акција; 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; 9) закључење уговора о контроли и управљању који, алтернативно са другим правима (или уместо других права), утврђује право „спољних акционара да своје акције продају контролном друштву“ по тржишној вредности.<sup>98</sup> Остваривању овог права несагласних акционара

---

одлуке (повећање или смањење) на вредност тих акција. О процени вредности акција које су предмет својеврсне „принудне куповине“ од друштва: R. P. Austin, I. M. Ramsay, 729-732; Д. Слијепчевић, „Судско утврђење цене принудног откупа и продаје акција,“ *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/18, 251-264.

98 ЗОПД, чл. 474. Критику вид. М. Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса,“ *ПиП*, бр. 4-6/2017, 11-27; М. Васиљевић, В. Радовић, «Теоријске основе права несагласних акционара», бр. *Анали* 3/17, 7-27.

*Америчка пракса (право САД-а)* признаје права несагласних акционара („*appraisal remedies*“ – *right to appraisal*), али је крајње различита од државе до државе и у принципу је зависна од статута корпорације, а у сваком случају захтева строго поштовање прописане процедуре (преузете иначе потпуно и у српски закон: обавештење о правима, обавештење о цени,

декларација намере коришћења права пре седнице скупштине, одлука скупштине, обавештење друштва о остајању при намери коришћења права након донете одлуке, плаћање у прописаном року, судска заштита), чија је сврха да ово право учини привлачним и лако остваривим за несагласне акционаре – *преговарачка цена као прихватљивији и ефикаснији модел од судски утврђене цене* (RMBCA, sec. 13: 13.01-13.31).

*Српски компанијски закон* практично је, нажалост, засновао овај институт на америчком Модел корпорацијском закону, посебно у скоро идентичним основима (RMBCA, sec. 13.02) овог права, који су иначе шири него у било којој европској релевантној земљи (тако широке основе српски закон је и додатно проширио: на пример, промена правне форме је један од основа за ова права у српском закону, а у овом моделу америчког корпорацијског закона основ је само промена правне форме трговачког друштва у непрофитну корпорацију или у неинкорпорисани субјект; такође, основ овог права у америчком моделу закона је само промена статута која смањује број акција неке класе или серије које поседују акционари у односу на делове акције „ако корпорација има обавезу или право да откупи делове акција тако насталих“, а у српском закону овај основ обухвата промену побројаних права акционара, која укључују чак и промену „права на ликвидациони остатак и стечајни вишак“ у ком поступку иначе друштво престаје, а овде је реч о „праву изласка из друштва“ и слично). Још трагикомичније је што српски закон, за разлику од америчког моделу закона, није предвидео и значајне посебне изузетке, кад се ови основи не примењују (на пример, непостојање овог права код јавних друштава – *market exception* - на име ово право је једино оправдано код друштава која су „закључала“ акционаре и њихове акције у само друштво), што српски закон чини непословним законом и крајње анахроним и популистичким. Коначно, не улазећи у даље појединости, амерички модел закон (који у овом делу имитира Њујоршки корпорацијски закон) садржи и опште ограничење (које не садржи српски закон) да је ово право („*appraisal remedies*“) несагласних акционара искључиво „осим ако је незаконито или преварно у односу на акционаре или корпорацију“. Практично, доношење одлуке скупштине корпорације поводом основа за права несагласних акционара, несагласне акционаре аутоматски преобликује од акционара у повериоце корпорације. Вид. R. Hamilton, 440-444.

*Француско право*, чини се, не познаје овај институт заштите права несагласних акционара, већ за ове потребе, ради јачања преговарачке моћи акционара говори о могућности акционара који најмање две последње године држе акције на име и који имају најмање 5% гласачких права, да могу да формирају асоцијацију акционара, са законским овлашћењем заступања интереса *пред директорима котираног друштва*. Иста овлашћења има и асоцијација инвеститора, од које се очекује да има јачу моћ у овом погледу. Најзад, сматра се да је покрет *corporate governance* у својој целовитости значајан за реформу корпорацијске моћи и одлучивања, унапређење информисања и транспарентности уопште пословања друштва и финансијских извештаја друштва, као и одговорности чланова органа друштва за повреду дужности лојалности друштву и доношења одлука у интересу друштва и слично, као и да је од посебног значаја за статус и заштиту колективних права несагласних акционара, посебно котираних друштава, као и отворених друштава уопште: P. L. Cannu, B. Dondero, 803.

*Немачко право* далеко рестриктивније утврђује основе «изласка из друштва (повлачења)» акционара (различите наравно од продаје акција): закључење уговора о контроли и управљању/алтернативно са другим правима или уместо других права (GJSCA, sec. 305, para 1), као и у неким случајевима статусних промена и промена правне форме привредног друштва (German Transformation Act, Federal Law Gazette, 1994 I, p. 3210; 1995 I, p. 428; 2015 I, p. 642, sec. 29, 207).



доприноси и институт колективне тужбе (тужба класе акција – *representative actions*). Колективна тужба је тужба коју подиже један или више чланова или акционара против друштва или лица која у складу са Законом о привредним друштвима имају дужности према привредном друштву, ради признавања неког права које им припада, с тим да одлука делује и према другим члановима или акционарима који се налазе у истој позицији у смислу утврђеног права, које друштво може признати свим лицима која се налазе у тој позицији и ако евентуално нису били супарничари у предметном спору (нпр. *акционари исте класе акција*). Чини се да и српско право отвара простор за неку врсту колективне тужбе у случају права *несагласних акционара* одређењем да се одлука суда<sup>99</sup> односи

---

У британском праву, као генерално правило заштите мањине у случају постојања „*unfair prejudice*“ од стране акционарске већине, је овлашћење суда да по тужби мањинских акционара *обавезе друштво или друге чланове друштва* да откупе акције те мањине („*право изласка из друштва*“ *несагласних акционара*) по „фер“ цени и да у том контексту одобри смањење основног капитала друштва. По правилу, до овакве заштите суда долази код *затворених компанија* које немају тржишну цену акција и чију цену утврђује ревизор компаније (по правилу не као мањински интерес у компанији, што би им умањивало вредност). Ово право сматра се најзначајнијим правом мањинских акционара, које служи као субститут права на покретање поступка принудне ликвидације друштва на основу „*just and equitable rule*“. Ипак, правило „*unfair prejudice*“ неће се применити у случају кад је мотив мањине злоупотреба процедуре као колатерални циљ (нпр. кад од одбора директора захтева да понуди код преузимања друштва преузимање акција по вишој цени од намераване): Smith&Keenan’s, 294-299. Осим овог општег правила, британско право, попут немачког права, у два конкретна случаја даје и могућност „изласка из друштва“ *несагласних акционара*, уз „принуду“ друштва или осталих акционара на откуп њихових акција. Прво, код претварања јавног друштва у приватно (отвореног у затворено), што може резултирати делом губитком тржишта, *несагласни акционари* са најмање 5% капитал учешћа или најмање 50 акционара могу покренути судски поступак са захтевом за *поништај такве одлуке или принудни откуп њихових акција по „фер“ цени*. Суд може разматрати и више могућности: одложити регистрацију такве одлуке до постизања задовољавајућег аранжмана за откуп акција тих акционара, наложити *откуп акција од стране компаније или осталих акционара* уз финансирање откупа новцем компаније и наложити смањење основног капитала, као и нужне промене у оснивачком акту и статуту: Smith&Keenan’s, 65. Друго, у контексту статусних промена (или промене права класе акција) *несагласни акционари имају право* (ако их има не мање од 15%) на покретање поступка пред судом ради изласка из друштва са обавезом друштва на откуп акција по „фер“ цени или таквом обавезом других акционара уз финансијску помоћ друштва или, пак, да неки акционари постигну неки други уговорни аранжман са друштвом: Smith&Keenan’s, 149-489.

- 99 Учешће судија у компанијском праву (компанијскоправне тужбе, судско разрешење органа друштва, судско искључење члана друштва, привремени заступник друштва, остваривање права мањинских и несагласних чланова друштва, имовинска одговорност чланова управе друштва, сазивање скупштине друштва, спорови међу члановима друштва и спорови чланова друштва са друштвом, ништавост оснивачког акта и друштва, ништавост одлука скупштине друштва и евентуално одлука других органа друштва, реорганизација, ликвидација,

на све акционаре исте класе<sup>100</sup> „независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбе или не“ (што може бити процесноправно спорно, с обзиром на то да пресуда суда као принцип има хоризонтално дејство само на учеснике поступка).<sup>101</sup>

Права несагласних акционара утврђена овим законом сходно се примењују и на чланове друштва с ограниченом одговорношћу, ако оснивачким актом тог друштва није друкчије одређено.<sup>102</sup> Мањински чланови овог друштва по капиталу, такође, имају право изласка из друштва, уз обавезу друштва на откуп њихових удела, сходно таквом праву акционара акционарског друштва, када постоје такви основи прописани законом (или и оснивачким актом), али је за разлику од акционарског друштва где је ово право уређено на императивној основи, код овог друштва уређено на диспозитивној основи (што значи да зависи од воље већинских

---

банкротство и слично) предмет је озбиљне расправе, како међу правницима тако и међу економистима, посебно, између осталог, и због недовољне стручности судија за компанијскоправна питања (укључујући и питања ликвидације, реорганизације и банкротства) која немају казнену природу (признаје се чак да је то случај и у колевци компанијског права – В. Британија, али се одаје признање судијама америчке државе *Delaware*, који имају пажње вредну праксу засновану на пословним потребама и потребама правне сигурности). Вид. В. Cheffins, 308-363; J. Charlesworth, (ed. G. Morse), 396-430; J. Birds *et al.*, 491-512; R. Hamilton, 410-426; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 667-693; R. Thompson, R. Thomas, „The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions,” *Foundations of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York, 20102, 257-269.

100 У случају више таквих покренутих поступака по више тужби „поступци се спајају“ (ЗОПД, чл. 476. ст. 3.), како би се донела једна одлука са колективним дејством на све несагласне акционаре исте класе и са дејством *res iudicata*, чиме се потврђује законски принцип једнаког третмана акционара. У српској пракси, међутим, остаје да се највиши судови „умилостиве“ да „учине част закону“ примењујући га, а како веровати у то кад судија највишег суда пише (Д. Слијепчевић, 264): „Ако суд не изврши законску обавезу спајања поступка по свим поднетим предлозима мањинских акционара дужан је да по сваком предлогу спроведе посебан поступак и донесе посебну одлуку“ (курзив аутор). Аферим!

101 ЗОПД, чл. 476, ст. 4. Ипак, чини се да закон који уређује парнични поступак у синтези са законом који уређује привредна друштва оставља простора за колективне тужбе и дејство пресуде и према трећим лицима неучесницима поступка: „Правноснажна пресуда делује и према трећим лицима због природе спорног права или правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то прописано законом“ – курзив аутор (Закон о парничном поступку – *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, чл. 360. ст. 2). „Ако суд правоснажном пресудом донетом у поступку по тужби... обавезе друштво да несагласном акционару исплати разлику до пуне вредности акција, друштво је у обавези да свим другим несагласним акционарима исте класе акција призна и исплати исту вредност акције, независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу...“ – курзив аутор (ЗОПД, чл. 476. ст. 4).

102 ЗОПД, чл. 477.

чланова друштва који и доносе оснивачки акт друштва - сужење основа, други основи, искључење самог права - несагласни чланови), што ово право чини прилично слабим.<sup>103</sup>

**Professor Mirko VASILJEVIĆ, PhD**  
**University of Belgrade Faculty of Law**  
**President of Permanent Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce**

## ECONOMY AND BUSINESS ENTITIES

### *Summary*

*Companies and partnerships (business entities) are basic economic units whose essential feature is profit-making. Their life as well as the life of the society and the state is based on this assumption. Therefore, the regulation model of those entities is very important for development and competitiveness in general. This model imposes appropriate choice and choice ambit of the state regulation and especially appropriate choice of mandatory and default rules, due to the fact that only the later enables freedom of contract and creation of the "society-contract" which is needed in the field of investment. Also, it imposes the choice and its ambit with regard to self-regulation of economic units, on the way of further "society-contract" concept affirmation.*

*On these grounds, the author in this paper deals with the regulation role and its nature, as well as the self-regulation, in the need of dynamic and competitive economy. The author critically analyzes the issue of the legal nature of the*

---

103 у праву САД судови су у принципу склонији, кад је реч о блокади на нивоу чланова друштва, да принуде остале чланове друштва на откуп акција-удела мањинских чланова, пре него да иду ка ликвидацији друштва, коју држе као последње решење, ако нема других излаза (могућа је и арбитража: R. Hamilton, 262-264). Кад је, пак, реч о блокади на нивоу управе друштва, судови често прибегавају именовану непристрасног привременог директора, што се сматра мање драстичном солуцијом од именовања ликвидационог управника, што би иначе уследило ако се ова блокада не би превазишла. Вид. R. Hamilton, 257-267; за енглеско право вид. L. C. V. Gower, 1026-1028. У српском компанијском праву (ЗОПД, чл. 469) блокада на нивоу чланова друштва по тужби мањинских чланова са «најмање 20% основног капитала друштва» може се решити од стране суда, између осталог, «принудним откупом» њихових удела-акција од стране друштва, а блокада на нивоу органа друштва њиховим разрешењем и «увођењем принудне управе до именовања нових директора, односно чланова надзорног одбора».

*business entities and considers that partnerships are, without any doubt, contractual in nature, regardless of the separate legal personality issue, while the limited liability company's nature is both contractual and institutional (which is the main reason for its attractiveness to investors being their oftenest choice) and, finally, that institutional elements dominate in joint stock companies. The author advocates for increasing the number of dispensable business entities legal forms in Serbian Companies Act in order to strengthen the contractual nature of private companies on one hand, and to promote the contract and contractual nature of business entities on the other. The author recommends the introduction of three new legal forms of business entities in Serbian legal life: silent partnership, limited liability partnership and simplified joint stock company and, finally, the introduction of entrepreneur with limited liability (to reduce the risk). Last but not least, having in mind the theory of corporate governance, the concept of company's interest and the legal nature of joint stock companies, the author critically considers broad concession given to the dissenting shareholders and their right to exit the joint stock company which is obliged to buy back their shares. Considering the fact that there is no economic justification for the existing solution, the author proposes the introduction of the new concept of connecting among those rights and the theory of abusing the power of controlling shareholder(s) - theory of abusing the right of majority instead of prescribing nine grounds for using these rights which is currently accepted in Serbian Companies Act.*

**Key words:** *economy, business entity, legal personality, articles of incorporation, silent partnership, limited partnership, simplified joint stock company.*

---

# ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

---

Др Зоран АРСИЋ\*

## ПОСЕБНА ОДЛУКА КЛАСЕ АКЦИЈА – ПОСЕБНО ГЛАСАЊЕ И ПОСЕБНА СКУПШТИНА

### Резиме

*У случају да је Законом о привредним друштвима предвиђено гласање посебне класе акционара ради доношења посебне одлуке, то гласање ће се одржати у оквиру рада седнице скупштине или на посебној седници скупштине. Посебна седница скупштине ће се сазвати ако то захтевају акционари посебне класе акција који имају право гласа који предстљају најмање 10% од укупног броја гласова те класе акција. Сазивање и одржавање посебне седнице скупштине може бити искључено статутом. У погледу посебне скупштине примњују се општа правила у погледу скупштине.*

**Кључне речи:** посебна одлука, посебно гласање, посебна скупштина

### Увод

У домаћем праву је усвојен начелни став, присутан у упоредном праву, према којем акционари са преференцијалним акцијама немају право гласа у скупштини акционарског друштва. Они имају право учешћа у раду скупштине, што према чл. 328 обухвата право на учешће у расправи о питањима н адневном реду скупштине, укључујући и право на подношење предлога, постављање питања која се односе на дневни ред скупштине и добијање одговора у складу са статутом и пословником скупштине.

Изузетно, у законом предвиђеним случајевима (чл.255) акционари са преференцијалним акцијама имају право једног гласа по акцији на било којој скупштини акционара. Ради се о скупштинским одлукама којима се нарушава положај акционара са преференцијалним акцијама и оваквим решењем се њима омогућава давање сагласности на такве одлу-

ке. Сагласност акционара на одлуку скупштине представља последицу примене императивног начела једнаког третмана акционара, према којем се све одлуке скупштине на једнак начин одражавају на све чланове који су у истом положају.<sup>1</sup> У појединачним случајевима је предвиђено да је погоршавање појаја акционара могуће само уз сагласност одлуком погођених акционара.<sup>2</sup> У том смислу се у литератури говори о заштити акционара у чија права је извршен захват доношењем скупштинске одлуке.<sup>3</sup>

## 1. Посебна одлука

Ако је потребно да по одређеним тачкама дневног реда гласају посебне класе акционара, то гласање се може одржати током рада седнице скупштине или на посебно сазваној седници скупштине акционара те класе (посебна седница скупштине) ако то захтевају акционари посебне класе акција који представљају најмање 10% од укупног броја гласова акција које имају право гласа по том питању. Статутом се може искључити могућност одржавања посебне скупштине (чл.357). Коа што се види законски решењем се фаворизује посебно гласање у оквиру рада седнице скупштине, док је за одржавање посебне скупштине потребно да буду испуњени одређени услови. Осим тога, за разлику од гласања класе у оквиру седнице скупштине, могућност одржавања посебне седнице скупштине може бити искључена. У погледу односа између посебне скупштине и посебног гласања током скупштине треба имати у виду да замена није могућа- посебно гласање се не може заменити посебном скупштином без посебног позива, док се посебна скупштина не може заменити посебним гласањем без уношења одговарајуће тачке дневног реда.<sup>4</sup> За случај да је посебно гласање ради доношења посебне одлуке утврђено као тачка дневног реда секупштине, доношење посебне одлуке не може бити пренето на посебну скупштину, будући да она не може бити прописно сазвана.<sup>5</sup> Планирана посебна скупштина не може бити бити заобиђена тако што ће одговарајуће посебно гласање бити унето у днесни ред скуп-

---

\* Редовни професор Правног факултета у Новом Саду, у пензији

1 Hans Würdinger, *Aktien – und Konzernrecht*, Karlsruhe 1973., 158; Tilman Bezenberger, *Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*, München 1990, 119

2 H. Würdinger, 158; Gerald Spindler у *Aktiengesetz* (Hrsg. Karsten Schmidt, Marcus Lutter), Köln 2008, 1611

3 Timo Holzborn у *Heidelberger Kommentar zum Aktengesetz* (Hrsg. Tobias Bürgers, Torsten Körber), Heidelberg 2008, 1246

4 T. Holzborn, 923

5 G. Spindler, 1614

штине.<sup>6</sup> Орган друштва који сазива скупштину (одбор директора, односно надзорни одбор у случају дводомног управљања) не може захтев за одржавањем посебне скупштине испунити посебним гласањем.<sup>7</sup>

Независно од начина доношења, посебна одлука материјално-правно представља сагласност у погледу скупштинске одлуке, независно од тога што по форми представља вршење права гласа.<sup>8</sup> Ради се о допунском услову пуноважности скупштинске одлуке којом се угрожавају интереси одређене класе акционара. Посебна одлука као изјава о сагласности није саставни део скупштинске одлуке на коју се односи, веч представља самостални правни посао.<sup>9</sup> Указује се да се разликују и правне последице гласања (вршења права гласа) и изјаве о сагласности. Одсуство изјаве о сагласности има за последицу да је скупштинска одлука у погледу које се сагласност тражи ``лебдеће`` без дејства. Она не производи правно дејство, али није ни рушљива, ни ништава. Тек доношењем негативне посебне одлуке, скупштинска одлука дефинитивно не производи правно дејство. Насупрот томе, у случају да приликом гласања није дат потребан број гласова, одлука није утврђена.<sup>10</sup>

Према владајућем мишљењу, посебна одлука као изјава о сагласности, може бити дата предходно или накнадно,<sup>11</sup> на основу концепције у основи општих имовинских прописа.<sup>12</sup> У случају да посебна одлука није донета на дан одржавања скупштине поставља се питање колико временско растојање може да постоји између доношења ове две одлуке. У литартури се указује да рок за доношење посебне одлуке мора бити примерен околостима конкретног случаја, при чему се морају узети у обзир интереси свих учесника. У случају да статутом, или одлуком скупштине није утврђен рок за доношење посебне одлуке, по правилу је довољно да се посебна одлука донесе до истека седеће радовне скупштине.<sup>13</sup> У погледу правних последица истека рока постоје различити ставови. Према владајућем ставу, протек рока има за последицу да обе одлуке не производе

---

6 G. Spindler, 1615

7 T. Holzborn, 924

8 T. Holzborn, 923; T. Bezenberger, 118

9 T. Holzborn, 923; T. Bezenberger, 118

10 T. Bezenberger, 118

11 T. Holzborn, 923; T. Bezenberger, 17.

12 У домаћем праву то је чл.55 Закона о облигационим односима

13 Herbert Wiedemann у *Aktiengesetz*, Grosskommentar, Sechter Band, Berlin 2006, 55 ; T. Bezenberger, 178

правно дејство.<sup>14</sup> Насупрот томе, указује се да регистрација доводи до тога да обе одлуке производе правно дејство.<sup>15</sup>

Као изјава о сагласности посебна одлука, која се утврђује гласањем, представља замену за појединачну сагласност. С тим у вези се указује да због тога акционари морају бити свесни значаја сваког појединачног гласа (нем. *Wahrfunktion*).<sup>16</sup> Због тога се, у погледу националних права у којима се постоје и преференцијалне акције са правом гласа, указује да је посебна одлука потребна и када је скупштинска одлука донета једногласно. Независно од тога што се ради о формалности, посебна одлука се захтева и у погледу једноперсоналних друштава.<sup>17</sup>

## 2. Посебно гласање класе

Као што смо раније указали, посебно гласање класе током седнице скупштине је решење које је фаворизује домаће право. Истоветни приступ постоји и у иностраној пословној пракси, при постојању сличних решња.<sup>18</sup> Ово пре свега, због мањих трошкова.<sup>19</sup>

На посебно гласање класе примењу се општа правила као за свако друго утврђивање скупштинске одлуке.<sup>20</sup> Пре свега, неопходно је да посебно гласање класе буде унето у дневни ред скупштине. То мора бити учињено изричито тако што ће посебно гласање бити тачка дневног реда – само уношење одлуке у погледу које је потребна сагласност у виду посебне одлуке класе, није довољно.<sup>21</sup> С тим у вези треба имати у виду да, осим основа из чл.357, постоји допунски основ за уношење одговарајуће тачке дневног реда ради доношења посебне одлуке. Ради се о мањинском праву из чл.337 којим се регулише право на допуну дневног реда. За разлику од права из чл. 357, ово право је везано за цензус – најмање 5% акција са правом гласа, што се у овом случају односи на класу акција о којој се ради.

Осим уношења у дневни ред скупштине, потребно је да постоји предлог одлуке, гласање и утврђивање резултата гласања, као и уношење одлуке у записник.<sup>22</sup>

---

14 Н. Wiedemann, 55 И тамо наведена литература.

15 Т. Bezenberger, 178 ; Н. Wiedemann, 55 напомена бр.282

16 Т. Bezenberger, 181; Н. Wiedemann, 55

17 Ово се образлаже разлогом правне јаноће. Према Н. Wiedemann, 55

18 G. Spindler, 1614

19 Н. Wiedemann, 55

20 Т. Holzborn, 924

21 Т. Holzborn, 924; G. Spindler, 1615; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, 684

22 G. Spindler, 1615



Указује се да је потребно сачињавање посебног списка учесника, који може бити посебан документ, или интегрисан у општи списак учесника.<sup>23</sup> На овај начин, уз записник, треба обезбедити да у доношењу посебне одлуке учествују само овлашћена лица.<sup>24</sup>

С обзиром да се посебно гласање спроводи током рада седнице скупштине, остали акционари само не могу учествовати у формирању одлуке (гласању),<sup>25</sup> али могу вршити остала права везана за скупштину.

Треба имати у виду и примену правила о већини за доношење одлуке. У одсуству посебне норне примењује се опште правило из чл.358 – обична већина присутних акционара који имају право гласа по одређеном питању, што су у овом случају акционари односне класе акција,

### 3. Посебна скупштина

Посебна скупштина се одржава по захтеву акционара посебне класе акција који представљају најмање 10% од укупног броја гласова од укупног броја гласова акција које имају право гласа по том питању. Статутом се може искључити могућност одржавања посебне скупштине (чл.357 ст.1 и 2).

Као што смо раније напоменули орган друштва који сазива скупштину (одбор директора, односно надзорни одбор у случају дводомног управљања) не може захтев за одржавањем посебне скупштине испунити посебним гласањем.<sup>26</sup>

У погледу права на учествовање у посебној скупштини постоје различити ставови. Према владајућем ставу, право на учествовање у посебној скупштини имају само акционари класе акција који имају право гласа по одређеном питању. Остали акционари могу да присуствују, али имају статус госта,<sup>27</sup> што значи да им је потребна дозвола. Насупрот томе, као мањински став постоји мишљење према којем остали акционари имају право на присуствовање без права на учешће у дискусији, права на подношење предлога, права на постављање питања и права гласа.<sup>28</sup>

---

23 Т. Holzborn, 924

24 G. Spindler, 1615; Т. Holzborn, 924; U. Hüffer, 684

25 Т. Bezenberger, 179

26 Т. Holzborn, 924

27 Т. Holzborn, 924

28 Т. Bezenberger, 179

У ст. 3 чл. 357 је предвиђено да се у погледу посебне скупштине, на сазивање, утврђивање кворума и учествовање у раду примењују правила која су утврђена за обичне седнице скупштине. Оваквом одредбом нису решена сва питања која се могу јавити – на пр. председавања скупштином, поништај одлука. У погледу сличне регулативе у упоредном праву (немачко право) постоји тумачење према којем набрајање садржано у формулацији норме представља само примерично набрајање, а не искључиво.<sup>29</sup> Овакав приступ сматрамо прихватљивим и у погледу домаћег права. Као последица тога, на посебну скупштину се примењуј сва законска и статутарна правила која се односе на скупштину и одлуке, што укључује и правила која се односе на правне недостатке скупштинских одлука.<sup>30</sup>

У погледу одлуке о сазивању посебне скупштине треба имати у виду одређене специфичности. Ради се о томе да је на доношење одлуке о сазивању посебне скупштине осим чл. 357, могућа и примена чл. 372 која регулише захтев мањине акционара у погледу сазивања ванредне скупштине, што је ситуација позната у упоредном праву. Према чл. 357 довољно је поседовање 10% укупног броја акција које имају право гласа по том питању, док је према чл. 372 потребно 5 % акција у оквиру класе која има право гласа по тачкама дневног реда који се предлаже. При томе, у односу на чл. 357 регулатива чл. 372 представља допунски основ за захтев за сазивање посебне скупштине.

У позиву за посебну скупштину мора бити назначено да се не ради о позиву за скупштину, већ о позиву за посебну скупштину.<sup>31</sup>

Адресати позива су овлашћени учесници скупштине – акционари са преференцијалним акцијама односне класе, који треба да изразе сагласност у погледу скупштинске одлуке кроз доношење посебне одлуке. С обзиром на означавање позива, предмет и адресате позива, позив за посебну скупштину се одваја од позива за скупштину, чак и онда када се истовремено сазивају.<sup>32</sup> У погледу учесника посебне скупштине треба имати у виду и чл.366 којим се омогућава присуство и учешће у расправи директорима и члановима надзорног одбора за случај да је управљање друштвом дводомно, у случају да могу омогућити значајне информације.<sup>33</sup>

---

29 G. Spindler, 1616

30 T. Holzborn, 923 - 924

31 T. Holzborn, 924; U. Hüffer, 698

32 G. Spindler, 1616; T. Bezenberger, 183

33 За немачко прави тако G. Spindler, 1616

На основу општих правила за скупштину не доводи се у питање учествовање пуномоћника одсутних овалашћених акционара, као и гостију.

У погледу права на постављање питања постоји одређено ограничење – питања се могу односити само на предмет посебне скупштине. Општа питања се могу поставити на скупштини.<sup>34</sup>

Посебну регулативу у погледу лица које председава посебном скупштиним могуће је предвидети у статуту и пословнику о раду скупштине. У одсуству посебних правила примењују се општа правила из чл. 333.

У погледу већине потребне за доношење одлуке посебне скупштине примењују се иста правила као за посебно гласање.<sup>35</sup>

### 3. Правни недостаци посебне одлуке

Као што смо раније указали посебна одлуке по својој сабини представља сагласност одређене класе акционара у погледу скупштинске одлуке. До доношења посебне одлуке скупштинска одлука није ништава ни побојна. Ради се о некомплетном правном послу и скупштинска одлука је без дејства.

Посебна одлука није саствани део скупштинске одлуке – ради се о посебним одлукама од којих свака може бити предмет побијања. Скупштинска одлука може бити побијана од стране акционара који су имали право да учествују у раду скупштине. То значи да право на побијање скупштинске одлуке имају акционари са обичним акцијама, али и акционари са преференцијалним акцијама, будући да они имају право учешћа у ради скупштине (чл.253). За разлику од тога, право на побијање посебне одлуке имају акционари са преференцијалним акцијама односне класе акција. Као што се видеи акционари са преференцијалним акцијама могу да побијају скупштинску одлуку и посебну одлуку,<sup>36</sup> док акционари са обичним акцијама могу да побијају скупштинску одлуку. У случају да у поступку побијања скупштинске одлуке дође до поништаја одлуке, посебна одлука, која представља изјаву о сагласности, постаје безпредметна.<sup>37</sup>

---

34 U. Hüffer, 684; G. Spindler, 1616

35 G. Spindler, 1616

36 T. Bezenberger, 186

37 T. Bezenberger, 186

У одсуству посебне одлуке скупштинска одлука је без дејства. Негативна посебна одлука (она којом се одбија давање сагласности) чини скупштинску одлуку коначно без дејства. Исту последицу изазива и пропуштање примереног рока за доношење посебне одлуке, о чему је било речи.

У случају да је успешно окончан поступак побијања посебне одлуке то нема утицаја на скупштинску одлуку, будући да она није њен саставни део. Скупштинска одлука остаје лебдеће без дејства.<sup>38</sup> Сваки акционар који има правни интерес може тужбом за утврђење тражити судску декларацију одсуства правног дејства скупштинске одлуке у погледу које не постоји пуноважна посебна одлука.<sup>39</sup>

Скупштинска одлука и посебна одлука, као изјава о сагласности, морају бити усмерени према наступању исте правне последице. С том у вези, у литератури се указује на ситуацију када сагласност путем посебне одлуке покрива само део садржине скупштинске одлуке.<sup>40</sup> У погледу такве ситуације примену налазе правила о делимичној ништавости.<sup>41</sup> У домаћем праву ради се о чл. 105 Закона о облигационим односима. На основу таквог приступа одлучујуће је да ли би скупштинска одлука може самостално да опстане и да ли би она као таква била донета.<sup>42</sup>

---

38 Тако Т. Bezenberger, 186; G. Spindler, 1618; U. Hüffer, 685. Постоји мањинско схватање да се ради о ништавој одлуци. Према Т. Holzborn, 924; U. Hüffer, 685

39 Holzborn, 1175

40 Т. Bezenberger, 185

41 Ibid.

42 Ibid.

**Zoran ARSIĆ**

**SEPARATE RESOLUTION - SEPARATE MEETING,  
SEPARATE VOTING**

***Summary***

*Where Company Act provides for separate resolutions of certain shareholders, such resolutions shall be adopted either by a separate vote or at a separate meeting of such shareholders. If shareholders who are entitled to take part in the voting on a separate resolution request a separate meeting it shall suffice if the shares with which they may take part in the voting on the separate resolution in aggregate equal or exceed one tenth of the shares entitled to vote on such separate resolutions.*

*The provisions governing shareholders' meetings shall apply accordingly to the calling of a separate meeting, attendance of such meeting, and the right to information; the provisions governing resolutions of shareholders' meetings shall apply accordingly to such separate resolutions. Separate meeting may be ruled out by Articles.*

**Key words:** *separate resolution, separate meeting, separate voting.*

Др Љубиша ДАБИЋ\*

## ПОСТУПАК ПРИНУДНЕ ЛИКВИДАЦИЈЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

*Предмет истраживања у овом раду је поступак принудне ликвидације у праву привредних друштава Србије и његова правна природа.*

*Циљ аутора је да, с једне стране, анализира поступак принудне ликвидације привредних друштва, а с друге, да укаже на новине које су уследиле доношења измена и допуна Закона о привредним друштвима, половином 2018. године.*

*Сврха рада је да се правно-теоријски истраже релевантна питања у вези са карактеристикама, особеностима, врсти и правној природи поступка принудне ликвидације привредних друштава у Србији.*

*Резултати истраживања треба да пружи научној и стручној јавности одговоре на релевантна питања у вези са иницирањем, покретањем, спровођењем и окончањем поступка принудне ликвидације привредних друштава.*

*У закључним разматрањима аутор је поставио и трагао за одговорима на два питања: којом концепцијом се законодавац Србије руководи у креирању законских решења о принудној ликвидацији и које је циљеве желео да реализује.*

**Кључне речи:** *поступак принудне ликвидације, правна природа поступка принудне ликвидације, Агенција за привредне регистре, престанак привредног друштва.*

### І Увод

У Србији је Законом о привредним друштвима од 2004. године<sup>1</sup> регулисана само добровољна ликвидација, а пропуштено је регулисање

---

\* редовни професор у пензији, Универзитет у Београду, Економски факултет, ljadic@e-kof.bg.ac.rs

принудне ликвидације. Ова мањкавост је уочена, па је новим Законом о привредним друштвима од 2011. године<sup>2</sup> уређен и правни институт принудне ликвидације. Регулисан је кроз три питања, и то: разлози за покретање поступка, покретање поступка и последице брисања друштва из регистра по окончању поступка. Међутим, правна теорија је исказала већи број недоумица у тумачењу и примени законских решења о принудној ликвидацији<sup>3</sup>. Практично, Агенција за привредне регистре није примењивала одредбе о принудној ликвидацији у пракси све до 2017. године. Констатовано је захтевало да измене и допуне Закона о привредним друштвима од половине 2018. обухвате и правни институт принудне ликвидације<sup>4</sup>.

Који су разлози узроковали прецизирање, измене и допуне законских одредаба о принудној ликвидацији? Агенција за привредне регистре (Агенција) није примењивала одредбе Закона о привредним друштвима о принудној ликвидацији<sup>5</sup>, све до октобра месеца 2017. године<sup>6</sup>. Агенција је такво поступање заснивала на мишљењу Министарства економије и регионалног развоја од 2012. године<sup>7</sup>. Нужно је указати на недопустивост непоступања Агенције у примени законских прописа. Све то је имало за

1 Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 125/2004), чл. 347-365.

2 Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/2011), чл. 524-548.

3 Вид. Љубиша Дабић, „Принудна ликвидација привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 118-130.

4 Закон о изменама и допунама Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС, 44/2018), чл. 141-142.

5 Агенција за привредне регистре је 31. јула 2012. године на свом интернет сајту саопштила да се одлаже примена чл. 546 до 548. Закона о привредним друштвима (Службени гласник РС, бр. 36/11, 99/11), који се односе на покретање поступка принудне ликвидације, у складу са Мишљењем Министарства економије и регионалног развоја бр. 011-00-163/2012-06 од 08.06.2012. године.

6 <http://www.apr.gov.rs> 28.02.2019.

7 Иако је поступак принудне ликвидације уређен Законом о привредним друштвима, на основу мишљења Министарства економије и регионалног развоја одложена је његова примена, уз следеће образложење: „Закон о привредним друштвима не садржи упућујуће норме којима се прописује сходна примена одредаба којима се уредјује поступак добровољне ликвидације или неких других законских одредаба, тако да за спровођење принудне ликвидације не постоји довољан правни оквир који би у целости регулисао ову материју, стога постоји потреба одлагања примене овог института до доношења измена и допуна Закона којима би се ова питања детаљније уредила. Имајући у виду сврху одредаба о принудној ликвидацији, статусни карактер уписа у регистар, права и обавезе чланова друштва и повериоца, примену за случај изостанка одлучивања надлежног органа или члана друштва, мишљења смо да постоји потреба одлагања примене овог института до доношења измена и допуна Закона којима би се ова питања детаљније уредила“. Мишљење Министарства економије и регионалног развоја број: 011-00-163/2012-06 од 8. јуна 2012. године.

последницу да у примени прописа мишљење извршне власти има примат у односу на закон. Оваквим поступањем Агенција је штетила интересима поверилаца привредних друштава у којима су се стекли разлози за покретање поступка принудне ликвидације, али и остварењу јавног интереса. Иако је неспорно да су предметне законске одредбе биле непотпуне, непрецизне и недоречене, Агенција је морала у њиховој примени у пракси да пође од њиховог духа, од релевантних одредаба Закона о Агенцији за привредне регистре, Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре и Закона о општем управном поступку.

У међувремену, Заштитник грађана је Министарству привреде у више наврата достављао препоруке, нарочито у 2017. години, везано за обавезу примене законских одредаба о покретању и спровођењу поступка принудне ликвидације. Истовремено, овом министарству поднето је више представки привредних субјеката у којима је навођено да Агенција не примењује предметне одредбе у пракси.

Полазећи од напред изнетог чињеничног стања, Министарство привреде је донело ново мишљење, којим је стало на сановиште да се закони и други прописи морају примењивати, независно од несавршености њихових појединих одредаба које се тичу поступка принудне ликвидације, а све у циљу правне сигурности. Због тога, Агенцији је стављено у дужност да примењује ове законске одредбе. Такође, у донетом мишљењу је посебно указано да се, сагласно одредбама чл. 5. и 7. Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, поступак регистрације покреће по службеној дужности, уколико је таква регистрација предвиђена законом или кад је то у јавном интересу. Даље, новодонетим мишљењем стављено је ван снаге поменуто мишљење од 2012. године<sup>8</sup>.

Уследиле су измене и допуне Закона о привредним друштвима, половином 2018. године, којим су измењене и допуњене и одредбе о принудној ликвидацији<sup>9</sup>. Средства јавног информисања су почетком 2019. обавестила јавност да Агенција покреће поступак принудне ликвидације за 22.400 предузећа, јер до краја 2018. нису поднела финансијске извештаје узастопце за две године, за 2016. и 2017. годину.

Циљ овог рада је да се анализира поступак принудне ликвидације у праву привредних друштва Србије, са указивањем на новине које су

---

8 Мишљење Министарства привреде број: 011-00-00258/2016-10 од 20. октобра 2017. године.

9 Започети поступци принудне ликвидације, до дана почетка примене новодонетих измена и допуна Закона од половине 2018. године, наставиће се у складу са одредбама Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/11, 99/11, 83/14 - др. закон и 5/15).



уследиле после доношења измена и допуна Закона о провредним друштвима. А његова сврха је да се правно-теоријски истраже релевантна питања везана за карактеристике, врсту и правну природу поступка принудне ликвидације.

У наставку овог рада пажња ће бити усредсређена на истраживање већег броја питања поступка принудне ликвидације (извори права, законски разлози за покретање поступка, његово иницирање, покретање, спровођење и окончање, надлежни орган, правни положај привредног друштва у поступку принудне ликвидације и последице брисања друштва из регистра), како би се идентификовало на којој концепцији почива поступак принудне ликвидације у праву Србије, које је врсте и какве је правне природе.

## II Извори права

У историјском контексту, у праву Србије је ликвидација (редовна и принудна) била предмет регулисања у Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (1989)<sup>10</sup>, а ликвидациони поступак се спроводио као врста судског ванпарничног поступка. Доношењем Закона о предузећима (1996) створена је законска могућност да се поступак ликвидације покрене и спроведе изван суда, осим у законом одређеним случајевима<sup>11</sup>. Од доношења Закона о привредним друштвима (2004) до данас, поступак ликвидације излази из оквира надлежности суда и престаје да буде врста судског поступка.

Сада важећи основни извори права за иницирање, покретање и спровођење поступка принудне ликвидације привредних друштва у праву Србије су Закон о привредним друштвима<sup>12</sup>, Закон о Агенцији за привредне регистре<sup>13</sup> и Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре<sup>14</sup>. Међутим, на ову посебну врсту управног поступка

---

10 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 84/1989 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 37/1993 и 28/1996.

11 Закон о предузећима (*Сл. лист СРЈ*, бр. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002), чл. 150. став 3, и 314. ст. 1-3. и 6.

12 Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018), чл. 546-548.

13 Закон о Агенцији за привредне регистре, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2004, 111/2009, 99/2011 и 83/2014.

14 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, „Сл. гласник РС“, бр. 99/2011 и 83/2014.

примењују се субсидијарно и одредбе Закона о општем управном поступку<sup>15</sup>. Од других извора права, од значаја су Закон о стечају<sup>16</sup> и др.

Поступак ликвидације банака, осигуравајућих друштава, даваоца финансијског лизинга и других финансијских организација у праву Србије спроводи стварно и месно надлежан суд, у судском ванпарничном поступку. За њега важе посебни извори права<sup>17</sup>.

### III Законски разлози за покретање поступка

У праву није могуће да се привредно друштво „напусти“ од стране државе када је испуњен неки од разлога за његов престанак, тј. да његова имовина, дугови и други правни односи остану неразрешени. Због тога је нужно да се законом регулишу разлози који представљају основ за покретање принудне ликвидације. Постојањем неког од ових разлога код привредног друштва настаје законска обавеза да се над њим покрене и спроведе поступак принудне ликвидације.

У упоредном праву привредно друштво може да престане само на један начин, његовим брисањем из одређеног регистра. И у праву Србије оно престаје брисањем из Регистра привредних субјеката (Регистар) који је успостављен у Агенцији. Правни основи за његово брисање из Регистра могу бити различити: ликвидација, стечај, статусне промене. Постоје више законских разлога која доводе до ликвидације, стечаја или статусних промена привредног друштва.

У праву привредних друштава Србије се принудна ликвидација покреће из законом утврђених разлога. Они су уређени Законом о привредним друштвима од 2011. и у њихову садржину се није дирало до половине 2018. године. Изменама и допунама Закона о привредним друштвима они су прецизирани, а само поједини незнатно проширени<sup>18</sup>. Као

---

15 Закон о општем управном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2016.

16 Закон о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

17 То су: Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (*Сл. гласник РС*, 14/2015 и 44/2018 – др. закони); Закон о Агенцији за осигурање депозита (*Сл. гласник РС*, 14/2015); Закон о привредним друштвима; Закон о стечају; Закон о Народној банци Србије (*Сл. гласник РС*, 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012, 14/2015, 40/2015 – одлука УС и 44/2018); Закон о банкама (*Сл. гласник РС*, 107/2005, 91/2010 и 14/2015); Закон о осигурању (*Сл. гласник РС*, 139/2014); Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре; Закон о Агенцији за привредне регистре и др.

18 Принудна ликвидација се покреће ако: 1) је друштву правноснажним актом изречена мера: (1) забране обављања делатности, а друштво не отпочне ликвидацију у року од 30 дана од

пример за овај поседњи случај треба издвојити следећи законски разлог: „ако друштво не достави надлежном регистру годишње финансијске извештаје до краја претходне пословне године за две узастопне пословне године које претходе години у којој се подносе финансијски извештаји”<sup>19</sup>.

дана правноснажности тог акта; (2) забране обављања регистроване делатности, а друштво не региструје брисање, односно промену те делатности или не отпочне ликвидацију у року од 30 дана од дана правноснажности тог акта; (3) одузимања дозволе, лиценце или одобрења за обављање регистроване делатности, а друштво не региструје брисање, односно промену те делатности или не отпочне ликвидацију у року од 30 дана од дана правноснажности тог акта; 2) у року од 30 дана од дана истека времена на које је друштво основано, а друштво не региструје продужење времена трајања друштва или у том року не отпочне ликвидацију; 3) ортачко друштво, у случају смрти ортака, остане са једним ортаком, а ниједан од наследника преминулог ортака у складу са чланом 119. Закона, не буде уписан у регистар као члан друштва у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка, односно ортачко друштво из других разлога остане са једним ортаком, а друштву, у року од три месеца од дана престанка својства ортака, не приступи недостајући члан или у том року друштво не промени правну форму или у том року не отпочне ликвидацију; 4) командитно друштво, у случају смрти комплементара, остане без комплементара, а ниједан од наследника преминулог комплементара у складу са чланом 137. Закона, не буде уписан у регистар као члан друштва у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка, односно командитно друштво из других разлога остане без комплементара или командитора, а друштву у року од три месеца од дана престанка својства члана не приступи недостајући члан или у том року друштво не промени правну форму или у том року не отпочне ликвидацију; 5) је правноснажном пресудом утврђена ништавост регистрације оснивања друштва у складу са законом о регистрацији или ништавост оснивачког акта друштва у складу са чланом 14. закона; 6) је правноснажном пресудом наложен престанак друштва у складу са чл. 118, 138, 239. и 469. Закона, а друштво у року од 30 дана од дана правноснажности пресуде не отпочне ликвидацију; 7) друштво остане без законског или привременог заступника, а не региструје новог у року од три месеца од дана брисања законског, односно привременог заступника из регистра привредних субјеката; 8) друштво у ликвидацији остане без ликвидационог управника, а не региструје новог у року од три месеца од дана брисања ликвидационог управника из регистра привредних субјеката; 9) усвојени почетни ликвидациони извештај не буде достављен регистру привредних субјеката у складу са чл. 536. став 6. Закона; 10) друштво не достави надлежном регистру годишње финансијске извештаје до краја претходне пословне године за две узастопне пословне године које претходе години у којој се подносе финансијски извештаји; 11) друштво не достави надлежном регистру почетни ликвидациони биланс у складу са законом којим се уређује рачуноводство; 12) у другим случајевима предвиђеним законом. Закон о привредним друштвима, чл. 546.

19 „Овај разлог је предвиђен, с обзиром да, према расположивим подацима Агенције за привредне регистре веома велики број привредних друштава који више година узастопно нису достављали финансијске извештаје се налазе у блокади рачуна, односно практично не послују закључно са 28. фебруаром 2018. године, а против њих до сада нико од поверилаца није покретао поступке стечаја. Недостављање годишњих финансијске извештаје до краја претходне пословне године за две узастопне пословне године указује да таква друштва *de*

Код већег броја законских разлога остављена је могућност привредном друштву да, након што је неки од њих наступио, у законом предвиђеном року отпочне са редовном ликвидацијом или најпре донесе одлуку о редовној ликвидацији и такву промену региструје у Регистар, а у мањем броју случајева је предвиђена једина могућност да регистратор по службеној дужности иницира и покрене поступак принудне ликвидације. Оваква могућност је појачана и проширена изменама и допунама Закона о привредним друштвима, половином 2018. године, јер је у тзв. претходном поступку остављена могућност друштву да у законском року отклони постојање законских разлога за ликвидацију и да региструје промене одговарајућих података у Регистар, у складу са Законом о привредним друштвима<sup>20</sup>. Значи, и кад се испуни неки од законских разлога за покретање принудне ликвидације, још увек постоји могућност да друштво избегне принудну ликвидацију, тј. да се над њим не покрене тај поступак, под условом да друштво у законом предвиђеном року отклони разлог за принудну ликвидацију, односно донесе одлуку о спровођењу поступка добровољне ликвидације. Овакав став је већ исказан у домаћој правној теорији<sup>21</sup>. На пример, изреченом мером забране обављања делатности друштву нису суспендовани његови органи, а тиме и право да скупштина друштва донесе одлуку о покретању добровољне ликвидације. Због тога, наступање неког од законских разлога за покретање поступка принудне ликвидације не значи и аутоматски престанак тог друштва, већ је то само услов да овлашћени субјект иницира, покрене и спроведе поступак принудне ликвидације.

#### IV Иницирање, покретање, спровођење и окончање поступка

Које су претпоставке за иницирање и покретање поступка принудне ликвидације у праву привредних друштава Србије? Две су основне: прва, да је друштво испунило неки од законских разлога за покретање поступка принудне ликвидације, јер њих унапред у објективном правном поретку утврђује законодавац; друга, поступак се иницира, покреће, спроводи и завршава по службеној дужности (*ex officio*), од надлежног државног органа. Начин на који је конципирана принудна ликвидација у Закону

---

*facto* немају никакву пословну активност, а велики број њих фактички ни не постоје на регистрованим адресама“. Из образложења Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима од половине 2018. године.

20 Закон о привредним друштвима, чл. 547. став 1.

21 Вид. Градимир Дилпарић, Милан Павић, „Ликвидација друштва капитал на основу предлога мањинских чланова (акционара)“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1997, стр. 203-208.

о привредним друштвима онемогућава да се формално у ове претпоставке уврсти и она прва, основна и врхунска: да је друштво солвентно, односно „да има довољно средстава за намирење свих својих обавеза“.

Да ли се над привредним друштвом над којим је инициран и покренут поступак принудне ликвидације може покренути поступак стечаја, у складу са одредбама Закона о стечају? До предметних измена и допуна Закона то је било могуће све до доношења решења о брисању друштва из Регистра. На основу важећих законских решења то је могуће само до доношења решења о покретању овог поступка<sup>22</sup>. Претходно важеће законско решење било је боље.

У упоредном праву, у зависности од конкретног правног система, већи је број субјеката који се појављују у улози подносиоца предлога за покретање поступка (принудне) ликвидације, с тим да се тај субјект увек одређује законом. И у праву Србије он се одређује законом. Реч је о службеном лицу Агенције које се назива регистратор, које је овлашћено да врши послове регистрације у одговарајући регистар. Осим ових послова, њему је Законом о привредним друштвима проширена надлежност, јер му је стављено у дужност иницирање, покретање, спровођење и окончање поступка принудне ликвидације. Значи, предметни поступак иницира, покреће, спроводи и завршава, по службеној дужности (*ex officio*), регистратор који води Регистар<sup>23</sup>. Ова посебна врста поступка претпоставља остваривање доминантног јавног интереса. У његовом иницирању, покретању и спровођењу не долази до изражаја страначка иницијатива, као што је то случај у неком од судских или у управном поступку.

Начело официјелности подразумева да Агенција преко свог службеног лица покреће поступак принудне ликвидације, по службеној дужности, не очекујући иницијативу или предлог привредног друштва или неког другог субјекта. Такође, она је дужна на његово иницирање и покретање (обавезност иницирања и покретања по сили закона) увек када је привредно друштво испунило неки од законских разлога за принудну ликвидацију.

---

22 Вид. расправу за могућност сходне примене правила стечајног поступка на добровољну ликвидацију: Наташа Цветићанин, „Могућност сходне примене стечајних прописа у поступку добровољне ликвидације привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2015, стр. 125-149; „Прав(н)и значај и место добровољне ликвидације у систему престанка привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2014, стр. 102-104; Јелена Величковић, „Остваривање потраживања према дужнику у ликвидацији“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015, стр. 59-63.

23 Закон о привредним друштвима, чл. 547.

Начело законитости и официјелности код овог поступка долази до изражаја од фазе пре покретања до фаза његовог окончања. Иначе, законодавац Србије је изменама и допунама Закона од половине 2018. направио разлику између фазе пре покретања (претходна фаза) и фазе покретања поступка. Наравно, постоји још две крајње уоштене фазе: спровођења и окончања овог поступка.

*Претходна фаза* - Пре покретања поступка принудне ликвидације, регистратор је дужан да реализује његову претходну фазу. Њему је законом наложено да на интернет страници Регистра објави обавештење о привредном друштву код кога се стекао неки од законских разлога за принудну ликвидацију (у трајању од 90 дана). Истовремено ће позвати то друштво да у законом остављеном року предузме следеће радње: 1) да отклони наведени законски разлог за покретање поступка принудне ликвидације, а који се може у складу са Законом о привредним друштвима отклонити, најкасније у року од 90 дана од дана објављивања предметног обавештења, и 2) да региструје у Регистар промене одговарајућих података, у складу са Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.

Треба запазити да је претходну фазу поступка надлежан да реализује регистратор по службеној дужности и без доношења формалног правног акта. Реализује је предузимањем одређене материјално-правне радње – објављивањем обавештења на интернет страници Регистра о друштву код кога постоји неки од законских разлога за покретање принудне ликвидације.

У периоду обавештавања привредног друштва о постојању разлога за покретање поступка принудне ликвидације, према том друштву још није покренут поступак, што му омогућава да настави са редовним обављањем регистроване делатности. Такође, објављивањем обавештења се повериоци и потенцијални партнери информишу о постојању законског разлога за покретање поступка принудне ликвидације над конкретним привредним друштвом. На крају, на овај начин се такво друштво унапред упознаје са могућношћу покретања управног поступка који ће надлежни орган водити по службеној дужности.

*Фаза покретања поступка* – У овој фази поступка, по истеку рока од 90 дана од дана објављивања обавештења на интернет страници Регистра, регистратор је дужан да по службеној дужности предузме кумулативно две радње: да донесе акт о покретању поступка принудне ликвидације, који за последицу има да друштво преведе у статус „у принудној ликвида-

цији“ и да истовремено објави оглас о принудној ликвидацији на интернет страници Регистра, у непрекидном трајању од 60 дана. Законом је утврђена минимална садржина огласа о принудној ликвидацији, јер мора да садржи: 1) дан објаве огласа; 2) пословно име и матични број друштва; 3) разлог принудне ликвидације. Уз пословно име друштва регистратор је дужан да дода ознаку: „у принудној ликвидацији“<sup>24</sup>. Због додатно реализованог начела економичности у спровођењу поступка принудне ликвидације, законодавац је у важећим законским решењима био принуђен да одустане од четвртог обавезног елемента огласа: „обавештење повериоцима да (...) од дана објаве огласа могу поднети предлог за покретање стечаја надлежном суду“, у складу са Законом о стечају. На жалост, овај обавезни елемент у огласу је био у интересу заштите поверилаца.

Треба нагласити да ову фазу поступка ликвидације регистратор покреће формалним, правним и појединачним управни актом, који има форму решења - акт о покретању поступка принудне ликвидације. Он је конститутивне природе, јер изазива одређене правне последице за друштво над којим је покренут овај поступак - друштво се преводи у статус „у принудној ликвидацији“. Истовремено предузима и једну материјално-правну радњу - објављује оглас о принудној ликвидацији на интернет страници Регистра. Ова радња је првенствено усмерена према садашњим, али и потенцијалним будућим партнерима друштва у поступку принудне ликвидације.

Законодавац инсистира да друштву није допуштено да региструје промене података у Регистру од дана објављивања огласа о принудној ликвидацији од стране регистратора. Напросто, све активности друштва су у том периоду усмерене на брисање друштва из Регистра.

*Фаза спровођења поступка* – Законодавац није нашао за потребно да регулише питања спровођења поступка принудне ликвидације: именовање ликвидационог управника, попис имовине, састављање ликвидационог биланса, наплата потраживања друштва у ликвидацији, измиривање обавеза друштва у ликвидацији према повериоцима, расподела ликвидационог остатка. Наведена питања нису стављена ни у надлежност државног органа који иницира, покреће и спроводи поступак принудне ликвидације. Због таквог приступа, спровођење овог поступка се исцрпљује у објављивању огласа о принудној ликвидацији друштва, протеку рока од 60 дана и доношењу решења о брисању друштва и самом његовом брисању из Регистра. Намећу се питања: да ли се оваквим законским решењи-

---

24 Закон о привредним друштвима, чл. 547. став 2.

ма погоршава положај поверилаца за наплату њихових потраживања, али и положај друштва у ликвидацији за наплату његових потраживања.

*Фаза окончања поступка* – Регистратор има законску дужност да по службеној дужности, по истеку рока од 60 дана од дана објављивања оглас о принудној ликвидацији на интернет страници Регистра, у даљем року од 30 дана донесе акт о брисању друштва и на основу њега изврши његово брисање из Регистра, сагласно одредбама Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре<sup>25</sup>.

Какве је правне природе акт о брисању друштва из Регистра? Реч је о формалном, појединачном и управном акту који доноси регистратор у форми решења. Он је по својој природи конститутивне природе, јер има за последицу престанак, односно гашење привредног друштва.

У крајњем случају, спровођење и окончање поступка принудне ликвидације има за циљ да се сва привредна друштва која не послују у складу са законом одстране из правног промета, да се ажурира стање у Регистру и да се успостави законито пословање у привреди.

Повериоци брисаног привредног друштва у поступку принудне ликвидације могу да покушају да своја потраживања наплате из имовине чланова ликвидираног друштва споразумно или у судском поступку пред стварно и месно надлежним судом.

И овде треба нагласити да је предметним изменама и допунама законских одредаба о принудној ликвидацији укинута још једна одредба која је упућивала на примену Закона о стечају<sup>26</sup>. Због измењене важеће концепције спровођења поступка принудне ликвидације, могућа је временски ограничена сходна примена два правила креирана за (редовну) ликвидацију, и то: да повериоци друштва током трајања претходног поступка принудне ликвидације могу поднети предлог за покретање стечаја, из разлога прописаних Законом о стечају; и да иницирани поступак принудне ликвидације нема утицаја на поднети предлог за покретање стечаја, у складу са Законом о стечају<sup>27</sup>.

---

25 Закон о привредним друштвима, чл. 547б. став 1.

26 Та одредба је гласила: Ако регистар привредних субјеката у року од годину дана од дана објаве огласа не прими решење надлежног суда о отварању стечаја над друштвом у принудној ликвидацији, регистратор који води регистар привредних субјеката по службеној дужности брише друштво из регистра.

27 Закон о привредним друштвима, чл. 527. став 2.



Законодавац није предвидео правна средства за незадовољно привредно друштво, односно његове чланове, везано за донето решење о покретању поступка принудне ликвидације и за донето решење о брисању друштва из Регистра. Није предвиђена ни сходна примена одредаба Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, тј. право на жалбу. Због тога, нема сметњи да незадовољно друштво, односно његови чланови покрену управни спор пред надлежним судом.

За питања иницирања, покретања, спровођења и окончања поступка принудне ликвидације од значаја је констатовати да је у изворној верзији његово трајање било лимитирано на једну годину и шест месеци, а да је након извршених измена и допуна Закона његово трајање сведено на шест месеци. Да констатујемо, неспорно је да је ово скраћивање рокова у интересу ефикасности спровођења предметног поступка и од утицаја је на целокупну привреду. Међутим, да ли су скраћени рокови и у интересу поверилаца и трећих лица?

### **V Надлежни орган за иницирање, покретање и спровођење поступка**

Питања регистрације и објављивања регистрације привредних друштава у праву Србије су уређена Законом о привредним друштвима само начелно, док је детаљније уређење препуштено посебним законима: Закону о Агенцији за привредне регистре, унутар које је смештен већи број регистара, и Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, којим је уређен поступак регистрације већег броја субјеката, а не само привредних, јер се уређује поступак, предмет и друга питања од значаја за регистрацију, евиденцију и објављивање. На питања поступка регистрације и евидентирања супсидијарно се примењује и Закон о општем управном поступку.

Домаћи законодавац „регистрацију“ дефинише као упис, промену или брисање података и докумената у регистрима које води Агенција. Регистрација се заснива на законским начелима.

За наш предмет истраживања од значаја су одредбе Закона о привредним друштвима којима се ставља у дужност Агенцији, а испред ње регистратору који води Регистар, додатна надлежност: да иницира, покрене, спроводи и оконча поступак принудне ликвидације.

*Агенција за привредне регистре* је основана посебним законом (*ex lege*), по својој правној природи је посебна врста управне организације и има својство правног лица. Послује у складу са прописима о јавним аген-

цијама. Њено седиште је у Београду, а има организационе јединице изван седишта, којима није признат правни субјективитет. Води одређене регистре као јединствене централизоване базе података<sup>28</sup>. Њени органи су: управни одбор, надзорни одбор и директор. Најзначајнији општи акт Агенције је статут<sup>29</sup>, а има и друге акте.

*Регистар привредних субјеката* је јединствена, централна, јавна, електронска база података о привредним субјектима, формирана на територији Србије, у коју се подаци уносе и чувају, у складу са законом. Обавезно садржи законом одређене податке о привредном субјекту. Такође, у регистар се региструју све промене података о привредном субјекту које је предмет регистрације, као и други подаци одређени законом. Регистар је успостављен код Агенције, а води га и њиме руководи регистратор. Вођење регистра се финансира из средстава остварених по основу накнада за извршене услуге и из других извора.

*Регистратор* - Агенција води регистре преко регистратора. Он је физичко, пословно способно и стручно лице. Њега именује и разрешава управни одбор Агенције, уз претходну сагласност Владе. Именује се на период од четири године, с тим што исто лице може бити поново именовано. Може бити разрешен пре истека периода на који је именован, и то: на захтев регистратора, ако регистратор не обавља своју функцију у складу са законом и из других законом утврђених разлога. Регистратор је независан у свом раду, у оквиру овлашћења утврђених законом и другим прописом.

Законодавац допушта управном одбору да регистратора који је именован у складу са законом, на образложен предлог директора Агенције, именује и за вођење другог регистра, евиденције и друге електронске базе података које води Агенција, ради економичног и ефикасног рада и пословања Агенције.

---

28 Ти регистри су: 1) Регистар привредних субјеката; 2) Регистар заложног права на покретним стварима и правима; 3) Регистар финансијског лизинга; 4) Регистар јавних гласила; 5) Регистар удружења (укључујући коморе здравствених радника и Комору социјалне заштите); 6) Регистар страних удружења; 7) Регистар мера и подстицаја регионалног развоја; 8) Регистар комора; 9) Регистар туризма; 10) Регистар финансијских извештаја и података о бонитету правних лица и предузетника; 11) Регистар стечајних маса; 12) Регистар задужбина и фондација; 13) Регистар представништва, страних задужбина и фондација; 14) Регистар удружења, друштава и савеза у области спорта; 15) Регистар судских забрана; 16) други регистри одређени законом.

29 Статут Агенције за привредне регистре, *Сл. гласник РС*, бр. 52/2005, 103/2009 и 112/2012.

Регистратор, у односу на регистар који води, има овлашћења и обавезе да: се стара о законитом, систематичном и ажурном вођењу регистра; ближе одређује начин вођења регистра; доноси одлуке о упису у регистар, односно врши регистрацију података; 4) прописује стандардне обрасце регистрационих пријава и захтева у поступку вођења регистра; предузима друге радње неопходне за несметано и правилно функционисање регистра<sup>30</sup>.

Регистратор у поступку регистрације доноси одлуку (у форми решења или закључка) о поднетој пријави за регистрацију, у року од пет дана од дана пријема пријаве. Одлука регистратора је формалан, правни и појединачни управни акт. Регистратор решењем усваја или одбацује поднету пријаву за регистрацију, а закључком врши исправку грешке у регистру. Подносилац пријаве може да поднесе жалбу министру надлежном за послове привреде против одлуке регистратора, преко Агенције, у року од 30 дана од дана објављивања одлуке. Поднета жалба не задржава извршење. Министар о жалби одлучује у року од 30 дана од дана пријема жалбе у министарству. Министар може: 1) одбацити жалбу ако је неблагоприятна, недопуштена или поднета од неовлашћеног лица, ако то није учинио регистратор; 2) одбити жалбу као неосновану; 3) усвојити жалбу и укинути одлуку и вратити регистратору предмет на поновно одлучивање; 4) усвојити жалбу и укинути одлуку и сам одлучити о пријави. Одлука министра је коначна и против ње се може покренути управни спор. Против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке.

## **VI Правни положај привредног друштва у поступку принудне ликвидације**

Законодавац је нашао за потребно да у предметном закону о изменама и допунама Закона о привредним друштвима креира нову одредбу којом је уредио правни положај друштва у поступку принудне ликвидације. Реч је последицама које изазива покретање поступка принудне ликвидације. Законодавац је то првенствено учинио ради отклањања спорних питања која су онемогућавала примену одредаба о принудној ликвидацији и наводно ради заштите поверилаца.

---

30 Закон о Агенцији за привредне регистре, чл. 106.

У погледу статуса привредног друштва у поступку принудне ликвидације, законодавац је уредио четири питања, односно успоставио четири правила<sup>31</sup>. Прво, исто као и у поступку редовне ликвидације, да од дана објављивања огласа о принудној ликвидацији органи друштва настављају са радом, а друштво не може да предузима нове послове већ само да завршава започете, укључујући и измирење доспелих обавеза, као и плаћања за текуће обавезе друштва и обавезе према запосленима. Значи, друштво у поступку ликвидације задржава правни субјективитет и своје органе са ограниченим овлашћењима, послове води његов законски заступник, а запослени остају на својим радним местима како би допринели извршавању послова у функцији спровођења ликвидације.

Друго, исто као и у поступку редовне ликвидације, а све у функцији заштите интереса поверилаца, за време принудне ликвидације друштва не сме се исплаћивати учешће у добити, односно дивиденде, нити се имовина друштва може расподељивати члановима друштва пре брисања друштва из Регистра (код редовне ликвидације: „пре исплате свих потраживања поверилаца“)<sup>32</sup>.

Наредна два правила су оригинална и успостављена су за потребе принудне ликвидације. Треће, по сили закона се прекидају сви судски и управни поступци у односу на друштво над којим је покренут поступак принудне ликвидације, од дана његовог покретања. Допуштено је да се прекинути поступци наставе после брисања друштва из Регистра, на захтев чланова, односно поверилаца брисаног друштва. За разлику од изнетог правила, у поступку (редовне) ликвидације изричито је предвиђено да њено покретање не спречава одређивање и спровођење извршења против друштва у ликвидацији, нити вођење других поступака који се воде против или у корист друштва у ликвидацији<sup>33</sup>. Новоуспостављено правило је изнуђено начином на који је конципирана принудна ликвидација, а инспирирано је решењем из стечајног поступка<sup>34</sup>.

Четврто, друштву је забрањено да региструје промене података у Регистру од дана објављивања огласа о принудној ликвидацији. У про-

---

31 Закон о провредним друштвима, чл. 547а.

32 Закон о провредним друштвима, чл. 528.

33 Закон о провредним друштвима, чл. 527. став 1.

34 „У тренутку наступања правних последица отварања поступка стечаја прекидају се сви судски поступци у односу на стечајног дужника и на његову имовину, сви управни поступци покренути на захтев стечајног дужника, као и управни и порески поступци који за предмет имају утврђивање новчане обавезе стечајног дужника“. Закон о стечају, чл. 88.

тивном, на тај начин би могло да штети интересима поверилаца и да осујети спровођење поступка принудне ликвидације на законом заснован начин.

## VII Последице брисања друштва из Регистра

Још у време изворног уређења принудне ликвидације у Закону о привредним друштвима (2011), било је уређено и питање последице брисања друштва из Регистра. Законодавац је и по овом питању успоставио четири правила<sup>35</sup>. Прво, имовина брисаног друштва постаје имовина чланова друштва у сразмери са њиховим уделима у капиталу друштва, а у случају ортачког друштва које нема капитал расподељује се на једнаке делове између ортака.

Друго, чланови друштва своје односе у погледу имовине уређују споразумно, закључењем уговора. За случај да не могу да се договоре, остављена је законска могућност члану друштва да затражи од надлежног суда да у ванпарничном поступку изврши расподелу те имовине.

Треће, после брисања друштва из Регистра, чланови брисаног друштва лица (ортаци и комплементари) одговарају за обавезе друштва неограничено солидарно, а чланови друштва капитала ограничено солидарно. Изузетно, за контролног члана друштва са ограниченом одговорношћу и контролног акционар акционарског друштва успостављена је неограничена солидарна одговорност за обавезе друштва и након његовог брисања из Регистра. У овом последњем случају, на пример, члан (оснивач) привредног друштва који се сматра контролним чланом одговара целокупном својом имовином за обавезе друштва, над којим је спроведен поступак принудне ликвидације. Између осталог, сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек кад он самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва. Из напред констатованог се може закључити да ће члан једночланог друштва са ограниченом одговорношћу одговарати целокупном својом имовином за обавезе ликвидираног и брисаног друштва из Регистра.

Четврто, потраживања поверилаца друштва према контролном члану друштва са ограниченом одговорношћу и контролном акционару акционарског друштва застаревају у року од 3 године од дана брисања друштва из Регистра.

---

35 Закон о привредним друштвима, чл. 548.

## **VIII Поступак принудне ликвидације и његова правна природа**

У упоредном и домаћем праву поступак принудне ликвидације је један од основа за престанак привредног друштва. Испуњење неког од законских разлога за принудну ликвидацију је само неопходан предуслов, а за престанак друштва је неопходно да се тај поступак покрене и спроведе. Његово спровођење у европском упоредном праву претпоставља разрешење свих правних односа између друштва и његових поверилаца, али и између самих чланова друштва. Насупрот таквом приступу, у домаћем праву његово спровођење претпоставља разрешење само односа између чланова друштва, док се разрешење односа између друштва (чланова друштва) и његових поверилаца одлаже за период после завршетка овог поступка и брисања друштва из Регистра, и то на иницијативу или предлог поверилаца. И у упоредном и у домаћем праву, по окончању поступка принудне ликвидације над привредним друштвом, оно се брише из одговарајућег регистра.

Поступак принудне ликвидације у упоредном праву претпоставља, између осталог: испуњеност неког од законских разлога, покретање поступка од законом овлашћеног лица, надлежни орган за његово спровођење, именовање ликвидатора, објављивање и пријава одговарајућем регистру, уношење у пословно име атрибута „у ликвидацији“, пријаве потраживања поверилаца и њихово утврђивање, састављање биланса на почетку и на крају поступка, расподелу имовине друштва у ликвидацији, намирење поверилаца, брисање друштва из регистра, чување пословних књига и др. Такође, овај поступак претпоставља: одређени временски период у коме се спроводи (законске рокове), одговарајуће фазе кроз које пролази (иницирање, покретање, спровођење, окончање), субјекте који у њему учествују (органи, „странка“ и други учесници), предузимање одређених радњи од овлашћених субјеката у његовом спровођењу, доношење одређених правних аката и аката материјално-правне природе и др.

Поступак принудне ликвидације у праву привредних друштава Србије се разликује од судских, али и од општег управног поступка. Овај поступак у крајњем случају представља посебну врсту управног поступка, јер има већи број посебности и особености који га чине нарочитим. Међутим, поступак принудне ликвидације банака, осигуравајућих друштава, даваоца финансијског лизинга и других финансијских организација је судски ванпарнични поступак. Њега спроводи стварно и месно надлежан суд, под условима и на начин одређеним законом. За њега важе

посебни извори права, разлози који престављају основ за његово покретање, надлежни субјект који доноси одлуку о покретању поступака, субјект који је овлашћен за именовање ликвидатора, надлежни органи за његово спровођење и др.

Посебности поступка принудне ликвидације привредних друштава у праву Србије траже одговоре на већи број питања, као што су: принципи на којима почива, врсте правних норми којима је регулисан, начин његовог регулисања, субјекти који у њему учествују, начин његовог иницирања, покретања, спровођења и окончања, правне радње на којима се заснива, правни акти и средства правне заштите који из поступка произлазе, циљ који се његовим спровођењем жели постићи, ко сноси трошкове поступка, његова правна природа и др.

Поступак принудне ликвидације почива на принципима који произлазе из Закона о привредним друштвима, Закона о Агенцији за привредне регистре, Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре и Закона о општем управном поступку. Он је строго формалан и заснован претежно на императивним нормама. Примарно је регулисан одредбама напред наведених закона, а субсидијарно одредбама Закона о општем управном поступку. За овај поступак прве законске одредбе представљају *lex specialis*, а друге *lex generalis*.

Учесници у поступку принудне ликвидације су: регистратор испред Агенције и привредно друштво према коме је инициран и покренут поступак. Иницира се и покреће по службеној дужности од надлежног државног органа. Њега спроводи исти орган који га иницира и покреће. Реч је о државној интервенцији према одређеном привредном друштву. У његовом спровођењу долази до изражаја активно учешће службеног лица Агенције и пасивно поступање привредног друштва над којим се споводи поступак. У успостављеном (поцесно)правном односу, први субјект је јавноправни и делује са прерогативима јавне власти према другом, који је приватни и привредноправни.

И поступак принудне ликвидације претпоставља предузимање законом одређених радњи, које су међусобно повезане и упућене остваривању одређеног циља – разрешењу једне правне ствари која је била предмет поступка. Акте које доноси регистратор у овом поступку су или материјалноправне радње (нпр. објављивање огласа) или формални појединачни управни акти (нпр. доношење решења о брисању привредног друштва из Регистра).

Питање трошкова иницирања, покретања и спровођења поступка принудне ликвидације законодавац није уредио. Због тога, у одговору на ово питање могућа су два теоријска приступа: први, да све трошкове сноси Агенције, и други, да Агенција фактурише трошкове друштву које их је изазвало.

Какве је правне природе поступак принудне ликвидације привредних друштава у Србији? Овај поступак се заснива на темељном принципу законитости, јер је регулисан законом и иницира се, покреће и спроводи на основу закона. Иницира се и покреће искључиво по службеној дужности (начело официјелности), од законом овлашћеног субјекта. Ограниченог је домета, јер се може иницирати, покренути и спровести само према привредним друштвима која су испунила један од законских разлога за принудну ликвидацију. Регистратор, као овлашћено службено лице испред Агенције, наступа независно и самостално у спровођењу овог поступка. У овом поступку мањи је степен формализма, у односу на поступке које спроводи суд или орган јавне управе.

Поступак принудне ликвидације привредних друштава је особен у одређеним елементима, што га чини посебним и у односу на поступак регистрације привредних друштава у Регистар. Има највише елемент управноправне природе, што га приближава посебној врсти управног поступка. Конципиран је као поједностављен поступак, са законом ограниченим временским трајањем, како би се окончао у року од шест месеци. У погледу предузетих радњи и донетих правних акта, може се оквалитиковати као кондензован, односно скраћени поступак. Важи правило о доношењу одлуке на основу утврђеног чињеничног стања и изведених доказа. Незадовољно друштво у поступку принудне ликвидације може против донетог решења регистратора поднети жалбу министарству надлежном за послове привреде, преко Агенције, у року од 30 дана од дана објављивања одлуке. Одлука министра је коначна и против ње се може покренути управни спор, а против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке<sup>36</sup>.

## IX Уместо закључка

На основу резултата извршеног истраживања о поступку принудне ликвидације привредних друштава у праву Србије, намећу се додатна питања: којом концепцијом се законодавац Србије руководио 2011. и

---

36 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, чл. 25-32.



2018. године у креирању законских решења о принудној ликвидацији и које је циљеве желео да реализује. Прво, нову концепцију су креирали практичари, ради стварања повољнијег пословног амбијента за развој привреде Србије. Међутим, нису водили довољно рачуна о њеном оживотворењу и примени у пракси, као и о заштити интереса поверилаца ликвидираних друштва.

Друго, нова концепција је у потпуности одступила од традиционалне концепције успостављене на просторима бивше Југославије и земљама Европе. Напросто, новом концепцијом је поступак принудне ликвидације измештен из надлежности суда (судски ванпарнични поступак) и стављен у надлежност посебне управне организације – Агенције и регистратора Регистра привредних субјеката (посебна врста управног поступка).

Треће, нова концепција не предвиђа именовање ликвидационог управника, нити састављање ликвидационог биланса над имовином друштва које се ликвидира. Опет, законодавац те функције није ставио у надлежност Агенције. Оваквим законским решењима се погоршава положај поверилаца друштва у поступку принудне ликвидације. Ова констатација се може оспоравати чињеницом да су повериоци обавештени о иницирању и покретању поступка.

Четврто, нова концепција може у пракси да доведе до ликвидације инсолвентног друштва, иако је законски предуслов да се „ликвидација друштва (се) може спровести када друштво има довољно средстава за намирење свих својих обавеза“<sup>37</sup>. То ће уследити због несастављања ликвидационог биланса за друштво у ликвидацији и необавештениости или незаинтересованости његових поверилаца.

Пето, новоуспостављена концепција се на самом почетку суочила са проблемом њене примене у пракси. Најпре је била „коригована“ са два мишљења министарства надлежног за послове привреде, да би половином 2018. била прецизирана, измењена и допуњена Законом о привредним друштвима. Интервенисано је у неколико праваца: најпре, унета је новина да се пре покретања поступка принудне ликвидације обавезно спроведе тзв. претходна фаза поступка принудне ликвидације, односно иницира овај поступак; затим, новом одредбом уређен је правни статус привредног друштва у поступку принудне ликвидације, ради отклањања спорних питања која су онемогућавала примену одредаба у пракси, као и ради заштите поверилаца; даље, новом одредбом је уређено питање

---

37 Закон о привредним друштвима, чл. 524.

окончања поступка принудне ликвидације; на крају, новим законским решењима његово трајање је скраћено на шест месеци.

Шесто, успостављањем нове концепције о принудној ликвидацији настављено је са некритичком имплементацијом англосаксонских решења у право привредних друштава Србије. Након увођења у наш правни систем англосаксонске концепције регистрације привредних субјеката, нова концепција о принудној ликвидацији представља њен својеврсни продужетак.

Седмо, нова концепција је креирана по угледу на прагматичност англосаксонске економије и права, јер је успостављена са тежњом да поступак принудне ликвидације буде: поједностављен, на неки начин да се спроведе на скраћени начин; економичан, да се иницира, покрене и спроведе са што мање утрошка људских и материјалних ресурса; ефикасан, да се спроведе у релативно кратком временском периоду; и ефективан, да оствари јавни интерес.

Осмо, нова концепција је успостављена са функцијом реализације доминантног јавног интереса и са незнатно запостављеним приватним интересима поверилаца ликвидираних друштава. Запостављеност интереса поверилаца се огледа у томе што је законодавац допустио да се примарно имовина ликвидираних друштава распореди међу члановима друштва, без претходно сачињеног ликвидационог биланса, а да повериоци тек у накнадним поступцима истакну захтев према члановима друштва за намирење својих потраживања. Ова критика се може оспоравати аргументом да се ликвидација врши само када је друштво солвентно, па су повериоци тиме обезбеђени за своја потраживања.

**Ljubiša DABIĆ,**  
**Retired full-time professor**  
**Faculty of Economics at University of Belgrade**

## **PROCEDURE FOR THE COMPULSORY LIQUIDATION OF COMPANIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

*The subject of research in this paper is the procedure of compulsory liquidation in the law of Serbian companies and its legal nature.*

*The author's goal, on the one hand, is to analyze the procedure of compulsory liquidation of companies, and on the other, to point out the additions that followed the adoption of amendments to the Company Law, in mid-2018.*

*The purpose of the research is to analyze legal and theoretical issues relevant to the characteristics, distinctiveness, type and legal nature of the procedure of compulsory liquidation of companies in Serbia.*

*The results of the research should provide the scientific and professional public with answers to relevant questions related to the initiation, progress, implementation and termination of the process of compulsory liquidation of companies.*

*In concluding observations, the author asked and sought for answers to two questions: by which concept the Serbian legislator was guided in the creation of legal solutions to compulsory liquidation and what goals he wanted to realize.*

**Key words:** *compulsory liquidation procedure, legal nature of compulsory liquidation proceedings, Business Registers Agency, termination of a companies.*

Др *Витомир ПОПОВИЋ\**

## ПРЕСТАНАК ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА ЛИКВИДАЦИЈОМ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

### Резиме

*Ликвидација и ликвидациони поступак представљају један од начина престанка привредних друштава. Ова област је у Републици Српској регулисана Законом о ликвидационом поступку донесеном 2002. године. Прије овог Закона у Републици Српској се примјењивао бивши југословенски Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Сада је у току доношење новог Закона о ликвидационом поступку који прати рјешења прописана у Закону о стечају Републике Српске донесеном 2016. године. За разлику од овог закона очекује се да ће нови закон о ликвидационом поступку садржавати боља рјешења у циљу ефикаснијег вођења ликвидационог поступка, укупног смањења трошкова и биће усклађен са Уговором о оснивању Европске уније, односно Директивом (ЕУ) 2017/1132 Европског парламента и Савјета од 14. јуна 2017. године и релевантним одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању које је Босна и Херцеговина потписала са земљама чланицама Европске уније. Тако ће на овај начин и у овој области права бити извршена хармонизација права Републике Српске са правом Европске уније.*

**Кључне ријечи:** *Ликвидација, ликвидациони поступак, стечај, нови закон, Директива Европске уније, ефикасност, смањење трошкова.*

### Увод

Пословна пракса из законодавства углавном познаје два начина престанка привредних друштава и један од њих је стечај а други ликвидација. До стечаја долази када привредна друштва нису у могућности испуњавати своје обавезе према повјериоцима, односно када немогућност испуњавања својих обавеза достигне такав ниво, да се уопште поставља питање смисла постојања оваквих друштава. До стечаја долази када се дужникова имовина умањи у тој мјери да му дугови прелазе реалну под-

логу на којој су засновани и када дужник није више у могућности да испуњава своје обавезе и гарантује повјериоцима да ће их уопште извршити. У општем смислу ријечи посматрано, стечај представља облик генералног или општег извршења над цјелокупном имовином стечајног дужника и спроводи се ради скупног и сразмјерног намирења повјерилаца. То генерално извршење, поред намирења повјерилаца, има и за посљедицу престанак постојања стечајног дужника, јер завршетком стечајног поступка то друштво се брише из Регистра и престаје да постоји.

За разлику од стечаја, који се спроводи ради банкротства и инсолвентности, ликвидациони поступак се спроводи када је предузеће солвентно и испуњава све своје обавезе према повјериоцима, али постоје неки други разлози ради којих друштво треба да престане са радом. Један од основних циљева ликвидационог поступка јесте намирење повјерилаца ликвидационог дужника те, расподјела остатка ликвидационе масе сразмјерно учешћу власништву, односно одлуци чланова правног лица о расподјели ликвидационе масе.

Обзиром на значај ове материје, она је одувijek била уређена посебним законодавством, како у упоредном тако и у домаћем праву. У Републици Српској је на основу Уставног закона Републике Српске био у примјени све до 2003. године преузети бивши југословенски Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.<sup>1</sup> Током 2002. године Република Српска је донијела Закон о ликвидационом поступку Републике Српске а он је ступио на снагу 1. јануара 2003. године<sup>2</sup>. За разлику од бившег југословенског закона, овај закон је прилагођен потребама и одређеним специфичностима привреде и привредних друштава Републике Српске.

Како је Босна и Херцеговина, јуна мјесеца 2008. године, потписала са земљама – чланицама Европске уније Споразум о стабилизацији и придруживању, а који је ступио на снагу 1. јуна 2015. године, то је наметнуло потребу за усаглашавањем овог законског прописа са примарним и секундарним правима Европске уније и то првенствено са Уговором о функционисању Европске уније, Трећи дио-Политике и унутрашње дјеловање Уније, Наслов IV - Слободно кретање услуга и капитала, Поглавље 2, Право пословног настањивања, члан 50. став 2. тачка г) / *Treaty on the Functioning of the European Union, Part Three - Union Policies and Inter-*

---

\* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

1 „Службени лист СФРЈ“ број 84/89.

2 „Службени гласник Републике Српске“ број 64/2002

*nal Actions, Title IV – Free movement of persons, services and capital, Chapter 2, Right of establishment, Articles 50 (2) (g).*

Поред наведене обавезе, постоји и потреба за доношењем новог закона према коме би ликвидациони поступак био учињен ефикаснијим и бржим, економичнијим и са мање трошкова а што је на одређени начин представљало кочницу за убрзање поступка затварања и брисања из судских регистара оних привредних друштава који су испуњавали законом прописане услове за ликвидацију.

На доношењу новог закона о ликвидационом поступку нарочито су инсистирале Привредна комора Републике Српске и окружни привредни судови у Републици Српској који се баве спровођењем поступака стечаја и ликвидације.

Понуђени Нацрт закона садржи бројне измјене које би моге бити у функцији бржег и ефикаснијег спровођења ликвидационог поступка и смањења укупних трошкова.

### **Разлози за покретање и вођење поступка ликвидације**

Ликвидациони поступак се спроводи у сљедећим случајевима:

1. Ако је правном лицу изречена мјера забране обављања дјелатности због неиспуњавања услова за обављање дјелатности, а у року одређеном у изреченој мјери не испуни те услове, односно не промијени дјелатност;
2. Ако су престали постојати природни и други услови за обављање дјелатности;
3. Ако је истекао рок за који је правно лице основано;
4. Ако се правоснажном одлуком суда утврди ништавост уписа у регистар;
5. Одлуком скупштине, односно чланова;
6. Ако правно лице није организовано у складу са законом;
7. У другим случајевима утврђеним законом.

Нацрт новог закона о ликвидационом поступку додатно појашњава неке од разлога тако што прописује да се ликвидациони поступак спроводи „одлуком о престанку правног лица, коју доноси овлаштени орган правног лица одређен посебним законом, односно оснивачким актом или статутом правног лица“, затим „ако правно лице није усклади-

ло облик организовања као и опште акте у складу са Законом о привредним друштвима и другим прописима, а није ликвидирано и брисано из Регистра у складу са прописима којима се регулише регистрација пословних субјеката у Републици Српској“.

Наиме, Закон о привредним друштвима Републике Српске у свом члану 442. је прописивао:

(1) Ступањем на снагу овог закона постојећа привредна друштва и други облици повезивања и организовања за обављање привредне дјелатности настављају да раде на начин и под условима под којима су уписани у Регистар пословних субјеката.

(2) Привредна друштва и други облици повезивања и организовања за обављање привредне дјелатности дужни су да своју правну форму, органе, акционаре и чланове, основни капитал, акције и удјеле, пословно име, меморандуме, пословне јединице са одређеним овлашћењима у правном промету, као и своје опште акте, ускладе са одредбама овог закона до 30. јуна 2012. године, ако овим законом није другачије уређено.

(3) Постојећа привредна друштва настала у поступку својинске трансформације која немају оснивачки акт задржавају статут као обавезни општи акт и обавезу усклађивања са овим законом врше одговарајућим измјенама статута, с тим да измјене статута морају бити нотарски потврђене.

(4) Ако постојећа привредна друштва организована у форми друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва задрже ту правну форму, нису дужна да у поступку усклађивања са одредбама овог закона уз пријаву за превођење у Регистар пословних субјеката подносе доказ о испуњењу услова у погледу новчаног дијела основног капитала утврђеног овим законом.

(5) Постојећа привредна друштва и други облици повезивања и организовања за обављање привредне дјелатности који не поступи на начин и у року из ст. 2. до 4. овог члана, престају да постоје након спроведеног поступка ликвидације о трошку субјекта ликвидације, који по службеној дужности покреће суд ради брисања из Регистра пословних субјеката.<sup>3</sup>

---

3 Поближе о томе видјети Закон о привредним друштвима Републике Српске „Службени гласник Републике Српске“ број 127/08, 58/09, 100/11 и 67/13.

Међутим, оваква одредба садржана у ставу 5 овог члана никада ни у једном случају није практично примијењена, односно, суд по службеној дужности није покренуо ниједан поступак за спровођење поступка ликвидације ради тога што привредна друштва и други облици повезивања и организовања за обављање привредне дјелатности нису ускладили своју дјелатност са наведеним законом о привредним друштвима. Наравно да се оправданим поставља и питање како је то суд уопште могао чинити по службеној дужности када му такви подаци не само да нису били доступни него нису ни могли бити доступни. Очигледно је да је морао постојати неки орган или агенција која се бавила праћењем усклађивања дјелатности привредних друштава са Законом о привредним друштвима, а тога органа није било. Тако да је ова норма, овако постављена у Закону, чинила голо право, односно неизвршиву обавезу.

Приједлог за покретање ликвидационог поступка могу поднијети орган овлаштен за заступање, оснивач, односно овлаштени члан правног лица, суд који води Регистар, други субјекти одређени законом.

### **Органи ликвидационог поступка**

Органи ликвидационог поступка су ликвидациони судија и ликвидациони управник.

#### **Ликвидациони судија**

Важећи Закон о ликвидационом поступку Републике Српске не прописује шта све спада у овлашћења ликвидационог судије, изузев што у члану 2 овог закона прописује да: „Ликвидациони поступак спроводи суд који је према Закону о стечајном поступку надлежан за спровођење стечаја.“ У Републици Српској то су окружни привредни судови на чијем се подручју налази сједиште или пребивалиште стечајног дужника, односно то су Окружни привредни суд у Бањој Луци, Добоју, Бијељини, Источном Сарајеву, Требињу и Приједору. Другостепени суд је Виши привредни суд. Законодавац је предвидио могућност улагања и ревизије на другостепену одлуку, а о њој одлучује Врховни суд Републике Српске.

За разлику од овог закона, Нацрт новог закона о ликвидационом поступку на релативно јасан и прецизан начин прописује надлежности и овлашћења ликвидационог судије. Тако на примјер, ликвидациони судија има сљедеће надлежности и овлашћења:



1) води и управља ликвидационим поступком од дана подношења приједлога за отварање ликвидационог поступка до закључења ликвидационог поступка,

2) у ликвидационом поступку врши права и обавезе, у складу са одредбама овог закона,

3) врши надзор над радом ликвидационог управника у складу са овим законом,

4) разрјешава дужности ликвидационог управника у складу са чланом 16. овог закона.

Ликвидациони судија може на приједлог подносиоца приједлога за отварање ликвидационог поступка за ликвидационог управника именовати и члана управе правног лица који је уписан у судском регистру за заступање правног лица.

У случају непостојања приједлога од стране правног лица стечајни судија ће у том случају за ликвидационог управника именовати лице са листе стечајних управника, у складу са Законом о стечају.

Ликвидациони управник се именује рјешењем о отварању ликвидационог поступка, а стиче својство лица овлаштеног за заступање уписом у Регистар.

Приједлог за покретање ликвидационог поступка могу поднијети:

- орган овлаштен за заступање,
- оснивач, односно овлаштени члан правног лица,
- суд који води Регистар,
- други субјекти одређени законом.

Уз образложен приједлог предлагач је дужан доставити потребну документацију.<sup>4</sup>

За разлику од важећег Закона, Нацрт новог закона о ликвидационом поступку на децидан начин прописује разлоге за разрјешење именованог ликвидационог управника. Та могућност ће се десити у случају:

1) ако ликвидациони управник не испуњава своје обавезе предвиђене Законом

---

4 Поближе о томе видјети Закон о ликвидационом поступку члан 4. „Службени гласник Републике Српске“ број 64/02.

- 2) не доставља извјештаје,
- 3) не уновчава имовину,
- 4) неосновано одуговлачи спровођење појединих радњи,
- 5) даје нетачне податке,
- 6) у другим случајевима по оцјени ликвидационог судије.

### Ликвидациони управник

Ликвидационог управника именује ликвидациони судија након што размотри приједлог за покретање ликвидационог поступка и утврди његову основаност. За ликвидационог управника се може именовати лице које располаже потребном стручношћу и потребним искуством. Рјешење о његовом именовању се објављује у „Службеном гласнику Републике Српске“. Његов основни задатак је да изврши попис имовине и сачини биланс стања и попис повјерилаца.

Треба разликовати двије врсте стечајних управника. Први ако се за ликвидационог управника постави члан управе, односно овлаштеног орагана за заступање друштва. Други случај је када се за ликвидационог управника постави особа која није члан овлаштеног органа наведеног за заступање правног лица.

У првом случају ако је за ликвидационог управника постављен ранији члан органа овлаштеног за заступање правног лица Суд према члану 10. и 62. Закона о стечајном поступку, у случају да ликвидациони управник не извршава своје обавезе, односно не изврши попис имовине, сачини биланс стања и не изврши попис повјерилаца, може одредити привремене мјере. Те привремене мјере се састоје у присилном привођењу пред Суд или изрицање новчане казне након неуспјешног привођења. Против оваквог рјешења Суда о одређивању средстава принуде ликвидациони управник може уложити жалбу али она не одлаже извршење рјешења.

У другом случају, ако је за ликвидационог управника лице које није члан органа овлаштеног за заступање Суд може на приједлог ликвидационог управника одредити принудне мјере уколико они не извршавају своје обавезе.<sup>5</sup>

---

5 Поближе о томе видјети члан 8. Закона о ликвидационом поступку Републике Српске „Службени гласник Републике Српске“ број 64/02 у вези са члановима 10. и 62. Закона о стечајном поступку Републике Српске „Службени гласник Републике Српске“ број 67/02.

Ликвидациони управник је дужан да без одлагања уђе у посјед имовине правног лица и овлаштен је и обавезан да је уновчи. При томе мора водити рачуна о правима трећих лица на предметима и имовини, а у случају да су испуњене претпоставке за спровођење стечајног поступка он је дужан да у року од петнаест дана поднесе приједлог за отварање истог.

За разлику од важећег Закона о ликвидационом поступку Републике Српске, Нацрт новог закона о ликвидационом поступку на релативно јаснији и прецизнији начин прописује права и обавезе ликвидационог управника. Тако на примјер, у члану 15. овог Нацрта је прописано:

(1) Ликвидациони управник је дужан одмах након ступања на дужност, а најкасније у року од 30 дана од дана именовања, ликвидационом судији доставити:

1) попис имовине,

2) попис повјерилаца,

3) почетни биланс,

4) увјерење Пореске управе Републике Српске (у даљем тексту: Пореска управа) о измиреним пореским обавезама, које није старије од 15 дана од дана подношења приједлога за покретање ликвидационог поступка, ако то није доставио предлагач,

5) увјерење Управе за индиректно опорезивање БиХ о измиреним обавезама по индиректним порезима, које није старије од 15 дана од дана подношења приједлога за покретање ликвидационог поступка, ако то није доставио предлагач,

6) потврду Централне банке БиХ или Агенције за посредничке, информатичке и финансијске услуге (у даљем тексту: Агенција) о стању пословног рачуна, која није старија од осам дана од дана подношења приједлога за покретање ликвидационог поступка, ако то није доставио предлагач.

(2) Ликвидациони управник је дужан изјавом, у писаној форми, гарантовати тачност и потпуност података у попису имовине, почетном билансу и попису повјерилаца.

(3) Ликвидациони управник је дужан без одлагања ући у посјед имовине ликвидационог дужника, уновчити ту имовину, те, након окончане диобе, доставити ликвидационом судији извјештај о извршеној диоби и приложити документацију о спроведеној диоби и намирењу повјерилаца.

Ликвидациони управник за свој рад има право на награду и накнадну трошкова које, у складу са Правилником о наградама и накнадама, за рад ликвидационог управника доноси ликвидациони судија.

Нацрт новог закона затим прописује да ликвидациони управник одговара члановима правног лица за штету коју је причинио у вршењу својих дужности прописаних овим законом а ова штета застарјева у складу са роковима прописаним Законом о облигационим односима.

Након брисања правног лица из Регистра, не могу се побјигати радње ликвидационог управника, али повјериоци могу од њега тражити да им надокнади штету коју им је својим радњама проузроковао у ликвидационом поступку.

Ликвидациони управник одговара за штету проузроковану у току ликвидационог поступка намјерно или из крајње непажње, до висине петороструког износа награде коју је примио за свој рад.

Ако средства из става 2. овог члана нису довољна за намирење штете која је настала повјериоцу усљед радње ликвидационог управника, за ту штету солидарно одговарају сви чланови правног лица до износа имовине која им је исплаћена или преостала након закључења ликвидационог поступка, осим у скраћеном добровољном ликвидационом поступку.

Не сматра се штетом ако повјерилац благовремено не пријави своје потраживање за које ликвидациони управник није знао, нити је могао знати.

Потраживање повјерилаца према ликвидационом управнику застарјева у роковима прописаним општим прописима о облигационим односима.

### **Диоба ликвидационе масе**

Важећи Закон о ликвидационом поступку Републике Српске није посебно регулисао ток ликвидационог поступка као што то чини Нацрт новог закона, али се из радњи које су описане овим законом може извести закључак да се то односи на ток ликвидационог поступка. Закон прописује да је из ликвидацине масе ликвидациони управник дужан прво да измири трошкове ликвидационог поступка.

Након измирења трошкова поступка, ликвидациони управник измирује потраживања повјерилаца.

Уколико су потраживања повјерилаца, за које не постоји извршни наслов спорна, ликвидациони управник тог повјериоца упућује да покрене парницу у року од 15 дана ради доказивања основаности потраживања. Ако повјерилац у остављеном року покрене парницу, ликвидациони управник обезбјеђује средства ради евентуалне исплате те обавезе.

Уколико повјерилац у остављеном року не покрене парницу из става 2. овог члана, његово се потраживање приликом диобе неће узети у обзир.

Ликвидациони управник је дужан на тражење суда доставити приједлог начина диобе те по окончаном поступку диобе доставити извјештај о свим радњама спроведеним током поступка. Његова овлашћења престају након што изврши потпуну диобу имовине и Суд закључи ликвидациони поступак а рјешење о закључењу ликвидационог поступка се објављује у „Службеном гласнику Републике Српске“. На основу правоснажног рјешења о закључењу ликвидационог поступка Суд налаже брисање правног лица из Регистра Суда. Иако то Закон о ликвидационом поступку није прописивао, сходно примјеном Закона о стечајном поступку Републике Српске се може извести закључак да и ликвидациони поступак спада у ликвидационе поступке као и сви поступци у којима је ликвидациони дужник над којим је отворен ликвидациони поступак странка у поступку. У овом поступку се не може поднијети приједлог за повраћај у пређашње стање и приједлог за понављање поступка. А Нацрт новог закона прописује да се не може изјавити ни ревизија.

За разлику од Нацрта закона о ликвидационом поступку који искључује могућност ревизије, важећи Закон о ликвидационом поступку кроз упућујуће норме на Закон о стечају Републике Српске предвиђа ревизију и то против одлука другостепеног суда само на рјешење којом се преиспитује одлука првостепеног суда о отварању стечајног поступка и одлука првостепеног суда о закључењу стечајног поступка када је на то рјешење дозвољено право жалбе. У члану 24. овог закона је прописано да је првостепени суд дужан да без одгађања, а најкасније у року од три дана од пријема ревизије, ревизију са списком достави Врховном суду Републике Српске на одлучивање. А да је Врховни суд Републике Српске дужан да одлуку о ревизији донесе у року од 15 дана од дана њеног пријема.

Обзиром да се ради о веома сложеном поступку који у правилу може бити велике вриједности, сматрамо бољим рјешења садржана у Закону о ликвидационом поступку Републике Српске и Закону о стечају којим је ревизија као правно средство дозволена на рјешења којим се

преиспитује одлука првостепеног суда о отварању ликвидационог поступка и одлука првостепеног суда о закључењу ликвидационог поступка када је на то рјешење дозвољено право жалбе, ради постојања могућих злоупотреба самог института ликвидације привредног субјекта а поготово када је ријеч о институту добровољне ликвидације прописане одредбама Закона о привредним друштвима Републике Српске.

### **Неке од новина садржаних у Нацрту закона о ликвидационом поступку**

Поред неких новина на које смо указали позивајући се на Нацрт закона о ликвидационом поступку у досадашњем дијелу овог рада, значајно је напоменути и сљедеће:

1. Потребе за доношењем новог закона о ликвидационом поступку су предвиђене Програмом економских реформи Републике Српске за период 2018-2020. године и то првенствено са циљем смањења трошкова и убрзања поступка затварања привредних друштава с обзиром да основни проблеми у ликвидационом поступку, према важећем Закону, дужина трајања и велики трошкови спровођења ликвидационог поступка.

2. Раније важећи Закон о стечајном поступку је престао да важи и у току 2016. године је донесен нови Закон о стечају, на који се у својој примјени позива Закон о ликвидационом поступку.

3. За разлику од важећег Закона о ликвидационом поступку Нацрт новог закона на доста детаљнији и прецизнији начин утврђује разлоге за покретање ликвидационог поступка, врсте ликвидационог поступка, овлаштене предлагаче и органе ликвидационог поступка. Затим, Нацрт детаљније прописује права и обавезе ликвидационог управника, његову одговорност за штету коју проузрокује члановима правног лица и повјериоцима у току вршења радњи током ликвидационог поступка, намирење повјерилаца ликвидационог дужника и распоdjелу остатка ликвидационе масе сразмјерно учешћу у власништву, односно одлуци чланова правног лица о расподjели ликвидационе масе. Ту су и додатне одредбе које се односе на уновчење у ликвидационом поступку (непокретне и покретне) имовине без терета и са теретима. Новину представља и могућност ликвидационог управника да уз сагласност повјерилаца покретну имовину која није уновчена из прописаних разлога може предати хуманитарним организацијама, социјалним и образовним установама ако је прихвати.

4. Главну новину у Нацрту новог закона представља увођење института *скраћеног добровољног ликвидационог поступка* који се спроводи тако да се послије донесене одлуке о престанку привредног друштва у *скарћеном добровољном ликвидационом поступку*, сви ортаци, чланови или акционари привредног друштва дају нотарски овјерене изјаве да су измирене све обавезе друштва према повјериоцима, укључујући и обавезе према радницима те да се слажу да се спроведе *скарћени добровољни ликвидациони поступак*. По отварању и провођењу ликвидационог поступка и правоснажности рјешења привредно друштво се брише из Регистра. У случају испуњености услова за отварање и спровођење тзв. *скарћеног добровољног ликвидационог поступка*, ортаци, чланови, односно акционари неограничено солидарно одговарају за обавезе друштва три године, након брисања привредног друштва из Регистра.

Изрека рјешења о отварању и закључењу ликвидационог поступка објављује се у „Службеном гласнику Републике Српске“ а повјериоцима и другим лицима која за то имају правни интерес оставља се могућност да у року од тридесет дана од дана објављивања изјављивања жалбе другостепеном суду.

5. Нацрт закона о ликвидационом поступку је усклађен са релевантним одредбама Уговора о функционисању Европске уније, Директиве (EU) 2017/1132 Европског парламента и Савјета од 14. јуна 2017. године о одређеним аспектима права привредних друштава / *Directive (EU) 2017/1132 of European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law*, и Споразума о стабилизацији и придруживању, које се односе на сарадњу уговорних страна у области пословног настањивања, односно у области јачања институција и владавине права.

Нацрт садржи и неке друге измјене којима се овом приликом нисмо посебно бавили. Иако би се и на овакав Нацрт могло ставити бројне примједбе. Међутим, он у сваком случају садржи и бројне предности у односу на важећи Закон о ликвидационом поступку и очекивати је да ће се у значајној мјери повећати и ефикасност у провођењу ликвидационог поступка а истовремено и смањити укупни трошкови овог поступка.

### Закључак

Ликвидација представља један од начина престанка привредних друштава. У Републици Српској се на основу Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске примјењивао све до 2003. године бивши југословенски Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Током

2002. године Република Српска је донијела свој Закон о ликвидационом поступку. Након проведене реформе у области стечајног законодавства и доношења новог Закона о стечају Републике Српске 2016. године приступило се реформи и доношењу новог Закона о ликвидационом поступку. Овај закон садржи читав низ бољих рјешења у циљу ефикаснијег вођења ликвидационог поступка и укупног смањења трошкова и усклађен је са Уговором о оснивању Европске уније, Директиве (EU) 2017/1132 Европског парламента и Савјета од 14. јуна 2017. године и релевантним одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању које је Босна и Херцеговина потписала са земљама чланицама Европске уније.

**Vitomir POPOVIĆ**

## TERMINATION OF THE COMPANY BY LIQUIDATION IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

### *Summary*

*Liquidation and liquidation proceedings are one of the ways of termination of companies. This area is regulated in the Republic of Srpska by the Law on Liquidation Proceedings adopted in 2002. Prior to this Law, the former Yugoslav Law on Forced Settlement, Bankruptcy and Liquidation was applied in Republika Srpska. Now the adoption of the new Law on Liquidation Procedure, which follows the solutions prescribed in the Bankruptcy Law of Republika Srpska, adopted in 2016, is currently underway. Unlike this law, it is expected that the new law on liquidation will contain better solutions for the purpose of more efficient liquidation procedure, overall cost reduction and will be in line with the Treaty establishing the European Union, that is, the Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 (Directive 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017) and the relevant provisions of the Stabilization and Association Agreement signed by Bosnia and Herzegovina with the Member States of the European Union. In this way, in this area of law, the harmonization of the rights of Republika Srpska with the law of the European Union will be done.*

**Key words:** *liquidation, liquidation procedure, bankruptcy, new law, European Union Directive, efficiency, cost reduction.*



Др Илија БАБИЋ\*

## НАСЛЕЂИВАЊЕ УДЕЛА УМРЛОГ ОРТАКА У ОРТАЧКОМ ДРУШТВУ

### Резиме

*Ортачко друштво има својства друштва *intuitu personae*. Стога смрт члана ортачког друштва изазива другачије последице него смрт члана друштва капитала. У случају смрти ортака, његов удео у друштву се не наслеђује већ се распоређује на преостале ортаке. Тада наследници ортака имају право на исплату накнаде за удео сразмерно свом наследном делу. Друштво је дужно да исплати овај износ законским наследницима у року од шест месеци од смрти ортака, а тестаменталним наследницима у истом року, рачунајући од проглашења тестаментна.*

*Друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака ако је то уговором о оснивању (али не другим уговором) одређено. У овој правној ситуацији за ступање у друштво нужна је сагласност наследника који ступа у друштво на место умрлог ортака. Да ли је неко лице наследник умрлог ортака и колики је његов удео у ортачком друштву, утврђује се правноснажним решењем о наслеђивању.*

**Кључне речи:** ортачко друштво; смрт ортака; настављање друштва са наследницима; уговор о оснивању; наслеђивање ортачког удела.

### І. Уопште

Привредно друштво јесте правно лице које обавља делатност са циљем стицања добити (члан 1. Закона о привредним друштвима – ЗПД<sup>1</sup>). Члан друштва лица може бити физичко и правно лице, али га најчешће оснивају или му накнадно приступају физичка лица која стичу одређене уделе у друштву (члан 9. став 3. ЗПД). Смрћу физичког лица и

---

\* редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду Универзитет „Едуконс“

1 Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.

проглашењем несталог лица за умрло, настаје по сили закона универзална суксеција, а његова права и обавезе (до висине наслеђене заоставштине) прелазе на његове наследнике. (чл. 206. и 212. Закона о наслеђивању – ЗН<sup>2</sup>), Ако је оставилац био члан привредног друштва, а нарочито друштва лица – ортачког или командитног друштва, у састав његове заоставштине улази у његов удео у друштву. Према општим правилима удео члана ортачког друштва лица се не наслеђује већ се распоређује сразмерно на преостале ортаке. Уговором о оснивању ортачког друштва може бити одређено да друштво наставља пословање са наследницима умрлог члана друштва. Драгачија правила важе за командитно друштво зависно од тога да ли је наступила смрт командитора или комплементарара.

Правно лице (по правилу привредни субјект) као члан ортачког друштва лица престаје брисањем из регистра у Агенцији за привредне регистре због ликвидације, спровођења поступка стечаја, статусне промене, на основу одлуке суда, кад је то одређено оснивачким актом или уговором чланова друштва, те у другим случајевима прописаним законом. Брисањем правног лица из регистра (као члана друштва) имовина тог друштва се не наслеђује него се имовина друштва (које је престало да постоји) распоређује на субјекте одређене посебним законима. Тако се ликвидација друштва (од стране власника, поверилаца или од стране суда<sup>3</sup>) спроводи када друштво има довољно средстава за намирење свих својих обавеза (видети, на пример, члан 524. ЗПД). Супротно томе стечај се отвара ако друштво нема довољно средстава да подмири обавезе својих поверилаца. Имовина друштва над којим је отворен стечај (због постојања једног од стечајних разлога: трајнија неспособност плаћања, претећа неспособност плаћања, презадуженост или непоступање по усвојеном плану реорганизације и ако је овај план издејствован на преваран или незаконит начин) – стечајна маса дели се на стечајне повериоце на основу правноснажног решења о главној деоби (чл 11. и 143. Закона о стечају – ЗС<sup>4</sup>). Статусном променом друштво се реорганизује тако што на друго друштво преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе, односно акције (члан 483. ЗПД).

---

2 Службени гласник РС, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015)

3 Видети: Мирко Васиљевић М., *Компанијско право*, 2. издање, Београд 2007, 579 –588.

4 Службени гласник РС, бр. 104/2008, 99/2011 – други закон, 71/2012 – УСРС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018)

## II. Ортакчко друштво као друштво лица

Ако се два или више лица удруже ради трајног обављања делатности под заједничким пословним именом тако да сваки члан друштва одговара повериоцима друштва неограничено и солидарно целом својом имовином за обавезе друштва настаје ортакчко друштво (члан 93. став 1. ЗПД). Командирно друштво има, такође, најмање два члана од којих најмање један за обавезе друштва одговара неограничено солидарно, а најмање један одговара ограничено до висине свог неуплаћеног односно неунетог дела (члан 125. ЗПД). Ова два облика друштва јесу друштва лица.

С обзиром на природу одговорности за обавезе друштва, ортакчко и командитно друштво оснивају, најчешће, чланови породице, блиски сродници или пријатељи.<sup>5</sup> Уобичајено је да, кад чланови породице оснивају друштво лица, у њега уносе сопствена средства, а затим свако од њих, као ортак или комплементар, управља тим друштвом. Стога се оваква друштва у правној науци означавају и као породична друштва.<sup>6</sup> Ако улоге у друштво лица уносе чланови породице (отац и кћерке, родитељи и деца, отац и синови) или се њихов неновчани улог састоји од рада и услуга, а један од чланова друштва умре, наследници могу, уместо поделе удела умрлог члана друштва, наставити с пословањем у облику привредног друштва.<sup>7</sup> Породично друштво може бити и било које друштво капитала.<sup>8</sup>

## III. Дејство смрти ортака у ортакчком друштву

### 1. Уопште.

Закон о наслеђивању (ЗН) није посебно регулисао наслеђивање удела члана привредног друштва. Стога се на наслеђивање удела члана ортакчког друштва примењују посебне одредбе ЗПД и одредбе ЗН које регулишу наслеђивање уопште.

---

5 Тако се ортакчко друштво на енглеском назива *partnership*, а на руском *полное товаришество* - видети Мирослава Цвејић, Лариса Коломејцева Јовановић Л., *Пословни речник - енглеско-руско-српски*, Београд, 1997, 362.

Израз ортаклук - који употребљава ЗПД изведен је из турске речи *ortak* која означава друга (у каквом послу), компаноа - видети Абдулах Шкаљић, *Турицизми у српскохрватском језику*, Сарајево 1989, 503.

6 Mihaela Braut Filipović, „Specificnosti upravljanja obiteljskim društvima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, број 6/2017, стр. 936.

7 Wilim Gorenc, *Trgovačko pravo društava*, Zagreb 2003, 73.

8 М. В. Filipović, 939.

Смрћу ортака и комплементара отвара се наслеђе иза њих, а исто правно дејство има и проглашење несталог лица за умрло (члан 206. ЗН).<sup>9</sup> По правилу, смрт ортака у ортачком друштву (јавном трговачком друштву) према, решењима старијих али и новијих трговачких закона, има за последицу престанак овог друштва.<sup>10</sup> Ортачко (и командитно) друштво почива на личним (често породичним) везама физичких лица као његових чланова, и стога има својства друштва *intuitu personae*. Иако су дејства која настају смрћу члана ортачког друштва посебно регулисана ЗПД, то је учињено уопштено и недовољно. Због тога је целисходно да ортаци својим уговором потпуније регулишу правну ситуацију која настаје у случају смрти неког ортака, а нарочито настављање рада с његовим наследницима.<sup>11</sup>

## 2. Предмет наслеђивања

Наслеђује се заоставштина коју чине „сва наслеђивању подобна права која су оставиоцу припадала у тренутку смрти“ (члан 1. ст. 1. и 2. ЗН). Права која оставиоцу нису припадала у време његове смрти не чине заоставштину (оставилац је неке ствари из заоставштине за живота продао, разменио, новчана потраживања је пренео цесијом на новог повериоца итд). Подобна за наслеђивање су имовинска али и нека неимовинска субјек-

9 Чињеница смрти утврђује се на основу извода из матичне књиге умрлих који представља јавну исправу. Подаци уписани у матичне књиге и чињенице које се њима доказују сматрају се истинитим док се на законом прописан начин не докаже супротно (чл. 3. и 59. Закона о матичним књигама, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 145/2014 и 47/2018).

За умрло се може прогласити лице под претпоставкама прописаним чланом 57. Закона о ванпарничном поступку - ЗВП (*Службени гласник СРС*, бр. 25/1982, 48/1988, и *Службени гласник РС*, бр. 46/1995 - други закон, 18/2005 - други закон, 85/2012, 45/2013 - други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - други закон).

У решењу основног суда којим се нестало лице проглашава за умрло значиће се дан, а по могућности и час, који се сматра као време смрти несталог. Као време смрти сматраће се дан за који се изведеним доказима утврди да је нестало лице умрло, односно дан који нестало лице вероватно није преживело. Ако не може да се утврди тај дан, сматра се да је смрт наступила првог дана по истеку рокова прописаних у члану 57. ЗВП.

10 Као правило ово, нпр., одређују: параграф 49. став 1. Трговачког законика за Књажество Србију од 1860; параграф 102. став 1. тачка 2. Трговачког закона за БиХ од 1883; параграф 136. тачка 4. Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937; члан 21. став 1. Трговачког законика Француске из 1807; члан 97. тачка 5. Закона о трговачким друштвима Хрватске („Народне новине РХ“, бр. од 111/1993 до 110/2015); члан 83. Закона о привредним друштвима Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013 и 100/2017), члан 119. став 1. ЗПД Србије.

11 М. Васиљевић, 183.

тивна права. Од апсолутних права најчешће су предмет наслеђивања стварна права (право својине, право стварне службености, право на хипотеку, право грађења итд.) и интелектуална права (ауторско право, сродна права и право индустријске својине). Државина ствари и права је наследива (члан 73. Закон о основама својинскоправних односа).<sup>12</sup> Имовинска ауторска и сродна права се наслеђују (чл. 58. став 1. и 59. Закона о ауторском и сродним правима – ЗАСП<sup>13</sup>). Морална права аутора не престају протеком времена, везана су за личност и нису наследива (чл. 58. и 102. ЗАСП).

Право на подношење пријаве патента, права из пријаве, као и право на патент или мали патент јесу предмет наслеђивања (чл. 39, 43. и 44. став 1. Закона о патентима<sup>14</sup>) Наслеђују се и права на индустријски дизајн. У случају смрти физичког лица које је ималац права на индустријски дизајн његова права прелазе на његове „правне следбенике“, а то значи и на наследнике (в. чл. 11. и 56. Закона о правној заштити индустријског дизајна<sup>15</sup>).

Релативна права, по правилу, не престају смрћу физичког лица. Смрћу дужника или повериоца престаје обавеза само ако је настала с обзиром на личне особине које од уговорних страна или личне способности дужника (члан 359. ЗОО-а). Уговор има дејство и на универзалне правне следбенике уговорних страна, изузев ако је уговорено нешто друго или другачије произлази из природе самог уговора (члан 148. став 2. ЗОО-а).

Понуда која је учињена једној страни са циљем закључења уговора (иако не представља субјективно право, а није део имовине понудиоца ни понуђеног), не губи дејство ако је смрт једне стране наступила пре њеног прихватања, изузев ако супротно произлази из намере страна, обичаја или природе посла (члан 44. ЗОО-а). Ако је умро понудилац после учињене понуде, правну ситуацију насталу понудом наслеђују наследници понудиоца, а уколико је умро понуђени, наследници понуђеног.

Нека облигациона права, иако имовинског карактера, везана су за личност и ненаследива су, као на пример, право на законско издржавање, уговорно право прече куповине покретних ствари (члан 529. ЗОО-а) и тако даље.<sup>16</sup>

12 *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/1980 и 36/90 и *Службени лист СРЈ*, број 29/1996.

13 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УСС.

14 *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – други закон и 95/2018.

15 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – други закон.

16 Илија Бабић, *Грађанско право* – књига 3. *Наследно право*, 6. издање, Београд, 2017, 44–50.

### 3. Ако се удео умрлог ортака не наслеђује

По правилу смрћу ортака (члана ортачког друштва), „удео ортака се не наслеђује већ се распоређује сразмерно на преостале ортаке“. Тада „наследници ортака„ „имају право на исплату накнаде за удео сразмерно свом наследном делу, у складу са одредбама члана 122. овог закона“ (члан 119. ст. 1. и 4. ЗПД). Општи израз из овог члана - „наследници ортака“ има у виду оба основа наслеђивања - на основу закона и на основу теста-мента (члан 2. ЗН).

Својство законског наследника не стиче лице које је недостојно да наследи, које је у целости искључено из нужног законског наследног дела или је у целости лишено нужног дела (чл. 61. и 64. ЗН). О недостојности суд (и без приговора наследника) пази по службеној дужности (члан 4. ЗН). За недостојно лице фингира се да је умрло пре оставиоца, те се, по праву представљања, на наслеђе позивају потомци недостојног (члан 6. ЗН). Такође, за лице потпуно искључено из нужног дела и потпуно лишено нужног дела фингира се као да је умрло пре оставиоца те се на наслеђе позивају првенствено његови потомци или други наследници. Суд не води рачуна по службеној дужности о искључењу и лишењу нужних наследника. Доказивање основаности искључења, али и лишења терети оног ко се на ове околности позива (члан 62. став 3. ЗН). За наследника који се одрекао наслеђа фингира се да никада није био наследник (члан 213. став 3. ЗН) те нема право на исплату накнаде за удео који је имао оставилац као ортак у ортачком друштву.

Могу се наследити само физичка лица. На основу закона, као последњи наследник, наслеђује Република Србија. Као тестаментални наследник може, међутим, бити одређено било које правно лице - на пример: привредно друштво, јавно предузеће, установа. На основу теста-мента наслеђују физичка лица која могу и хоће да наследе, и кад не улазе у круг законских наследника из члана 8. ЗН, али и и правно лице (члан 3. став 3. ЗН). Својство тестаменталног и законског наследника стиче се у моменту смрти оставиоца. Да је неко лице наследник умрлог ортака то доказује правноснажним решењем о наслеђивању (има само декларатор-ни карактер). У случају кад наследници ортака не ступе у ортачко друштво на место преминулог ортака, они стичу наследно облигационо право - исплату новчане противвредности удела умрлог ортака.

Наследници који нису ступили на место преминулог ортака у друштво, иако је то одређено уговором о оснивању ортачког друштва, имају право на исплату накнаде за удео, сразмерно свом наследном делу. На

ове односе примењују се правила која важе и кад уговором није одређено да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака (члан 119. став 4, а у вези са чланом 122. ЗПД).

Удео ортака који је умро распоређује се сразмерно на преостале ортаке, ако уговором о оснивању друштва није друкчије одређено. Ортакчко друштво је у обавези да у року од шест месеци од дана иступања, осим ако је други рок одређен уговором о оснивању, исплати наследницима умрлог ортака у новцу оно што би он примио у случају ликвидације друштва на дан иступања, не узимајући у обзир текуће и незавршене послове (сходна и одговарајућа примена члана 122. ст. 1. и 2. ЗПД).

У току расправљања заоставштине између наследника може настати спор о чињеницама од којих зависи њихово наследно право као што су: пуноважност тестаента, однос наследника и оставиоца, величина наследног дела, основаност искључења или лишења нужних наследника итд. Суд ће тада решењем упутити на парницу оног наследника чије право сматра мање вероватним у року који не може бити дужи од 30 дана. Ако наследник покрене парницу у том року суд ће прекинути оставински поступка, све док се правноснажно не оконча парнични поступак (чл. 119. ст. 1. и 2, а у вези са чл. 23. и 24. ЗВП). Трајање прекида оставинског поступка, у том случају, зависи од дужине парничног поступка. У пракси, парнични поступак може трајати и више година. За време трајања парничног поступка и док, на основу правноснажне парничне пресуде, оставински суд не донесе правноснажно решење о наслеђивању, неизвесно је ко је наследник и коме ће ортакчко друштво исплатити „оно што би он примио у случају ликвидације друштва“. Ако ортакчко друштво не исплати новчану противвредност удела наследницима умрлог ортака у року одређеном у уговору о основању или прописаном року од шест месеци од смрти ортака, односно проглашења тестаента (члан 122. став 2. ЗПД), друштво пада у доцњу тако да од истека рока дугује затезну камату по стопи утврђеној чл. 3-6. Закона о затезној камати<sup>17</sup> (члан 277. став 1. ЗОО).

Ортакчко друштво је у обавези да исплати наследницима ортака новчану противвредност улога умрлог ортака, сразмерно њиховим наследним деловима. Члан 122. став 2. ЗПД регулише последице иступања ортака из друштва и због тога одређује да друштво мора да исплати новчани износ у року од шест месеци од дана иступања ортака, ако други рок није одређен уговором о оснивању. У овом случају моменат иступа-

17 Службени гласник РС, број 119/2012.

ња ортака из друштва изједначава се са тренутком смрти ортака. Од смрти ортака рачуна се законски рок од шест месеци за исплату или рок одређен уговором о оснивању друштва. Ови рокови теку од смрти ортака, ако га наслеђују наследници на основу закона.

Другачија је ситуација када ортака наслеђују лица одређена тестаментом. Одредбе ЗПД само говоре о наследницима и јединственом року који тече за исплату коју дугује друштво наследницима ортака и не праве разлику између законских и тестаменталних наследника. Која лица наслеђују на основу тестаamenta може се сазнати тек када се он прогласи (чл. 105-110. ЗВП). Чињеница проглашења следи најраније у време вођења оставинског поступка, а ако умрлог ортака наслеђују и законски наследници, у пракси често настаје и спор о чињеницама. Стога рок одређен за исплату противвредности удела наследницима ортака може почети да тече тек од момента проглашења тестаamenta. Кад би се и на тестаменталног наследника примењивао исти рок од шест месеци за исплату, рачунајући од смрти ортака то би било у супротности са ситуацијом у животу. Проглашење тестаamenta се у пракси и врши најчешће после истека рока од шест месеци од смрти оставиоца.

У року од шест месеци од смрти ортака може, према томе, бити неизвесно ко је све наследник на основу закона и тестаamenta. Између наследника може настати и спор о чињеницама од којих зависе неко њихово право. Осим тога, наследник, као поверилац потраживања, може одбити да прими исплату од ортачког друштва. У овим правним ситуацијама ортачко друштво, као дужник исплате накнаде за удео наследника, може исплату извршити код суда за повериоца (члан 327. ЗОО).

Полагањем новчаног износа код суда ортачко друштво (дужник) ослобађа се обавезе у часу кад је извршио полагање. Ако је ортачко друштво било у доцњи, од дана полагања његова доцња престаје као и ток затезне камате (члан 331. ЗОО). Полагање новчаног износа код суда за наследника и његова предаја наследнику врши се у складу са одредбама чл. 211-224. ЗВП и чл. 385а-418. Судског пословника.<sup>18</sup>

Уместо код суда, ортачко друштво може положити (депоновати) новац (за удео који дугује наследнику умрлог ортака) код јавног бележника за повериоца - наследника умрлог ортака (члан 165. став 5. Закона

---

18 *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015, 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018 и 78/2018.



о јавном бележништву - ЗЈБ<sup>19</sup>). На депоновање новца код јавног бележника, његово чување и предају наследнику примењују се првенствено одредбе чл. 165-173. ЗЈБ. С обзиром на то да јавнобележнички депозит има исто правно дејство, режим и карактер као и судски депозит, на њега се сходно примењују закон и други прописи који уређују судски депозит (чл. 174. и 175. ЗЈБ) у односима који нису регулисани ЗЈБ - одредбе ЗВП и Судског пословника.

Кад умре један од двојице ортака у ортачком друштву, а уговором о оснивању друштва није одређено да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака, то друштво ће престати брисањем из регистра.

#### **4. Основ за ступање наследника у друштво после смрти ортака**

Уговором о оснивању ортаци могу предвидети да, у случају смрти неког од њих, „друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака“ (члан 119. став 1. ЗПД). Из формулације овог члана произлази да ортаци уговором могу обухватити законске и тестаменталне наследнике. Према једном мишљењу у правој науци, право да настави пословање иза умрлог ортака (оставиоца) има и наследник који је недостојан, лишен или искључен из нужног наследног дела, који се одрекао наслеђа или свој део уступио неком другом, с обзиром на то да његово право „није наследно право већ посебно право које произилази из оснивачког акта друштва или из посебног уговора закљученог између ортака“.<sup>20</sup> Ако би се овај став прихватио и наследнику који се одрекао свог наследног дела било би наметнуто својство наследника (све док посебно не изјави да није сагласан да настави пословање у друштву) у погледу удела и настављање пословања у ортачком друштву. Тачно је да право наследника да настави да послује у ортачком друштву произилази из уговора ортака, али то омогућава ЗПД само наследницима, сходно природи ортачког друштва (друштво лица). Наиме, друштво може да настави да послује, на основу уговора о оснивању, „са наследницима преминулог ортака“ (члан 119. став 2. ЗПД). У овој правној ситуацији, према томе, не може се искључити примена Закона о наслеђивању. Када би се уговором о оснивању предвидело да после смрти ортака његов удео и својство

19 *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - други закон, 93/2014 - други закон, 121/2014, 6/2015 и 06/2015.

20 Слободан Сворцан, „Промене у ортачком друштву које настају као последица смрти ортака према Закону о привредним друштвима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2005, 244.

ортака наслеђује треће лице - које није законски или тестаментални наследник или се по ЗН не сматра наследником, тај део уговора о оснивању имао би својсто уговора о наслеђивању. Ништав је, међутим уговор којим неко своју имовину или њен део (па и удео у ортачком друштву) оставља у наслеђе свом саговорачу или неком трећем (члан 179. ЗН).

С обзиром на то да друштво може наставити да послује са наследницима преминулог ортака, искључена је могућност да тестаментом одређени легатар или подлегатар стекне ова права. Такво екстензивно тумачење израза „наследници преминулог ортака“ супротно је природи ортачког друштва. Члан ортачког друштва тестаментом може оставити легат (испоруку) свом повериоцу (члан 150. ЗН) или свом дужнику (члан 151. ЗН) те би на тај начин у ортачко друштво ушла трећа лица.

Када су ортаци уговором о оснивању предвидели да у случају смрти неког од њих друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака, тада сви наследници било ког умрлог ортака ступају у друштво. Уговором може бити предвиђено да, после смрти одређеног ортака, у друштво може ступити, такође, одређени наследник.<sup>21</sup> Таквом наследнику се уговором о оснивању друштва или тестаментом може поставити допуштени услов и рок (у складу са одредбама чл. 74-78. ЗОО и чл. 119 -131. ЗН). Уговор о оснивању ортачког друштва који предвиђа да ће један или сви наследници ступити у друштво на место преминулог ортака јесте посао за случај смрти (*mortis causa*). Због тога се у правној науци истиче да су такве одредбе у оснивачком уговору врста уговора о наслеђивању који је забрањен и ништав према одредбама Закона о наслеђивању.<sup>22</sup> Закон о наслеђивању је матични закон који регулише наследно-правне односе, али не и наслеђивање ортака у ортачком друштву. Ову правну ситуацију регулише ЗПД и дозвољава ортацима да предвиде који ће наследници, после смрти ортака, ступити у ортачко друштво. Закон о наслеђивању је општи закон (у погледу регулисања наследноправних односа), док одредбе Закона о привредним друштвима, које предвиђају могућност уговарања наслеђивања ортака, имају карактер посебних одредаба. У овом случају примењује се посебни пропис (ЗПД) те одредбе уговора о оснивању које предвиђају да удео ортака наслеђују његови наследници није забрањен - по принципу *Lex specialis derogat legi generali*.

---

21 С. Сворцан С, 245.

22 Златко Стефановић, „Наслеђивање својинских и корпоративних права на предузећу“, *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995*, Крагујевац 1998, 92. и 93.

Друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака ако је то „уговором о оснивању одређено“. У правној теорији је истакнуто да ортаци могу не само уговором о оснивању (и његовим изменама и допунама) него и неким другим уговором (који може бити и усмени) предвидети да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака.<sup>23</sup> Према једном мишљењу „то може бити и уговор који су закључили међусобно преостали ортаци после смрти ортака“.<sup>24</sup>

Одредабе ЗПД које регулишу односе који настају после смрти ортака говоре о „уговору о оснивању“. Из доследне употребе овог израза проистиче да се он не може екстензивно тумачити и проширити на неки други уговор који регулише односе ортака. Такво тумачење супротно је и правној природи ортачког друштва и нормама које га уређују. Уговор о оснивању мора садржати битне састојке одређене чл. 9а и 94. ЗПД, а првенствено податке о сваком ортаку, с обзиром на то да сваки ортак има овлашћење за обављање радњи у редовном пословању – пословођење (члан 101. став 1. ЗПД) и на основу њега се обавља регистрација ортачког друштва.<sup>25</sup> Ортаци могу изменама и допунама уговора о оснивању предвидети да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака. Измене и допуне уговора о оснивању ортачког друштва врше се једногласном одлуком свих ортака друштва, ако уговором о оснивању није другачије одређено (члан 94. став 3. ЗПД). Писану одлуку о изменама и допунама оснивачког акта потписују ортаци који су за њу гласали. Потписи на одлуци о изменама и допунама оснивачког акта (исто као и у случају оснивачког акта), оверава јавни бележник (чл. 1. и 5. Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа<sup>26</sup>). Измене и допуне оснивачког акта, и када се само предвиђа да ће после смрти ортака наследници наставити пословање, мора се регистровати у Агенцији за привредне регистре. Наиме, ова чињеница делује не само између ортака него и према трећим лицима. Кад ортаци оснивачким актом, али и његовим изменама и допунама, предвиде уношење непокретних ствари у друштво тада уговор о оснивању мора бити потврђен (солемнизован) од јавног беле-

---

23. З. Стефановић 88; С. Сворцан С, 244. и 245.

24. С. Сворцан С, 245. Такву могућност предвидео је и параграф 142. став 2. Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937. године.

25. Видети члан 6. Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011 и 83/2014).

26. *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 22/2015 и 87/2018.

жника (члан 93. став 2. тачка 1. Закона о јавном бележничтву<sup>27</sup>). Оверу потписа, ако је реч о електронском документу, замењује квалификовани електронски потпис чланова друштва, осим ако то није у супротности са прописима којима се уређује промет непокретности (члан 11. ст. 1. и 2. ЗПД).

Уговор ортака такође закључују сви ортаци друштва (члан 95. ЗПД), али он производи дејство искључиво између чланова друштва који су га закључили (члан 15. став 2. ЗПД). С обзиром на то да се овај уговор не региструје, он не мора испуњавати захтеве форме из члана 11. став 2. ЗПД (на оснивачком акту морају бити оверени потписи оснивача од јавног бележника, а ако се предиде уношење улога који се састоји од непокретности, он мора бити и јавнобележнички потврђен). Уговор ортака ипак мора бити закључен у писаној форми (члан 15. став 1. ЗПД).

Обавеза ортака да у уговору о оснивању (или у његове измене или допуне) друштва унесу одредбе да ће после смрти ортака друштво наставити да послује са његовим наследницима, проистиче и из природе одговорности новог ортака (наследника). Наиме, лице које после оснивања друштва стекне својство ортака одговара за обавезе друштва као и постојећи ортаци, укључујући и обавезе настале пре његовог приступања друштву. Супротне одредбе не делују према трећим лицима (члан 116. ЗПД).

Кад је умро један ортак, а уговором није одређено да друштво наставља да послује са његовим наследницима, остали ортаци не могу више закључити уговор са наследником ради настављања пословања, како то истиче једно мишљење.<sup>28</sup> Преостали ортаци са трећим лицем (а то може бити и наследник) могу постићи споразум да он ступи у ортакско друштво. У том смислу се може изменити и допунити оснивачки уговор. Тада треће лице (наследник) стиче својство ортака на основу уговора са ортацима, а не на основу (оснивачким) уговором предвиђеног наслеђивања на основу члана 119. ст. 1. и 2. ЗПД.<sup>29</sup>

#### **IV. Настављање пословања друштва са наследницима**

Уколико је уговором о оснивању ортакског друштва (или његовим изменама и допунама) предвиђено да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака, за ступање у друштво нужна је сагласност

---

27 Службени гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - други закон, 93/2014 - други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

28 С. Сворџан С, 245.

29 Види, у том смислу: З. Стефановић, 89.

наследника који ступа у друштво на место преминулог ортака. Да ли је неко лице наследник умрлог ортака и колики је његов удео у ортачком друштву утврђује се у поступку расправљања заоставштине (члан 87. ЗВП). У овом поступку наследник ће, на основу уговора о оснивању ортачког друштва, доказати да је њиме предвиђено да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака. Ако је умрли ортак у тестаменту одредио који наследник (наследници) ступа у ортачко друштво, суд или јавни бележник (коме је поверено вођење оставинског поступка - чл. 30а-30в ЗВП) прогласиће тестамент (чл. 105-110. ЗВП), а затим ће наследничке изјаве унети у записник. Уговор о оснивању ортачког друштва (део уговора којим је одређено који ће наследници ступити у ортачко друштво уместо умрлог ортака) се не проглашава. Наследник се може одрећи наслеђа само у своје име и у том случају се сматра да није никада био наследник (члан 213. ЗН). Тада се на наслеђе позивају његови потомци по праву представљања (члан 10. ЗН), осим ако је у уговору о оснивању поименично одређено који наследник наслеђује удео умрлог ортака. Наследник се не може примити наслеђа на ортачком уделу, а одрећи се на преосталој заоставштини. Наиме, према правилима универзалне сукцесије изјава о одрицању од наслеђа не може бити делимична, дата под условом или роком (члан 214. ЗН). Изјава о пријему наслеђа, такође, не може бити делимична, дата под условом или роком. С обзиром на то да заоставштина (предмет заоставштине чини и удео који је умрли имао у ортачком друштву) прелази по сили закона на оставиочеве наследнике у тренутку његове смрти (члан 212. ЗН), они и не морају приступити на рочиште за расправљање заоставштине. Ако на рочиште не дођу или не дају изјаву о пријему или одрицању од наслеђа, фингира се да су се прихватила наслеђа, те ће суд или јавни бележник „о њиховим правима одлучити према подацима којима располаже“ (члан 115. став 3. ЗВП).

Ако је суд или јавни бележник упутио на парницу (или поступак пред органима управе - нпр.: да се утврди да ли је једно лице потпуно или непотпуно усвојено) наследника чије право сматра мање вероватним, а он је у постављеном року поднео тужбу суду или захтев органу управе, прекинуће оставински поступак док се поступак на који је упућен правноснажно не оконча (чл. 23, 24. и 119. ЗВП). После правноснажног окончања овог поступка суд или јавни бележник (коме је поверено вођење оставинског поступка) донеће решење о наслеђивању. У решењу о наслеђивању ће се навести да је предмет наслеђивања удео оставиоца у ортачком друштву, ко тај удео наслеђује и са којим делом.

Наследник (наследници) који је решењем о наслеђивању проглашен за наследника на ортачком уделу има право да захтева од друштва да ступи на место преминулог ортака у року од 30 дана од дана правноснажности овог решења (члан 119. став 3. ЗПД) или да захтева (у истом року) да ортачко друштво промени правну форму у командитно друштво, а да он стекне статус командитора. Ако један наследник (или више њих) захтева да ортачко друштво промени правну форму у командитно друштво, а други наследник (или више њих) то одбије, иако су ступили у друштво на место преминулог ортака, могу иступити из друштва у складу са одредбама чл. 121-123. ЗПД. У овој правној ситуацији (кад су наследници иступили из друштва) „они одговарају за до тада настале обавезе друштва по прописима који уређује одговорност наследника за дугове оставиоца“ (члан 119. став 7. ЗПД). Према одредбама члана 222. ЗН „наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине“ (тј. заоставштине). С обзиром на то да је наследник универзални сукцесор он не може ограничити своју одговорност за дугове друштва само на удео који је стекао у друштву иза умрлог ортака (оставиоца). Такав наследник одговара за све оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене целокупне заоставштине.

**Ilija BABIĆ, PhD**

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

## **SUCCESSION OF COMPANY SHARES OF A DECEASED PARTNER IN THE PARTNERSHIP COMPANY**

### **Abstract**

*The partnership company is an “intuitu personae” company. Therefore, the death of a partner of the partnership company does not imply the same consequences as the death of a shareholder of a limited company. On the occurrence of death of a partner, his share is not inherited but taken over by surviving partners. Then, the heirs of a deceased partner are entitled to receive financial compensation in proportion to their share in succession. The partnership company is bound to pay that compensation to legal heirs within six months from the death*

*of a partner, and to testamentary heirs within six months from the declaration of a will.*

*The partnership company will continue to undertake with heirs of the deceased partner only those activities that are stated in the Memorandum of Association (and not by any other agreement). In that legal situation, a prior consent of a heir taking the place of the deceased partner is necessary to enter the partnership company. Who will be determined as a heir of the deceased partner and which is his share in the partnership company should be stated by an irrevocable court decision on inheritance.*

**Keywords:** *partnership company, death of a partner; running the business with heirs; Memorandum of Association; inheritance of the deceased partner's share*  
Др Илија Бабић\*

Др Душица ПАЛАЧКОВИЋ\*

## ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА (о неким процесноправним проблемима законске регулативе)

### Резиме

Као специфичан инструмент иницирања судске заштите, деривативна тужба је регулисана Законом о привредним друштвима. Услови за њено подношење, предмет спора, субјективна одређеност поступка, али и низ других елемената подразумевају бројна одступања од општих правила парничне процедуре. Ова тужба може се поднети само у законом изричито наведеним ситуацијама, могући предмет спора, односно модел заштите, законом је унапред одређен, а уз то реч и о једном од типичних случајева "одвајања" стварне и процесне легитимације на страни тужиоца. У оквиру анализе законских могућности за њено подношење издвојени су "гранични случајеви" за које би се могао извести погрешан закључак, пажња је посвећена испуњености једног од процесних услова подношења тужбе, капитал цензусу, а у оквиру тога изнесени и неки од аргумената на које упућује норматива у погледу могућности подношења деривативне тужбе и код тзв. друштава лица, затим су анализирана и законска решења о страначкој сукцесији и учешћу умешача, уз покушај препознавања проблема нормативне недоречености и предлоге могућих решења.

**Кључне речи:** деривативна тужба, предмет спора, процесна легитимација *ex lege*, сукцесија, умешач

### І Уводне напомене

Деривативна тужба је специфичан правни институт<sup>1</sup> који подразумева одступања како од општих принципа материјалног - компанијског и грађанског права, тако, по логици правила да врста, тип судске

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

1 Реч је о правном транспланту који долази из англосаксонског права.



заштите мора бити адекватан заштићеном добру, односно праву чија се заштита жели постићи, и од општих правила процесног права. У нашој правној теорији је, тако, већ констатовано да ова тужба представља изузетак од примене два важна принципа компанијског права - расподеле компанијске моћи и већинског одлучивања.<sup>2</sup> Наиме, одлуку о покретању судског поступка деривативном тужбом доносе поједини чланови друштва, а не они који по редовном току ствари, односно унутрашњој подели надлежности у друштву, дакле менаџмент, доносе одлуке из сфере пословних односа. Уз то, одлуку доносе чланови друштва који поседују мањински удео, односно акције.

Општи приступ деривативној тужби подразумева извођење (*derivatio* - извођење) права чланова друштва на судску заштиту према лицу за која се тврди да су повредила посебне дужности према друштву (или је извршена недозвољена исплата акционарима) из околности да друштво, односно органи друштва који су редовно надлежни за покретање судских поступака заштите, нису реаговали покретањем поступка директном тужбом. Они су, наиме, позвани, у оквиру својих надлежности, да штите права друштва, а не чланови друштва. Но, у околностима када је учињен пропуст неподношењем тужбе, односно када ни претходни захтев члана друштва не доведе до предузимања ове радње у циљу заштите интереса друштва, право на покретање поступка закон признаје члановима друштва. Истовремено, могло би се рећи и да чланови друштва имају правни интерес да у оваквим околностима покушају, иницирајући поступак судске заштите, да штитећи права друштва посредно заштите и своја права која се свде на део добити друштва.<sup>3</sup> Постојање правног интереса, како год се резоновало о односу друштво-члан на тему интереса, признаје сам закон у случају деривативних тужби.

## II Деривативне тужбе према ЗПД и врста заштите

Важећи Закон о привредним друштвима<sup>4</sup> додатно је прецизирао, у односу на претходне законске текстове, могућност подношења тзв. деривативне тужбе, односно тужбе којом члан друштва "у своје име, а за

2 Мирко Васиљевић, *Компанијско право - право привредних друштава*, Београд, 2013, 347.

3 О позицији чланова друштва као тзв. резидуалним повериоцима, односно резидуалним власницима видети Lynn LoPucki, *The Myth of the Residual Owner: An Empirical Study*, *Washington University Law Review*, Vol. 82, Issue 4, 2004, доступно на адреси: <https://pdfs.semanticscholar.org/>, 20.03.2019.

4 Закон о привредним друштвима - ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.

рачун друштва" покреће парнични поступак у ситуацијама које су изричито законом наведене. Набројније су оне које се могу поднети у случајевима повреде посебних дужности према друштву, а према одредби чл. 79 ст. 1 ЗПД, реч је о: а) тужби због повреде дужности пажње (чл.64); б) тужби због повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес (чл. 67); ц) тужби због повреде дужности избегавања сукоба интереса (чл.71); д) тужби због повреде дужности чувања пословне тајне (чл. 74), и е) тужби због повреде правила о забрани конкуренције (из чл.76).<sup>5</sup>У свим овим ситуацијама реч је о повреди посебних дужности према друштву<sup>6</sup> па је, као примарна, предвиђена могућност подношења тзв. директне тужбе, тужбе коју подноси само друштво.

Кодтужбе за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу(чл. 196 ст. 6) ЗПД користи идентичну формулацију да се тужба подноси "у своје име, а за рачун друштва", а идентични су и процесни услови за њено подношење - капитал цензус и претходни захтев друштву. Без обзира на нормативни приступ, односно то да ЗПД не упућује на примену чл. 79, реч је о деривативној тужбичлана друштва са ограниченом одговорношћу, односно законом ограниченој.Ограничену примену деривативне тужбе предвиђа и чл. 275 ЗПД, због повреде ограничења плаћања,<sup>7</sup> али искључиво код акционарског друштва.

5 Англосаксонски правни системи овде говоре о тзв. фидуцијарним дужностима по угледу на однос трастија и бенефицијара, Megan W. Shaner, *The (Un)Enforcement of Corporate Officers' Duties*, *University of California Davis Law Review*, Vol.48, No1, 2014, 295, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2549258](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549258), 25.03.2019; Bernard S. Black, *The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors*, *Presentation at Thrd Asian Roundtable on Corporate Governace*, Singapore, 4. April 2001, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf>, 25.03.2019.; Julian Velasco, *How Many Fiduciary Duties Are There in Corporate Law?*, *Notre Dame law School, NDLScholarship*, 2010, 1277-1304, доступно на адреси: [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=law\\_faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1568&context=law_faculty_scholarship), 25.03.2019; Asaf Eckstein, Gideon Parshomovsky, *Toward a Horizontal Fiduciary Duty in Corporate Law*, *University of Pennsylvania Law School, Penn law:Legal Scholarship Repository*, 2-20-2018, доступно на адреси: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2970&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2970&context=faculty_scholarship), 25.03.2019; Dionis Jurić, *Pravo manjinskih akcionara na podnošenje tužbe u ime dioničarskog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br.1 (2007), 543-553.У европском правном кругу посебне дужности изводе се из општих стандарда савесности и поштења, забране злоупотребе права и обавези извршавања дужности, Tea Hasić, *Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka* (1991), v.34, br.2 (2013), 803.

6 ЗПД, чл. 61-63; 65, 66, 68, 69, 70, 72, 73 и 75.

7 ЗПД, чл. 275 ст. 1 и 2.

У случају тужбе из чл. 472 ст 1 и 4, за поништај правног посла или радње стицања или располагања имовином велике вредности акционарског друштва (и друштва са ограниченом одговорношћу)<sup>8</sup> без одобрења скупштине, као и за накнаду штете, нормативни приступ је нешто другачији. Законодавац је право на подношење тужбе признао "друштву и акционару", без одреднице да акционар тужбу подноси "у своје име, а за рачун друштва" и упућивања на чл.79. Неспорно је да се и овде штите интереси друштва.<sup>9</sup> Сличност са деривативном тужбом препознаје се и преко капитал цензуса, али ни тај услов није дефинисан на идентичан начин.<sup>10</sup> Стога је ово специфична врста тужбе са процесном легитимацијом *ex jure*.<sup>11</sup>

Деривативне тужбе које предвиђа ЗПД су преовлађујуће кондемнаторне природе, како тужбе за накнаду штете,<sup>12</sup> тако и када се захтев односи на пренос на друштво користи која је остварена повредом дужности избегавања сукоба интереса (чл.71 т.2) и враћање износа исплаћених супротно ограничењима плаћања (чл.275 ст.6). Као преображајне препознају се тужбе из чл. 67 ст.1, за поништај правног посла или радње у којима постоји лични интерес и чланова 74 ст.1 т.2 и 76 ст.1 т.3, за искључење лица као члана друштва.<sup>13</sup> Интересантно је решење из чл.67 ст.2, о обавези суда<sup>14</sup> да изрекне меру привременог ограничења права вршења функције директора, члана надзорног одбора, заступника или прокуристе ако у поступку по тужби за поништај правног посла или радње утврди постојање повреде правила о одобравању послова или радњи у којима постоји

8 ЗПД, чл. 473.

9 ЗПД, чл. 472 ст.3.

10 За наведену тужбу услов је поседовање или предствање најмање 5% основног капитала друштва на дан закључења правног посла, односно правне радње, дакле другачије у односу на чл. 79, за деривативне тужбе.

11 Формулација да "друштво и акционар" могу поднети тужбу може упућивати и на супарничарство што би, процесноправно, имало сасвим другачије последице и што се вероватно није ни хтело.

12 ЗПД, чл. 64; чл.71 т.1; чл.74 ст. 1т.1; чл. 76 т.1.

13 О овом специфичном типу заштите, Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, 305-307; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2017, 353, 354; Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, 407-409; Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право, Туžба*, VI knjiga, Zagreb, 2009, 312-327.

14 Формулација ове одредбе, наиме, гласи "суд ће изрећи".

лични интерес,<sup>15</sup> што асоцира на обавезну дисквалификацију<sup>16</sup> без обзира на захтев тужбе у овом смислу.<sup>17</sup>

### III Странке и легитимација за подношење тужбе

Према изричитој одредби чл.79 ст.1 ЗПД у парничном поступку по деривативној тужби тужилац може бити "један или више чланова друштва". Тужени, односно лице против кога се покреће поступак није изричито наведен, али је одредив из законских правила о директној тужби. То су лица која имају посебне дужности, са неким изузецима у зависности од врсте дужности, али и са њима повезана лица у ограниченим броју случајева. Такође, то су акционари којима је извршено плаћање супротно одредбама о ограничењу плаћања и члан друштва чије се искључење захтева. Реч је најчешће о физичким, али и правним лицима, нпр. као повезаним (чл.62 ст.2 т.1,2 и 3) чија страначка способност почива на правном субјективитету.<sup>18</sup> Стога су и за странке у деривативној парници адекватне процесноправне дефиниције овог својства, односно да је независно од конкретне парнице, конкретног грађанскоправног односа у коме би носилац могао бити учесник и настанка спора о том односу, да је потенцијални квалитет носиоца да у парници учествује као странка.<sup>19</sup> Најједноставнија дефиниција је да је то способност да се буде носилац процесних права и обавеза или терета.<sup>20</sup> Странка (је) особа која у своје име истиче одређени тужбени захтев, као и особа против које се тај захтев истиче".<sup>21</sup> Закон о парничном поступку<sup>22</sup> одређује ко има тзв. апстрактну страначку способност:<sup>23</sup> "Странка у поступку може да буде свако физичко и правно лице". Поступак по деривативној тужби нема посебности ни у односу на пословну процесну способност (парнична способност), дефинисану као "својство одређене особе да са процесноправним учинком

15 Реч је, свакако о виду тзв. дисквалификације директора, Вук Радовић, О оправданости прихватања института дисквалификације директора, *Право и привреда*, 2010, Vol. 47, br. 1-3, 26-56

16 *Ibidem*, 41.

17 Тежина санкције упућивала би на потребу подробнијег регулисања овог института.

18 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 196-198; А. Јакшић, 2017, 254-257; S.Triva, M.Dika, 303-308.

19 S. Triva, M. Dika, 304.

20 *Ibidem*,

21 Милајло Дика, *Грађанско парнично процесно право, Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку*, IV књига, Загреб, 2008, 14.

22 Закон о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013-одлука УС, 74/2013-одлука УД, 55/2014 и 87/2018, чл.74 ст.1.

23 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 196.

подузима процесне радње у парници",<sup>24</sup> односно "да пуноважно, својом вољом, предузима радње у поступку и да радње њеног противника и суда буду према њој пуноважно предузете",<sup>25</sup> као ни у погледу процесног заступања.

Процесни проблеми у поступку по деривативној тужби препознају се на терену легитимација за вођење спора. Наиме, деривативна тужба је типичан пример законског "одвајања" процесне од стварне легитимације.<sup>26</sup> Реч је о једном од низа случајева када материјалноправни прописи,<sup>27</sup> по правилу, изричито овлашћују лице на подношење тужбе, а да оно, при томе, није учесник спорног материјалноправног односа. Ова могућност углавном се повезује уз процесну улогу тужиоца, што је случај и са решењима ЗПД. Реч је о случају тзв. тужбе на основу законског титулуса када није неопходно доказати правни интерес од стране тужиоца јер га сама норма којом се одређује лице (или лица) која су овлашћена да захтевају правну заштиту потврђује.<sup>28</sup> То би значило да тужени не може успешно оспоравати постојање правног интереса тужиоца. Наведено одвајање стварне од процесне легитимације у теорији се повезује и са тзв. "правом на вођење спора", што представља право странке да усвоје име води парницу.<sup>29</sup> Има схватања да се и стварна легитимација може свести на право на успех у спору, односно да "овлашћење тужитеља да према резултатима поступка очекује прихваћање истакнутог тужбеног захтева (активна стварна легитимација), односно као правна позиција туженика у којој се према њему такав захтев, према резултатима поступка, треба прихватити (пасивна стварна легитимација)",<sup>30</sup> што је аргумент који оправдава могућност одвајања стварне легитимације од стварног учешћа у спорном материјалноправном односуповодом кога се судска заштита и захтева.<sup>31</sup> Опште учење је, ипак, да процесна легитимација представља процесну претпоставку чији недостатак води одбацивању тужбе док недостатак стварне води одбијању тужбеног захтева.

ЗПД прописује два посебна услова за подношење деривативне тужбе, капитал цензус и претходни захтев друштву за подношење тужбе,

---

24 S. Triva, M. Dika, 308.

25 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 199.

26 *Ibidem*, 204-205.

27 Mihajlo Dika, 2009, 76-79.

28 Mihajlo Dika, 2009, 63.

29 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 54, 294

30 Mihajlo Dika, 2008, 72.

31 *Ibidem*, 72, 73.

што би се могло схватити као условљеност процесне легитимације или као кумулирање посебних процесних претпоставки (обе позитивне) чији недостатак води одбацивању тужбе. Уз то, одредба о капитал цензусу је одређујућа и за сам појам "члан друштва" као тужилац. Наиме, чл. 69 ст.1 овлашћује на подношење тужбе "члана друштва", а према одредби чл. 9 то је заједнички назив за ортаке, комплементарне и командиторе, чланове друштва са ограниченом одговорношћу и акционаре, што би могло водити закључку да сви они имају ово овлашћење. Одредба којом је прописан капитал цензус, опет, може водити закључку да је оно резервисано само за чланове друштва капитала стога што се говори о минималном проценту учешћа у "основном капиталу" друштва који је карактеристичан за друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва.<sup>32</sup> Неспорно је, међутим, да се на основу одредаба ЗПД може и код друштава лица одредити да ли члан друштва има 5% или више удела у друштву. Такође, на основу чл. 44, за сва привредна друштва, основни капитал друштва чини "новчана вредност уписаних улога чланова друштва у друштво која је регистрована у складу са законом о регистрацији".<sup>33</sup> Чини се стога да је одредбу о капитал цензусу могуће и шире тумачити уз аргументацију да ЗПД општим одредбама не даје изричито ограничења у овом смислу. Ипак, кључни аргумент против прихватања инстутута деривативне тужбе за друштва лица је неограничена солидарна одговорност ортака и то целокупном имовином за обавезедруштва.<sup>34</sup>

Формулација одредбе чл. 79 омогућава испуњење услова капитал цензуса и збрајањем процената више чланова друштва.<sup>35</sup> Ни власници

32 Видети, нпр., чл. 141 ст. 1 ЗПД, о садржини оснивачког акта друштва са ограниченом одговорношћу, чл. 146 и 147, за повећање и смањење основног капитала ове врсте друштава, или чл. 246 ст. 1, за садржину статута акционарског друштва.

33 За процену неновчаних улога видети чл. 50-60 ЗПД

34 ЗПД, чл. 93 ст.1 и чл. 125, у случају командитног друштва.

35 Они би морали бити нужни супарничари јер сви чине једну странку због тога што тек заједно испуњавају процесни услов, али и одлука може бити само идентична према свима као јединственој странци. Но, решење ЗПП, чл. 211, који у ситуацији када сва ова лица нису наведена тужбом предвиђа "одбијање" тужбеног захтева", односно третира га као недостатак стварне легитимације није применљиво код деривативне тужбе где се питање стварне легитимације не отвара. Једина могућност је одбацивање тужбе уколико се сва лица која заједно испуњавају капитал цензус не наведу на страни тужиоца. Да је проблем могуће третирати на овај начин, односно као процесноправни, указује одредба ЗПП, чл. 211 ст. 3, да суд о нужном супарничарству води рачуна по службеној дужности, Б. Познић, В.Ракић Водинелић, 230,231. Одбацивање тужбе предвиђају у овом случају посебни прописи, нпр., Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закона и 6/2015, чл. 256 ст.7.

преференцијалних акција нису изузети од права на подношење деривативне тужбе, собзиром на опште условљавање власништвом "акција" у одређеном проценту те да је овај вид заштите чланова друштва нормативно уређен у оквирима општих одредаба ЗПД и да нема ограничења у правилима која се односе на права акционара који имају право гласа у скупштини друштва.<sup>36</sup>

Специфичан проблем повезан уз услов капитал цензуса је и могућност сувласништва над уделима или акцијама. Неспорно је да сувласнички удео мора бити најмање 5%, али се може поставити питање да ли деривативну тужбу мора поднети заједнички пуномоћник. Од одговора зависи и да ли ће тужба сувласника бити допуштена. Нормативни приступ ЗПД, односно изричито навођење радњи које сувласници морају предузимати преко заједничког пуномоћника<sup>37</sup> говори у прилог закључку да сувласници удела или акција могу самостално подносити деривативну тужбу као јединствени (нужни) супарничари.<sup>38</sup> И одредба чл.256 ст.3 ЗПД третира сувласнике акција као "једног акционара у односу према друштву". О позицији оваквих супарничара као нужних могло би се закључити из околности да без обухватања свих тужбом она није допуштена стога што није испуњен процесноправни услов и прети њено одбацивање. Одредба чл. 211 ст.2 ЗПП, међутим, у случају да сви нужни супарничари нису тужбом обухваћени предвиђа "одбијање тужбеног захтева као неоснованог". ЗПП, дакле, третира овакав недостатак тужбе као проблем активне стварне легитимације, а такав став, када је реч о деривативној тужби може бити упитан јер она недостаје у сваком случају (у класичном значењу појма), па би прецизнијарешења елиминисала пртоблеме.

#### **IV Странацка сукцесија у парничном поступку по деривативној тужби**

Одредба ЗПД о странацкој сукцесији у парничном поступку покренутом деривативном тужбом (чл. 79 ст.2) на специфичан начин регулише овај процесни институт. Наиме, лице које је стекло удео или акције удруштву од лица које је поднело деривативну тужбу "може, уз сагласност тог лица, ступити на његово место у спору по тој тужби до његовог правносна-

---

36 ЗПД, чл. 253, 372 и 472.

37 ЗПД, чл. 153 (остварење права гласа сувласника удела у друштву са ограниченом одговорношћу) и чл. 256 ст. 4 (остварење права гласа и права на приступа актима и документима акционарског друштва (чл.464)).

38 ЗПД, чл. 210 ЗПП.

жног окончања, као и у поступку по ванредном правном леку". Уколико до сукцесије дође, свакако следи примена општег принципа да нови тужилац "прима" парницу у статусу у коме се налазиу моменту промене. Принцип је последица неизмењености објективних елемената процесноправног односа.<sup>39</sup> Остаје питање шта у солуцији да до страначке сукцесије у парници по деривативној тужби не дође. Првобитни тужилац више не испуњава услов капитал цензуса услед отуђења удела или акција, односно престао је да постоји услов процесне легитимације на страни тужиоца, што за послдицу уопштено има одбацивање тужбе. Услови из чл. 79 ст.1, како је већ констатовано, су процесноправне природе, повезани уз допуштеност правне заштите и морају постојати како у моменту подношења тужбе тако и током целог тока поступка.<sup>40</sup> Но, тумачењем наведене, недовољно прецизне формулације ЗПД, која користи израз "може" да ступиу парницу, води супротном закључку - члан друштва који услед отуђења не испуњава више капитал цензус остаје процесно легитимисан. Став се може оправдатисобзиром на циљ деривативнетужбе - заштита интереса друштва (бенефицијара). У овом случају свакако није релевантна одредба чл.204. ЗПП, о отуђењу спорне ствари или права током парнице јер се у том случају ради о отуђењу ствари или права о којима се парница води (предмет спора) у типичним случајевима када је тужилац стварно, а онда и процесно легитимисан, па би се могла применити на поступке покренуте директном тужбом. Решење ЗПД не уклапа се ни уопшта правиласубјективног преиначења тужбеиз чл.201ЗПП, пре свега стога што је овде првобитни тужилац овлашћен да тужбу преиначи. Смисао ЗПД је да стицалац даје изјаву о ступању на место првобитног тужиоца. Такође, запреиначење је према ЗПП потребна сагласност новог тужиоца, али и туженог од момента његовог упуштања у расправљање о главној ствари. Времеу коме је преиначење могуће је искључиво до закључења главне расправе.<sup>41</sup> Све упућује на закључак да је ЗПД предвидео специфичну могућност страначке сукцесије.

Проблем може бити и примена чл. 80 ЗПД, о учешћу умешача, о коме ће доцније бити више речи. Наиме, питање је да ли је одредба чл. 79 ст. 2 искључиво, ограничавајуће и специфично правило за могућност страначке сукцесије или је она могућа и према општим правилима ЗПП, када је умешач у питању. Или, да ли члан друштва који је стекао својство умешача стога што испуњава услов капитал цензуса може да ступи наместо првобитног тужиоца и када није од овог члана друштва стекао удео или акције у дру-

39 Siniša Triva, Mihajlo Dika, 301.

40 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 205.

41 ЗПП, чл. 201 ст. 1; ЗПД, чл. 79 ст. 2.



штву јер тада то, према чл. 79 ст. 2 свакако може? ЗПД не даје одговор на ово питање. Ово лице није поднело претходни захтев, али се то и не тражи као услов за учешће у својству умешача. Уколико би се применио чл. 217 ст.5 ЗПП неопходна је сагласност обе странке за сукцесију.

## **V Мешање у парнични поступак по деривативној тужби**

Мешање у парницу засновану на основу деривативне тужбе допуштено је одредбом чл. 80 ст. 2 ЗПД. Други члан друштва који испуњава услов капитал цензуса може "од суда ...захтевати да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца". Опште учење теорије грађанских судских поступака упућују да је мериторна претпоставка за одобрење учешћа умешача постојање правног интереса. Уопштено, такав интерес постоји "када би се правни положај умешача побољшао ако би странка којој се придружио успјела у парници, односно погоршао ако би је изгубила".<sup>42</sup> Везу странке и умешача, дакле, препознајемо кроз околност да између њих постоји или, на основу исхода парнице може настати, одређени правни однос. Овакав став није, међутим, типичан за могућност учешћа умешача на основу одредаба ЗПД. Између странке, члана друштва који је поднео деривативну тужбу и члана друштва који претендује да буде умешач таквог односа нема. Стога би идеја ЗПД при регулисању учешћа умешача у поступак заснован деривативном тужбом (чл. 80 ст.2) могла бити заправо препознавање постојања правног интереса из околности да ће позитивни ефекти овог вида заштите да се реперкутују на цело привредно друштво, а онда и на сваког члана друштва. Ако се пође од оваквог начина резонавања онда сви чланови друштва који нису поднели деривативну тужбу имају правни интерес за мешање. Типичан пример је усвајање захтева за накнаду штете по дериватиној тужби. Први проблем оваквог резонавања је, онда, рестриктиван приступ законодавца који учешће умешача условљава капитал цензусом, а други је околност да је постојање правног интереса и према ЗПД дискреционо право суда што је и општи принцип ЗПП.<sup>43</sup> Ова два проблема воде, први, "степеновању" правног интереса према капитал цензусу, други, могућности одбијања учешћа умешача и када је испуњен услов капитал цензуса на страни члан друштва. Једино могуће објашњење става законодавца је олакшање вођење поступка који би се, свакако, компликовао у околностима када би се свим члановима друштва који нису поднели деривативну тужбу омогућило пријављивање учешћа (а њих може бити заиста велики број). Ако је то био циљ,

42 М. Dika, 2008, 270.

43 ЗПП, чл. 216.

испуњење услова капитал цензуса као ограничавајући услов требало би да буде довољно да се одобри учешће таквом члану. Тренутно, међутим, и он(они) могу једино "захтевати" од суда да им допусти учешће. Практично ни они немају претпостављени правни интерес, већ морају да га докажу.<sup>44</sup> Чини се, заправо, да се и мислило искључиво на то, односно да члану који докаже капитал цензус суд одобрава учеће. Свако другачије резоновање отворило би проблем за умешача да докаже и неки "други" потенцијални правни интерес и компликовало позицију суда. Уколико се правни интерес умешача у случају деривативне тужбе препознаје преко проширења субјективних граница правноснажности пресуде која се доноси у спору по овој тужби<sup>45</sup> онда је то додатни аргумент за признање правног интереса свим члановима друштва. Истовремено тиме би се решила и процесна позиција умешача, односно он би имао положај јединственог супарничара. Субјективне границе пресуде<sup>46</sup> по деривативној тужби ЗПД, међутим, није изричито уредио што проблематизује и закључивање о правном интересу, али и врсти мешања, као и дејству пресуђене правне ствари, нпр.

Проблем регулативе је и домен примене одредбечл. 80 ст. 1, односно да ли она значи да се у парницама по директним тужбама које нису инициране претходним захтевом, већ су поднесене у оквиру надлежности органа друштва, уопште не може отворити питање учешћа члана друштва као умешача. Или, напротив, важе правила ЗПП о могућем учешћу умешача, што је компликовано дилемама у вези правног интереса мешања. Овај проблем ЗПД не разрешава изричито одредбама о директној тужби. Општа правила ЗПП о умешачу дају могућност да се позитивно одговори јер је свакако интерес, па макар и посредан, али правни, члана друштва да друштво успе у поступку по директној тужби.<sup>47</sup>

Примена чл. 217 ст. 5 ЗПП о могућности умешача да уз сагласност обе странке ступи на место странке којој се придружио, када се доведе у везу са чл. 79 ст 2, о случају страначке сукцесије услед отуђења удела или акција, може, такође, бити проблематизована. Питање је, наиме, да ли је ова одредба ЗПД и једино допуштен случај сукцесије у поступцима по

---

44 М. Dika, 2008, 271.

45 Могуће је упоређење са дејством правноснажне пресуде из парнице коју је један стечајни поверилац покренуо против другога ради утврђења свог потраживања када се ефекти пресуде проширују на све друге стечајне повериоце, Б.Познић, В.Ракић-Водинелић, 466,467.

46 Ове границе регулише ЗПП, чл. 360, који, уз дејство према странкама, омогућава проширење на трећа лица "због природе спорног права или правног односа, правног односа који постоји између странке и трећих лица или ако је то прописано посебним законом".

47 ЗПП, чл. 215 ст.1.

деривативној тужби. Или, да ли члан друштва који је стекао својство умешача стога што испуњава услов капитал цензуса може да ступи наместо првобитног тужиоца и када није од овог члана друштва стекао удео или акције у друштву јер тада, према одредби чл. 79 ст. 2 свакако може доћи до сукцесије? ЗПД не даје одговор ни на ово питање. Ово лице није поднело претходни захтев, али се то и не тражи као услов за учешће у својству умешача већ само капитал цензус. Мада је проблем више теоријски, собзиром на то да је тешко претпоставити да ће тужени дати сагласност, законску непрецизност би требало избећи.

**Dr Dušica PALAČKOVIĆ, a full professor**  
**University of Kragujevac Faculty of Law**

## **DERIVATIVE SUIT** **(on some procedural issues in legal regulations)**

### **Summary**

*Derivative suit, as a specific instrument of initiating the court protection, is regulated by the Law on business companies. The conditions for its initiation, the subject of dispute, the subjective determination of the proceeding and a set of other elements presuppose a number of deviations from the standard civil procedure rules. This suit can be filed only in legally defined situations and a possible subject of dispute, that is a model of protection has been established in advance. It represents one of typical cases of the „separation“ of the actual and procedural legitimacy on behalf of the prosecutor. Within the analysis of the possible legal solutions for the initiation of such a suit, the author presents some “bordering cases” from which wrong conclusions may be drawn. Also, the author points to the issue of complying with one of the major procedural conditions for its initiation, the census capital, presenting some of the arguments based on the provision related to the possibility that a derivative suit can be also initiated by society faces. The author also analyzed legal provisions regulating the party succession and the participation of the intervener pointing to some legal inconsistencies and suggesting the solutions for their overcoming.*

**Key words:** *derivative suit, the subject of dispute, procedural legitimacy ex lege, succession, intervener.*

Др Небојша ЈОВАНОВИЋ\*

## ТРЕБА ЛИ У СРБИЈИ ПРАВНО УРЕДИТИ ПРОМОТЕРЕ?\*\*\*

### Резиме

*Писац у раду истражује правила о промотерима у common law системима, као лицима која раде посао оснивања привредних друштава. Он објашњава њихов појам, историјске разлоге њиховог настанка и правног уређивања, њихов однос према основаном друштву и његовим члановима, те однос према трећим лицима у пословима ради оснивања друштва. У раду се разматрају и решења упоредног права у питању оснивања привредног друштва, те њихове одговорности трећим лицима за дугове које су створили ради оснивања друштва. Писац на крају закључује да би у Србији ваљало правно уредити промотере, јер су се у пракси јавили њихови зачеци, при чему предлаже најбоље начине да се то учини.*

**Кључне речи:** промотер, оснивач, оснивање привредног друштва

### І Увод

У Србији су се у скорије време јавили случајеви оснивања привредних друштава, које су њихови власници након успешног почетка и развоја замишљеног подухвата, продали по вишој цени него што је износ који су уложили (нпр. Делта банка, Макси самопослуге, Чипс...). Јавио се чак случај у којем су поједина лица, укључујући и чланове „младог“ постојећег нејавног акционарског друштва, организовала јавну емисију акција, претварајући га у јавно акционарско друштво (нпр. једно друштво за ветропаркове). Случај јавне емисије био је правно успешан, јер је издавалац поставио низак праг успеха емисије у јавној понуди за продају акција. Економски гледано, међутим, био је прилично неуспешан, јер је

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

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

улагачима на тржишту продао врло мали број понуђених акција, а трошкови емисије су му били вишеструко већи него да је узео зајам од банке у истом износу. Разлог неуспеха је вероватно и тај што је издавалац одредио вишеструко већу емисиону цену акција од њихове номиналне вредности, те су их улагачи оценили као прескупе, имајући у виду користи које могу да добију и ризик којем се излажу њиховом куповином. Осим тога, разлог неуспеха је вероватно и велико неповерење домаћих малих улагача у систем тржишта акција у Србији. Оно је узроковано низом сплетки и масовних „поткрадања“ малих акционара у многим приватизованим друштвеним предузећима, које су учинили велики акционари на јавном тржишту Србије, како би их што јефтиније по себе претворили у нејавна (затворена) акционарска друштва. Најзад, јавио се и један случај врло успешне јавне емисије обвезница, чији је издавалац била домаћа банка са страним капиталом, јер је све понуђене обвезнице распродала по траженој цени. Разлог успеха емисије је у томе што ју је добро припремила уз помоћ професионалних трговаца хартијама.

Ови случајеви, у ствари, указују на то да су у Србији почели да се јављају послови које одавно у Уједињеном Краљевству (даље у тексту: УК) и другим *common law* земљама раде лица названа промотери. Лица која су их у Србији обављала вероватно нису ни била свесна да су такви њихови послови јасно правно уређени у *common law* системима, како би се пружила заштита улагачима од могућих злоупотреба.

## II Појам промотера

Промотер је лице које учествује у послу оснивања компаније (друштва капитала) или у послу сакупљања капитала од улагача за постојећу компанију ради остваривања замишљеног привредног подухвата (пројекта), настојећи да из тога извуче за себе имовинску корист. Имовинска корист може да се оствари на различите начине, као што је, рецимо, стицање удела у основном капиталу компаније, наплата награде за рад по оснивању компаније, заузимање руководећег положаја у њој (нпр. директорског) или препродаја удела или целе компаније другом лицу.<sup>1</sup>

---

1 Stephen Mayson, Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 548, 549; Stephen Girvin, Sandra Frisby, Alastair Hudson, *Charlesworth's Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 2010, 103, 104; Denis Keenan, Josephine Bisacre, *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson, Harlow, 2005, 48; Paul Davies, *Gower and Davies Principles*

Посао оснивања компаније и сакупљања капитала за њу може да обавља један или више промотера. Да би неко лице било промотер не мора да учествује у свим радњама у пословима оснивања компаније и сакупљања капитала, већ је довољно да предузима само неке од њих у намери да за себе оствари имовинску корист („да обрне капитал“). Њиме се сматра и лице које не предузима радње у послу оснивања компаније, већ само унесе улог у њу (нпр. купи акције), ако очекује да од оснивања стекне имовинску корист (нпр. да препрода акције убрзо по оснивању по вишој цени). Промотером се, међутим, не сматра лице које промотер упосли како би му помогло у промовисању компаније (нпр. саветима или на други начин), ако оно у оснивању не обрће свој капитал (нпр. купи акције ради препродаје). Због тога то није адвокат који саставља оснивачки акт и обавља друге правне радње за промотера у оснивању компаније или рачуновођа који му даје савете у финансијском пословању.

Промотер може да буде свако лице (физичко или правно), ако је способно за уговарање.<sup>2</sup> У неким земљама и лице неспособно за уговарање, као што је малолетник или умоболник, може да буде промотер, ако се са тим сагласи његов законски заступник.<sup>3</sup> Он може да буде лаик („аматер“), који оснива компанију својим средствима како би путем ње обављао испланирани привредни подухват. На пример, то може да буде узгајивач воћа, обућар или проналазач, који оснива компанију да би у њу уложио постојећу имовину у свом дотадашњем пословању (нпр. земљу, радњу или проналазак), како би га путем ње наставио и проширио, сакупљајући улоге и од других лица која су вољна да у њему учествују. Он, међутим, може да буде и професионалац, као лице које се *бави* пословама промовисања компанија, иако за то не мора да буде регистровано.<sup>4</sup>

---

*of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 2003, 90-91; David Twomey, Marianne Moody Jennings, *Anderson's Business Law*, South-Western, Mason, 2011, 1038; John Musa Alewo Agbonika, "The Rising Profile of a Promoter in the Life of a Company: The Nigerian View Point", *Journal of Law, Policy and Globalization*, 27/2014, 111.

2 *Напомена* – *Common law* систем не познаје једностране правне послове, већ само уговоре, као двостране послове. Због тога нема ни појам пословне способности, као што га има српско право, те има само појам способности за уговарање. Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 34, 54.

3 Dong-joon Chung, "The Promoter: A Thorny Problem", *The Korean Journal of Comparative Law*, no. 3/1975, 53.

4 Girvin, Frisby, Hudson, 103, 104; P. Davies, 48.

Континентална права, укључујући и српско, немају појам промотера, те се у њима често поистовећује са оснивачем друштва.<sup>5</sup> Он је, међутим, шири појам, јер може да оснује компанију, али да не буде њен оснивач. Тада је оснива за другог, као оснивача (једног или више), при чему не потписује њен оснивачки акт. Ако и буде оснивач, па и њен директор, обично то својство задржава привремено, те из компаније излази кад је устали (оснажи) и довољно развије подухват због којег ју је основао.<sup>6</sup> Промотер се не бави само оснивањем компанија, већ и привлачењем других лица која би сама или са њим уложила у подухват нове или постојеће компаније (нпр. купила јој акције или обвезнице у емисији и тиме сакупила неопходну имовину). Најзад, промотер се бави само оснивањем друштва капитала (нпр. акционарско друштво), те сакупљањем капитала за њих, али то не ради за друштва лица, док оснивачи постоје и у друштвима лица, као што је ортачко или командитно.

### III Судске дефиниције

Енглеско право никад није дало јасну дефиницију промотера из страха да не буде свеобухватна, јер би се тиме омогућило да неко лице избегне обавезе промотера (нпр. оданост компанији) и успе у каквој злоупотреби.<sup>7</sup> Важећи закони немају дефиницију, а највише се спомиње дефиниција судије Кокбурна (*Cockburn*) дата у спору *Twycross v Grant* из 1877. године.<sup>8</sup>

У том спору је неколико промотера најпре успело да добије концесију за изградњу трамвајског система у некој страниј земљи, те је потом основало компанију на коју су пренели право на обављање уговореног посла градње. Осим тога, пре њеног оснивања један од промотера је исплатио позамашну накнаду Гранту, такође промотеру, због тога што је успео да прибави концесију. Потом су обавили јавну емисију акција да би сакупили капитал за компанију, али у понуди и проспекту за продају акција нису навели два уговора која су закључили пре њеног оснивања. Први се односио на добијање концесије, а други на накнаду исплаћену Гранту. Твајкрос је у емисији купио изванредан број акција, за које се

---

5 D. Chung, 53.

6 Mayson, Ryan, 549.

7 Joseph Gross, "Who is a Company Promoter", *Chitty's Law Journal*, no. 5/1972, 185-186.

8 (1877) 2 CPD 469. Доступно на адреси: <https://swarb.co.uk/twycross-v-grant-1877/>, 17.03.2019.

касније показало да су безвредне, јер је компанија пропала. Због тога је тужио Гранта и остале промотере, како би од њих повратио уложени новац. Тврдио је да су туженици у проспекту преварно изоставили податке о споменутих уговорима, јер не би купио акције да је за њих знао. Порота је установила да су спорни уговори морали да буду споменути у проспекту, како би се купцима омогућило да ваљано оцене исплативост и ризичност куповине акција. Суд је усвојио тужбени захтев, те је обавезао тужене да тужиоцу врате куповну цену.

Судија Кокбурн је закључио да је промотер „између осталог, онај који се прихвати оснивања компаније и отпочињања њеног пословања ради остваривања неког пројекта, при чему предузме нужне кораке ради постизања задатог циља“. Из тога се закључује да није довољно да неко лице само намерава да оснује компанију ради остваривања замишљеног подухвата (циља), да би се прогласило за промотера. Нужно је и да предузме радње ради остваривања своје намере.<sup>9</sup> Он мора да има битан утицај на оснивање компаније („контролу“), а обично и једно време након почетка њеног рада. Због тога одређивање појма промотера зависи од датих околности у сваком поједином случају, те се истиче да је то фактичко, а не правно питање. Каже се и да је промотер „пословни“, а не правни појам, те да га је немогуће правом одредити.<sup>10</sup>

У праву САД се појам промотера заснива на тумачењу Закона о вредносницама (*Securities Act*) из 1933. год. Тако је суд у спору *Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green & Smith*, закључио да промотер „укључује: 1) свако лице које само или са једним или више других лица... покреће отпочињање и организовање посла или предузећа неког издаваоца; 2) свако лице које у вези са отпочињањем и организовањем посла или предузећа издаваоца... прими накнаду у услугама или имовини... од најмање 10% прихода остварених продајом било које класе вредносница“ (дефиницију скратио аутор).<sup>11</sup>

#### IV Историја

У 19. веку није било ограничења рекламирања (јавног нуђења) продаје акција улагачима на тржишту, тако да је оно било допуштено већ

9 J. Gross, 187, 189, 190.

10 Mayson, Ryan, 548; Keenan, Bisacre, 48; P. Davies, 91; D. Chung, 52; J. Gross, 190.

11 D. Chung, 52.



у оснивању компанија (тзв. оснивачке јавне емисије) или непосредно после тога у емисији нове компаније. То је омогућило појединим промотерима да злоупотребе оглашавање и лаковерност улагача. Злоупотребе су вршене обично на један од два начина.<sup>12</sup>

Први начин се састојао у томе што је промотер продавао компанији своје дотадашње пословање по вишој цени него што му је била стварна вредност (нпр. обућарска радионица са опремом, запосленима и муштеријама). Цену је компанији наплаћивао или у новцу који је сакупила улозима других улагача, или „у натури“, односно у потпуно отплаћеним акцијама које му је издавала. Ако би добио акције, могао је да их препрода, под условом да успе да подстакне тражњу за њима на тржишту, чиме је остваривао добит (маржу) у висини вишка препродајне цене акција у односу на стварну вредност имовине коју је продао компанији. Ако би компанија успешно пословала, могао је и да задржи акције, у ком случају је наплаћивао дивиденде у већој сразмери него што би имао право да свој натурални улог није преценио. Ако би била неуспешна, у стечају није одговарао за њене дугове, чиме је себи ограничавао ризик у послу промоције. Већина промотера је бирала да накнаду од компаније добије „мешовито“ – делом у новцу, а делом у потпуно отплаћеним акцијама. Данас захтева да вредност натуралног улога у друштво капитала процени независни проценитељ, чиме се избегава ризик да га промотер злонамерно прецени.

Други начин се састојао у томе што се промотер обавезивао да компанији прибави материјално добро које је битно за њену делатност, као што је, рецимо, земљиште, право на вађење руде или патент. При томе би јој прикрио да и он лично учествује у целом послу, како би остварио добит. Промотер је добит остваривао или тако што би од трећег лица прво лично купио добро које је потом по вишој цени препродавао компанији, или тако што би треће лице непосредно компанији продало своје добро, а потом би му као провизију исплатило уговорени постотак продајне цене. Ако промотер не би сам имао довољно новца да купи материјално добро, организовао би са другим улагачима групу за куповину (тзв. синдикат).

---

12 Mayson, Ryan, 547, 548; Keenan, Bisacre, 48, 49; D. Chung, 72-81.

Због оваквих злоупотреба промотера, улагачи су се добрим делом 20. века уздржавали од куповине акција у новим компанијама, које нису дуже пословале нити су имале пословни углед у јавности. Томе је допринело и одбијање берзи да приме у котацију акције компанија које нису успешно пословале бар неколико година (нпр. три). Услед тога су младе компаније са ваљаним подухватима биле принуђене да их развијају узимањем зајмова од банака по високим каматама, што им је кочило развој. Тиме је битно смањен значај промотера, поготово оних професионалних. Данас се компаније углавном оснивају као нејавне (затворене), да би се касније претвориле у јавне, кад им затреба већи капитал да би исфинансирале свој успешан подухват. Због потребе за свежим капиталом младе компаније су почеле да јавно емитују своје акције на ванберзанском тржишту, где их купују улагачи спремни да ризикују. Тиме је улога промотера почела да се повећава, јер таквим компанијама помажу да заинтересују улагаче за њихове акције.

Имајући лоша искуства са промотерима, *common law* земље су регулисале њихове послове строгим прописима, како би спречиле раније злоупотребе. Насупрот томе, у другим земљама у којим није било великих злоупотреба, улагачи са добрим пословним замислима се у јавности радо прихватају, те су њихови прописи према њима благодоклони.<sup>13</sup>

#### IV Послови промотера

Ако неко лице нема сâмо довољно капитала да оствари своју пословну замисао, има две могућности. Прва је да затражи зајам од банке, али му га она неће дати ако не може да јој пружи ваљано обезбеђење њеног потраживања за враћање новца. Тада му остаје друга могућност, а то је да затражи улагање од других лица заинтересованих за његову пословну идеју. Пословни човек може да потражи друге улагаче приватно, по личним познанствима и распитивањем, што је ограничена могућност, јер не може лако и брзо да рашири своју замисао великом броју лица. Он, међутим, може и да објави своју замисао у новинама или другим гласилима (нпр. интернет, радио или ТВ), позивајући велики број лица да учествују у њеном остварењу својим улозима, односно купови-

---

13 D. Chung, 53, 55.

ном акција или других хартија које им буде понудио. Тада потпада под право тржишта вредносница (серијских вредносних папира).<sup>14</sup>

Имајући у виду објашњене могућности, закључује се да је главни задатак промотера да своју пословну замисао (план, пројекат) спроведе у дело у пракси. У том циљу може или мора да обави разне послове. Најпре мора да осмисли идеју (план), што значи да одреди циљ (делатност), да израчуна потребан капитал и организацију делатности (нпр. путем компаније и њених огранака). Затим мора да обави претходне преговоре и припреме за сакупљање капитала, поготово да надене име компанији, те да јој нађе место седишта и пословања. Надаље треба да изради оснивачки акт (лично или путем правника), да придобије друге улагаче ако нема довољно свог капитала, да одреди будућег директора (што је често он лично), да закључи уговоре са трећим лицима у име будуће компаније како би „прорадила“ што пре након оснивања (нпр. са снабдевачима и купцима, са запосленима, са банкама ради уплате новчаних улога...), те да је најзад региструје и за њу отвори рачун код банке. Након регистрације често је потребно да „ухода“ пословање компаније како би оно било што успешније, због чега у њој задржава одговарајући удео, као и што учествује у њеној управи. И након оснивања и успешног почетка рада компаније, може да се јави потреба за промотером. То је најчешће случај кад компанији затреба свеж капитал, јер он тада често организује његово сакупљање. Обично тада образује групу трговаца хартијама, који треба да јој организују емисију акција или обвезница. Са њима закључује уговоре у име компаније, којим се распоређују улоге између њих у јавној емисији (нпр. преузималац емисије, препродавац, заступник, улагач...), организује израду проспекта за емисију, а по потреби прибавља и дозволу за емисију од надзорних органа државе.<sup>15</sup>

## V Однос према друштву

### 1. Оданост

Однос између промотера и компаније, било да је постојећа или будућа (у оснивању), заснива се на његовој обавези да јој буде одан (*fidu-*

14 Thomas Goodwin, "Blue Sky Law – West Virginia Securities Laws and the Promoter", *West Virginia Law Review*, 11/1970, 12.

15 J. Agbonika, 111; Girvin, Frisby, Hudson, 103; Mayson, Ryan, 103; Keenan, Bisacre, 48, 49; Jeffrey Beatty, Susan Samuelson, Patricia Abril, *Business Law*, Cengage, Boston, 2016, 853.

*ciary duty*). То значи да мора своје личне интересе да подређује њеним интересима у пословима које обавља за њу. Он се сматра њеним повереником (*trustee*), те не сме да сукобљава свој лични интерес са њеним интересом у пословима које обавља за њу. Због тога нарочито не сме на њену штету да заради скривену добит, иако компанија обично не постоји у часу кад почне да је промовише (нпр. да ради на њеном оснивању). То не значи да не сме уопште да ишта заради у послу промовисања компаније, већ да не сме да стекне зараду без њеног знања и одобрења. Због тога је обавезан да обелодани лични интерес у послу који обавља за њу, као што је уступање имовине коју је за њу набавио (нпр. по којој цени је набавио неку ствар и по којој је продаје). То чини подношењем посебног извештаја независном одбору директора након њеног оснивања, или постојећим односно могућим будућим улагачима (нпр. у проспекту за јавну емисију акција). Независан одбор директора је онај којег чине лица која нису заинтересована за промотеров посао, јер у њему нису уговорници, нити треба да остваре из њега имовинску корист за себе или себи блиска лица (тзв. повезана лица).

Промотеру је тешко да ваљано испуни дужност обелодањивања у приватној (нејавној) компанији, као што су друштва с ограниченом одговорношћу. Он је у њој обично први директор, било да је то сам или са другим промотерима, а често је главни члан, јер има владајући удео у њеном капиталу, те, у ствари, сам себе извештава („кадија те тужи, кадија ти суди“). Због тога се у праву УК сматра да је довољно да тада обелодани свој лични интерес (нпр. добит) целом одбору директора односно свим члановима компаније, нарочито кад су сви или већина директора заинтересована за посао у питању. Облик у којем се испољава његов лични интерес у послу промоције није правно значајан, јер она може да буде маржа коју остварује у препродаји имовине компанији, провизија коју јој наплаћује за свој посао или комбинација оба облика. Ако му незаинтересовани директори одобре посао већином гласова, онда је он пуноважан. Ако су сви или већина директора приватне компаније заинтересовани за посао, потребно је да га одобре једногласно сви њени чланови.

Додатна заштита компаније од промотерове скривене добити се остварује проценом његовог новчаног улога у њу. Наиме, ако промотер уноси у компанију *натурални улог* у року од две године од почетка њеног рада, онда независни проценитељ мора да га *процени*. У извештају који се подно-

си мора да буде наглашено да је вредност улога промотера већа или бар једнака накнади коју је компанија дала за њега промотеру (нпр. збиру вредности акција које му је издала), јер не сме да буде мања. Тај извештај мора да се поднесе регистру (*Company House*) у року од 15 дана по усвајању у компанији, а овај је обавезан да то објави. Обавеза процене не постоји кад промотер продаје имовину компанији у њеном уобичајеном пословању, као ни кад му је платила накнаду мању од 10% свог основног капитала.

Правила о оданости промотера су императивна, те своју дужност и одговорност за њену повреду не може да искључи или ублажи клаузулом у оснивачком акту или другом уговору са компанијом или њеним члановима.<sup>16</sup>

## 2. Награда и трошкови

Промотер нема право на награду (провизију) од компаније за свој рад на њеном оснивању, ма колико да га је поштено и добро обавио. Разлог је тај што она још не постоји у време оснивања, а са непостојећим правним субјектом не може да се закључи пуноважан уговор којим би му се наметнуле обавезе после његовог настанка. Из истог разлога промотер нема право ни на накнаду трошкова које је учинио пре оснивања компаније, а у циљу њеног оснивања (нпр. за израду оснивачког акта, таксе за регистрацију...). Ништавна је и одредба у оснивачком акту, којом би се компанија обавезала да након оснивања исплати награду и накнаду трошкова промотеру. Пуноважно је једино да компанија након свог оснивања закључи са њим уговор којим се обавезује да му исплати награду и накнаду трошкова. Такав уговор мора да буде закључен у посебној писменој форми (тзв. *deed*), јер у је *common law*-у забрањено да се уговорник обавезе на накнаду за радњу коју је сауговорник већ извршио пре његовог закључења, пошто је то противно учењу о противчинидби (*consideration*). Она, међутим, није обавезна да закључи такав уговор након оснивања. У пракси ретко настају спорови у овом питању, јер промотер обично постаје члан управе основане компаније. Осим тога, њени члано-

---

16 Mayson, Ryan, 549-551; 549-552; Girvin, Frisby, Hudson, 104; Keenan, Bisacre, 49, 52, 53; P. Davies, 91-94.

ви из моралних обзира пристају да му компанија исплати награду и накнаду трошкова кад је посао обавио поштено.<sup>17</sup>

### 3. Заштита

Компанија и њени чланови уживају заштиту у случају да промотер на њену штету оствари скривену зараду повредом дужности оданости. Она има право да поништи (*recession*) уговор по основу којег је промотер остварио скривену зараду. У том случају сваки уговорник враћа сауговорнику корист коју је од њега примио по основу поништеног уговора. На пример, ако је поништен уговор којим је промотер компанији продао неку ствар, ова му је враћа, а он њој враћа новац. Компанија, међутим, може и да задржи стечену имовину, у ком случају не тражи поништај уговора, већ само да јој промотер врати вишак цене коју му је платила преко стварне вредности. Ако је поништен уговор по којем му је она платила неку награду за посао њеног оснивања, промотер је обавезан да јој је врати, јер у фази оснивања не може да се закључи уговор са компанијом која још не постоји. Компанија у сваком случају има право и на накнаду штете, ако докаже да ју је претрпела. Најзад, кад она неће да тражи заштиту (нпр. због тога што јој је промотер главни акционар и директор), њен члан има право да тражи заштиту (нпр. поништај или повраћај вишка цене) у своје име, а за рачун компаније (директор).<sup>18</sup>

Типичан пример успешне заштите компаније због скривене добити промотера је спор *Glukstein v Barnes*.<sup>19</sup> Национална пољопривредна Хол компанија (*National Agricultural Hall Company*; даље у тексту: Хол) била је власник забавног парка „Олимпијска компанија“ (*Olympia Company*). Хол је 1892. године престао у стечају. Он је имао дуг од 110.000 фунти. Део дуга од 100.000 фунти био је садржан у заложним обвезницама (*debentures*), које су имаоцу давале лебдећу залогу на целој његовој имовини (*floating charge*), док је остатак дуга од 10.000 фунти био обезбеђен хипотеком на земљишту и зградама забавног парка. Холова имовина је морала да се у стечају прода, како би се намирили његови повериоци.

---

17 Girvin, Frisby, Hudson, 106; Keenan, Bisacre, 53; P. Davies, 97-99; D. Chung, 72-74; Н. Јовановић, 35-37, 61.

18 Mayson, Ryan, 552; Girvin, Frisby, Hudson, 104, 105; Keenan, Bisacre, 50-52; P. Davies, 94-97.

19 [1900] AC 240. Вид. Harry Rajak, *A Sourcebook of Company Law*, Bristol, 1989, 176-182; Keenan, Bisacre, 49.

Знајући за то, четири предузетника (Гукстејн, Лионс, Харт и Хартли) удружили су се у инвестициону групу (*syndicate*), како би у стечају купили забавни парк, а потом га препродали по вишој цени. Они су у стечају купили заложне обвезнице и хипотекарно потраживање од Холових поверилаца по цени која је због стечаја била нижа него што је била вредност оптерећених непокретности. Тиме су постали власници забавног парка, уштедевши 20.000 фунти.

Након тога су основали нову компанију и себе поставили за њене директоре. У капитал су јој унели свој забавни парк, при чему су га проценили на 140.000 фунти, иако су га платили само 120.000. Парк су унели у имовину компаније по основу уговора о продаји који су са њом закључили 6.02.1893. године. Компанија им је платила цену доделом потпуно отплаћених акција номиналне вредности од 140.000 фунти. Предузетници су потом дали улагачима на тржишту јавну понуду за продају својих акција у компанији. У проспекту за јавну понуду нису приказали уштеду од 20.000 фунти као своју добит, већ као ставку „привремена улагања“ (*interim investments*). У истом проспекту су приказали да нуде на продају акције у укупној номиналној вредности од 180.000 фунти, а да су забавни парк купили за 140.000 фунти. Тиме су улагаче довели у заблуду да је њихова добит 40.000 фунти, иако је она стварно износила 60.000.

Промотери су 29.03.1893. године продали све акције, задржавши за себе 171.000 фунти у новцу и 9.000 фунти у потпуно отплаћеним акцијама. Уједно су задржали заложне обвезнице, чиме су остали повериоци компаније. И ова компанија је пала у стечај после неколико година, а за ликвидатора (стечајног управника) је постављен Барнс. Он је открио превару, те је одбио да призна Глукстејну право првенственог намирења тражбине из стечајне масе по основу заложних обвезница, чији је издавалац била компанија, а тиме и дужник. Да би му признао тражбину, тражио је да компанији врати 20.000 фунти скривене добити. Због тога га је Глукстејн тужио. Првостепени суд му је усвојио захтев, али му га је другостепени суд одбио, сматрајући га за преваранта. Уједно је обавезао сва четири промотера да солидарно врате скривену добит компанији у стечају.

Овим преседаном је суд успоставио три правила о скривеној добити промотера. Прво, добит коју промотер стиче оснивањем компаније мора јасно да прикаже у извештају независним члановима компаније. Подвођење под нејасне ставке, као што су „привремена улагања“, није

правно ваљано. Друго, кад су промотери уједно чланови одбора директора компаније коју оснивају, извештај о њиховој добити мора да се упути осталим члановима компаније, а не одбору директора, јер он није орган који је од њих независан. Треће, у случају кад постоји више промотера исте компаније, сви су солидарно одговорни за враћање скривене добити коју су јој присвојили при оснивању.

Улагачи уживају и кривичноправну уз имовинскоправну заштиту. Ако промотер буде осуђен за кривично дело у вези са промоцијом, суд му може изрећи забрану да буде директор, ликвидатор, стечајни управник или да на други начин учествује у управљању компанијама у трајању до 15 година.<sup>20</sup>

## VI Однос према трећим лицима

### 1. Упоредно право

Промотер често закључује уговоре са трећим лицима у име компаније коју оснива, иако она тада још не постоји. Неки од тих послова су нужни за оснивање, а неки служе да она почне да ради одмах по оснивању. Тако, он може да уговори куповину непокретности или неке опреме са њеним власником, која је потребна за делатност компаније (нпр. земљишта или машине), да упосли адвоката ради обављања правничких послова у оснивању (нпр. састављање оснивачког акта и регистрација друштва), да отвори рачун код банке ради уплате новчаних улога оснивача или да закључи уговор о запослењу важних људи у будућој компанији (нпр. директора, руководиоца производње...). Овакви уговори се зову предрегистрациони уговори (*pre-incorporation contracts*), а спорна је њихова обавезност за компанију након њеног оснивања. Разлог овог правног проблема је, у ствари, економски, а то је сукоб интереса две групе поверилаца. Прва су они чије су тражбине настале пре оснивања компаније на основу предрегистрационих уговора. Њима одговара да им по оснивању компаније одговарају не само оснивачи, већ и компанија, јер тиме добијају још једног дужника. Друга група су повериоци чије су тражбине настале према компанији након њеног оснивања. Њима не одговара конкуренција поверилаца из фазе оснивања компаније, те им је инте-

---

20 Girvin, Frisby, Hydson, 106.



рес да она одговара само њима након свог оснивања, а не и повериоцима оснивача за дугове пре оснивања.<sup>21</sup>

У упоредном праву се овај проблем решава углавном на два начина. Први је немачки, а други енглески. Оба начина су усклађена са правом Европске уније у овом питању. Оно предвиђа да за предрегистрационе обавезе друштва солидарно и неограничено одговарају лица чијим радњама су настале (нпр. из уговора или деликта), а то значи оснивачи или промотери.<sup>22</sup>

Немачки начин се састоји у правној фикцији преддруштва. Фикција се састоји у томе што се сматра да оснивачи чине друштво на основу уговора о оснивању, и то привремено односно до оснивања трговачког друштва. Оснивачи се сматрају ортацима, како у међусобним односима, тако и у односу на трећа лица. Због тога су солидарни дужници и повериоци према трећим лицима у предрегистрационим уговорима до оснивања друштва. Њихова одговорност за обавезе преддруштва је, међутим, ограничена до вредности њихових улога у оснивачком уговору, осим кад немају намеру да оснују друштво, јер тада одговарају неограничено као преваранти. Ако оно не буде основано, права и обавезе из таквих уговора се испуњавају између оснивача, с једне стране, и трећих лица, с друге, као уговорних страна. У часу оснивања, а то је регистрација друштва, права и обавезе оснивача из предрегистрационих уговора *по сили закона прелазе* на друштво, чиме их се оснивачи ослобађају (законска персонална суброгација). Тиме престаје да постоји преддруштво.<sup>23</sup>

Систем преддруштва прихвата и Француска, мада се оно тамо изричито не спомиње. Тамо се права и обавезе из правних послова које су оснивачи закључили са трећим лицима *пре* уговора о оснивању друштва, а у његово име, преносе са њих на друштво само ако их оно по оснивању прихвати. За промену дужника у тим односима нужна је и сагласност трећег лица, као повериоца. Ако је нема, друштво по оснивању прихватањем послова само приступа дуговима својих оснивача према

21 Мирјана Радовић, „Појам уговора у име будућег друштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2014, 149-155; Драго Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни живот*, бр. 11/1996, 27, 28; Mayson, Ryan, 636.

22 Упутство ЕЗ бр. 101/2009 о усклађивању мера о заштити интереса чланова и трећих лица, чл. 8.

23 Јакша Барбић, *Право друштвава – Опћи дио*, Организатор, Загреб, 2008, 175-200; М. Радовић, 165; Д. Дивљак, 30-31.

трећим лицима, чиме постаје солидарни дужник. Ако су оснивачи правне послове са трећим лицима закључили *после* уговора о оснивању друштва, онда су они солидарни повериоци и дужници у тим односима до оснивања друштва. Након тога се по сили закона права и обавезе из таквих послова преносе на друштво, без потребе да их оно прихвати (одобри).<sup>24</sup>

Енглески начин решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора за друштво сличан је немачком, али се разликује по начину на који компанија може да преузме обавезе од промотера након свог оснивања. Пошто компанија у време закључења ових уговора не постоји, једини носилац права и обавеза у односу са трећим лицима је промотер. То значи да је он дужник и поверилац у односима са трећим лицима у овим уговорима, а не компанија. Ако има више промотера, они су солидарно одговорни за испуњење обавеза из сваког уговора који је било ко од њих закључио са трећим лицем. Значи, након оснивања компанија нема обавезе у предрегистрационим уговорима које је промотер закључио са трећим лицима, али нема ни права. Због тога трећа лица не могу да је туже за испуњење обавеза, али ни она не може њих да тужи.

У праву УК компанија чак нема право ни да по оснивању одобри предрегистрационе уговоре, те да на тај начин преузме на себе права и обавезе промотера према трећим лицима, или бар да им приступи, као додатни дужник или поверилац. Пренос права и обавеза са промотера на њу допуштен је једино ако треће лице пристане на то посебним уговором који закључује са компанијом после њеног оснивања са истом садржином у којој га је закључило са промотером пре оснивања. У правима осталих *common law* земаља (нпр. САД, Канада, Аустралија...), међутим, допуштено је компанији да по оснивању приступи обавезама оснивача накнадним одобрењем предрегистрационих уговора, о чему мора да обавести трећа лица. Тиме она постаје солидарни дужник са промотером према трећим лицима, јер он не може да је ослободи обавезе из предрегистрационог уговора без сагласности свог повериоца. У суштини, једина битна разлика енглеског у односу на немачки систем је у томе што у енглеском систему *нема законске персоналне суброгације* компаније у

---

24 Phillippe Merle, Anne Fauchon, *Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 2016, 114-119; Paul Didieer, Phillippe Didier, *Les sociétés commerciales*, Economica, Paris, 2011, 402-414. Супротно вид. Д. Дивљака, 35, 36. И Јужна Кореја прихвата систем преддруштва. Вид. D. Chng, 55-57.

часу оснивања на место промотера у предрегистрационим уговорима. То је могуће само на основу уговора који она по оснивању закључи са трећим лицем, што је случај у УК (уговорна суброгација). У осталим *common law* земљама је довољна њена једнострана изјава воље трећем лицу (накнадно одобрење уговора) да приступи дугу промотера, односно сагласност трећег лица да га ослободи дуга преносом на компанију.<sup>25</sup>

Енглески начин решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора уочљив је у преседану у САД у спору *Clinton Investors Co. v Watkins*.<sup>26</sup> Корпорација „Клинтон улагачи“, као закуподавац, уговорила је издавање својих просторија у закуп на три године корпорацији „Центар учења Клифтон парк“. Уговор о закупу са закуподавцем је закључио Берна Ваткинс, који се представио као закупчев благајник. Пре него што је закуп почео, Ваткинс је 31. маја 1984. године потписао додатак уговора о закупу, при чему је себе означио као благајника, а као уговорника је означио споменутог закупца. У то време, међутим, купац још није био регистрован као корпорација, већ је регистру био предат само захтев за резервацију његовог пословног имена. Ваткинс је погрешно схватио да је тим захтевом корпорација регистрована. Закупац је поднео захтев за регистрацију тек 11. фебруара 1985. године, иако је пре тога ушао у закупљене просторије, опремио их, отпочео делатност под резервисаним пословним именом, те платио закупнину и остале трошкове издавањем чекова. Он је годину дана касније, тачније марта 1986, дуговао закуподавцу закупнину у износу од 18.103 \$. Закуподавац је тужио закупца и Ваткинса ради наплате своје тражбине. Ваткинс се бранио да је уговор о закупу закључио са тужиоцем у име закупца, као корпорације, те да није лично одговоран. Тврдио је, осим тога, да је тужена корпорација по свом оснивању прихватила обавезе из уговора о закупу, те да га је тиме ослободила дуга. Суд је обавезао да туженици солидарно плате дуг тужиоцу, сматрајући Ваткинса за промотера. Корпорацијино прихватање предрегистрационог уговора га не ослобађа обавезе, јер се поверилац није са тим сагласио.

25 Mayson, Ryan, 636-638; Keenan, Bisacre, 53-58; P. Davies, 98-102; Beatty, Samuelson, Abril, 853; Roger LeRoy Miller, Frank B. Cross, *Business Law*, South-Western, Mason, 2013, 702; Jacobs Ziegel, "Promoter's Liability and Preincorporation Contracts: Westcom Radio Group Ltd. v. Macisac", *Canada Business Law Journal*, no. 16/1990, 341; Eddie Flores, "The Case for Eliminating Promoter Liability on Preincorporation Agreements", *Arizona Law Review*, no. 32/1990, 406-408.

26 536 NYS2d 270 (App Div 1989); доступно на адреси: <https://casetext.com/case/clinton-investors-company-v-watkins>, 20.03.2019. Вид. Twomey, Jennings, 1039.

## 2. Српско право

Српско компанијско право не уређује промотера, нити уређује одговорност за обавезе које оснивачи преузму у име привредног друштва пре његовог оснивања, јер Закон о привредним друштвима нема о томе правила.<sup>27</sup> Значи, оно не прихвата ни немачки ни енглески систем решавања проблема обавезности предрегистрационих уговора за основано друштво. Ова правна празнина нашег права може се попунити на један од два начина. Први је примена општих правила облигационог права, а други је примена правила о ортаклуку.

По општим правилима облигационог права, за обавезе из предрегистрационих уговора трећем лицу, саговорник, а тиме уједно дужник и поверилац, искључиво је оснивач, и кад га закључи у име будућег друштва. Због тога треће лице и после оснивања друштва може само од њега да захтева испуњење обавезе коју је преузео у његово име пре оснивања. Друштво које након свог оснивања одобри предрегистрациони уговор оснивача приступа дугу свог оснивача. Тиме не ослобађа дуга оснивача, већ постаје солидарни дужник са њим у односу са трећим лицем. За престанак дуга оснивача, а тиме и његов пренос на основано друштво, нужна је сагласност трећег лица, као повериоца, јер је реч о промени дужника.<sup>28</sup> Кад друштво оснива више оснивача од којих сваки закључи по неки предрегистрациони уговор, онда сваки оснивач самостално одговара саговорнику за преузете обавезе из „свог“ уговора, јер нема по закону њихове солидарне одговорности. У томе је разлика овог начина испуњавања празнине нашег права у односу на енглески систем, у којем више промотера исте компаније солидарно одговара по сваком предрегистрационом уговору који је било ко од њих закључио са трећим лицима. Овај начин испуњавања празнине нашег права није у складу са правом ЕУ у овом питању, јер се њиме предвиђа неограничена солидарна одговорност оснивача.

Правила уговора о ортаклуку примењива су само кад има више оснивача. Тада се може сматрати да је уговор о оснивању, у ствари, уговор о ортаклуку, а да су они ортаци који раде на послу оснивања привредног друштва. Ортаклук је у Србији данас уређен Српским грађанским законом из 1844. године (скр. СГЗ) на основу Закона о неважности правних

27 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011..., 95/2018.

28 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78,..., *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003), чл. 88, 446, 451.

прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (чл. 2. и 4).<sup>29</sup> Ортаци за дугове ортачке заједнице у пословима са трећим лицима одговарају неограничено и подељено.<sup>30</sup> Значи, оснивач одговара трећем лицу за обавезе из предрегистрационог уговора неограничено целом својом имовином, али подељено. Подељена одговорност значи да сваки оснивач, као ортак, учествује у укупном дугу трећем лицу, као повериоцу, само сразмерно свом уделу у капиталу ортаклука (нпр. ортак има 1/5 удела; дуг је 10.000 динара; удео ортака у дугу је 2.000 динара). Треће лице може одмах да намирује своју доспелу тражбину од једног или више оснивача, јер њихова одговорност за дугове ортаклука није супсидијерна. Значи, оно не мора најпре да покуша намирење из ортачке имовине, па ако не успе, да се намирује из приватне имовине оснивача. Ортачка заједница нема својство правног лица, те треће лице не може да је тужи ради намирења тражбине из уговора који је закључило са неким од оснивача. Ова правила о ортаклуку су примењива на обавезе који оснивачи привредног друштва створе за друштво након закључења уговора о оснивању док га региструју. Друштво након свог оснивања може да одобри предрегистрационе уговоре изјавом коју даје трећем лицу, чиме приступа правима и обавезама својих оснивача, које су настале пре његовог оснивања. Овај начин испуњавања празнине нашег компанијског права је више, иако не сасвим, у складу са правом ЕУ. Разлог недовољне усклађености је тај што се правом ЕУ намеће неограничена солидарна одговорност оснивача за обавезе преузете у име друштва у фази његовог оснивања, док се СГЗ-ом одређује њихова подељена одговорност.

## VII Закључак

У Србији су могуће злоупотребе оснивача друштва на штету компаније коју оснивају и трећих лица, те је питање коју им заштиту пружа наше право. Српско право има, као и *common law*, забрану пријема акција у берзу нове компаније до треће године након њеног оснивања, као и процену неновчаног улога. Процену, међутим, могу да врше сами оснивачи, а независно стручно лице је обавезно врши само кад се улог уноси у јавно акци-

29 Службени лист ФНРЈ, бр. 86/1946 и 105/1947. Слично Д. Дивљак, 32, 33.

30 СГЗ, пар. 750.

онарско друштво.<sup>31</sup> Наше право штити и осниваче у односу на основано друштво, јер друштву намеће обавезу да им накнади трошкове које су сносили ради његовог оснивања, под условом да је то предвиђено оснивачким актом.<sup>32</sup> Српско право, међутим, не пружа никакву заштиту привредном друштву и трећим лицима у виду дужности оданости оснивача, нити њихове солидарне одговорности за обавезе које преузму у његово име пре него што га оснују, као што то чини *common law* систем. Због тога би било добро да се у наше компанијско право унесу две допуне.

Прво, међу лица која имају посебне дужности према привредном друштву у члану 61. Закона о привредним друштвима треба да се уброје и њихови оснивачи, и то за обавезе које су преузели у име друштва пре његовог оснивања. На тај начин би им се наметнуле дужности оданости, избегавања сукоба интереса и рада у интересу будућег друштва већ у фази његовог оснивања, чиме би се појачано заштитили остали чланови друштва који нису оснивачи. Пошто нас енглеско искуство учи да лица која раде на пословима оснивања друштва не морају да постану и његови чланови (оснивачи), ваљало би да се и она дефинишу као посебни носиоци („обвезници“) посебних дужности према друштву поред оснивача и чланова друштва. Друго, ваљало би да се у Закону у привредним друштвима уреди одговорност оснивача за обавезе које преузму у његово име пре него што га оснују. Тиме би се трећа лица из предрегистрационих уговора боље правно заштитила него што је то данас случај. Ту би требало да се прихвати или немачки, или енглески систем уређивања овог питања. До тада би правна празнина у Закону о привредним друштвима требало да се попуњава правилима о ортаклуку из СГЗ-а.

---

31 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011..., 108/2016, чл. 121; ЗПД, чл. 50, 51 и 58.

32 ЗПД, чл. 16. Вид. М. Радовић, 169-173.

**Ph.D. Nebojša JOVANOVIĆ**

**Full-time professor at the Faculty of Law, University of Belgrade**

**IS THERE A NEED FOR LEGAL REGULATION  
OF PROMOTERS IN SERBIA\***

*Summary*

*In this paper the author explores rules on promoters within the common law systems, as the persons who do the job of founding the company and raising her capital. He explains their notion, historical causes of their appearance and legal regulation, their relationship with the founded company and its members, as well as their relationships with the third parties within the job of founding the company. The paper presents also solutions in comparative law relating the founders of the company and their liability toward third parties for the debts they made in order to create the company. In the end, the author concludes that it should be useful for Serbia to regulate the promoters, because there are their beginnings in practice. He also proposes the best ways of that regulation.*

**Key words:** promoter, founder, foundation of companies.

---

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

др Драган ВУЈИСИЋ\*

## ДИГИТАЛИЗАЦИЈА КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА

### Апстракт

Дигитализација компанијског права подразумева коришћење савремених технологија, односно електронских докумената, у поступку оснивања и регистрације привредних субјеката, као и у пословном животу привредних субјеката. Процес дигитализације компанијског права може се посматрати са два различита аспекта. Један аспект дигитализације представља остварење дигиталне комуникације између привредних друштава и државе, а други аспект остварење дигиталне комуникације између привредних друштава и различитих носилаца интереса за пословање привредних друштава – чланова друштва, поверилаца, запослених, потрошача итд. (стејкхолдери). Аутор у раду анализира оба наведена аспекта дигитализације компанијског права, а на крају рада указује на промене у српском компанијском праву, које су учињене у циљу дигитализације.

**Кључне речи:** компанијско право, дигитализација, електронска регистрација, дигитална комуникација, акционари.

### I Увод

Појам дигитализације означава поступак конверзије документа из облика који није електронски у електронски облик. Дигитализација је један од најзначајнијих сегмената електронског пословања, под којим се подразумева употреба података у електронском облику, средстава електронске комуникације и електронске обраде података у обављању послова физичких и правних лица.<sup>1</sup>

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

1 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (Службени гласник Републике Србије, бр. 94/2017), чл. 2 тач. 1.



Дигитализација компанијског права подразумева коришћење савремених технологија, односно електронских докумената, у поступку оснивања и регистрације привредних субјеката, као и у пословном животу привредних субјеката, а пре свега у поступку регистрације пословних промена које су предмет обавезне регистрације. Дигитализација компанијског права односи се и на поједине аспекте корпоративног управљања (седнице органа друштва путем средстава аудио и визуелне комуникације) и на средства комуникације између привредног друштва и његових чланова (првенствено акционара).<sup>2</sup> Остваривањем дигитализације у компанијском праву употреба класичних писаних докумената своди се на најмању могућу меру, а привредним субјектима се омогућава да своју међусобну комуникацију и комуникацију са државним органима и агенцијама надлежним за регистрацију привредних субјеката обављају електронским путем. Дигитализација је један од приоритета Европске комисије у погледу компанијског права. О томе сведоче бројни извештаји, анализе, научне и стручне конференције, које Европска комисија посвећује управо овој теми. Уосталом, Европска комисија је и творац кованице „дигитализација компанијског права“, која се све чешће користи.<sup>3</sup> У ширем смислу, може се говорити и о дигитализацији читавог привредног права, имајући у виду, између осталог, све присутнију електронску комуникацију између привредних субјеката, процес дематеријализације серијских хартија од вредности и сл. Промене које постоје у свакодневном животу не могу заобићи ни пословно окружење, које најчешће само, без икакве законске обавезе, користи бенефите различитих аспеката дигиталног пословања. Поред воље привредних субјеката, и законодавци широм Европе настоје да законском регулативом подстакну, а некад чак и наметну, остваривање вишег степена дигитализације. Тим путем иде и српски законодавац.

Процес дигитализације компанијског права може се посматрати са два различита аспекта. Један аспект дигитализације представља остварење дигиталне комуникације између привредних друштава и државе, а други аспект остварење дигиталне комуникације између привредних друштава и различитих носилаца интереса за пословање привредних друштава – чланова друштва, поверилаца, запослених, потрошача итд. (стејкхолдери).

---

2 European Commission, Report on digitalization in company law, Брисел, 2016, доступно на адреси: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016_en.pdf), 18.04.2019, 6-7.

3 *Ibid.*

## II Дигитална комуникација између привредних друштава и државе

Под дигиталном комуникацијом између привредних друштава и државе заправо се подразумева ова врста комуникације између надлежног органа за регистрацију привредних субјеката (националне агенције за привредне регистре) и привредних друштава и предузетника.<sup>4</sup> Значај успостављања ове врсте комуникације првенствено постоји у фази оснивања и регистрације привредног друштва. Савремено компанијско право захтева прописивање могућности електронског оснивања и регистрације привредних друштава. Са једне стране, могућност електронске регистрације повећава ефикасност, скраћује време потребно за оснивање и смањује трошкове. Са друге стране, електронска регистрација представља ризик за правну сигурност, па је зато неопходно спречити или свести на најмању могућу меру могућност преварних радњи и злоупотреба које су чешће у поступку електронског оснивања у односу на „класично“ оснивање. Могућност електронског оснивања има све већи значај у савременој, „отвореној“, глобализованој привреди, у којој физичка и правна лица све чешће оснивају привредна друштва на територијама страних држава. Ефикасност и економичност не смеју ићи науштрб правне сигурности, па је неопходно осигурати начине утврђивања идентитета оснивача.

Како би се пружила истинска могућност електронског оснивања неопходно је прописати могућност подношења свих докумената неопходних за оснивање електронским путем (нпр. потврда уплате основног капитала, таксе за регистрацију и сл.). Ефикасно функционисање електронског оснивања било би олакшано ако би на интернет сајту националне агенције за привредне регистре били доступни примери и модели конститутивних аката друштва или приручник, упутство са напоменама о питањима која су важна у поступку оснивања, затим о питањима која треба регулисати оснивачким актом или статутом и сл.<sup>5</sup> Посебну тешкоћу представља електронско подношење докумената који морају бити оверени од стране јавног бележника (нотара).<sup>6</sup> Чак и у овом случају неопходно је пружити могућност оснивачима да оснују привредно друштво без „физичког“ присуства.<sup>7</sup>

---

4 *Ibid*, 15-16.

5 *Ibid*, 18.

6 José Carmelo Llopis Benlloch, „Notaries and digitalisation of company law“, *ERA Forum*, бр. 1/2018, 59-61.

7 *Ibid*.

Важно је да комуникација између државе и привредног друштва буде у што већој мери дигитализована и током редовног пословања привредног друштва. Често постоји потреба за регистрацијом нових или измењених докумената током пословања, или података о самом пословању привредног друштва. Истинска дигитализација компанијског права подразумева постојање могућности електронског подношења свих ових докумената. Међутим, и током редовног пословања привредног друштва неопходан је опрез и обезбеђивање правне сигурности приликом коришћења средстава електронске комуникације. Тако, на пример, ако би дошло до промене регистрованог директора електронским путем, истог тренутка треба послати обавештење о томе привредном друштву и оставити му кратак рок да потврди да је промена извршена од стране овлашћеног лица.<sup>8</sup>

Значајан корак у правцу отвореног и транспарентног пословања привредних друштава учињен је недавно на нивоу Европске уније. Јуна 2017. године створен је Систем међусобног повезивања привредних регистара (енг. *Business Registers Interconnection System - BRIS*).<sup>9</sup> У овом систему сада се налазе подаци о свим привредним друштвима основаним у државама чланицама ЕУ, као и у Исланду, Лихтенштајну и Норвешкој. Поред основних података о привредним друштвима, у систему се налазе информације о огранцима и представништима страних правних лица, као и о прекограничном спајању привредних друштава.<sup>10</sup> Овај ниво транспарентности повећава правну сигурност поверилаца, пословних партнера, потрошача у пословању са привредним друштвима, која припадају другој држави чланице ЕУ (или државама које су део система, а које су део Европског удружења слободне трговине - ЕФТА). Међутим, висок ниво транспарентности изазива бојазан од злоупотребе широко доступних информација и кршења посебних прописа о заштити података. Основни принцип који би требало применити када је у питању међусобно повезивање привредних регистара са територија различитих држава је да све информације које су доступне у домаћој држави треба да буду доступне и заинтересованим лицима у страним државама.<sup>11</sup> Следећи корак у развоју система повезивања регистара тицао би се међусобне размене информација између различитих националних привредних регистара.

---

8 European Commission, Report on digitalization in company law, 20.

9 Информације о Систему међусобног повезивања привредних регистара доступне су на адреси: <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/pages/viewpage.action?pageId=46992657>, 19.04.2019.

10 *Ibid.*

11 European Commission, Report on digitalization in company law, 21.

### III Дигитална комуникација између привредних друштава и чланова привредног друштва и других стејкхолдера

Процес дигитализације има велики значај за привредна друштва и њихову комуникацију са члановима друштва и другим стејкхолдерима (повериоцима, запосленима, потрошачима итд.). Дигитализација би свакако поједноставила и убрзала комуникацију и учинила релевантне информације о привредном друштву доступним на бржи, ефикаснији и јефтинији начин. Усвајање и примена савремених технологија у свакодневном пословању често су кључне детерминанте компанија које одликује висок степен ефикасности. Савремене технологије дају значајан допринос и у стварању снажне и здраве конкуренције на читавом тржишту. Зато је веома значајно успостављање електронске комуникације између привредног друштва и чланова друштва и других стејкхолдера, односно размене информација између ових субјеката електронским путем.<sup>12</sup> Тако, на пример, треба омогућити привредном друштву да информације о свом пословању доставља члановима електронским путем, али и члановима да се друштву обраћају средствима савремене технологије. Дигитализација, такође, подразумева закључивање уговора електронским путем. Два основна потенцијална проблема која се могу јавити коришћењем електронске комуникације тичу се веродостојности информација и података садржаних у комуникацији (очување тајности те комуникације) и утврђивања идентитета учесника комуникације (што је посебно значајно приликом закључивања електронских уговора).<sup>13</sup>

Приликом правног регулисања електронске комуникације између привредних друштава и стејкхолдера треба имати у виду да овај вид комуникације није увек изводљив у свим привредним друштвима. Тако, на пример, у малим привредним друштвима у којима се чланови друштва лично познају и често одржавају „физичке“ састанке, постојање електронске комуникације није неопходно, а ни целисходно. Другачији логика важи за велика јавна акционарска друштва која имају неколико хиљада акционара и са којима други вид комуникације, осим електронске, готово да није ни могућ, или је барем веома компликован.

Електронска комуникација треба да постоји у вези са следећим питањима: обавештавање чланова привредног друштва о седницама скупштине друштва; именовање пуномоћника који врши право гласа у име члана привредног друштва, као и доношење одлуке о његовом разре-

---

12 *Ibid*, 23-24.

13 J. Benlloch, 58.

шењу; гласање на седницама скупштине; право члана привредног друштва да допуни дневни ред било у погледу разматрања неких питања или доношења одлука о другим питањима, као и право на постављање питања; право да прими резултате гласања електронским путем; пријем финансијских извештаја, извештаја о пословању и сл. електронским путем; било која информација о вршењу права чланова привредног друштва; обавештење акционара о понуди за преузимање акционарског друштва и о свим детаљима те понуде.<sup>14</sup>

У пословној пракси већ годинама бројна велика привредна друштва користе у значајној мери различита средства електронске комуникације за пружање информација акционарима о вршењу њихових права и учешћу на седницама скупштине привредног друштва. Међутим, у досадашњој пословној пракси уочени су и одређени проблеми које са собом носи коришћење савремених технологија. Тако се поставило као питање шта ако се догоде технички проблеми током гласања чланова друштва електронским путем. Спорно је да ли је одлука скупштине валидна ако су поједини чланови друштва имали техничких проблема, па чак и ако је одлука донета потребном већином и без гласова чланова друштва који су били онемогућени да учествују у гласању.<sup>15</sup> Такође, потребно је обезбедити да лице која гласа електронским путем буде заиста лице које има право гласа, односно не сме се дозволити гласање неовлашћеним лицима.

Многа привредна друштва имају интернет страницу, која представља значајан елемент њихове идентификације у пословном промету и својеврстан вид „комуникације“ са различитим стејкхолдерима. Привредно друштво може користити и своју интернет страницу за размену информација са својим члановима и другим носиоцима интереса у вези са пословањем привредног друштва. У правној литератури као спорно поставило се питање да ли је потребно прописати обавезу за сва привредна друштва да имају интернет страницу. Узимајући у обзир разлике у погледу величине, обима пословања, висине средстава којима располажу, броја запослених итд., које постоје између различитих привредних друштава, није целисходно прописати законску обавезу да привредна друштва морају да имају интернет страницу.

---

14 European Commission, Report on digitalization in company law, 25.

15 *Ibid*, 24.

#### IV Дигитализација српског компанијског права

Изменама и допунама српског ЗПД од јуна 2018. године учињено је неколико важних корака у правцу дигитализације српског компанијског права: омогућена је електронска регистрација привредних друштава; прописана је обавеза за сва привредна друштва и предузетнике да региструју адресу за пријем електронске поште; укинута је употреба пословног печата у пословној комуникацији.

И пре усвајања измена и допуна ЗПД од јуна 2018. године Агенција за привредне регистре започела је 1. јануара 2018. године са електронском регистрацијом предузетника, што је био почетни корак у дуготрајном процесу електронске регистрације осталих организационих облика обављања привредне делатности, а пре свега привредних друштава. Најзначајнија измена ЗПД из 2018. године, која омогућава електронску регистрацију свих правних форми привредних друштава, јесте прописивање могућности да оснивачки акт привредног друштва може бити састављен не само у писаној, већ и у електронској форми. Конкретније, поред класичне писане форме оснивачког акта, исти може бити састављен као електронски или дигитализовани документ. Измене и допуне ЗПД у погледу електронске или дигитализоване форме оснивачког акта не могу се посматрати одвојено од одредаба Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама поверења у електронском пословању из 2017. године (у даљем тексту: ЗЕД).<sup>16</sup> Овим законом електронски документ дефинисан је као скуп података састављен од слова, бројева, симбола, графичких, звучних и видео материјала, у електронском облику.<sup>17</sup> Оснивачки акт као електронски документ подразумева израду овог акта у електронској форми, а у том случају оверу потписа замењује квалификовани електронски потпис чланова друштва, осим ако то није у супротности са прописима којима се уређује промет непокретности.<sup>18</sup> Квалификовани електронски потпис је напредни електронски потпис који је креиран квалификованим средством за креирање електронског потписа и који се заснива на квалификованом сертификату за електронски потпис.<sup>19</sup> У случају израде оснивачког акта као електронског документа, оснивачи друштва не морају да оверавају потписе на оснивачком акту код јавног бележника, као у случају састављања класичног осни-

---

16 Службени гласник Републике Србије, бр. 94/2017.

17 ЗЕД, чл. 2 тач. 4.

18 ЗПД, чл. 11 ст. 2.

19 ЗЕД, чл. 2 тач. 30.

вачког акта у писаној форми. Изузетак би била ситуација у којој је предмет улога оснивача непокретна имовина. Тада би оснивачки акт морао да садржи тзв. солемнизациону клаузулу, с обзиром да уношењем непокретности као неновчаног улога у привредно друштво долази до преноса права својине на непокретности са оснивача на привредно друштво.<sup>20</sup> ЗЕД-ом је дефинисан и појам дигитализованог документа, који је, такође, значајан за примену ЗПД-а, пошто ЗПД уводи могућност израде оснивачког акта као дигитализованог документа. Дигитализовани документ је документ који је настао дигитализацијом изворног документа.<sup>21</sup> Оверу потписа на оснивачком акту, ако је реч о дигитализованом документу, може да замени квалификовани електронски потпис, односно квалификовани електронски печат лица које је овлашћено за оверу потписа, рукописа и преписа у складу са законом којим се уређује овера потписа, рукописа и преписа (јавни бележник).<sup>22</sup> Јавни бележник утврђује идентитет потписника документа који се дигитализује, у складу са законом којим се уређује овера потписа, рукописа и преписа.<sup>23</sup> Ово практично значи да у случају израде оснивачког акта као дигитализованог документа, оснивачи састављају акт у класичној писаној форми, потом исти предају јавном бележнику, који акт дигитализује, а након провере идентитета оснивача, такав дигитализован документ оверава својим квалификованим електронским потписом, односно квалификованим електронским печатом. Оснивачки акт се потом предаје оснивачима у дигитализованој форми. На овај начин дигитализовани оснивачки акт подобан је за електронску регистрацију, односно за достављање Агенцији за привредне регистре електронским путем. Иако су ЗПД-ом, барем нормативно, испуњене све претпоставке за електронску регистрацију свих правних форми привредних друштава у Србији, Агенција за привредне регистре је од 17. октобра 2018. године омогућила електронску регистрацију само једночланих друштава са ограниченом одговорношћу.<sup>24</sup> Електронска регистрација предузетника и једночланих друштава са ограниченом одговорношћу, која је тренутно могућа у Србији, требало би да буде само почетни корак ка електронској регистрацији свих правних форми привредних друштава.

20 Златко Стефановић et al., *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2018, 29.

21 ЗЕД, чл. 2 тач. 44.

22 ЗПД, чл. 11 ст. 3.

23 ЗПД, чл. 11 ст. 4.

24 Доступно

<http://www.apr.gov.rs/%D0%B5%D0%A3%D1%81%D0%BB%D1%83%D0%B3%D0%B5.aspx>

на:

ЗПД из 2011. године прописао је могућност постојања посебне адресе за пријем електронске поште привредних друштава, а измене и допуне закона из јуна 2018. године прописују обавезу за сва друштва да региструју адресу за пријем електронске поште.<sup>25</sup> То значи да сва новооснована привредна друштва и предузетници у Србији од 1. октобра 2018. године морају регистровати ову адресу, док постојећа привредна друштва и предузетници имају рок да то учине до 1. октобра 2019. године. С обзиром на то да је савремено пословно окружење већ наметнуло потребу постојања *e-mail* адресе привредних субјеката, и без постојања посебне законске обавезе, јасно је да ова обавеза неће представљати терет за привредне субјекте, већ је она само израз већ постојеће и устаљене пословне праксе.<sup>26</sup>

Још једна промена у правцу омогућавања дигитализације пословања привредних субјеката односи се на потпуно укидање обавезе привредних субјеката да користе пословни печат у пословним писмима и другим документима. Подсећања ради, основном верзијом ЗПД из 2011. године (текст закона без измена и допуна од јуна 2018. године) направљен је значајак корак према престанку употребе пословног печата у привредном пословању, тако што је било прописано да привредно друштво није дужно да употребљава пословни печат у пословним писмима и другим документима друштва. Међутим, основном верзијом закона остављена је могућност да обавеза употребе пословног печата буде прописана посебним законом. Бројни посебни закони, као и подзаконски акти, прописали су ову обавезу (нпр. Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе, Закон о жиговима, Закон о државној ревизорској институцији, Закон о задужбинама и фондацијама итд.). Изменама и допунама ЗПД-а из 2018. године недвосмислено је прописано да се посебним прописима не може привредном друштву увести обавеза употребе печата у пословним писмима и другим документима друштва.<sup>27</sup> Пословна писма и други документи друштва, укључујући и оне у електронској форми, који су упућени трећим лицима садрже пословно или скраћено пословно име, седиште, адресу за пријем поште, ако се разликује од седишта, матични број и порески идентификациони број друштва.<sup>28</sup> Такође, изменама и допунама ЗПД прописано је да даном почетка примене закона престају

---

25 ЗПД, чл. 21 ст. 1.

26 Драган Вујисић, „Новине у Закону о привредним друштвима Републике Србије“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (уредник Славко Ђорђевић), Крагујевац, 2018, 391.

27 ЗПД, чл. 25 ст. 3.

28 ЗПД, чл. 25 ст. 1.



да важе све одредбе закона и подзаконских прописа, које се односе на обавезну употребу печата.<sup>29</sup>

**Dragan VUJISIĆ, PhD**

**Full time professor at the University of Kragujevac Faculty of Law**

### DIGITALISATION IN COMPANY LAW

*Digitalisation in company law entails using modern technologies, that is electronic documents in the process of establishment and registration of business subjects, as well as during the business life of business subjects. The process of digitalisation may be considered from the two different aspects. One aspect of digitalisation represents the achievement of digital communication between companies and a state, while the second aspect presents the achievement of digital communication between companies and different stakeholders – shareholders, creditors, employees, consumers, etc. The author in this paper analyses both aspects of digitalisation in company law, and at the end of the paper he indicates what changes have been made in the Serbian company law, aimed to achieve digitalisation.*

**Key words:** *company law, digitalisation, electronic registration, digital communication, shareholders.*

---

<sup>29</sup> Види чл. 160. Закона о изменама и допунама ЗПД.

Др Марија КРВАВАЦ\*

Др Јелена БЕЛОВИЋ\*\*

## ПРАВО НА ОСНИВАЊЕ ОГРАНАКА И ПРЕДСТАВНИШТВА СТРАНИХ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Резиме

*У раду се анализирају одредбе српских прописа о оснивању представништва и огранака страних привредних друштава на подручју Републике Србије. Указује се на различите облике пословних јединица преко којих је страним привредним друштвима доступно право на пословање у нашој земљи. У овој области још увек важе поједини прописи који су строго рестриктивни када је реч о пословању страних привредних друштава. У складу са тим анализирају се специфичности у односу на могућност обављања различитих делатности страног привредног друштва, имајући у виду њихову припадност.*

*Домаћа привредноправна регулатива уређује и положај лица која имају држављанство или припадност чланице Европске уније, са седиштем на подручју државе чланице, у оквиру доступности права на обављање делатности, самостално или путем оснивања предузећа и трговачких друштава у другим државама.*

**Кључне речи:** *страно привредно друштво, представништво, огранак, статус.*

### І Увод

Доступност одређене категорије права странаца и њихово признање може бити везано за посебан поступак пред надлежним органом или

---

\* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет

\*\* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет

за одлуку надлежног органа. У посебним категоријама ова права могу уживати како физичка тако и страна правна лица. Позитивни прописи дају широке могућности за пословање страних физичких и правних лица, било да је пословање профитабилног или непрофитабилног карактера. Странцем се у класичном смислу сматра свако лице које нема домаће држављанство<sup>1</sup> док је страно правно лице оно које има страну државну припадност (према месту оснивања, односно стварног седишта).<sup>2</sup> Законска дефиниција страног правног лица у Републици Србији садржана је у Закону о улагањима<sup>3</sup> где се појам страног правног лица дефинише по критеријуму седишта, уз проширивање дефиниције и на огранак страног правног лица који је регистрован у Републици Србији.

Право на пословање се у начелу признаје свим страним физичким и правним лицима и оно дејствује *erga omnes*. Обим права на пословање уређује се актом, односно уговором о оснивању, или уговором о заједничком улагању у коме се утврђује облик привредног друштва у складу са домаћим прописима, право на управљање и учествовање у органима друштва, овлашћена лица за заступање, начин распоређивања добити и др. Право на пословање је утврђено нормама унутрашњих извора, а у мањем делу инструментима међународног права. У ширем смислу речи, право на пословање се признаје странцима у већини земаља као опште право, тако да су странци у погледу услова за пословање изједначени са домаћим правним и физичким лицима. Ипак, када се ради о закључивању послова велике вредности прописи неких земаља захтевају испуњење специфичних услова који су слични и/или исти са условима за стално пословање, као што је отварање сталног представништва, одређивање овлашћеног и одговорног лица са пословним седиштем на домаћој територији, оснивање и регистравање домаће фирме преко које ће посао бити закључен итд.

Уговор о оснивању ЕЗ предвиђа слободу пословног настањивања за држављане држава чланица (чл.43. т.9) тако што: *"трговачка друштва и предузећа која су основана у складу са прописима једне државе чланице, и*

1 Закон о странцима, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018, чл.3 ст.1 тач.1.

2 Поједини аутори употребљавају термине припадност и националност као синониме : види нпр. Михајло Јездић, *Међународно приватно право*, Научна књига, Београд, 1980, 141. Милан Пак, *Приручник за примену међународног приватног права*, Службени лист, Београд, 1974., 52. Наше међународно приватно право прихвата држављанство (припадништво) правних лица као тачку везивања у погледу способности правних лица. Ближе: Варади Гибор, Бернадет Бордаш, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, девето издање, ПФ Београд, Службени Гласник, Београд, 2007, 281.

3 Закон о улагањима, *Службени гласник*, бр. 89/2015, чл. 3 ст.5 тач.а.

која имају своје регистровано седиште, своју главну управу или главно место пословања унутар Заједнице, изједначена су у примени одредаба овог поглавља са физичким лицима држављанима државе чланице" (чл. 48.).

Домаће право прихвата становиште да је право на пословање страних лица опште право уколико она послују на домаћој територији посредно-преко домаћег заступника, а релативно резервисано ако послују на неки други начин. Закон о привредним друштвима<sup>4</sup> (ЗОПД) уређује правни положај страних лица у вршењу различитих облика привредне делатности у Републици Србији. Сходно томе, страном привредно друштво може обављати делатност у складу са својим потребама и домаћим прописима у оквиру којих може: основати представништво; домаће трговачко друштво у којем су сви страна лица или заједно са домаћим лицима; као и могућност образовања огранака.

Ово право гарантовано је и Уставом РС из 2006. године<sup>5</sup> у чл. 97 у коме се наводи да Република Србија уређује и обезбеђује: „положај странаца и страних правних лица“ (тач. 5) и „друге односе од интереса за Републику Србију, у складу са Уставом“ (тач.17).

Страна привредна друштва која имају државну припадност државе чланице ЕУ могу и непосредно пружати услуге у нашој земљи.<sup>6</sup> Пословна пракса указује на то да страна привредна друштва најчешће посежу за оснивањем у складу са домаћим правом или стицањем удела у постојећим домаћим трговачким друштвима, док се представништва и огранци у пракси појављују ређе.

## II Страно привредно друштво

Страно привредно друштво представља правно лице које је ваљано основано по праву државе у којој има регистровано седиште изван територије наше земље. ЗОПД предвиђа да је седиште место из кога се управља друштвом, а које је као такво предвиђено оснивачким актом, статутом или

---

4 Закон о привредним друштвима-ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014-др.закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.

5 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

6 Европски привредни простор (*European Economic Area*) настао је 1. јануара 1994. године споразумом чланица Европске економске заједнице (данас ЕУ) и ЕФТА (*European Free Trade Association*-Европска асоцијација слободне трговине) ради стварања јединственог тржишта како би се испоштовале четири слободе на којима почива ЕЕЗ, односно слобода промета робе, кретања људи, пружања услуга и кретања капитала.

одлуком скупштине, односно одлуком ортака или комплементарара.<sup>7</sup> Наиме, од значаја је где страно привредно друштво има регистровано седиште ако га право државе у којој је седиште сматра ваљано основаним. У домаћој доктрини преовлађује становиште да у случају када се неком законском одредбом регулишу права странаца, или права страних правних лица а не одређује појам странца, припадност правног лица треба одредити према критеријумима усвојеним у домаћој кодификацији међународног приватног права. У складу са тим, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ)<sup>8</sup> прописује начин на који се одређује припадност правног лица и упућује на примену права земље по чијим је законима то правно лице основано. Ипак, уколико оно има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано, и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе, што упућује на примену места оснивања у комбинацији са правом места стварног седишта.<sup>9</sup> Поједини двострани уговори који садрже одредбе о признању правних лица друге државе уговорнице такође предвиђају кумулативне критеријуме места оснивања и седишта правног лица.<sup>10</sup> Меродавно право на које упућује колизионо решење везано за критеријум седишта привредног друштва (*lex societatis*) уређује питање његовог правног положаја, од тренутка оснивања до престанка; страначке и процесне способности; облик и организацију друштва; положај, права и одговорности чланова и органа друштва; овлашћење за заступање друштва; начин престанка друштва. Државе које примењују теорију стварног седишта полазе од права државе у којој друштво има главну управу или стварно место пословања, тако да би регистровано и стварно седиште требало да буду у истој држави.<sup>11</sup> Регистровано, односно статутарно седиште привредног друштва, односно седиште које се наводи у осни-

7 ЗПД, чл.19 ст. 1.

8 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима-ЗРСЗ, „Службени лист СФРЈ“, бр.43/1982, 72/82, „Службени лист СРЈ“, бр.46/96, „Сл.гласник РС“, бр.46/2006-др.законои.

9 ЗРСЗ, чл.17.

10 Уговор о трговини и пловидби ФНРЈ и Швајцарске, чл.10; Уговор о трговини и пловидби Краљевине Југославије и Холандије,чл.4, итд.

11 Већина правних система уопште не помиње припадност правног лица већ директно користи седиште или место оснивања као тачке везивања за одређивање меродавног права за статус правног лица. Теорија седишта се примењује у Белгији, Француској, Немачкој, Грчкој, Шпанији, Португалији, Латвији, Пољској, Норвешкој, Естонији, Аустрији, Словенији, Румунији, док се теорија места оснивања примењује у Уједињеном Краљевству (термин *seat* је уведен тек имплементацијом Бриселске конвенције о надлежности и извршењу судских одлука 1982. год.), Холандији, Ирској, Швајцарској и са извесним изменама у Данској, Шведској и Финској.

вачком акту и статуту најчешће се поклапа са стварним седиштем, али се не морају нужно налазити у истом месту, осим ако није тако прописано правом државе регистрације. Стварно седиште се може променити, односно изместити у другу земљу на начин предвиђен изјавом о оснивању друштва или уговором, односно статутом, без последица по статус друштва. То значи да се оснивачким актом друштва може одредити орган који треба да донесе одлуку о промени односно измештању седишта.

Нацрт Закона о међународном приватном праву<sup>12</sup> проширује појам припадности правног лица и на организације без својства правног лица, при чему се мисли на огранак и представништво страног лица што је у складу са савременим тенденцијама у развоју европског међународног приватног права.<sup>13</sup> Колизивно решење је модерно и руководи се начелом правне сигурности, обзиром да као критеријум узима државу у којој је лице уписано у јавни регистар.

Европско друштво које се оснива на територији Републике Србије стиче својство правног лица регистрацијом у регистар привредних субјеката у складу са Законом о регистрацији.<sup>14</sup> Уколико се седиште европског друштва преноси у нашу земљу регистрација се такође врши у складу са Законом о регистрацији, с тим што је за ову регистрацију неопходна и потврда надлежног органа државе чланице у којој је друштво регистровано о испуњености услова за пренос седишта у складу са правом те земље.<sup>15</sup> Европски суд правде у више пресуда полази од теорије оснивања која омогућава привредним друштвима остварење слободе пословног настањивања и обављања привредне делатности на територији целе ЕУ.<sup>16</sup>

---

12 Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву-Нацрт. доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/obavestjenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, 1.08.2018.

13 Чл. 10 Нацрта гласи: „Правно лице и организација без својства правног лица имају припадност државе у чији су јавни регистар уписани; Ако правно лице још није уписано или се не уписује у јавни регистар, сматра се да има припадност државе према чијем је праву основано; Ако организација без својства правног лица још није уписана или се не уписује у јавни регистар, сматра се да има припадност државе према чијем је праву организована.“

14 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре РС, Службени гласник РС, бр.99/2011 и 83/2014.

15 ЗПД, чл. 577.

16 У пресуди *Centros Ltd v. Erhvers-og Selskabsstyrelsen* Европски суд правде је заузео становиште да је: "противно члановима 52. и 58. Уговора о ЕЗ поступање државе чланице која одбија да региструје огранак друштва основаног у складу са правом државе чланице у којој има седиште, али у којој не обавља пословну делатност, када је огранак требао да омогући друштву да цело своје пословање обавља у држави чланице у којој оснива огранак без оснивања друштва у тој

Слобода пословног настана обухвата право предузимања и обављања самосталне делатности, као и право оснивања и управљања предузећима, посебно привредним друштвима на подручју ЕУ.<sup>17</sup> Секундарно пословно седиште подразумева да трговачко друштво основано у једној држави чланици шири своје пословање у другим државама чланицама оснивањем филијала, представништва и заступништва.

За положај страних привредних друштава која послују на подручју Републике Србије значајна је и одредба Закона о спољнотрговинском пословању (ЗОСП)<sup>18</sup> која предвиђа да се домаћим лицима имају сматрати правна лица, огранак домаћег и страног правног лица као и предузетник који имају седиште, односно који су регистровани у нашој земљи, док се сва друга имају сматрати страним лицима.

Павна теорија и пракса указују на вишеструки, пре свега фискални и пословни значај седишта: за испуњење фискалних обавеза; за одређивање месне надлежности регистра; за одређивање месне надлежности суд-

---

држави чланици. Ово тумачење не спречава тела те државе чланице да предузимају све одговарајуће мере за спречавање или кажњавање превара, по потреби, у сарадњи са државом оснивања." (С-2012/97 од 9 марта 1999.); У пресуди поводом спора између друштва *Überseering BV* које је основано према холандском праву и уписано у трговачки регистар Амстердама и Хаарлема и друштва *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* са седиштем у Немачкој о отклањању недостатака приликом извођења грађевинских радова у Немачкој за шта је *Überseering* ангажовао *NCC*, суд је стао на становиште да је супротно члановима 43. и 48. Уговора о ЕЗ да се друштву, које је основано према праву државе чланице у којој има статутарно седиште и за које се претпоставља према праву друге државе чланице да је своје стварно седиште управљања преселило тамо, у тој држави одузима правна способност а тиме и страначка способност пред њеним националним судовима ради остваривања права из уговора које је друштво закључило са друштвом које је основано у тој држави чланици. Уколико је друштво основано према праву државе у којој има и своје статутарно седиште. у другој држави остварује слободу пословног седишта, друга држава је у складу са члановима 43. и 48. Уговора о ЕЗ обавезна да призна правну способност, а тиме и страначку способност коју то друштво поседује према праву државе у којој је основано." (С-2008/00 од 5. новембра 2002.) Vidi, Holst –Jessel Christa, Hrvoje Sikirić, Vilim Bouček, Davor Babić, *Zbirka doluka suda Evropske Unije, Narodne novine, Zagreb, 2014, 110, 222*. Ближе: Jurić Dionis, „Evropsko pravo društava“, *Pravo i porezi, Zagreb, vol. 12, br.5/2003, 74*. Дакле, Европски суд је становишта да ако је трговачко друштво правољано основано по праву једне земље чланице, друга држава чланица у којој то друштво обавља привредну делатност и има своје стварно седиште не може променом својих правних прописа утицати на статус трговачког друштва.

- 17 Под појмом трговачких друштава се подразумевају она која су основана по правилима грађанског или трговачког права, укључујући и задруге као и остала правна лица уређена јавним и приватним правом, осим оних које обављају непрофитне делатности, чл. 49-54 УФЕУ.
- 18 Закон о спољнотрговинском пословању РС, *Службени гласник РС*, бр.36/2009, 36/2011-др. закон, 88/2011 и 89/2015-др. закон, чл.3.

ских и управних органа, у парничном, ванпарничном, извршном и управном поступку у коме учествује привредно друштво; за одређивање месне надлежности органа за вршење надзора над законитошћу рада привредног друштва; за одређивање места склапања уговора уколико стране нису навеле то место; за одређивање меродавног права које ће се применити на уговор према правилима међународног приватног права (*lex societatis*); за одређивање надлежности у стечајном поступку; за одређивање места испуњења обавезе, ако то није одређено у уговору и слично.<sup>19</sup>

Поменути Нацрт Закона о међународном приватном праву у складу је са савременим европским тредовима, па решење проблема у ситуацијама када је стварно седиште правног лица, или организације без својства правног лица другачије од државе у којој је то правно лице уписано у јавни регистар, решава тако што се сматра да правно лице има припадност оне државе у којој је уписано у јавни регистар, односно уколико то лице није уписано, или се не уписује у јавни регистар, по праву државе према чијем праву је оно организовано. Држава којој то правно лице припада, у оквиру свог правног система даје одговоре на следећа питања, односно уређује: а) правну природу, правну и пословну способност правног лица, односно организације без својства правног лица; б) оснивање, правну форму и престанак; в) име и фирму; г) организациону структуру; д) овлашћење органа за заступање правног лица, односно организације без својства правног лица; њ) стицање и престанак чланства и остваривање права и обавеза по основу чланства; е) одговорност правног лица, односно организације без својства правног лица, њених чланова и чланова њених органа за обавезе правног лица односно организације без својства правног лица; ж) одговорност за повреду обавеза предвиђених статутом или правом које уређује статус правног лица односно организације без својства правног лица; з) страначку и парничну способност.<sup>20</sup> По први пут српско међународно приватно право предвиђа и обим примене меродавног права када су у питању правна лица.

### III Огранак страног привредног друштва

Привредна друштва основана у једној држави могу пословати на територији друге државе непосредно и самостално, као тзв. примарно пословно настањивање, и кроз облике секундарног пословног настањивања.

19 Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Службени Гласник, Београд, 2006, стр. 97-98.

20 Нацрт, чл. 65.



вања односно преко друштва-кћери (филијале) или преко представништва, заступништва и огранака на тлу друге државе. У праву ЕУ право на обављање привредне делатности самостално или путем оснивања друштва и предузећа у другим државама представља једно од основних права гарантованих оснивачким уговором.

У регулисању различитих облика пословних јединица у нашем праву огранак страног привредног друштва представља издвојени организациони део привредног друштва, преко кога оно обавља делатност у нашој земљи у складу са законом.<sup>21</sup> Из законских одредби јасно произилази да огранак није правно лице већ чини део трговачког друштва оснивача и у правном промету иступа у име и за рачун привредног друштва. То значи да огранак не улази у правни промет као субјекат, тако да у правном промету иступа под пословним именом друштва, уз навођење да је реч о огранку. Као пословна јединица, огранак се оснива за трајно обављање делатности оснивача изван његовог седишта у складу са Законом о регистрацији. У правном промету склапа правне послове и предузима радње, у односу на које права и обавезе стиче његов оснивач. Сходно томе, добит коју огранак остварује припада привредном друштву-оснивачу.

Огранак се оснива одлуком надлежног органа страног привредног друштва и уписује се у домаћи привредни регистар. Привредно друштво има потпуну аутономију у доношењу одлуке о томе хоће ли образовати огранак одлуком скупштине, односно одлуком ортака или комплементара уколико оснивачким актом или статутом није другачије одређено.<sup>22</sup> У теорији се истиче да се огранак оснива када друштво има намеру да трајно обавља привредну делатност изван земље свог седишта са намером пословања и у будућности, односно на неодређено време.<sup>23</sup> Одлука о образовању мора изричито да садржи назив и адресу огранка; његову платежну способност; пословно име, назив, правну форму и седиште; податак о регистрованом капиталу; адресу и др.<sup>24</sup> У складу са тим огранак мора да поседује финансијска средства, као и пословне просторије и опрему, да има запослене за обављање привредне делатности као и лица која ће га заступати. Привредно друштво које основало огранак у Републици Србији не

21 ЗПД, чл.567.

22 ЗПД, чл.568.

23 Ближе, Sorensen Karsten Engsig, "Branches of Companies in the EU: Balancing the Eleventh Company Law Directive, National Company Law and the Right of Establishment", *Nordic& European Company Law Working Paper*, No. 10-37, 2013.,10.доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2264091>, 12. 03. 2019, 9-10.

24 ЗПД, чл.573.

мора све своје послове да обавља преко огранка, већ то може чинити и непосредно. Послови које страном привредно друштво закључи преко огранка у нашој земљи имају елемент иностраности па се поставља питање сукоба закона и сукоба јурисдикција у случају евентуалног спора. ЗОРСЗ предвиђа да се у правним пословима са елементом иностраности може уговорити надлежност страног суда као *forum prorogatum*, или надлежност арбитраже. Осим тога, постојање огранка, представништва или заступништва страног правног лица на територији наше земље представља критеријум за установљење посебне надлежности (форум филијале) домаћег суда у појединим споровима (као што је случај са облигационоправним споровима покренутим против тог лица), под условом да је обавеза настала у нашој земљи или да треба да се изврши код нас).<sup>25</sup>

За успостављање форума филијале ирелевантно је да ли је филијала посебан правни субјект. Да ли је обавеза настала и где, утврђује се према *lex causae*, док се место извршења обавезе утврђује према *lex fori*.<sup>26</sup> Пред форумом филијале могуће је водити све спорове који су настали у вези са вршењем делатности представништва, без обзира да ли су оне уговорне, или, пак, вануговорне природе. За заснивање овог форума довољно је да је представништво правног лица са седиштем у иностранству посредовало у закључењу одређеног правног посла.<sup>27</sup>

Приликом регистрације назива и адресе огранка страног привредног друштва региструје се лично, односно пословно име заступника огранка и обим његових овлашћења и финансијски извештаји оснивача, ако су састављени и подвргнути ревизији и обелодањени на основу права државе по којем оснивач има ту обавезу.<sup>28</sup> Пријаву за упис образовања огранка подносе заступници по закону страног привредног друштва оснивача, домаћој Агенцији за привредне регистре. Овлашћена лица у

---

25 ЗРСЗ, чл.55. Из домаће судске праксе: Решење Окружног суда у Београду, ГЖ I. 684/97 од 1. септембра 1997. (Судска пракса бр. 6, Београд, јун 1998, 49.) којим је суд стао на становиште да није надлежан за радни спор против страног правног лица које нема представништво, стално заступништво односно орган коме је поверено да врши његове послове на територији тадашње Југославије. У образложењу суд се, између осталог, позива и на чл.55 ЗОРСЗ тако што у споровима против страног правног лица које има седиште у иностранству, у погледу обавеза које су засноване у нашој земљи или се овде морају испунити, тужба се може поднети домаћем суду на чијем подручју се налази његово стално заступништво или седиште органа коме је поверено да врши његове послове. За страначку способност страног правног лица меродавно је право припадности правног лица, која се одређује по праву државе по ком је оно основано.

26 Александар Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, УБПФ, Београд, 2016, 205.

27 А. Јакшић, 205.

28 ЗПД, чл. 573.

огранку која имају овлашћење заступања привредног друштва оснивача предузимају правне послове по налозима оснивача, с тим што је овлашћења у обављању делатности огранка могуће проширити, одлуком оснивача. До престанка огранка долази на темељу одлуке оснивача, или ако оснивач престане да постоји, односно ако буде избрисан из Регистра привредних друштава, осим у случају статусне промене када постоји одлука правног следбеника оснивача о наставку рада огранка.<sup>29</sup>

На оснивање и регистрацију огранка страног привредног друштва примењују се на одговарајући начин одредбе општег дела ЗОПД о оснивању огранака домаћих привредних друштава, с тим што су предвиђене одређене специфичности. Ближи услови дефинисани су подзаконским актима.<sup>30</sup> Поред тога, Закон о порезу на добит правних лица Републике Србије<sup>31</sup> предвиђа да нерезидент подлеже опорезивању добити коју оствари пословањем преко сталне пословне јединице која се налази на нашој територији на начин прописан законом, уколико међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није другачије уређено<sup>32</sup>. То значи да се у пореском смислу, огранак третира као резидент, односно као домаће лице. Притом, нерезидент обвезник је правно лице које је основано и има место сталне управе ван територије наше земље. Сходно овом пропису стална пословна јединица подразумева свако стално место пословања преко којег нерезидентни обвезник обавља делатност а нарочито: огранак, погон, представништво.<sup>33</sup>

Огранак страног привредног друштва има претежну делатност, а може обављати све друге делатности које нису законом забрањене, независно од тога да ли су одређене одлуком о образовању огранка. Ради оба-

29 ЗПД, чл. 572.

30 Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Службени гласник РС*, бр. 42/2016, чл. 19. Одредба прописује да се уз пријаву за регистрацију огранка страног привредног друштва прилаже: 1) одлука о образовању огранка; 2) извод из регистра у коме је страно привредно друштво регистровано, са преводом на српски језик овлашћеног судског тумача; 3) доказ о бројевима рачуна преко којих страно привредно друштво послује; 4) изјава овлашћеног лица страног привредног друштва о преузимању одговорности друштва за све обавезе које настану у вези са пословањем огранка оверена од надлежног органа овере, са преводом овереним на српски језик овлашћеног судског тумача.

31 Закон о порезу на добит правних лица- ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр.25/2001, 80/2002-др.закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014-др.закон, 142/2014, 91/2015-аутентично тумачење, 112/2015, 113/2017, 95/2018.

32 Подаци о билатералним уговорима о избегавању двоструког опорезивања доступно на адреси: <http://www.mfin.gov.rs/pages/issue.php?id=7063>, 31. 03. 2019.

33 ЗПДЛ, чл.4.

вљања делатности огранак, као и представништво страног правног лица, може се на домаћем тржишту јавити као послодавац који запошљава и страна физичка лица.<sup>34</sup> Огранак подноси захтев организацији надлежној за послове запошљавања у поступку издавања дозволе за рад за кретање у оквиру привредног друштва регистрованога у иностранству, односно зависног друштва које је регистровано у Републици Србији, у циљу привременог упућивања, односно премештаја запосленог на рад у тај органак, односно зависно друштво, под условом да је лице код страног послодавца запослено најмање годину дана на пословима руководиоца, менаџера или специјалисте за поједине области и да ће у Републици Србији обављати исте послове.<sup>35</sup> Један од услова за издавање дозволе јесте да странац има одобрење за привремени боравак.<sup>36</sup>

У одређеним случајевима прописаним посебним законима постоји обавеза страног правног лица, које пружа услуге или обавља делатност у више објеката на територији Републике Србије, да за сваки објекат оснује посебан огранак.<sup>37</sup>

#### IV Представништво страног привредног друштва

Право страних лица да отварају представништва је релативно резервисано. Ово право уређено је Законом о привредним друштвима, Законом о спољнотрговинском пословању као и Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. Представништва и заступништва представљају мање „интензиван“ организациони модел присуства страног правног лица на домаћем тржишту. Као и огранак, и представништва представљају издвојени организациони део страног правног лица, која могу обављати само претходне и припремне радње у циљу закључења правних послова тог лица. Представништво не може, као што је то случај са огранком, обављати одређену привредну делатност. Оно може да обавља претходне и припремне радње у циљу закључења правног посла свог оснивача. У нашем АПР-у представништва се углавном региструју само за једну делатност: услужне активности подр-

34 Закон о запошљавању странаца- ЗЗС, *Службени гласник РС*“, бр.128/2014, 113/2017 и 50/2018.

35 ЗЗС, чл. 21.

36 ЗС, *Службени гласник РС*, бр.24/2018, почео је да се примењује од 3. октобра 2018. године. Овај Закон дефинише и нове основе за давање дозволе привременог боравка, које ранији Закон о странцима из 2008. године није познавао. Вид. чл.40 ЗС.

37 Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 99/2011 – др. закон, 93/2012 и 84/2015. Ова обавеза предвиђа се уколико страном правном лице обавља угоститељску, наутичку и делатност пружања услуга изнајмљивања путничких возила са или без возача.

шке пословања. Те радње најчешће се односе на истраживање тржишта. Додатно, до скоро је на снази било ограничење да представништва страних правних лица не могу закључивати уговоре у спољнотрговинском пословању, међутим то ограничење више не постоји у новијој верзији Закона о спољнотрговинском пословању.<sup>38</sup>

Представништва страних правних лица се обавезно региструју у Регистру приврених субјеката. Приликом регистрације потребно је доставити: 1) одлуку надлежног органа страног привредног друштва о оснивању (ова одлука садржи: назив и седиште регистра у ком је оснивач представништва регистрован; назив, правну форму и седиште оснивача представништва; матични, односно регистарски број оснивача представништва; лично име, односно пословно име заступника оснивача представништва; адресу представништва; лично име, односно пословно име заступника представништва); 2) промене ових података и престанак представништва.

Представништво нема својство правног лица, за обавезе према трећим лицима настале у његовом пословању одговара страном правно лице. Представништво послује преко нерезидентног рачуна свог оснивача, односно страног правног лица, и у томе је основна разлика у односу на огранак који послује преко резидентног рачуна, обзиром да се у пореском смислу третира као домаће лице.

## V Закључак

Одлука о интернационализацији пословања страних привредних друштава подразумева постојање економских и пословних предуслова на тржишту у коме се проширује пословање. Ради смањења ризика овакве одлуке, страна привредна друштва се махом одлучују на посебне организационе облике присуства на страном тржишту, у форми оснивања огранака или представништва. Овај облик посредног учешћа на тржишту свакако носи мањи ризик од непосредног учешћа на страном тржишту, и веома често он представља предфазу непосредног учешћа која се спроводи у циљу испитивања иностраног тржишта. То значи да она углавном долазе као предходница страних привредних друштава-оснивача огранака и представништва.

Према подацима АПР-а само у 2017. години у нашој земљи регистровано је 42 представништва страних привредних друштава и 72

---

38 За упоредни приказ ближе у: Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, фп. 73.

огранка страних привредних друштава. Оснивачи представништава страних правних лица махом су привредна друштва из САД-а, Швајцарске, Немачке, Аустрије, Француске и других земаља.<sup>39</sup> У функцији ширења делатности матичне фирме страни привредни субјекти послују на територији Србије најчешће у области трговине на велико, консултантских активности у вези са пословањем и управљањем, у пословима изградње стамбених и нестамбених зграда итд.

**Marija KRVAVAC, Ph.D.**

**Professor at the University in Priština-Kosovska Mitrovica, Faculty of Law**

**Jelena BELOVIĆ, Ph.D.**

**Professor at the University in Priština-Kosovska Mitrovica, Faculty of Law**

## **RIGHT TO ESTABLISH BRANCHES OF NON-RESIDENT COMPANIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### ***Abstract***

*The paper analyzes the provisions of Serbian regulations on the establishment of branch offices and branches of foreign companies in the Republic of Serbia. It refers to different forms of business units through which foreign companies are entitled to business in our country. In this area of law, certain regulations are strictly restrictive when it comes to the operation of foreign companies in our country. Accordingly, specificities are analyzed regarding the possibility of performing various activities of a foreign company, bearing in mind their legal personality.*

*Foreign legal persons with a personality or membership of a member state of the European Union, with headquarters in the territory of a Member State, have the right to engage in business independently or through the establishment of companies in other countries.*

**Key words:** *foreign company, branches of the foreign companies, seat, the place of registration, status.*

---

39 Доступно на адреси: <https://www.ekapija.com/news/2021132/u-2017-registrovano-43446-novih-privrednih-subjekata-osnovana-i-72-ogranka-stranah>, 30. 03. 2019.

Др *Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ*\*

## ОСВРТ НА ПРЕКОГРАНИЧНИ ЕЛЕМЕНТ КАО УСЛОВ ОСНИВАЊА ЕВРОПСКОГ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА У СРПСКОМ ПРАВУ\*\*

### *Резиме*

*Закон о привредним друштвима је изменама крајем 2018. године по први пут у српско право унео одредбе о Европском акционарском друштву, које ће се примењивати након што Србија постане чланица ЕУ. Реч је о специфичној супранационалној форми „европског“ друштва, чија конкурентност представља једно од његових важних обележја. Услови оснивања предвиђени су императивним одредбама Уредбе која уређује ову форму, како у погледу начина оснивања, тако и субјеката који учествују у формирању те правне форме. Српско право је, уносећи у свој правни систем правила којима омогућава оснивање и функционисање Европског акционарског друштва, такође предвидело лимитативне услове. Ипак, њихов садржај није идентичан правилима Уредбе, а посебан несклад постоји у дефинисању прекограничног елемента као услова за оснивање Европског акционарског друштва. То питање биће размотрено у овом раду, са критичким освртом на његову садржину и могуће негативне последице.*

**Кључне речи:** *Европско (акционарско) друштво. – Државна припадност. – Седиште. – Право на настањивање. – Дискриминаторне одредбе.*

### **I Увод**

Недавним изменама Закона о привредним друштвима из 2018. године по први пут је у српском праву предвиђена нова форма Европског

---

\* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2019. годину.

акционарског друштва.<sup>1</sup> Реч је о важној форми друштва, која је намењена потребама унутрашњег тржишта ЕУ и чија конкурентност унутар и ван оквира тог тржишта представља његово најважније обележје. Ипак, европско друштво није само још једна алтернативна форма друштва која се нуди у оквирима националних права, већ врло специфична „европска форма“ са низом особености, почев од сврхе постојања, извора права којима је уређена, модалитетима формирања и бројним другим ограничењима.

Будући да је реч о форми која и даље не може да се оснива у Републици Србији, и зависи од будућег чланства Републике Србије у Европској Унији, сматрамо да је важно да домаћу јавност до тада упознамо са многим специфичним особеностима које има ова форма.<sup>2</sup> Прва од њих – који су услови нужни ради формирања Европског акционарског друштва, имајући пре свега у виду прекограничну природу поступка – биће предмет овог рада. Једноставније речено, овај рад жели да скрене пажњу на питање ко може да оснује европско друштво. Притом, то је и прво питање којим аутор жели да да критички осврт на неке од концепцијских одредби којима се Европско акционарско друштво уводи у српско право, указујући на њихову озбиљну мањкавост. Како до примене одредби има још времена, врло је важно имати у виду све недостатке који до сада постоје, како би се на време исправили. Тиме би и корист постојања ове форме у српском праву, једном када буде било могуће њено оснивање, била значајнија.

## II Неколико концепцијских карактеристика Европског акционарског друштва

Статут Европског акционарског друштва усвојен је у оквиру ЕУ крајем 2001. године.<sup>3</sup> Иако је представљао први пројекат компанијског права ЕУ, коначни усвојени текст прати бурна законодавна историја, тео-

---

1 Чл. 150 Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 44/2018 предвидео је чланове 577а-577ш у Делу једанаестом А Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – други закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018. Српски законодавац именује ову форму као Европско акционарско друштво, или, алтернативно, европско друштво.

2 Иако је чл. 161 ст. 1 тач. 2 Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима предвидео да се одредбе које регулишу Европско акционарско друштво примењују од 1. јануара 2022. године, њихова примена ће се одложити у случају да до тада Србија не постане чланица Европске уније.

3 Уредба о Статуту Европског акционарског друштва – Уредба о Статуту СЕ, Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *OJ L 294*, 10.11.2001. Сви званични документи ЕУ доступни су на адреси: [www.europa.eu](http://www.europa.eu), 9.4.2019.



ријске расправе, четири неуспешна званична предлога и бројни незванични амандмани, који су се окончали политичким компромисом након више од три деценије.<sup>4</sup> Акт који је омогућио оснивање посебне „европске“ форме – Европског акционарског друштва са универзалним латинским називом *Societas Europaea (SE)* била је Уредба, која је ступила на снагу 8. октобра 2004. године. Сматра се престижним пројектом компанијског права ЕУ који уводи свој „најбољи модел“ форме друштва (*Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrecht*) у европска компанијска права.<sup>5</sup>

Поред бројних значајних последица које произлазе из коришћења Уредбе као специфичног регулаторног акта на нивоу ЕУ, на овом месту вреди истаћи да су њене одредбе у целости обавезујуће и да се директно (непосредно) примењују у свим земљама чланицама ЕУ.<sup>6</sup> Ипак, узимајући у обзир да је реч о увођењу специфичне форме које има делимичну, иако важну везу са националним правом према месту свог регистрованог седишта,<sup>7</sup> Уредба је оставила додатни период како би се омогућило формирање и функционисање ове форме у националним оквирима, и ради тога су земље чланице имале обавезу „имплементације одредби које се односе на Европско акционарско друштво“ или усвајања посебних правила само за ту форму, ради ефективне примене одредби Уредбе.<sup>8</sup> Дакле, Уредба само у појединим питањима унификује национална права, док у другима оставља простор за додатно национално супсидијарно уређење.

Данас постоји укупно 3183 друштва у овој форми.<sup>9</sup> Највећи практични значај Европско акционарско друштво имало је у реализацији различитих прекограничних поступака, најчешће статусних промена или

---

4 Укратко о историјату СЕ вид. нпр. Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, 671-673; Carla Tavares Da Costa, Alexandra De Meester Bilreiro, *The European Company Statute*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York, 2003, 1-7.

5 Carsten Schäfer, „Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung“, *NZG*, Nr. 17/2004, 789; Holger Fleischer, „Supranational corporate forms in the European Union: Prolegomena to a theory on supranational forms of association“, *Common Market Law Review*, Nr. 6/2010, 1676.

6 То, уосталом, наводи и сама Уредба о Статуту СЕ у закључним одредбама. Вид. текст након последњег чл. 70 Уредбе о Статуту СЕ.

7 Вид. чл. 9 Уредбе о Статуту СЕ.

8 Вид. чл. 9 ст. 1 тач. ц) под i) и ст. 2, као и чл. 68 ст. 1 Уредбе о Статуту СЕ. То је такође био и рок транспонувања одредби Директиве о учествовању запослених у СЕ, Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, *OJ L 294*, 10.11.2001, која прати Уредбу са којом је повезана.

9 Подаци на дан 9. априла 2019. наведени из базе: <http://ecdb.worker-participation.eu/>, 9.4.2019.

других поступака реорганизације и ширења већ повезаних друштава, која послују у различитим земљама чланицама ЕУ.<sup>10</sup> Осим тога, честа оснивања у појединим земљама чланицама (нарочито Чешка Република и Немачка) су указала и на могуће коришћење предности ове – конкурентне форме ради избегавања примене појединих националних одредби које би се примењивале на (национална) акционарска друштва.<sup>11</sup> Најзад, међу разлозима оснивања ове форме вреди истаћи и могућност њене прекограничне покретљивости. Наиме, регистровано седиште Европског акционарског друштва мора се наћи на територији Уније, у истој земљи чланици у којој се налази њено стварно седиште.<sup>12</sup> Ипак, регистровано седиште може се променити у другу земљу чланицу уз очување правног субјективитета и уз правни континуитет, поштујући правила која су посебно уредила тај поступак.<sup>13</sup> Управо је прекогранична промена седишта била одлучујућа приликом избора форме Европског акционарског друштва у првим годинама након њеног усвајања.<sup>14</sup>

## 1. Услови за формирање Европског акционарског друштва

Основно правило Уредбе је могућност оснивања посебне форме Европског акционарског друштва *на територији Уније* под условима који су за њу предвиђени.<sup>15</sup> Пре свега је, дакле, реч о друштву које се формира на територији Уније, и намењено је функционисању на унутрашњем тржишту. Супротно, није ограничено, нити је циљ његовог формирања национални оквир. На првом месту није уређено националним,

---

10 Више о том аспекту коришћења форме Европског акционарског друштва вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Европско акционарско друштво и групе“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније (2016)* (уредник Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 78 и даље.

11 Посебно о овом феномену у Чешкој Републици вид. емпиријске податке уз теоријску анализу у: Horst Eidenmüller, Jan Lasák, *The Czech Societas Europaea Puzzle*, ECGI Law Working Paper No. 183/2011, December 2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1969215>, 9.4.2019, 3 и даље. Такође вид. и Студију о пословању и утицају Европског акционарског друштва, која је за Европску комисију састављена 2009. године, укључујући податке о основаним СЕ и њиховим специфичностима: Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) – Final report 9 December 2009*, Report drawn up following call for tender from the European Commission, Ernst & Young Societe d'avocats, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/se/study\\_SE\\_9122009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf), 9.4.2019.

12 Чл. 7 Уредбе о Статуту СЕ.

13 Чл. 8 Уредбе о Статуту СЕ.

14 Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, 209.

15 Чл. 1 Уредбе о Статуту СЕ.

већ европским правом, иако стоји у вези са једним националним правом према месту регистрованог седишта.<sup>16</sup> Дакле, има особену – двоструку природу делом европског, а делом националног друштва.<sup>17</sup> Национално право ниже је у хијерархији извора, али и даље има комплементарну улогу у уређењу ове форме.

Од бројних правила на овом месту вреди издвојити услове под којима је дозвољено формирање ове особене форме друштва. То је један од ретких сегмената који су уређени на јединствен начин. Последица ових материјалних одредби Уредбе је унификација националних права. Ова правила је могуће непосредно применити и она воде идентичном правном режиму у питањима која регулишу.<sup>18</sup>

Поступци који воде ка формирању Европског акционарског друштва су лимитативно уређени, као и услови које морају да задовоље субјекти који у њима учествују. Њихов основни смисао лежи у потреби реорганизовања пословања које је по обиму и значају нарочито важно за оквире унутрашњег тржишта.<sup>19</sup> Предвиђено је само четири начина оснивања Европског акционарског друштва (*numerus clausus*), ради ограничења његовог слободног формирања.<sup>20</sup> Поред тога, ограничења важе и у погледу оснивача – те строги услови искључују да оснивачи буду физичка лица. Такође, привредна друштва која учествују у оснивању морају да имају везу са најмање два национална права.

---

16 Чл. 9 Уредбе о Статуту СЕ. На овом месту неће даље бити речи о праву које се примењује на Европско акционарско друштво, иако је реч о изузетно далекосежном и важном питању у његовом уређењу и функционисању. Вид. више о последицама примене права на структуру СЕ и његово функционисање: Татјана Јевремовић Петровић, „Структура органа у европским формама друштава“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010, 100 и даље.

17 Док творци СЕ говоре о „балансираној комбинацији између законодавства земаља чланица и додатној вредности европске интервенције“ (вид. С. Tavares Da Costa, А. De Meester Bilreigo, vii), теорија није увек благонаклона у односу на ово двојство природе СЕ. Вид. нпр. Christoph Hauschka, *Die Europäische Aktiengesellschaft zwischen Einheitlichkeitsanspruch und Nationalisierung des Statuts*, Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1992, 11.

18 Поред ових одредби, која уређују настанак СЕ, материјалне одредбе у Уредби нису бројне. Односе се на основне карактеристике, захтеве одређења седишта, и могућност његове промене, као и основна обележја структуре. Вид. и: S. Grundmann, 677-678.

19 Вид. рецитал 1 и 2 Уредбе о Статуту СЕ.

20 Mathias Habersack, „Art. 2 SE-VO“, *SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung* (Hrsg. Mathias Habersack, Florian Drinhausen), 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2016, 13; Jürgen Oechsler, „Der praktische Weg zur Societas Europea (SE) – Gestaltungsspielraum und Typenzwang“, *NZG*, Nr. 17/2005, 698.

Наиме, постоји само *четири начина настанка ове форме*: прекогранично припајање или спајање, формирање холдинг друштва или зависног друштва, као и поступак трансформације националног у форму Европског акционарског друштва. Дакле, оснивање Европског акционарског друштва увек подразумева већ постојећа привредна друштва која га формирају различитим поступцима реорганизације. Формирање зависног Европског акционарског друштва могуће је и када то чини непосредно (и самостално) већ формирано Европско акционарско друштво.<sup>21</sup> У теорији се такав случај сматра секундарним начином оснивања, који се разликује од основна четири начина формирања Европског акционарског друштва, и води формирању потпуно зависног Европског акционарског друштва.<sup>22</sup>

## 2. Прекогранични карактер поступка којим се формира Европско акционарско друштво

Други услов који је нужан за настанак Европског акционарског друштва, и који ће нарочито бити даље истакнут у раду, односи се на услове које морају да испуне субјекти који учествују у његовом формирању и они се свде на *постојање прекограничног елемента*. То значи да је основна идеја у стварању ове форме постојање прекограничних активности, и учешће више субјеката из *различитих* земаља чланица ЕУ, који се реорганизују тако да формирају Европско акционарско друштво. Дакле, по правилу се захтева да друштва која учествују у оснивању Европског акционарског друштва имају државну припадност најмање две *земље чланице*, али је испуњење прекограничног елемента могуће и пословањем у другој земљи са трајним присуством.<sup>23</sup> Циљ те одредбе био је да онемогући „чисто“ националне реорганизације, односно да ограничи могућност избора европске уместо националне форме друштва.<sup>24</sup> Дакле, прекогранични елемент има циљ да спречи злоупотребу националних форми акционарских друштава, нарочито императивних одредби које су биле предвиђене националним правом. Могућност изигравања нарочито је била истакнута пре постизања политичког споразума о учешћу запо-

21 Вид. чл. 3 ст. 2 Уредбе о Статуту СЕ.

22 Marcus Lutter, „Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?“, *Der Betriebs-Berater*, Nr. 1/2002, 4; Wolfgang Servatius, „Die Europäische Aktiengesellschaft“, *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler, Lutz Strohn), Verlag C.H.Beck, München, 2011, 2845. Детаљно о начинима формирања Европског акционарског друштва вид. Т. Јевремовић Петровић (2016), 79-84.

23 О том критеријуму у ранијим предлозима Статута СЕ вид. М. Habersack (2016), 14.

24 S. Grundmann, 678.

слених у органима Европског акционарског друштва, али је то питање превазиђено након усвајања Уредбе о Статуту Европског акционарског друштва, коју прати Директива о учествовању запослених у овој форми.<sup>25</sup>

Осим тога, прекогранични критеријум имао је циљ да задовољи критеријум супсидијарности из (тада важећег) Уговора о оснивању ЕЗ (а сада Уговора о функционисању ЕУ).<sup>26</sup> У сваком случају, сматра се да прекогранични критеријум има строго формални карактер, а не функцију заштите интереса (нпр. акционара или поверилаца).<sup>27</sup> Стога и евентуална промена (или доцнији губитак) прекограничног елемента нема даље последице за функционисање Европског акционарског друштва.<sup>28</sup>

Прекогранични карактер поступка формирања Европског акционарског друштва дошао је посебно до изражаја у сваком од особених начина његовог формирања.<sup>29</sup> У случају да се Европско акционарско друштво формира путем припајања (или спајања), нужно је да у том поступку учествују *најмање два акционарска друштва (основана према праву државе чланице када на територији Уније имају регистровано или стварно седиште) која су регулисана правом различитих земаља чланица*.<sup>30</sup> Дакле, могуће је да у поступку учествује два или више друштава, али је нужно да постоји прекогранични елемент који се огледа у чињеници да су најмање два друштва припадници различитих земаља чланица – прекогранично припајање.<sup>31</sup>

У случају формирања холдинг друштва у форми Европског акционарског друштва нужно је да у поступку учествују друштва чија је одговорност ограничена (различите националне форме друштва са ограниченом одговорношћу или акционарског друштва) која су основана према праву државе чланице када на територији Уније имају регистровано или стварно седиште. Притом је нужно да *најмање два друштва имају различиту државну припадност или у последње две године свако од њих има*

25 Вид. детаљно: М. Habersack (2016), 14-15.

26 Принцип супсидијарности, у то време дефинисан чл. 5 Уговора о оснивању ЕЗ. Више о томе вид. Adriaan F.M. Dorresteyn, Odeaya Uziahu-Santcroos, „The Societas Privata Europea under the Magnifying Glass (Part 1)“, *European Company Law*, Nr. 6/2008, 279.

27 J. Oechsler, 698-699.

28 W. Servatius, 2843.

29 Прекогранични елемент за сваки поступак је дефинисан чл. 2 Уредбе о Статуту СЕ.

30 Чл. 2 ст. 1 Уредбе о Статуту СЕ.

31 О прекограничном елементу поступка припајања вид. Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 30-31.

*зависно друштво различите државне припадности или огранак који се налази у другој земљи чланици ЕУ.*<sup>32</sup> Прекогранични елемент овде је испуњен не само када друштва имају различиту државну припадност, већ када (оба) обављају прекограничне активности – чињеницом да у другој земљи имају зависна друштва или огранке.

Још шири круг субјеката – сва друштва и правна лица која имају профитну делатност, и која су основана према праву државе чланице када на територији Уније имају регистровано или стварно седиште могу да формирају зависно друштво у форми Европског акционарског друштва, уколико *најмање два друштва имају различиту државну припадност или у последње две године свако од њих има зависно друштво различите државне припадности или огранак који се налази у другој земљи чланици ЕУ.*<sup>33</sup> Дакле, прекогранични елемент идентично је дефинисан приликом формирања холдинг или зависног Европског акционарског друштва.

Најзад, Европско акционарско друштво може да се формира и променом правне форме акционарског друштва које је основано према праву државе чланице уколико има регистровано или стварно седиште на територији Уније. Ово је једини случај када у формирању Европског акционарског друштва учествује само једно друштво, али се чак и тада захтева прекогранични елемент. Он постоји када друштво које мења форму и постаје Европско акционарско друштво има у последње две године зависно друштво које је регулисано правом друге земље чланице.<sup>34</sup>

Сваком од начина формирања је својствено учешће друштава која су регулисана различитим националним правима, или када су њихове активности прекограничног карактера, па укључују постојање зависног друштва које има различиту државну припадност (или се огранак налази у другој земљи). Дакле, постојање *друштава чија је државна припадност различита (или евентуално огранка у другој земљи)* представља суштинско обележје прекограничног елемента у свим наведеним поступцима.

---

32 Чл. 2 ст. 2 Уредбе о Статуту СЕ. Вид. Günter Christian Schwarz, „Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft“ ZIP, Nr. 42/2001, 1850.

33 Чл. 2 ст. 3 Уредбе о Статуту СЕ.

34 Чл. 2 ст. 4 Уредбе о Статуту СЕ. Дакле, у овом случају прекогранични карактер није испуњен уколико друштво има само огранак (као у претходна два случаја) у другој земљи чланици. Ипак, у овом случају није дозвољена истовремена промена регистрованог седишта Европског акционарског друштва, како би се избегле злоупотребе. Вид. чл. 37 ст. 3 Уредбе о Статуту СЕ.

### III Прекогранични елемент приликом оснивања Европског акционарског друштва у српском праву

Иако има много важних питања о којима вреди расправљати, овај рад посветио је сву пажњу само једном важном питању, нужном ради формирања Европског акционарског друштва: дефинисању прекограничног елемента у новим одредбама Закона о привредним друштвима.

#### 1. Одредбе српског права које дефинишу прекогранични елемент

Српско право изричито је предвидело под којим условима се може основати Европско акционарско друштво на домаћој територији. Ова законодавна техника није, иначе, уобичајена. Национална права која су у своје право унела поједина правила која посебно важе за Европско акционарско друштво нису преписивали (препричавали) одредбе Уредбе које се непосредно примењују, већ су углавном разрадили оне одредбе које су биле нужне ради лакшег оснивања и функционисања Европског акционарског друштва. Због тога у националним правима најчешће ни нема одредби које уређују услове под којима може да се оснује Европско акционарско друштво, будући да је то једно од ретких питања које је императивно уређено материјалним одредбама Уредбе.<sup>35</sup>

Тако је предвиђено да се Европско акционарско друштво на територији Републике Србије може основати припајањем, односно спајањем акционарских друштава, *од којих је најмање једно регистровано на територији Републике Србије*, а друго на територији друге државе чланице, при чему је у случају припајања друштво стицалац регистровано у Републици Србији.<sup>36</sup> Други начин подразумева формирање холдинг европског друштва које оснивају најмање два друштва од којих је најмање једно од њих друштво са ограниченом одговорношћу или акционарско друштво *регистровано на територији Републике Србије*, а најмање једно на територији друге државе чланице; или су најмање два друштва, *регистрована на територији Републике Србије* од којих свако у периоду од најма-

35 Упор. нпр. одредбе хрватског Закона о увођењу СЕ (Zakon o uvođenju Europskog društva – Societas Europea (SE) i Europskoga gospodarskoga interesnog udruženja (EGIU)), *Narodne novine*, br. 107/07, 110/2015.

36 Чл. 577г ст. 1 тач. 1 ЗОПД. На овом месту неће детаљно бити речи о одредби која државну припадност друштва одређује само према месту (праву) у коме је друштво регистровано, без да води рачуна о другим критеријумима које користи Уредба о Статуту СЕ, и која у обзир узима поред тог и чињеницу места у коме се налазе регистровано и стварно седиште, као и постојање стварне и трајне везе за економијом земље чланице. Вид. нарочито чл. 2 Уредбе о Статуту СЕ.

ње две године има регистрован органак или контролисано друштво чији је искључиви власник.<sup>37</sup> Трећи начин подразумева оснивање контролисаног европског друштва које оснивају најмање два друштва од којих је једно од њих друштво са ограниченом одговорношћу или акционарско друштво *регистровано на територији Републике Србије*, а најмање једно друштво капитала на територији друге државе чланице; или су најмање два друштва, *регистрована на територији Републике Србије* од којих свако има у периоду од најмање две године регистрован органак или контролисано друштво чији је искључиви власник.<sup>38</sup> Најзад, могућа је и промена правне форме акционарског друштва које у периоду од најмање две године на територији друге државе чланице има регистровано контролисано друштво чији је искључиви власник.<sup>39</sup> Овај четврти случај је, дакле, једини случај у коме се помиње прекогранични елемент без да се припадност везује за тачно одређено национално право (државна припадност Републике Србије на основу места где је друштво регистровано). То је,

37 Чл. 577г ст. 1 тач. 2 ЗОПД. Овде ваља скренути пажњу да Уредба није дефинисала шта се сматра зависним друштвом, како би био испуњен услов прекограничне активности, нити помиње потпуно зависно друштво. Владајуће мишљење је супротно од српског, и не тражи да је друштво потпуно зависно, те се расправља о критеријумима када постоји зависност која доводи до испуњености овог услова. Вид. М. Habersack (2016), 19. Дакле, одредба ЗОПД да је нужно да постоји *потпуно зависно* друштво непотребно је (и неоправдано) сузила захтев који се односи на прекограничну активност.

38 Чл. 577г ст. 1 тач. 3 ЗОПД. На овом месту скрећемо пажњу на чињеницу да је круг правних лица која могу да учествују у формирању зависног друштва код овог начина формирања Европског акционарског друштва преуско уређен. Наиме, Уредба о Статуту СЕ предвиђа да Европско акционарско друштво као зависно друштво могу основати „друштва, односно правна лица дефинисана (ранијим) чл. 48 Уговора о ЕЗ“, сада важећем чл. 54 Уговора о функционисању ЕУ. Овај члан говори о „друштвима или лицима, основаним према праву земље чланице, која имају регистровано, седиште главне управе или главно место пословања на територији Уније“, при чему се под „друштвима или лицима мисли на оне организационе облике приватног или трговинског права, укључујући и задруге и друга правна лица регулисана јавним или приватним правом, изузев оних која немају профитну циљну функцију“. Без детаљне анализе, за коју нема довољно простора у овом раду, и на први поглед је јасно да је дефиниција значајно шира од оне из ЗОПД која од домаћих друштава издваја само друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво, док код страних говори о „друштвима капитала“. Док су то код нас и, на пример, ортакчко или командитно друштво, али и јавно предузеће, као и друге посебне организационе форме са профитном циљном функцијом; дотле је круг шири и за страна друштва. Примера ради, немачка теорија наглашава да се као могуће форме које учествују у оснивању Европског акционарског друштва на овај начин могу јавити како друштва капитала, тако и друштва лица. Вид. W. Servatius, 2850. За још шири круг примера, укључујући грађанске организационе облике са профитном циљном функцијом, задруге и слично вид. М. Habersack (2016), 20.

39 Чл. 577г ст. 1 тач. 4 ЗОПД.



међутим, према одредбама Уредбе једини случај када промена правне форме не сме да обухвати и поступак прекограничне промене седишта. Дакле, ово је једини пример формирања Еворпског акционарског друштва када национална припадност (а тиме ни регистровано седиште) не сме да се промени.<sup>40</sup> Другим речима, једино у овом случају би било могуће да само друштво које има српску државну припадност, а реч је о акционарском друштву, промени форму у Европско акционарско друштво, уколико су за то испуњени сви предвиђени услови. Тим пре, јер је и међу одредбама српског права које уређују поступак промене правне форме, посебно наглашено да је забрањен пренос седишта акционарског друштва регистрованог на територији Републике Србије у другу државу чланицу истовремено са променом правне форме у европско друштво.<sup>41</sup>

## 2. Мањкавост одредби

Приликом дефинисања прекограничног елемента ради оснивања Европског акционарског друштва српски законодавац је начинио важан пропуст, *дефинишући прекогранични елемент на дискриминаторан начин*. То је учињено одредбама, о којима је било речи у претходном излагању, према којима сваки од поступака оснивања Европског акционарског друштва (изузев промене правне форме) захтева постојање друштва од којих најмање једно мора да буде регистровано на територији Републике Србије (српско друштво). Другим речима, оснивање Европског акционарског друштва на територији Републике Србије није дозвољено припадницима других земаља чланица уколико у поступку не учествује друштво које је регистровано у Републици Србији (иако непрецизно одређен, и не до краја уважавајући захтеве Уредбе у одређењу државне припадности, о чему је раније било речи, даље ћемо такво друштво означити као оно које има државну припадност Републике Србије – српско друштво).

Друга национална права не познају такво ограничење, и по правилу дефинишу прекогранични елемент говорећи начелно о друштвима која имају *припадност две различите земље чланице*.<sup>42</sup> Штавише, у теорији нема спора да Европско акционарско друштво може да се формира на неки од предвиђених начина и у „трећој“ земљи чланице, односно да

40 W. Servatius, 2850. Критички о том ограничењу, укључујући и рок у коме би било могуће ограничити промену седишта вид. J. Oechsler, 699-700.

41 Чл. 577Г ст. 9 ЗОПД.

42 M. Habersack (2016), 17-18.

седиште Европског акционарског друштва не мора да се подудари са седиштем (а тиме ни правом) неког од друштава која учествују у формирању Европског акционарског друштва.<sup>43</sup> Најзад, у пракси су забележени случајеви оснивања европског друштва у „трећој“ земљи – која није земља државне припадности друштава која учествују у оснивању.<sup>44</sup>

Наведена одредба у српском праву представља типичан пример дискриминаторне одредбе, будући да предвиђа различит третман, поступање, односно права и обавезе за домаће (српске) државне припаднике (привредна друштва) у односу на све друге – стране, државне припаднике земаља чланица Европске уније.

Такво поступање изричито помиње и забрањује чак и сама Уредба, наводећи да су земље чланице дужне да не дозволе да примена одредби које се односе на Европско акционарско друштво има за последицу дискриминацију, која може да буде последица различитих одредби, укључујући и оне које уводе несразмерна ограничења приликом формирања или промене седишта Европског акционарског друштва.<sup>45</sup> Такође је искључена дискриминација у односу на националну форму – и могућности које постоје за њене осниваче.<sup>46</sup> Ако би, примера ради, постојала могућност да оснивач акционарског друштва према одредбама националног права буде страном лице, онда би дискриминаторна била одредба која не пружа исту ту могућност и Европском акционарском друштву. Управо то је пример који важи у српском праву, будући да је оснивање (акционарских) друштава дозвољено домаћим и страним физичким и правним лицима.<sup>47</sup>

Овом дискриминаторном одредбом је српски законодавац непотребно *сузио могућност оснивања Европског акционарског друштва у српском праву*. Дакле, законодавац је онемогућио да европско друштво формирају друштва која нису припадници Републике Србије, чиме је *ограничио право на настањивање* припадницима других земаља чланица на домаћој територији. Такво ограничење било би супротно једном од

---

43 W. Servatius, 2845, 2848; Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2008, 30; Erik Werlauff, *SE: The Law of the European Company*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003, 64.

44 Иако не у сувише значајном броју, у првих пет година оснивања Европског акционарског друштва забележено је осам таквих случајева. Вид. податке у: Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, 194.

45 Вид. рецитал 5 Уредбе о Статуту СЕ.

46 S. Grundmann, 677; C. Tavares Da Costa, A. De Meester Bilreiro, 41.

47 Чл. 9а ЗОПД.

основних права на којима се заснива функционисање унутрашњег тржишта ЕУ – праву на настањивање. Његова основна карактеристика подразумева *забрану ограничења права на настањивање држављанима и припадницима земаља чланица на територији друге земље чланице*.<sup>48</sup> Право оснивања привредних друштава изричито је именовано као један од основних начина остваривања права на настањивање.<sup>49</sup> Земље чланице ЕУ не смеју, другим речима, да предвиде дискриминацију по основу државне припадности припадницима земаља чланица, већ су они слободни да се настањују на територији Уније.

Једини изузетак предвиђен је изричитим одредбама Уговора о функционисању ЕУ, када земља чланица има право да уведе ограничења права на настањивање према страним државним припадницима, уколико за то има основа у разлозима заштите јавног интереса, јавне безбедности или здравља.<sup>50</sup> Дакле, ограничење којим се омогућава формирање Европског акционарским друштва у коме мора да учествује најмање једно друштво које има српску државну припадност било би дозвољено само уколико би се у поступку његовог оснивања могло оправдати разлозима јавног интереса, безбедности или здравља. Будући да је реч о општој норми која се односи на оснивање европског друштва, такво оправдање тешко је наћи.<sup>51</sup> Дакле, сматрамо да нема основа да се брани оваква дискриминаторна одредба, што би значило да је, из перспективе права ЕУ, забрањена.

Такође је српско право *онемогућило примену правила да се регистровано седиште, а тиме и место где је Европско акционарско друштво регистровано мора наћи на територији земље чланице у којој се налази његово стварно седиште*. Управо ова околност одређује где ће европско друштво бити регистровано, па ће то бити место у коме друштво има регистровано и стварно седиште – дакле оно одакле ће се управљати пословима друштва, оно где се друштво заиста, стварно налази. Тај аргумент нарочито долази до изражаја у случају формирања Европског акционарског друштва припајањем или спајањем, код кога се међу подацима

48 Чл. 49 ст. 1 Уговора о функционисању ЕУ.

49 Чл. 49 ст. 2 Уговора о функционисању ЕУ.

50 Чл. 52 Уговора о функционисању ЕУ. Ипак, реч је о ограниченим изузецима, који се врло уско тумаче. Вид. више: Friedl Weiss, Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 209.

51 Више о дискриминаторним одредбама и начелно, праву на настањивање, вид. Tatjana Jevremović Petrović, „Right of establishment: foreign branches in the Republic of Serbia“, *Legal Implications of Trade Liberalization under SAAs and CEFTA* (ed. Dušan Popović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2018, 62-70.

које обавезно садржи нацрт уговора о припајању или спајању, изричито наводи и „предложено седиште Европског акционарског друштва“.<sup>52</sup> Дакле, једна од кључних одлика ове супранационалне форме представља могућност да се изабере место оснивања (регистравања) сходно економским околностима и разлозима.<sup>53</sup> Грундман зато наглашава да постоји слобода избора места у коме ће Европско акционарско друштво бити основано: то може да буде територија било које чланице Европске уније.<sup>54</sup> Слобода избора важи и за меродавно право, под условом да се место оснивања (регистраваног седишта) подудари са фактичким местом обављања делатности (стварно седиште).

Најзад, српски законодавац *није подстакао конкурентност Европског акционарског друштва*, већ ју је запоставио. Наиме, регулаторна конкуренција законодаваца одвија се у различитим правцима. Прво, такмичење се одиграва међу националним правима – како би се привукао што већи број европских друштава. Што је повољнији режим који важи за Европско акционарско друштво – то ће се више њих регистровати у тој земљи, под условом да се у истој земљи организује пословање. Тиме су се земље чланице нашле у међусобно конкурентним позицијама, при чему је свака од њих размишљала о „што атрактивнијој правној понуди“<sup>55</sup> и предностима које могу да пруже како би привукли регистравање Европских акционарских друштава.<sup>56</sup> Формулисање атрактивних правила за европско друштво, притом, је било и истовремено истицање компаративних предности националних режима који се примењују на акционарско друштво.<sup>57</sup> Што је национално право које се примењује на акционарска друштва флексибилније, то су веће регулаторне предности и европског друштва, јер се на њега примењује велики број националних одредби које важе за акционарска друштва. Флајшер наводи да овај вид (тзв. вертикалне конкуренције) представља један од „најинтригантнијих ефеката“ који су настали као последица оснивања европских форми друштава,<sup>58</sup> а теорија упозорава да сваки законодавац због тога мора да води

---

52 Чл. 20 ст. 1 тач. а) Уредбе о Статуу СЕ. Вид. и J. Oechsler, 700.

53 S. Grundmann, 674.

54 *Ibid.*

55 Holger Fleischer, „Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht: Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung“, *ZHR*, Nr. 6/2004, 682.

56 Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 3e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009, 709.

57 P. Davies, 30.

58 H. Fleischer (2010), 1700.

рачуна какве ће последице имати поједина правила, будући да она могу да подстакну, али и да одвраћају коришћење одређених правних форми организовања привредних друштава.<sup>59</sup>

Нека национална права нарочито су настојала да искористе ту могућност, уводећи што либералније одредбе у мери у којој је националном праву остављен простор за комплементарно уређење Европског акционарског друштва. Пример за то даје француско право, будући да је у појединим питањима, важним за међусобне односе акционара у овој форми (попут преноса хартија од вредности, искључења из друштва, уговорног режима сукоба интереса итд.) предвидело за Европско акционарско друштво чијим се хартијама од вредности не тргује јавним путем либералнија правила од оних која важе за (чисто национално) акционарско друштво; и која се значајно приближавају либералнијој форми поједностављеног акционарског друштва (тзв. SAS – *société par actions simplifiée*).<sup>60</sup> Ипак, практична искуства у првим годинама након могућег оснивања ове форме не показују да је дошло до значајнијег регулаторног такмичења међу националним правима захваљујући овим околностима, изузев у праву Луксембурга, и у мањој мери праву Велике Британије, Холандије, Белгије и Словачке.<sup>61</sup>

Други аспект регулаторног такмичења постоји унутар сваког националног права. Наиме, поред већ постојећих националних форми европско друштво постаје још једна од могућности организовања пословања.<sup>62</sup> Тиме европско друштво постаје конкурентно националној форми акционарског друштва. Управо то је и био важан разлог због кога усвајање Уредбе која је омогућила оснивање Европског акционарског друштва није било једноставно, нити без озбиљних резерви националних права. Због тога је атрактивност форме Европског акционарског друштва била значајна у оним националним правима која имају строжи систем прави-

---

59 Horst Eidenmüller, Andreas Engert, Lars Hornuf, *The Societas Europaea: Good News for European Firms*, ECGI Working Paper N° 127/2009, July 2009, 4.

60 P. Le Cannu, B. Dondero, 708; Jean-Paul Valuet, Alain Lienhard, *Code des sociétés et des marchés financiers*, Vingti-sixième édition, Éditions Dalloz, Paris Cedex, 2009, 904. Вид. посебно детаљно и: Michel Menjucq, Fabrice Fages, Lionel Vuidard, „The European Company under French Law: Main Features“, *European Business Organization Law Review*, Nr. 1/2008, 148.

61 Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, 13. Исте резултате имала су и друга емпиријска истраживања. Вид. Horst Eidenmüller, Andreas Engert, Lars Hornuf, „Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage“, *European Business Organization Law Review*, Nr. 1/2009, 32.

62 C. Tavares Da Costa, A. De Meester Bilreiro, 11.

ла код својих националних форми акционарских друштава.<sup>63</sup> Примера ради, искључују могућност избора структуре органа (једнодомни или дводомни систем) код националне форме акционарског друштва. Чињеница да такав избор постоји и једно је од важних обележја Европског акционарског друштва, довела је у неким правима (Немачка, Аустрија, Чешка) до избора европске форме захваљујући њеној већој флексибилности у тим питањима. Изузев тога, практична искуства у првима годинама начелно не говоре ни о значајнијој конкуренцији између националне и форме европског друштва.<sup>64</sup>

Дакле, без обзира на домашај конкурентности форме Европског акционарског друштва, она је потпуно запостављена у режиму српског Закона о привредним друштвима, чему је нарочито допринела дискриминаторна одредба која онемогућава њено коришћење страним државним припадницима. Тиме је искључена и могућност да за своју одлуку о будућем месту на коме ће организовати и регистровати пословање изабере територију Републике Србије.

У досадашњим искуствима на унутрашњем тржишту, форма европског друштва се показала корисном у разним случајевима прекограничне покретљивости друштава, најчешће ради реализације статусних промена, прекограничне промене седишта друштва, као и нарочито ради реорганизације прекограничних група, или њиховог ширења.<sup>65</sup> Осим тога, ова форма изузетно је важна и ради коришћења психолошких предности назива и форме европског друштва.<sup>66</sup> Та околност је била нарочито истакнута у оним земљама чланицама чије правне форме акционарског друштва нису довољно познате на унутрашњем тржишту.<sup>67</sup> Исти аргумент односи се и на српско право, будући да је домаћа форма акционарског друштва (и њена скраћеница ад) непозната у европским оквирима. Српска друштва би могла, када то постане могуће, и уколико испуњавају друге критеријуме, нарочито да користе предности европског „имица“ – путем форме европског друштва (СЕ). Због тога би та форма требала да буде конкурентна

---

63 Вид. за немачко право: W. Servatius, 2844. Вид. и S. Grundmann, 675.

64 Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, 13.

65 Прекогранична промена регистрованог седишта била је најзначајнији покретач усвајања форме СЕ према статистичким подацима у првих пет година након њеног омогућавања. Вид. Студија о пословању и утицају Европског акционарског друштва, 209. Нарочито о коришћењу ове форме ради реорганизације и ширења групе вид. Т. Јевремовић Петровић (2016), 78 и даље.

66 Према неким мишљењима, управо то је основна предност ове форме. Вид. P. Davies, 29.

67 G. C. Schwarz, 1860.

домаћој форми акционарског друштва, а законодавац би морао да је користи у циљу подстицања учешћа на унутрашњем тржишту.

Од других одредби које је предвидело српско право, само ћемо на крају скренути пажњу на одредбу која предвиђа сходну примену одредби српског закона који се односи на акционарско друштво на *сва питања која нису прописана одредбама српског закона које уређују Европско акционарско друштво*.<sup>68</sup> Њоме је очигледно да је српски законодавац замислио следећу хијерархију извора који се примењују на европско друштво: посебна правила која је Закон о привредним друштвима предвидео за ову форму (*lex specialis*), и општа правила која важе у свим осталим питањима која нису изричито уређена посебним одредбама – дакле она правила која се иначе примењују на (српска) акционарска друштва (*lex generalis*). Он ни на једном месту не помиње директну примену одредби Уредбе о Статуту СЕ, нити уговора чланова у питањима за које је то изричито предвиђено, иако они стоје хијерархијски више од одредби националног права. Поред тога, ниједна одредба националног права не сме да буде супротна тим, хијерархијски вишим одредбама.<sup>69</sup> Најзад, за даља разматрања од значаја је и одредба која је дефинисала седиште Европског акционарског друштва упућујући да се оно одређује оснивачким актом и статутом према општим одредбама којима српско право уређује седиште друштва.<sup>70</sup>

У вези са наведеним одредбама српског закона овде треба подвући да Уредба, као специфичан правни инструмент права ЕУ има и специ-

---

68 Чл. 5776 ЗОПД.

69 Вид. изворе права који се примењују на Европско друштво у чл. 9 Уредбе о Статуту СЕ. У хрватском закону који уводи ову форму у хрватски правни систем предвиђено је да „Ако Уредбом није што друго прописано, на Европско друштво – Societas Europea (SE) са сједиштем у Републици Хрватској и на друштва са сједиштем у Републици Хрватској која судјелују у оснивању неког СЕ-а примјењују се одредбе овог Закона“. Чл. 2 Закона о увођењу СЕ. Такође вид. како је нпр. то регулисао француски законодавац, у чл. L.229-1 француског Трговачког законика, (*Code de commerce*), текст је доступан на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000005634379&dateTexte=20131120>, 6.4.2019, према коме је предвиђено да се Европско акционарско друштво регулише одредбама Уредбе бр. 2157/2001, онима из поглавља закона које се посебно односе на Европско акционарско друштво, као и оним одредбама које се примењују на акционарска друштва *уколико нису у супротности* са њима. Слично и за немачко право, вид. чл. 1 немачког Закона којим је ова форма транспонована у национално право (*Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) - SE-Ausführungsgesetz – SEAG*), доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/seag/SEAG.pdf>, 9.4.2019.

70 Вид. чл. 577ђ ст. 3, као и чл. 19 ЗОПД, који уређује седиште друштва.

фично дејство. Оно се нарочито огледа у чињеници да су њене одредбе у целости обавезујуће и да се директно (непосредно) примењују у свим земљама чланицама ЕУ.<sup>71</sup> То би значило да би, и поред дискриминаторних одредби српског права, припадници земаља чланица ЕУ могли да оснивају Европско акционарско друштво, позивајући се директно на одредбе Уредбе о Статуту Европског акционарског друштва. Ипак, у пракси би то било проблематично, узимајући у обзир постојање директно супротних одредби Закона о привредним друштвима. Због тога би било пожељно да се до времена када ступе на снагу оне исправе на начин да одговарају правном режиму ЕУ.

На основу претходних излагања можемо да закључимо да одредбе којима је Европско акционарско друштво уведено у српско право имају извесних важних недостатака. Пошто су измене Закона о привредним друштвима које се односе на увођење форме европског друштва учињене ради „преузимања у правни систем Републике Србије правних тековина Европске уније из области корпоративног права“, требало је овом питању ипак посветити већу пажњу.<sup>72</sup> Додуше, до примене правила која се односе на европско друштво има још времена. Стога би вредело поново размотрити све одредбе које се односе на ову форму, нарочито подстичући стручну и научну дискусију. Након тога би било пожељно изменити одредбе у делу у коме нису у складу са правним тековинама ЕУ.

## VI Закључак

Српско право је изменама Закона о привредним друштвима из 2018. године по први пут предвидело одредбе о Европском акционарском друштву. Њихова примена одложена је до чланства Србије у Европској унији, обзиром да је реч о особеној супранационалној форми, чије коришћење је могуће само за припаднике ЕУ, као и оне са Европског економског простора (Исланд, Лихтенштајн и Норвешка). Уношењем одредби о Европском акционарском друштву у српско право законодавац је

---

71 На пример, вид. дефиницију уредбе, која укључује обавезност за државе чланице и директну применљивост у праву земаља чланица у: чл. 288 Уговора о функционисању ЕУ, као и у теорији: Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1998, 106.

72 Вид. Образложење Нацрта закона којим се мењају и допуњују одредбе Закона о привредним друштвима из 2017. године, 1. Документ је доступан на званичном сајту Народне скупштине Републике Србије, као и на адреси: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/300518/300518-vest15.html>, 4.4.2019.



желео да се припреми за чланство у ЕУ, испуњавајући обавезе ради преузимања правних тековина ЕУ у српски правни систем.

Приликом дефинисања појмова и одредби којима је уредио Европско акционарско друштво, српски законодавац је нарочиту пажњу посветио условима под којима се та форма може основати и регистровати у Републици Србији. Од лимитативно уређених услова, нарочито је истакнут критеријум који захтева државну припадност друштва која учествују у оснивању Европског акционарског друштва.

Овај критеријум је одређен на дискриминаторан начин, будући да се оснивање европског друштва условљава тако да у њему учествује најмање једно друштво које је регистровано на територији Републике Србије (српско друштво). Таквом одредбом уведено је ограничење, које се начелно забрањује земљама чланицама на основу једне од основних слобода из Уговора о функционисању ЕУ – слободе кретања лица, остварењу кроз право на настањивање.

Такође је овом дискриминаторном одредбом српски законодавац сузио могућности коришћења ове супранационалне форме на територији Републике Србије. Тиме је, супротно другим националним законодавцима, српски законодавац пропустио прилику да ту форму искористи ради конкурентности са другим националним формама које одговарају акционарским друштвима.

Аутор предлаже да се, услед бројних недостатака којима постоје у српским одредбама о Европском акционарском друштву, а овде је било речи само о дефинисању прекограничног елемента као услова за његово оснивање, још једном размотре одредбе Закона о привредним друштвима којима је уређено Европско акционарско друштво, ради евентуалних измена. За то има још довољно времена, будући да ће примена одредби о Европском акционарском друштву зависити од будућег чланства Србије у ЕУ.

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

**THE CROSS-BORDER REQUIREMENT FOR CREATION  
OF A EUROPEAN COMPANY IN SERBIAN LAW**

***Summary***

*This paper examines existing legal regime of European company in Serbian law, which will become applicable once the Republic of Serbia joins the European Union. European Company is a supranational form, introduced within EU by the Regulation No 2157/2001. Among imperative requirements, it is explicitly provided that European Company can be formed under strict conditions. They include procedure during which European Company (SE) can be created – merger by acquisition or formation of a new SE, formation of a holding SE, formation of a subsidiary SE or transformation of a national limited liability company into SE. Other condition to create SE includes cross-border element, and requires that companies (or subsidiaries or branches) from two applicable laws must be involved in formation of the European Company.*

*This paper critically examines how this cross-border element was defined in Serbian law. The paper concludes with recommendation to change the existing regime in order to make Serbian law consistent with *acquis communautaire*. It also recommends further improvements in order to make Serbian Company Law applicable to European Company more competitive.*

**Key words:** *European company. – Applicable law. – Seat. – Right of establishment. – Discriminatory provisions.*

Др Ванда БОЖИЋ\*

Др Страхинја МИЉКОВИЋ\*\*

## КОМПАРАТИВНИ ПРИКАЗ КАЗНЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ОСОБА У ХРВАТСКОЈ И СРБИЈИ

### Резиме

Аутори су у раду направили анализу и дали компаративни и повијесни приказ развоја казнене одговорности правних особа у законодавству Хрватске и Србије, чиме је напуштено начело *societas delinquere pop potest*. Казнена одговорност правних особа уведена је у Хрватској Законом о одговорности правних особа за казнена дјела донесеним 2004. године, док је у Србији, четири године послје, уведена Законом о одговорности правних лица за кривична дела. Сврха кажњавања правне особе не може се постићи само кажњавањем одговорне особе у правној особи, стога инкриминација одговорности правне особе за казнена дјела господарског криминалитета итекако проналази своје оправдање. Указано је на међународне документе, нарочито на Препоруку бр. Р(88), којима се налаже државама потписницама да у своје национално законодавство инкриминирају одговорност правних особа за казнена дјела. У раду је истражено стање у односу на пријављене, оптужене и осуђене правне особе за казнена дјела у посљедњих пет година те су приказана и казнена дјела правних особа према појединим врстама казненних дјела и самој структури пријављеног криминалитета. Аутори закључују да наведени закони представљају значајан искорак у прописивању казнено-правне одговорности правних особа за њихово дјеловање на тржишту

---

\* Доцент, научни сарадник на Катедри за Казнено право Правног факултета Свеучилишта у Загребу *e-mail: vanda.bozic@pravo.hr*

\*\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Приштини с привременим седиштем у Косовској Митровици *e-mail: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs*

рада. На крају, у складу с постојећим законским рјешењима и анализом стања у судској пракси, навест ће могуће приједлоге *de lege ferenda*.

**Кључне ријечи:** казнена одговорност правних особа, господарски криминалитет, Хрватска, Србија.

## **І Одговорност правних особа прије доношења Закона о одговорности правних особа за казнена дјела у Хрватској**

Република Хрватска је 1991. године преузела Закон о привредним пријеступима<sup>1</sup> од 1977. године. Република Хрватска имала је у свом правном саставу одговорност правних особа за привредне пријеступе као посебну врсту кажњивих дјела која не представљају ни казнена дјела нити прекршаје. Закон о привредним пријеступима је привредне пријеступе дефинирао као “повреде прописа о привредном и финансијском пословању”.<sup>2</sup> Међутим, кажњавање правних особа не може се постићи нити путем прописивања привредних пријеступа нити путем инкриминирања прекршаја с обзиром да је нужно да правне особе одговарају за почињена криминална дјела која могу бити прописана само Казненим законом.

Закон о одговорности правних особа за казнена дјела донио је Хрватски сабор на сједници 11. рујна 2003. године. Међутим, занимљиво је за споменути да је наведени закон ступио на снагу тек шест мјесеци касније, што је изнимно дуг *vacatio legis*.<sup>3</sup>

Казнена дјела везана уз одговорност правних особа инкриминирана у казненом закону су: Пријевара у господарском пословању, Примање и давање мита у господарском пословању, Прање новца, Повреда обвезе вођења трговачких и пословних књига, Утаја пореза или царине, Избјега-

---

1 Закон о привредним пријеступима - ЗПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 - др. закон. Хрватски УКАЗ о проглашењу Закона о преузимању Закона о привредним пријеступима из 1991. године, (УКАЗ о проглашењу Закона о преузимању Закона о привредним пријеступима, Народне новине, бр. 53/91).

2 Хрватски Закон о прекршајима из 2002. године, (Закон о прекршајима, *Народне новине*, бр. 88/02, даље у фуснотама:ЗП РХ). Закон о прекршајима је предвидио укидање привредних пријеступа и њихово трансформирање у прекршаје.

3 Хрватски Закон о одговорности правних особа за казнена дјела из 2003. године, (Закон о одговорности правних особа за казнена дјела РХ, *Народне новине*, бр.151/03, 110/07, 45/11, 143/12, даље у фуснотама: ЗОПОКД РХ).

Остављено је дуже раздобље између доношења закона (2003. године) и његова ступања на снагу (2004. године), из разлога остварења темељитих припрема за његову примјену.

вање царинског надзора, Проузрочење стечаја, Примање и давање мита у поступку стечаја, Недозвољена производња, Недозвољена трговина, Злоупораба у поступку јавне набаве, Заваравајуће оглашивање и Неовлаштена упораба туђе твртке. Смјештена су углавном у XXIV глави Казненог закона Републике Хрватске.<sup>4</sup>

Правна особа може починити она казнена дјела која се односе на њезино подручје рада и дјеловања, стога је и разлог доношењу Закона о одговорности правних особа за казнена дјела управо у томе што правна особа све више остварује и стјече имовинску корист на протуправан начин. На тај начин правна особа постаје главни носитељ криминалне дјелатности, док је физичка особа у другом плану почињења те исте криминалне дјелатности.<sup>5</sup> Окривљене правне особе претежито су друштва с ограниченом одговорношћу.<sup>6</sup>

Кажњавање правних особа има своју тежину у случајевима кад је удио појединог починитеља занемарив гледајући свеукупну тежину казног дјела као и у случајевима када се починитељ казног дјела не може утврдити. То су ситуације када се трговачка друштва оснивају само ради чињења криминалних дјелатности у којима постоји комплетна подршка чланова правне особе који имају корист од казног дјела тако да се само кажњавањем правне особе може постићи сврха кажњавања.<sup>7</sup>

Кажњавање правних особа прописано је у Препоруци Вијећа Европе бр. Р (88), Конвенцији о транснационалном организираном криминалитету, Казненоправној конвенцији о корупцији Вијећа Европе и Конвенцији о кибернетичком криминалу. Препоруком Вијећа Европе бр. Р (88)<sup>8</sup> под називом „Одговорност подuzeћа за казнена дјела“ од 18 од 20.

4 Хрватски Казнени закон из 2011. године, (Казнени закон РХ, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, даље у фуснотама: КЗ РХ), Казнена дјела против господарства, чл. 246. – чл.265.

5 Влада Републике Хрватске: Коначни приједлог Закона о одговорности правних особа за казнена дјела, Загреб, 12/2002., доступно на адреси: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//49022.%20-%201.pdf>, 01.02.2019.

6 Давор Деренчиновић, Драган Новосел, „Закон о одговорности правних особа за казнена дјела– пролазне дјечје болести или (не)рјешива квадратура круга,“ *Хрватски љетопис за казно право и праксу*, Загреб, вол. 19, број 2/2012, 585-613.

7 Strahinja Miljković, Vanda Božić, „Criminal responsibility of legal persons in the legislation Republic of Serbia and the Republic of Croatia,“ *Book of Proceedings of 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World,”* Split, 2016, 170-185.

8 Council of Europe: Liability of enterprises for offences, Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities, доступно на адреси:

листопада 1988, налаже се увођење одговорности подuzeћа за казнена дјела почињена у оквиру њихове дјелатности, и у случајевима када почињено казнено дјело не улази у предмет дјелатности правне особе.<sup>9</sup>

Еуропска Унија је доношењем Препоруке бр. Р (88)<sup>10</sup> увела одговорност правних особа за почињена казнена дјела којом су предвиђене и казне за инкриминирана казнена дјела.<sup>11</sup> Препоруком је усуглашено да су директори и високи управљачки органи који представљају правну особу, сами по себи правна особа, предствљајући *alter ego* правне особе, с резултатом да је њихова кривња приписана правној особи, чинећи је казнено одговорном.

На основу теорије *alter ega*, која полази од става да физичке особе као што су директори правне особе представљају мозак те правне особе, али нису представници исте с обзиром да се њихово дјеловање и рад не посматра као рад у име и за рачун правне особе, већ искључиво као управо рад те правне особе.<sup>12</sup>

Један од првих правних аката који је сублимирао ову теорију индетификације је француски *Penal Code*. Њиме је предвиђено да су правне особе, изузев државе, казнено одговорне у складу с наведеним разликама.<sup>13</sup>

Намјера је Вијећа Еуропе да Казненоправном конвенцијом о корупцији<sup>14</sup> наложи чланицама да хармонизирају своја национална законодавства у циљу избјегавања да правне особе измичу одговорности преносећи своју дјелатност из државе која познаје казнену одговорност

---

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c5d71>, 01.02.2019.

- 9 Злата Ђурђевић, „Казнена одговорност и казнени поступак према правним особама у Републици Хрватској“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол. 10, број 2/2003, 719-770.
- 10 Council of Europe: Liability of enterprises for offences, Recommendation No. R (88) 18,
- 11 доступно на адреси: [https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:566125ad-550e-47c2-8e8e-0f9fb42fe52c/01D\\_Council\\_of\\_Europe\\_R\\_88\\_18\\_EN.pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:566125ad-550e-47c2-8e8e-0f9fb42fe52c/01D_Council_of_Europe_R_88_18_EN.pdf), 01.02.2019, 2.
- 12 Мирослав Врховшек, „Правно лице као извршилац кривичног дела према Закону о одговорности правних лица за кривична дела“, *Наука, безбедност, полиција*, vol. 15, br. 1/2010, 20.
- 13 Француски Казнени закон из 2016. године, (Criminal Code of the French Republic, доступно на адреси: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>, 01.02.2019.), чл. 121-4 и чл.121-7.
- 14 Хрватски Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији из 2000. године, (Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији, *Народне новине – Међународни уговори*, бр. 11/00, даље у фуснотама: ЗП ККК РХ).

правних особа у државу која такву одговорност не познаје. Казненоправна конвенција о корупцији потврђена је од стране Хрватског сабора 27.09.2000. године,<sup>15</sup> којом се Република Хрватска, као и остале државе чланице, обавезала да у свом националном казненом законодавству инкриминира одговорност правних особа за казнена дјела активног подмићивања, трговања утјецајем и прања новца.<sup>16</sup> Ваља споменути одредбу која наводи да одговорност правне особе не искључује покретање казног поступка против физичке особе која је била починитељ, потицатељ или суучесник тих казnenих дјела.<sup>17</sup>

Конвенција о транснационалном организираном криминалитету налаже државама потписницама инкриминирање казненоправне одговорности правних особа за казнена дјела организираног криминалитета, корупције, прања новца и ометања правосуђа.

Конвенција о кибернетичком криминалу<sup>18</sup> обвезује сваку државу потписницу на усвајање потребним мјера за позивањем правне особе на одговорност за казнена дјела утврђена Конвенцијом. То се нарочито односи на она казнена дјела која је починила нека физичка особа за корист те правне особе, било да је те криминалне радње починила самостално или у својству руководећег тијела те правне особе.

## **II Одговорност правних лица прије доношења Закона о одговорности правних лица за кривична дела у Србији**

Казненоправна одговорност правних особа као привредних субјеката, до ступања на снагу Закона о кривичној одговорности правних лица,<sup>19</sup> није постојала. До тада, одговорност правних особа темељила се искључиво на прекршајној одговорности<sup>20</sup> и природним пријеступима.<sup>21</sup>

---

15 ЗП ККК РХ

16 ЗП ККК РХ, чл.18.

17 ЗП ККК РХ, чл.18.ст.3.

18 Хрватски Закон о потврђивању Конвенције о кибернетичком криминалу из 2002. године, (Закон о потврђивању Конвенције о кибернетичком криминалу РХ, *Народне новине – Међународни уговори*, бр. 9/02), чл.12.

19 Закон о кривичној одговорности правних лица - ЗОКОПЛ, *Службени Гласник РС*, бр. 97/2008.

20 Правно лице је одговорно за прекршај учињен радњом или пропуштањем дужног надзора органа управљања или одговорног лица или радњом другог лица које је у време извршења прекршаја било овлашћено да поступа у име правног лица. Правно лице је одговорно за прекршај и када: 1) орган управљања донесе противправну одлуку или налог којим је омогућено извршење прекршаја или одговорно лице нареди лицу да изврши прекршај; 2) физичко лице изврши прекршај услед пропуштања одговорног лица да над њим врши надзор или контролу.

Привредним пријеступом санкционира се повреда законитости привредног и финансијског пословања,<sup>22</sup> иако, ваља нагласити да се ова врста кажњивих понашања не може сматрати казним дјелима, нити прекршајима.<sup>23</sup>

У табели бр.1. приказан је број пријављених, оптужених и осуђених правних лица за почињене привредне пријеступе у периоду од 2013. до 2017. године.

Таблица бр.1. Пријаве, оптужбе и осуде правних лица за привредне пријеступе од 2013. до 2017. године<sup>24</sup>

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>ПРИЈАВЕ</b>	1718	1631	1013	5726	<b>6196</b>
<b>ОПТУЖБЕ</b>	2500	1993	1677	1686	<b>5433</b>
<b>ОСУДЕ</b>	1707	1504	1215	1273	<b>4534</b>

Из табелице бр.1. одмах је уочљив пораст пријава (6196), оптужби (5433) и осуда (4534) за привредне пријеступе у 2017. години у односу на протекле четири године.

На другом мјесту, највише пријава биљежи 2016. година (5726), на другом мјесту највише оптужења евидентирано је у 2013. години (2500), док друго мјесто у броју осуђених припада 2013. години (1707).

Правно лице може да одговара за прекршај и када: 1) је против одговорног лица прекршајни поступак обустављен или је то лице ослобођено од одговорности у складу са одредбама члана 250. овог закона; 2) постоје правне или стварне сметње за утврђивање одговорности одговорног лица у правном лицу или се не може одредити ко је одговорно лице.

Одговорност физичког или одговорног лица у правном лицу за учињени прекршај, кривично дело или привредни преступ не искључује одговорност правног лица за прекршај.”

Закон о прекршајима - ЗП РС, *Службени Гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, чл.27.

21 „За привредни преступ може бити одговорно правно лице и одговорно лице у правном лицу.“ ЗПП, чл. 6. ст. 1.

22 ЗПП, чл. 1.

23 Под привредним преступом се сматра “(1) ... друштвено штетна повреда прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ.

(2) Није привредни преступ она повреда прописа о привредном или финансијском пословању која, иако садржи обележја привредног преступа одређена прописом, представља незнатну друштвену штетност због малог значаја и због незнатности или одсутности штетних последица.” ЗПП, чл. 2.

24 Извор: Републички фонд за статистику Републике Србије, Саопштење 233, година LXVIII, 31.08.2018, ISSN 0353-9555, (даље у фуснотама: РФС РС).



У табlici бр. 2. приказан је број пријављених правних лица према привредном пријеступу у 2017. години.

Таблица бр. 2. Пријављена правна лица према привредном пријеступу у 2017. години<sup>25</sup>

ПРИВРЕДНИ ПРИЈЕСТУП	БРОЈ ПРИЈАВЉЕНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА
Финанцијско пословање	2
Рачуноводство	5669
Књиговодство	1
Новчарски, банкарски и кредитни систем	1
Хартије од вредности	4
Спољнотрговинско пословање	1
Изградња објеката	9
Акционарска и привредна друштва	30
Јавни дуг	10
Здравствена исправност намирница	89
Стандардизација	21
Мјерне јединице	2
Енергетика	45
Рударство	1
Пољопривредно земљиште	2
Сјеме, садни материјал, духан и заштита биља	2
Алкохолна пића	3
Сточарство	7
Рибарство	1
Шумарство	9
Ловство	2
Водопривреда	8
Саобраћај и везе	32
Безбедност саобраћаја на путевима	83
Заштита животне средине	58
Заштита интелектуалне својине	67
Стављање лекова у промет	8
Заштита потрошача	3
Спречавање прања новца	21
<b>УКУПНО</b>	<b>6196</b>

25 Извор: РФС РС

Из таблице бр.2. видљив је огроман број пријављених правних особа у 2017. години за привредне пријеступе које се односе на рачуноводствене услуге (5669). Можемо рећи да има и доста пријављених за привредне пријеступе који се тичу здравствене исправности намирница (89), безбедности саобраћаја на путевима (83) те заштите интелектуалне својине (67). Свеукупан број пријављених правних лица у 2017. години износи 6196, од чега је 91,50% пријављених правних лица за привредне пријеступе који се односе на рачуноводство.

Законом о привредним пријеступима предвиђена је одговорност правних лица, међутим, експанзивним и експлозивним развојем тржишта капитала, поготово тржишта Регије, стварају се увјети за низ шпекулативних послова који знају доста често бити на рубу закона. Тако долази до ситуација да новооснована правна лица, увиђајући слабости правног система, подузимају дјела која се могу окарактеризирати као казнена дјела.

Закон о кривичној одговорности правних лица за почињена казнена дјела, можемо сматрати успјехом домаћег законодавца, чиме је учињен корак ка свеобухватнијој правној регулативи Републике Србије. Ваља нагласити да доношење Закона о кривичној одговорности правних лица не представља вољну правну регулативу од стране законодавца Републике Србије, већ је она резултат преузетих обавеза закључењем и ратификацијом међународних конвенција<sup>26</sup> од стране Републике Србије.

Закон о одговорности правних особа за казнена дјела Републике Хрватске и Закон о кривичној одговорности правних лица Републике Србије, неминовно представљају значајан искорак у нормативном правном оквиру који се односи на казнену правну инкриминацију одговорности правних особа за њихово дјеловање и рад на тржишту роба, услуга и капитала.

Међутим, поставља се питање постоји ли стварна воља да се примјеном наведених закона потиче превенција на понашање правних особа да не чине криминалне радње, што се, исто тако, односи и на одговорне особе у тој правној особи или је доношење наведених закона само пуко усклађивање националног законодавства с међународним документима, без стварне жеље да се његове одредбе примјене, што ће, наравно, у једну руку, показати и судска пракса.

---

26 Council of Europe: Liability of enterprises for offences, Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities.

Јаз између теоријско нормативног аспекта сагледавања закона као празне правне љуштуре кроз примјену закона у пракси, може резултирати стварањем одређених другачијих ефеката, управо из разлога могућности постојања дијаметрално различитог одговора у теорији и пракси.

### III Одговорности правних особа за казнена дјела у Хрватској

Закон о одговорности правних особа за казнена дјела је *lex specialis* с обзиром да се њиме рјешавају само она казненоправна питања која су специфична за правне особе. Закон обухваћа четири главе. У првој се наводе основне одредбе у којима су наведени предмет и сврха Закона те се утврђује супсидијарна примјена Казненог закона,<sup>27</sup> Закона о казненом поступку<sup>28</sup> и Закона о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета.<sup>29</sup>

Друга глава односи се на претпоставке кажњивости према начелу да се одговорност правне особе темељи на кривњи одговорне особе,<sup>30</sup> с тим да ће се правна особа казнити за казнено дјело одговорне особе и ако се утврди постојање правних или стварних запрека за утврђивање одговорности одговорне особе.<sup>31</sup> Одговорна особа у правној особи је она особа која води послове правне особе или јој је повјерено обављање послова из подручја дјеловања правне особе.<sup>32</sup>

Трећи дио садржи прописане казне за почињена казнена дјела од стране правне особе. Прописана казне су новчана казна и укидање правне особе, те сигурносне мјере.

Новчана казна може се изрећи у износу од 5.000,00 до 8.000.000,00 куна ако је за казнено дјело прописана новчана казна или казна затвора с посебном највећом мјером од једне године затвора.<sup>33</sup> Ако је за казнено

---

27 КЗ РХ.

28 Хрватски Закон о казненом поступку из 2008. године, (Закон о казненом поступку РХ, *Народне новине*, бр.152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14).

29 Хрватски Закон о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета, (Закон о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета, *Народне новине* бр. 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13).

30 ЗОПОКД РХ, чл.5.ст.1.

31 ЗОПОКД РХ, чл.5.ст.2.

32 „Одговорна особа је физичка особа која води послове правне особе или јој је изричито или стварно повјерено обављање послова из подручја дјеловања правне особе или државних тијела или тијела јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе.“ Исту дефиницију даје и КЗ РХ, чл. 87.ст.6.

33 ЗОПОКД РХ, чл.10.ст.1.

дјело прописана казна затвора с посебном највећом мјером од пет година затвора, суд може изрећи новчану казну у износу од 15.000,00 до 10.000.000,00 куна.<sup>34</sup>

Уколико је за казнено дјело прописана казна затвора с посебном највећом мјером од десет година затвора, закон предвиђа могућност изрицања новчане казне у износу од 30.000,00 до 12.000.000,00 куна,<sup>35</sup> а ако је за казнено дјело прописана казна затвора с посебном највећом мјером од петнаест година затвора или тежа казна, суд може изрећи новчану казну у износу од 50.000,00 до 15.000.000,00 куна.<sup>36</sup>

Казна укидања правне особе уз могућност изрицања и новчане казне, суд може изрећи правној особи ако докаже да је иста основана ради чињења казних дјела или је своје дјеловање претежито искористила за почињење казних дјела.<sup>37</sup>

Законом је дана могућност суду изрицања увјетне осуде на начин да истодобно одреди да се новчана казна неће извршити уколико правна особа у времену које суд одреди, а које не може бити краће од једне нити дуље од три године, не почини ново казнено дјело. Ваља нагласити да се увјетна осуда може изрећи за казнена дјела за која је суд осудио правну особу на новчану казну мању од 50.000,00 куна.<sup>38</sup>

Правној особи суд уз казну може изрећи и једну или више сигурносних мјера као што су: забрана обављања одређених дјелатности или послова, забрана стјецања дозвола, овласти, концесија или субвенција, забрана пословања с корисницима државног и локалних прорачуна те одузимање имовинске користи, одузимање предмета и јавно објављивање пресуде.<sup>39</sup> Ако се утврди немогућност одузимања имовинске користи, суд ће обвезати правну особу на исплату протувриједности у новчаном износу, а уколико се имовинска корист налази код друге особе по било којем правном темељу, она ће се одузети од другог ако је други знао или могао и био дужан знати да су врједности остварене казним дјелом.<sup>40</sup>

---

34 ЗОПОКД РХ, ст.2.

35 ЗОПОКД РХ, ст.3.

36 ЗОПОКД РХ, ст.4.

37 ЗОПОКД РХ, чл.12.ст.1. и 3.

38 ЗОПОКД РХ, чл.13.

39 ЗОПОКД РХ, чл.15.- 21.

40 ЗОПОКД РХ, чл.20.ст.4. и ст.5.

Имовинска корист коју је правна особа остварила казним дјелом, бит ће одузета пресудом којом је утврђено почињење казног дјела<sup>41</sup>

Законом је предвиђено и факултативно ослобођење правне особе од казне<sup>42</sup> под увјетом да је правна особа пријавила казно дјело одговорне особе прије његовог откривања или прије сазнања да је дјело откривено.

Четврти дио садржи одредбе које се односе на казни поступак који се води против правне особе. Ваља нагласити да ће се провести јединствени поступак у погледу почињеног казног дјела правне особе и одговорне особе те ће се донести једна пресуда.<sup>43</sup>

#### **IV Правна особа као субјект одговорности за казна дјела у Хрватској и Србији**

Одговорним субјектима према Закону о одговорности правних особа за казна дјела РХ сматрају се правне особе. Наведена дефиниција обухваћа и стране особе које се по хрватском праву сматрају правним особама<sup>44</sup> као и одговорну физичку особу која води послове правне особе или јој је повјерено обављање послова из подручја дјеловања правне особе.

С обзиром на наведено, можемо закључити да постоје два субјекта казноправне одговорности. То су правна особа и физичка особа. Стога ћемо у наставку рада дати осврт на питање тко се све може појавити у улози правне особе, а тко у улози физичке особе, што је неопходно утврдити ради питања постојања казноправне одговорности наведених субјеката.

Према Закону о одговорности правних лица за кривична дела РС, одговорним субјектима сматрају се правно лице које може бити и резидент и инострани правни субјект који се у складу с позитивним правом сматра правним лицем те одговорно лице физичко лице коме је правно или фактички поверен одређени круг послова у правном лицу, као и лице које је овлаштено или се може сматрати да је овлаштено да поступа у име правног лица.<sup>45</sup>

---

41 Имовинска корист је свако повећање или спречавање смањења имовине правне особе до којег је дошло почињењем казног дјела, ЗОПОКД РХ, чл.20.ст.2.

42 ЗОПОКД РХ, чл.12.а.

43 ЗОПОКД РХ, чл.23.

44 ЗОПОКД РХ, чл.1.ст.2.

45 ЗОПЛКД РС, чл. 5.

Неодређеност закона приликом одређења тко се има сматрати правном особом представља *specificit* с обзиром да не одређује децидирано тко се све може појавити као правна особа,<sup>46</sup> што у коначници је једно и позитивно рјешење, јер даје могућност екстензивног тумачења наведене одредбе.

Иако се говори о статусу правне особе наглашавамо да се у овом случају под правним субјектом може сматрати само она правна особа која је у складу с позитивно правним актима основана за обављање дјелатности. На овакво тумачење упућују одредбе Закона о одговорности правних лица РС за кривична дела према којем правно лице одговара за кривично дело у оквиру својих послова<sup>47</sup> и Закона о одговорности правних особа за казнена дјела РХ према којем ће се правна особа казнити за казнено дјело одговорне особе ако се њиме повређује нека дужност правне особе.<sup>48</sup> На наведено упућују и одредбе оба закона која предвиђају да правна особа у стечају одговара за казнено дјело учињено прије покретања или у току стечајног поступка.<sup>49</sup>

Можемо закључити да се ради само о оним правним особама која су основана ради обављања дјелатности. С обзиром да закон експлицитно не одређује тко има статус правне особе нужно је да се кумулативно испуне следећи увјети:

- 1- да је правно уредива,
- 2- да је правно допуштива и
- 3- да јој правни поредак призна могућност стицања права и преузимања обавеза.<sup>50</sup>

Посљедњи увјет кључан је у оцјењивању да ли се одређена особа може сматрати правном особом.

Само они субјекти који имају статус правне особе могу казнено одговарати, док они који немају статус правне особе нити не подлијежу казненој одговорности, као што је случај са ортаклуком или тајним друштвом.<sup>51</sup> Иако је наведено тумачење екстензивно треба истаћи да оно и

---

46 ЗОПЛКД РС, чл. 5 ст. 1.

47 ЗОПЛКД РС, чл.6.

48 ЗОПОКД РХ, чл. 3.

49 ЗОПЛКД РС, чл. 9. и ЗОПОКД РХ, чл.7.ст.3.

50 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004, 71, 72, 91.

51 Више: О. Станковић, Б. Водинелић, 91. Влада Републике Хрватске: Коначни приједлог Закона о одговорности правних особа за казнена дјела, 17.

није у потпуности примјењиво приликом одређивања правне особе у складу с одредбама и сврхом закона. Наведени став оправдавамо чињеницом да се, у складу с одредбама закона, децидирано предвиђа да правна особа одговара за она казнена дјела која почини у оквиру вршења и обављања својих послова, због које је и основана.

Закон о одговорности правних особа за казнена дјела РХ и Закон о одговорности правних лица за кривична дела РС предвиђају да и у случају кад је над правном особом покренут или се води стечај она ће одговарати, док се у складу с одредбама Закона о привредним друштвима РС<sup>52</sup> односно Закона о трговачким друштвима РХ<sup>53</sup> децидирано наводи над којим се правним субјектима може покренути и водити стечај.

Значај одредбе према којој правна особа у стечају одговара за казнено дјело учињено прије покретања или у току стечајног поступка управо је у томе да стечај, који може бити изаван с намјером, а који може послужити као основ оправдања да правни субјект односно трговачко друштво не располаже довољном имовином, не може послужити или служити као потенцијлани основ искључења или ослобођења од казнене одговорности. Можемо закључити да се закон односи на трговачка друштва која су основана за обављање лукративне дјелатности, а која у одређеном тренутку пословања могу починити казнено дјело, иако није постојала иницијална намјера да се трговачко друштво оснује с криминалном намјером.

Одредбе закона се, поред домаће правне особе, примјењују и на стране правне особе.<sup>54</sup> Страна правна особа одговара за казнено дјело једино ако се по позитивном праву Хрватске, односно Србије, сматра правом особом.<sup>55</sup> Неопходно је и испуњење кумулативних увјета, које смо навели за домаћег правног субјекта, и за страног правног субјекта.

У погледу одређивања мјеродавног права увијек се полази од државне припадности правног субјекта која се одређује према мјесту сједишта управе. И Хрватска и Србија усвојиле су концепт стварног сједи-

---

52 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.

53 Хрватски Закон о трговачким друштвима, (Закон о трговачким друштвима, *Народне новине* бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, даље у фуснотама: ЗТД РХ).

54 ЗОПЛКД РС, чл. 4., исто и ЗОПОКД РХ чл.1.ст.2.

55 ЗОПЛКД РС, чл. 5. ст.1, исто и ЗОПОКД РХ чл.1.ст.2.

шта друштва тј. мјеста сједишта управе,<sup>56</sup> као мјеста из којег се управља друштвом, а које се може регистrirати у једној држави само ако је у њој сједиште главне управе.<sup>57</sup>

Поставља се питање што се догађа у околностима када трговачко друштво у својој матичној земљи нема статус правне особе. Одговор на ово питање увијек треба тражити у чл. 5.ст.1. Закона о одговорности правних лица за кривична дела РС и у чл.1.ст.2. Закона о одговорности правних особа за казнена дјела РХ, унаточ томе што страни правни субјект нема статус правне особе у матичној земљи,<sup>58</sup> ако га у складу с прописима Србије или Хрватске има оно одговара за почињење казног дјела. Оваквим екстензивним тумачењем оправдава се потреба да криминалне активности правних субјеката буду инкриминиране и у случају када немају правни субјективитет према страном праву.<sup>59</sup>

## V Анализа стања пријављених, оптужених и осуђених правних особа у Хрватској

У раду је направљена и приказана анализа стања која се односи на пријављене, оптужене и осуђене правне особе за почињена казнена дјела у петогодишњем периоду, од 2013. до 2017. године. У склопу анализе, приказана су и казнена дјела правних особа према појединим врстама казних дјела и самој структури пријављеног криминалитета.

У табели под бр.3. приказан је укупан број пријављених, оптужених и осуђених правних особа у наведеном петогодишњем раздобљу.

---

56 ЗТД РХ, чл. 37.

57 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2010, 105.

58 Ортакчко друштво у правним системима Немачке и Енглеске немају правни субјективитет, док је према нашем позитивном праву то привредно друштво спада у категорију друштва лица и као такво поседује од трунутка регистрације правни субјективитет, Више: М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2010.

59 Горан Илић, „Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела,“ *Critica* (I) бр. 2/2010, 248.



Таблица бр. 3. Правне особе - починитељи казних дјела  
у периоду од 2013. до 2017. године.<sup>60</sup>

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>ПРИЈАВЛЈЕНЕ</b>	778	717	812	1028	883
<b>ОПТУЖЕНЕ</b>	406	310	173	169	121
<b>ПРОГЛАШЕНЕ ОДГОВОРНИМА</b>	143	120	53	59	31

Уколико погледамо број пријављених правних особа у петогодишњем периоду, можемо уочити да се број креће у распону од 778 до 1028 пријављених правних особа, с тим што је најмање њих било пријављено у 2013. години (778), а највише у 2016. години (1028).

У односу на број пријављених, видљив је пад у оптужењу правних особа, који се креће у распону од 121 до 406 оптужених правних особа у истом петогодишњем раздобљу. Најмањи број оптужби забиљежен је у 2017. години (121), док је највише оптужених било у 2013. години (406).

И на крају, погледамо ли број правних особа које су проглашене кривим за почињено казнено дјело, долазимо до поражавајућих података. Свега 31 правна особа проглашена је кривом у 2017. години, док је у 2013. години евидентиран највиши број правних особа које су проглашене кривима (143).

Можемо закључити да постоји евидентан неразмјер између пријављених правних особа и правних особа које су проглашене одговорнима за казнена дјела. Тако је у 2013. години од укупно пријављених, само 18,38% њих проглашено кривима. Поражавајући податак односи се на 2017. годину, у којој је од укупног броја пријављених правних особа за казнена дјела, свега њих само 3,51% проглашено кривима.

Најзаступљенија казнена дјела у 2017. години за која су правне особе проглашене кривима односе се на господарски криминалитет. Број пријављених правних особа за казнена дјела против господарства износио је 51,8%, оптужених 61,2% а проглашених одговорнима 38,7%.<sup>61</sup>

60 Приопћење Државног завода за статистику од 02.05.2018. године, Загреб, доступно на адреси: [https://www.dzs.hr/Hrv\\_Eng/publication/2018/10-01-04\\_01\\_2018.htm](https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2018/10-01-04_01_2018.htm), 01.02.2019. (даље у фуснотама: Приопћење ДЗС РХ).

61 Приопћење ДЗС РХ

Правним особама које су проглашене кривима за казнена дјела изречене су новчане казне, које се крећу у распону од 20. 001,00 – 50. 000,00 куна (12 правних особа) те новчане казне у распону од 10. 001,00 – 20. 000,00 куна (10 правних особа), док је само за једну правну особу суд донио одлуку о одузимању имовинске користи стечене казним дјелом.<sup>62</sup>

У табели под бр. 4. приказане су правне особе – починитељи казних дјела према врсти казних дјела у 2017. години.

Таблица бр.4. Правне особе - починитељи казних дјела према врсти казних дјела у 2017. години.<sup>63</sup>

ВРСТЕ КАЗНИХ ДЈЕЛА КД ПРОТИВ:	%
РАДНИХ ОДНОСА И СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА	15,9
ОКОЛИША	2,0
ОПЋЕ СИГУРНОСТИ	3,7
ИМОВИНЕ	12,7
ГОСПОДАРСТВА	51,8
ИНТЕЛЕКТУАЛНОГ ВЛАСНИШТВА	1,0
СЛУЖБЕНЕ ДУЖНОСТИ	4,6
ОСТАЛА КАЗНЕНА ДЈЕЛА	8,3

Као што смо већ и навели, највише почињених казних дјела односи се на господарска казнена дјела (51,8%). На другом мјесту су казнена дјела која су проистекла из радних односа и социјалног осигурања (15,9%). Казнена дјела против имовине на трећем су мјесту према броју почињених казних дјела од стране правних особа (12,7%).

## VI Закључна разматрања

Приступањем Еуропској унији 2013. године, Хрватска је ускладила своје национално казнено законодавство с међународним документима, што чини и Србија као држава која аплицира за пријем у пуноправно чланство ЕУ. У раду је направљена компаративна анализа законских норми које се односе на казнену одговорност правних субјеката гдје су и једна и друга држава усвојиле *lex specialis* прописе о одговорности правних особа за казнена дјела. Ваља нагласити да су и Хрватска и Србија, прије

62 Приопћење ДЗС РХ

63 Приопћење ДЗС РХ

увођења казнене одговорности правних особа, биле одговорне и кажњаване само за привредне пријеступе и прекршаје, у складу с начелом *societas delinquere non potest*.

Морамо скренути пажњу, како увођење законских норми о казненој одговорности правних особа не представља испрва вољну правну регулативу од стране законодаваца Хрватске и Србије, већ је то, прије свега, резултат преузетих међународних обавеза једне и друге државе да ускладе своје национално законодавство.

Казнена одговорност правних особа темељи се на моделу изведене, субјективне и кумулативне одговорности, тако да је Закон о казнено-правној одговорности правних особа *lex specialis* управо због могућих приговора на рачун објективне одговорности у казненом праву. Правна особа ће се казнити за казнено дјело одговорне особе и у случају кад се утврди постојање правних или стварних запрека за утврђивање одговорности одговорне особе.

Закони о одговорности правних особа за казнена дјела у Хрватској и Србији представљају значајан искорак у правној регулативи инкриминирања одговорности правних особа за криминална понашања на тржишту роба, услуга и капитала.

### Литература

1. Влада Републике Хрватске: Коначни приједлог Закона о одговорности правних особа за казнена дјела, Загреб, 12/ 2002., доступно на адреси: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//49022.%20-%201.pdf>
2. Горан Илић, „Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела,“ *Crimen (I)* бр. 2/10, 246–256.
3. Давор Деренчиновић, Драган Новосел, „Закон о одговорности правних особа за казнена дјела– пролазне дјечје болести или (не)рјешиводева квадратура круга,“ *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол. 19, број 2/2012, 585-613.
4. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.
5. Закон о привредним пријеступима - ЗПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 - др. закон.
6. Закон о кривичној одговорности правних лица, *Службени Гласник РС*, бр. 97/2008.
7. Закон о прекршајима, *Сл. Гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016.

8. Злата Ђурђевић, „Казнена одговорност и казнени поступак према правним особама у Републици Хрватској,“ *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол. 10, број 2/2003, 719-770.
9. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2010.
10. Мирослав Врховшек, „Правно лице као извршилац кривичног дела према Закону о одговорности правних лица за кривична дела,“ *Наука, bezbednost, policija*, vol. 15, br. 1/2010, 17-42.
11. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004, 71, 72, 91.
12. Приопћење Државног завода за статистику од 02.05.2018. године, Загреб, доступно на: [https://www.dzs.hr/Hrv\\_Eng/publication/2018/10-01-04\\_01\\_2018.htm](https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2018/10-01-04_01_2018.htm)
13. Републички фонд за статистику Републике Србије, Саопштење 233, година LXVIII, 31.08.2018. ISSN 0353-9555.
14. Strahinja Miljković, Vanda Božić, „Criminal responsibility of legal persons in the legislation Republic of Serbia and the Republic of Croatia,“ *Book of Proceedings of 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World,”* Split, 2016, 170-185.
15. Француски Казнени закон из 2016. године, (Criminal Code of the French Republic; доступно на адреси: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>).
16. Хрватски Казнени закон из 2011. године, (Казнени закон РХ, Народне новине, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15)
17. Хрватски Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији из 2000. године, (Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији, *Народне новине – Међународни уговори*, бр. 11/00).
18. Хрватски Закон о потврђивању Конвенције о кибернетичком криминалу из 2002. године, (Закон о потврђивању Конвенције о кибернетичком криминалу РХ, *Народне новине – Међународни уговори*, бр. 9/02).
19. Хрватски УКАЗ о проглашењу Закона о преузимању Закона о привредним пријеступима из 1991. године, (УКАЗ о проглашењу Закона о преузимању Закона о привредним пријеступима, *Народне новине*, бр. 53/91).
20. Хрватски Закон о казненом поступку из 2008. године, (Закон о казненом поступку РХ, *Народне новине*, бр.152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14)
21. Хрватски Закон о трговачким друштвима, (Закон о трговачким друштвима, *Народне новине* бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15).

22. Хрватски Закон о одговорности правних особа за казнена дјела из 2003. године, (Закон о одговорности правних особа за казнена дјела РХ, *Народне новине*, бр.151/03, 110/07, 45/11, 143/12).
23. Хрватски Закон о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета, (Закон о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета, *Народне новине*, бр. 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13).
24. Council of Europe: Liability of enterprises for offences, Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities, доступно на адреси: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c5d71>

**Vanda BOŽIĆ, Ph.D.**

**Faculty of Law, University of Zagreb, Hrvatska**

**Strahinja MILJKOVIĆ, Ph.D.**

**Faculty of Law of the University of Priština**

**with the temporary seat in Kosovska Mitrovica, Srbija**

## COMPARATIVE OVERVIEW OF CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN CROATIA AND SERBIA

### *Summary*

*The authors made an analysis and gave a comparative and historical account of the development of the criminal liability of legal persons in the legislation of Croatia and Serbia, which has abandoned the principle *societas delinquere non potest*. The Criminal Responsibility of Legal Persons was introduced in Croatia by the Law on Responsibility of Legal Persons for Criminal Offenses Issued in 2004, and in Serbia, four years later, by the Law on Responsibility of Legal Persons for Criminal Offenses. The purpose of punishing a legal person can not only be achieved by punishing a responsible person within the legal entity, hence incriminating responsibility of a legal person for criminal offenses of economic crime finds its justification. Pointed out are the international instruments and the Recommendation R (88), which require signatory states to include legal responsibility of legal persons for criminal offenses in their national legislation. The paper investigates the situation with regard to reported, accused and convicted legal persons for criminal offenses in the last five years, and also*

*the criminal offenses of legal persons related to certain types of criminal offenses and the structure of reported crime. The authors conclude that the mentioned laws represent a significant step forward in the regulation of criminal liability of legal persons for their activities on the labor market. Finally, in accordance with the existing legal solutions and the analysis of the situation in court practice, they present possible de lege ferenda suggestions.*

**Key words:** *criminal responsibility of legal persons, economic crime, Croatia, Serbia.*

Др Зоран ВАСИЉЕВИЋ\*

## ПОДЈЕЛА ОРТАКЛУКА ПРЕМА КРИТЕРИЈУМУ ОДГОВОРНОСТИ ОРТАКА

### *Резиме*

*Аутор у раду анализира домаћу и упоредну регулативу ортаклука као облика удруживања у циљу обављања одређене привредне дјелатности. Притом се указује на нове концепте који добијају све већу подршку у упоредном праву, а који су производ жеља самих ортаклука, посебно из домена слободних професија. Најзначајније промјене се односе на прихватање ортаклука као самосталних ентитета у оним правним системима који им до тада нису признавали правни субјективитет и ограничавање одговорности за обавезе ортаклука до висине удјела у друштву, аналогно режиму друштава капитала, али уз задржавање неких битних привилегија које су имала класична ортачка друштва, као нпр., у сегменту организовања, вођења послова и, посебно, опорезивања. Закључује се да се увођењем нових форми ортаклука практично стварају „правни мутанти“ чију је правну природу тешко одредити.*

**Кључне ријечи:** ортаклук, ортак, подијељена одговорност, неограничена солидарна одговорност, ограничена одговорност.

### І Увод

Прошло је тачно пола вијека од објављивања познате књиге проф. Константиновића под насловом „Облигације и уговори, скица за законик о облигацијама и уговорима“, у којој је истакнута идеја за регулисањем „привредног удружења грађана“ у општем законнику о облигацијама, али је и поред тога у нашем праву једини акт легислативе који се односи на ортаклуке општи компанијски закон, који регулише само једну његову врсту, под називом ортачко друштво. Тако у нашем праву и даље постоји двојност између једног неименованог уговорног односа и једног органи-

---

\* Ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци

зационог облика привредног друштва који почива на уговорној основи, који дијеле истовјетно термилошко одређење „ортаклук“. Међутим, у првом случају се ради о грађанскоправном, а у другом случају о трговинскоправном облику.

У упоредном праву је, с друге стране, у неколико посљедњих деценија дошло до веома крупних промјена у материји ортачких друштава. У томе предњаче земље англосаксонског правног система, предвођене Сједињеним Америчким Државама, као покретачем промјена, али тај тренд прате и одређене државе које припадају европском континенталноправном миљеу, изазване системом повезаних посуда и потребом спречавања одлива привредних субјеката у форми ортаклука у државе Европске уније у којима је дошло до промјена, каква је још увијек Велика Британија.

Наиме, у системима америчког, енглеског или њемачког права се и не прави разлика између грађанскоправних и трговинскоправних ортаклука, за разлику од нашег права које слиједи романски правни систем, али је зато дошло до диференцирања унутар самог трговинскоправног ортаклука које је изазвало и питање да ли посљедње креиране форме које носе назив „ортаклук“ заиста припадају овом организационом облику, или се ради о новим врстама друштава капитала, односно, у крајњем случају, правним „мутантима“ у којима су помијешане карактеристике и друштава лица и друштава капитала и у погледу којих се тешко одредити каква је њихова истинска правна природа. Управо ће на одређењу нових својстава бити стављен нагласак у овом раду, са акцентом на питање одговорности ортака (чланова) за обавезе друштва, с обзиром да се у овој карактеристици јавља кључ подјеле.

## II Разграничење између грађанског и трговинског ортаклука

Иако се и у нашем праву користи исто термилошко одређење, мора се правити разлика између грађанског и трговинског ортаклука. Први представља неименовани уговор облигационог права и има своје коријене у установи *societas* из римског права.<sup>1</sup> Наиме, у другој половини републике развила се појава удруживања великих финансијера и предузетника, која је резултирала стварањем удружења финансијера- *societates publicanorum*, затим су се удруживали и трговци у *societates venaliciario-*

---

1 Видјети Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2015., 149-150.



rum, па банкари са својим ортацима у *societates argentariorum*.<sup>2</sup> Трговински ортаклук се, с друге стране, развио у XIII вијеку у трговачким градовима сјеверне Италије, а први пут је законски регулисан у Француској у *Ordonnance sur le commerce* из 1673. године.<sup>3</sup> Ради се о првом облику концентрације капитала за обављање пословних подухвата, из којег су се развила друштва лица, а затим и остали организациони облици привредног удруживања.

Грађански ортаклук и његова својства нису, међутим, без значаја и за материју компанијског права, с обзиром на то да се у овој установи управо проналази правна природа фазе оснивања привредног друштва која траје од момента закључивања уговора о оснивању, па све до регистрације привредног друштва и стицања правног субјективитета. Ово се односи на сва привредна друштва независно од тога да ли се ради о ортачким друштвима или се, пак, оснивају неки други организациони облици, попут акционарских друштава. Према томе, у фази тзв. преддруштва, оснивачки акт може имати само облигационоправно дејство, а његове одредбе које имају екстерно дејство неће бити релевантне за трећа лица све до момента регистрације. Чињеница је да се у овој фази морају обавити бројне правне радње неопходне за оснивање и почетак рада привредног друштва, а с обзиром на то да у нашем правном систему не постоје привредна друштва без правног субјективитета, те да се не може прихватити постојање идентитета између стања прије и после регистрације, логично је да оваква заједница може имати природу само једног грађанскоправног уговорног односа, и то уговора о ортаклуку.<sup>4</sup>

Енглеска правна теорија се углавном не изјашњава о правној природи стања прије инкорпорације привредног друштва, мада постоје мишљења да се ова фаза може подвести под ортаклук (*partnership*). Међутим, и поред коришћења истовјетног термина не прихвата се идентитет између тзв. преддруштва и привредног друштва јер енглеско право заузима најригорознији приступ у погледу питања преузимања права и обавеза насталих у фази преддруштва. То је могуће само у случају новације која се мора доказивати, а за коју је неопходан и пристанак друге

---

2 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985., 272. Наведено према Томица Делибашић, „Грађански ортаклук у светлу правне традиције и савремених законских решења“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 785-786.

3 Славко Царић, *Правни положај привредних организација*, Нови Сад, 2000., 112-113.

4 Више: Зоран Васиљевић, „Правна природа стања преддруштва“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 163-180.

стране, јер се *de facto* ради о закључењу новог уговора.<sup>5</sup> С друге стране, на принципима теорије идентита, према којој фаза тзв. преддруштва има компанијскоправну природу, стоје њемачка правна теорија и правни системи који почивају на германском концепту.<sup>6</sup> Независно од усвојеног концепта, правила грађанског ортаклука се супсидијарно примјењују и на саме трговачке ортаклуке за сва питања која нису ријешена посебним одредбама, поготово у оним правним системима који не признају правни субјективитет овог организационог облика привредних друштава.

Грађански ортаклук, у сваком случају, данас представља неименовани уговор, који је на нашим просторима био регулисан прописима који су, на основу Закона о неважности прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације,<sup>7</sup> изгубили правну снагу. У питању су Аустријски грађански законик из 1811. године, који је важио на простору данашње Републике Српске, и Српски грађански законик из 1844. године, који је важио на подручју Србије. Ови извори се данас могу примјењивати само као обичајна правила. С друге стране, државе окружења (Словенија, Хрватска, Македонија и Црна Гора) су својим облигационим законима регулисале ову материју, те је уговор о ортаклуку постао именован уговор.<sup>8</sup>

Овај облик ортаклука се, свакако, мора разграничити од трговинског ортаклука у нашем правном систему, прије свега, по томе што не посједује правни субјективитет. То производи и остале посљедице, попут непосједовања сопствене имовине и немогућности предузимања права и обавеза у правном промету у име и за рачун ортаклука. Наведени недостатак се превазилази стварањем режима заједничке имовине која се улаже у ортаклук, на ком принципу уосталом функционишу и трговински ортаклуци у оним правним системима који им не признају правни субјективитет (тзв. имовина заједничке руке). Ипак, посједовање или непосједовање правног субјективитета производи још једну крупну разлику у погледу начина престанка ортаклука. Трговински ортаклук, када је једном настао, не може више престати примјеном правила облигационог права, већ путем стечаја или ликвидације као института компанијског права, који имају дејство раскида уговорног односа. Грађански орта-

---

5 Више: Derek French, Stephen W. Mayson, Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, 2014., 627.

6 Видјети З. Васиљевић, 166-171.

7 *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

8 Види: Љубиша Дабић, „Пословођење ортаклуком и његово заступање (управљање ортаклуком)“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 764.

клуци, осим тога, потпадају под стварну надлежност редовних судова, за разлику од трговинских који су у надлежности привредних судова.

Коначно, код грађанских ортаклука не постоји могућност стварања органа ни на аутономној основи, за разлику од трговинских ортаклука код којих по законској претпоставци право на пословођење и заступање друштва имају сви ортаци, али се то може и другачије уредити, између осталог и предвиђањем постојања органа друштва којима ће бити повјерени ти послови. Ови односи се најприближније могу представити као односи заступништва гдје се сви ортаци појављују и у улози налогодавца и у улози заступника (агента). Међутим, разликују се и од овог односа према томе што код заступништва, у правилу, не постоји власнички удио у пословању, као ни обавеза сношења губитака.<sup>9</sup>

Када је у питању одговорност ортака за обавезе, с обзиром на природу заједничара у договореном послу, у грађанском ортаклуку постоји подијељена одговорност ортака за обавезе, сразмјерно унесеним удјелима.<sup>10</sup> У ортакчком друштву, пак, постоје различите варијације, у правилу, неограничене одговорности за обавезе ортаклука. Овакав концепт се прихвата и у погледу тзв. преддруштва, и поред, начелно прихваћене грађанскоправне природе. Ипак, у новије вријеме у упоредном праву управо на плану одговорности за обавезе трговинског ортаклука се јављају другачије идеје које доводе до стварања нових форми ортакчких друштава.

Наше право, међутим, и даље неприкосновено стоји на позицијама неограничене солидарне одговорности ортака цјелокупном својом имовином за обавезе ортакчког друштва,<sup>11</sup> иако му признаје правни субјективитет, на основу чега би логички требало да буде ближе романском концепту које усваја режим супсидијарне одговорности. Овај облик одговорности се, заправо, налази у самим дефиницијама ортакчког друштва у законским текстовима Србије и Републике Српске, што упућује на констатацију да се практично ради о једном од кључних својстава самог ортакчког друштва. Штавише, оба ЗПД-а нулирају правно дејство супротних одредаба у оснивачком акту, односно уговору ортака, у односу на трећа лица.<sup>12</sup> Таквом одредбом се још више утврђује чврстина заузетог

9 Видјети Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, Mason-Ohio, 2003., 679.

10 Т. Делибашић, 790.

11 Закон о привредним друштвима Србије –ЗПД, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 36/11, 83/14, 5/15, 44/18 и 95/18, чл. 93. и Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 127/08, 100/11, 67/13 и 100/17, чл. 48.

12 ЗПД Србије, чл. 93. ст. 2., ЗПД Р. Српске, чл. 48. ст. 4.

става, поготово с обзиром на чињеницу да су одредбе које се односе на ортачка друштва у већем обиму диспозитивне природе, поготово у поређењу са одредбама које се односе на друге облике организовања, прије свега акционарска друштва.

ЗПД Републике Српске, ипак, садржи једно одступање и то у случају уколико се другачије уговори са самим повјериоцем према коме постоји дуг ортачког друштва.<sup>13</sup> То одступање од законске претпоставке претпоставља, дакле, пристанак повјериоца, што је и логично рјешење у складу са принципима облигационог права, јер се овим путем производи смањење броја солидарних дужника, а самим тим и смањење сигурности намирења потраживања. Према томе, повјерилац у пракси може пристаћи на овакво одступање само кад је довољно обезбјеђен, односно кад наспрам себе има довољан број солвентних дужника или када вјерује да до доцње са намирењем потраживања неће уопште ни доћи.

Усвојени систем одговорности је општи, што подразумијева да се односи на све обавезе, како уговорне, тако и вануговорне. Одговорност, такође, зависи од одговорности ортачког друштва, што значи да је акцесорног карактера, осим изузетно у случају покретања стечајног поступка. Акцесорност подразумијева да ортак може истицати приговоре које може изјавити и само друштво, али и личне приговоре који проистичу из његових правних односа са повјериоцем.<sup>14</sup> Повјерилац, с друге стране, не мора изводити захтјев према члану друштва из нечијег туђег права, с обзиром на то да је одговорност непосредна. За постојање саме одговорности је мјеродавно стање чланства у ортачком друштву у вријеме настанка, а не у вријеме доспјелости обавезе, тако да и ортак који у међувремену изађе из друштва и даље одговара, уколико не договори другачије са повјериоцем. За разлику од ЗПД-а Републике Српске који не ограничава рок трајања ове одговорности, у ЗПД-у Србије је предвиђено да солидарна одговорност ортака који је иступио из друштва престаје по истеку периода од пет година од дана иступања, ако оснивачким актом није предвиђен и дужи период.<sup>15</sup> С друге стране, уколико у друштво уђе нови ортак и он ће одговарати неограничено солидарно за обавезе које су настале прије његовог уласка у друштво, што има правну природу уговора о приступању дугу.

---

13 ЗПД Р. Српске, чл. 48. ст. 3.

14 Више о приговорима које ортак може истицати према повјериоцу: Јакша Барбић, *Право друштва (књига трећа- друштва особа)*, Загреб, 2002., 318-319.

15 ЗПД Србије, чл. 122. ст. 4.

Уколико ортак из своје имовине измири обавезу према повјериоцу друштва, тада долази до суброгације, односно стицања права повјериоца према друштву и ортацима, који му могу истицати све приговоре које је и он могао истицати према повјериоцу, под условом да је плаћање извршено без знања друштва.<sup>16</sup> Ортак се намирује из имовине осталих ортака тек уколико није успио са намирењем из имовине друштва и то према критеријуму одређеном уговором о оснивању или, према законској претпоставци, на једнаке дијелове. Најчешће се, ипак, предвиђа критеријум величине удјела у друштву, према коме ортаци учествују у добити, али и сnose губитке друштва. Стога, и ортак који је испунио обавезу нема право регреса у цјелости, већ уз изузимање дијела који отпада на њега према утврђеном критеријуму.

У случају да се један од ортака налазио и у улози самог повјериоца, па није успио да се намири из имовине друштва, он ће висину свог потраживања према осталим ортацима морати да умањи за износ којим мора да учествује у сношењу губитака друштва, заједно са осталим ортацима. Ово, уствари, значи да је у наведеном случају одговорност ортака према таквом повјериоцу супсидијарна.<sup>17</sup> Међутим, није неопходно претходно обраћање повјериоца друштву, већ је довољно да се на основу околности основано може претпоставити да се не би могао намирити из имовине друштва. Ако такво потраживање, пак, буде пренесено на неко друго лице које није у статусу ортака, одговорност поново постаје солидарна.

### III Развој нових форми ортаклука

У правној теорији се праве различите подјеле трговинских ортаклука зависно од одређених специфичности, па се тако зависно од тога да ли су прописно регистровани дијеле на фактичке и *de facto* ортаклуке, гдје за прве важи да су уписани у регистар привредних друштава, али да се касније открио одређени недостатак због којег се мора извршити њихово брисање из регистра, док други функционишу као заједница, али никад нису регистровани и у суштини имају природу грађанског ортаклука. У појединим законодавствима овакав ортаклук се номинује као тајни.<sup>18</sup> С обзиром на врсте дјелатности ортака, могућа је подјела и на ортаклуке слободних професија и ортаклуке пољопривредника. У поје-

16 М. Васиљевић, 160-161.

17 Види: Ј. Барбић, 320.

18 Нпр., у пар. 1871/1 француског Грађанског законика. Видјети Ранко Вулић, Душка Богојевић, „Неке форме сличне ортаклуку“, *Правна ријеч*, бр. 20/2009, 561.

диним правним системима као посебне врсте ортаклука наводе се и joint venture (у праву САД-а), конзорцијум (као посебан облик joint venture-а, регулисан у Италији), групација економског интереса (у француском праву, представља симбиозу грађанског и трговинског ортаклука и удружења), а неке својим називом асоцирају на форму ортаклука, попут јавно-приватног партнерства.<sup>19</sup>

Најзначајнија подјела, пак, за потребе овог рада тиче се разграничења ортаклука према врсти одговорности ортака за обавезе ортаклука. Наиме, од почетка 90-их година прошлог вијека је дошло до значајних промјена у погледу регулисања одговорности ортака и креирано је неколико врста ортачких друштава полазећи од овог критеријума подјеле, и то општи ортаклук (класично ортачко друштво), ортаклук са ограниченом одговорношћу (limited liability partnership) и компанија са ограниченом одговорношћу (limited liability company).<sup>20</sup> Овоме се у англосаксонској правној теорији додају и форме командитног друштва (limited partnership) и командитног друштва са ограниченом одговорношћу (limited liability limited partnership), с обзиром на истовјетно терминолошко одређење.

Увођењем нових облика ортаклука постојећим системима одговорности за обавезе ортачког друштва додаје се још један, тако да бисмо могли начинити подјелу на четири основна система одговорности, и то: 1) систем неограничене солидарне одговорности ортака, која је установљена у њемачком правном систему у којем ортачко друштво нема правни субјективитет, али се прихвата и у правима Србије и Републике Српске, 2) систем супсидијарне одговорности, који усваја француско право у којем ортачко друштво има својство правног лица па се захтијева претходни покушај намирења из имовине друштва, па тек онда од ортака, који у том случају постају одговорни цјелоком својом имовином, 3) систем двојне солидарне неограничене одговорности (прихваћен у англосаксонском праву за општи ортаклук), према коме се прави разлика зависно од тога да ли се ради о уговорној или деликтној одговорности (у првом случају одговорност је заједничка, али не и солидарна, па уколико повјерилац одабере једног ортака, губи право према осталима; у другом случају се, пак, ради о неограниченој солидарној одговорности идентичној као у првом систему, с обзиром да ни у англосаксонском праву ортач-

19 Наиме, енглески превод гласи „public-private partnership“, што упућује на истовјетно терминолошко одређење. Више: Р. Вулић, Д. Богојевић, 573.

20 Као нови организациони облик близак форми ортаклука. Види: Allan Walker Vestal, „...Drawing Near the Fastness? -The Failed United States Experiment in Unincorporated Business Entity Reform“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 1019.

ка друштва немају правни субјективитет),<sup>21</sup> и 4) систем ограничене одговорности-сношења ризика до висине унесеног улога (прије свега за штетне радње учињене од стране других ортака, а зависно од прихваћеног законског рјешења у упоредном праву, могуће и за све уговорне обавезе ортачког друштва, које у овој варијанти стиче и правни субјективитет у појединим правним системима попут енглеског).

Различити облици ортачких друштава посљедње наведеног система одговорности за његове обавезе се у задњих неколико деценија појављују како у државама англосаксонског права, тако и оних које припадају континенталној правној школи, попут њеног репрезентативног представника Њемачке. Оваква појава је допринијела и озбиљној дилеми, да ли је на овај начин, промјеном једног од неприкосновених својстава ортачких друштава као друштава лица, дошло до њиховог приближавања друштвима капитала, па тиме и промјени њихове правне природе.

Носилац промјена је америчко право у коме је дуго на снази био Једнообразни закон о ортаклуцима из 1914. године, да би 1987. године био покренут процес његове ревизије, који је резултирао доношењем Ревидираног једнообразног закона о ортаклуцима 1997. године. Одредбом из пар. 201. наведеног Закона ортаклук је дефинисан као цјелина одвојена од ортака, што је довело до коријените промјене приступа ортаклуку, превазилажењем теорије скупа ортака и преласком на теорију ентитета.<sup>22</sup> Усљед промијењеног становишта, већина америчких држава омогућава ортаклуцима да манифестују одређена својства правног субјекта, иако немају такав статус. Тако им се признаје својство носиоца имовине, могу да туже и буду тужени, имају самосталност у стечајном поступку, те рачуноводственим и пореским питањима.

Ревизијом Закона је промијењен и режим одговорности за обавезе ортаклука у неограничену солидарну одговорност за све обавезе,<sup>23</sup> што представља новину у односу на класични систем англосаксонског права који разликује тзв. заједничку (joint) одговорност ортака за уговорне обавезе и заједничку и вишеструку (joint and several) одговорност за штете и

---

21 Упореди: М. Васиљевић, 159.

22 Види: А. Walker Vestal, 1021. Такође, Ј. Барбић, 4.

23 Пар. 306(а) Ревидираног Једнообразног закона о ортаклуцима (*Revised Uniform Partnership Act*) из 1997.. Ипак, у америчкој правној теорији постоје критике да је ова одредба неконзистентна са осталим одредбама ревидираног Закона којима се имплементира прелазак на теорију ентитета. Видјети: Donald J. Weidner, „Pitfalls in Partnership Law Reform: Some United States Experience“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 1039/1040.

кршење фудуцијарне дужности. У првој варијанти, ортак има право да инсистира да и остали ортаци буду обухваћени тужбом, што је кључно за позитиван исход тужбе, јер у супротном тужилац губи права и према туженом ортаку и имовини ортаклука.<sup>24</sup> Уколико, пак, тужени ортак не упути овакав захтјев, тужилац стиче право намирења из његове имовине, али губи према осталим ортацима. У другој варијанти, тужилац може да тужи једног или више ортака одвојено или све заједно, по свом избору, а у сваком случају не губи у случају ненамирења право према онима који нису били обухваћени тужбом. Ипак, наведеној промјени се може приговорити да није у складу са преласком на теорију ентитета у схватању ортакчког друштва, према којој би се са намирењем требало покушати примарно на имовини самог ортаклука. Стога је неколико америчких држава прешло на тзв. правило исцрпљења, на основу којег се тражи да се претходно покуша са намирењем на имовини ортаклука, па тек потом на имовини ортака, чиме се фактички уводи систем супсидијарне одговорности ортака. Ово се односи како на повјериоце из уговорних односа, тако и на лица која имају потраживања по основу деликтне одговорности ортаклука.<sup>25</sup>

Други правац промјена је текао кроз борбу за елиминисање могућности за успостављање велике личне одговорности за тужбе по основу професионалних малверзација упућене против великих адвокатских и рачуноводствених ортаклука, што је било повезано са колапсом кредитног система. Многе адвокатске и рачуноводствене фирме су биле тужене због непажње у вршењу консултантских услуга и њихови ортаци позивани на личну одговорност за исплату великих износа, иако нису узимали учешћа у спорним трансакцијама.

Борба за ограничење одговорности је први велики успјех доживјела у држави Тексас 1991. године, гдје је усвојен први Закон о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу, и то на основу иницијативе малог адвокатског ортаклука из мјеста Абилен.<sup>26</sup> Након тога су у државама широм САД доношени акти којима је установљена могућност трансформације у ортаклуке са ограниченом одговорношћу или оснивања истих, али и компанија са ограниченом одговорношћу, које су по својим карактеристикама најприближније командитним друштвима без комплемен-

---

24 R. L. Miller, G. A. Jentz, 691.

25 Видјети: Larry E. Ribstein, „The Evolving Partnership“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 837.

26 У року од годину дана од усвајања акта око 1200 ортаклука је прешло на режим ограничене одговорности. Видјети Robert W. Hamilton, „Professional Partnerships in the United States“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26., 2001, 1057.



тара.<sup>27</sup> Прва оваква компанија је створена у малој америчкој држави Вајоминг 1977. године од стране Hamilton Brothers Oil Company, након дугогодишње борбе и више неуспјешних покушаја, прво на Аљасци, а тек потом у наведеној држави.<sup>28</sup> У ствари, ради се о својеврсном хибриду који излази у сусрет захтјевима за ограничењем одговорности као у режиму компанија- друштва капитала, с једне стране, односно задржавању пореских предности које имају ортаклуци, с друге стране.<sup>29</sup> Наиме, чланови овакве компаније имају могућност избора и по законској претпоставци се опорезују као ортаклуци чиме избјегавају двоструко опорезивање, што им иде у прилог уколико преферирају директну дистрибуцију профита члановима. Међутим, уколико су више определијени за улагање у развој пословања, могу изабрати да се опорезују као компанија. Такође, чланови могу сами да управљају компанијом или да повјере контролу менаџерима.<sup>30</sup> Борба за овај облик организовања је, у сваком случају, била тежа и трајала доста дуже него за ортаклук са ограниченом одговорношћу, на што указује и чињеница да је Служба интерних прихода САД тек 1996. године усвојила регулативу којом овај облик организовања чини истински видљивим и популарним међу лицима заинтересованим за обављање неке привредне дјелатности.<sup>31</sup>

Ортаклук са ограниченом одговорношћу је сличан компанији са ограниченом одговорношћу, али је више дизајниран за субјекте из домена слободних професија, који могу прилично једноставно да се трансформишу у овај облик организовања, јер основна организациона структура остаје иста. Додатна погодност је и у томе да се и на овај облик организовања примјењују и даље законска и common law правила која се односе на ортаклуке.<sup>32</sup> Основна предност у односу на општи ортаклук је ограничење одговорности за штету коју причине други ортаци. Иако се разликују прописи у појединим државама, готово сви ограничавају одго-

---

27 Види: D. J. Weidner, 1034.

28 Више о развојном путу наведене компаније: R. W. Hamilton, 1058-1059.

29 R. L. Miller, G. A. Jentz, 799. Тако је 1988. године прво допуштено компанијама са ограниченом одговорношћу у Вајомингу да се третирају као ортаклуци у пореском смислу, што је довело до наглог ширења овог облика организовања у легислативи америчких држава. Види: Joseph A. McCahery, „Comparative perspectives on the evolution of the unincorporated firm: an introduction“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 803.

30 Више о овој врсти ортаклука, са упоредним прегледом стања у појединим америчким јурисдикцијама: Eric H. Franklin, „A Rational Approach to Business Entity Choice“, *Kansas Law Review*, Vol. 64, 2016., 573-662.

31 Види: R. W. Hamilton, 1060.

32 R. L. Miller, G. A. Jentz, 805.

ворност ортака у оваквим случајевима. Тако, нпр., право Делавера штити сваког савјесног ортака од одговорности за дугове и обавезе које настану усљед непажње, погрешних поступака или лошег управљања.<sup>33</sup> Уколико, пак, има више одговорних ортака, и тад се одступа од општег правила о неограниченој солидарној одговорности, с обзиром да одређене државе попут Јуте или Колорада предвиђају пропорционалну одговорност, сразмјерно учешћу у губицима.<sup>34</sup> Данас се, стога, у америчкој правној теорији одговорност за другог све више схвата као анахронизам.<sup>35</sup>

Под утицајем САД, тренд промјена је захватио и Велику Британију. Под притиском одређених ревизорских кућа, прије свега Ernst & Young и Price Waterhouse, и у тамошњем праву је дошло до реформе права ортаклука. Наиме, иако је већ тада овој врсти слободних професија било омогућено инкорпорисање у облику компаније, њихови представници су жељели да, уз увођење ограничене одговорности, остваре и пореске предности ортаклука, па су пријетили преласком у САД, односно примјеном права Џерсија. Иако је захтјев за измјенама у погледу одговорности за обавезе ортаклука 1996. године био одбијен, улазак у опште изборе наредне године и жеља обје најзначајније политичке партије да се додворе пословном окружењу су резултирали прихватањем измјена и коначним усвајањем Закона о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу у јулу 2000. године и његовом ступању на снагу у априлу 2001. године.<sup>36</sup>

Ортаклуци су у Великој Британији, по својој правној природи, уговорни односи<sup>37</sup> и били су у току XIX вијека веома популарна форма организовања привредног пословања, поготово у сектору занатске дјелатности, с обзиром да су у то вријеме били прилично ригорозни услови за оснивање акционарских друштава.<sup>38</sup> Разлог таквог стања се налазио, прије свега, у потреби придавања већег значаја контроли над пословањем компанија и спречавању злоупотреба статуса какве су се јављале у пређашњем

---

33 Ibid, 806-807.

34 Colorado Revised Statutes Annotated Section 13-21-111.5(1), Utah Code Annotated Section 78-27-39. Видјети R. L. Miller, G. A. Jentz, 807.

35 Тзв. „vicarious liability“ (у преводу: „одговорност за другог“ или „неограничена одговорност“). Види: Shawn Bayern, „Three problems (and two solutions) in the law of partnership formation“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 49:3, 2016., 621.

36 Види: Judith Freedman, „Limited Liability Partnerships In The United Kingdom – Do They Have a Role For Small Firms?“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001., 905.

37 Ewan Macintyre, *Business Law*, Pearson Education Ltd, Harlow, 2001., 425.

38 Видјети Ryan Bubb, „Choosing the Partnership: English Business Organization Law During the Industrial Revolution“, *Seattle University Law Review*, Vol. 38, 2015., 338.

периоду, као нпр. у познатом случају Јужноиндијске компаније. Крајем вијека је усвојен и Закон о ортаклуцима (1890. године), којим је кодификовано „common law“ које се односи на ортаклуке. Као и у САД ортаклуци у Великој Британији немају субјективитет, мада га у шкотском праву могу стећи.<sup>39</sup> Ипак, допушта се вођење послова у име „фирме“, што ни у ком случају не значи признање правног субјективитета.<sup>40</sup>

Временом је дошло до значајног попуштања у погледу регулаторних захтјева у односу на пословање компанија, али су ортаклуци, поготово у сфери занатства, задржали атрактивност, прије свега због лакшег задуживања ортака, јер због њихове неограничене одговорности повјериоцима који су се поуздали у њихову солвентност најчешће нису била потребна додатна средства обезбјеђења. На тај начин су оствариване и уштеде у трошковима задуживања. Ова појава је објашњавана и тзв. „Pecking Order“ теоријом, према којој менаџери генерално преферирају интерно над екстерним финансирањем предузетништва, а кад већ морају посегнути за овим другим, онда се радије задужују него што повећавају капитал.<sup>41</sup>

Либерализација регулативе компанија је, ипак, подигла њихову конкурентност у односу на ортаклуке, а основна предност се своди управо на ограничену одговорност за обавезе компаније, односно сношење ризика пословања до висине унесеног улога. Насупрот томе, у праву ортаклука Енглеске је прихваћен принцип неограничене солидарне одговорности за обавезе ортаклука,<sup>42</sup> и то за све облике, а не само у односу на деликтну одговорност. Наиме, подјела на двије варијанте одговорности („joint“ и „joint and several“) је превазиђена доношењем Закона о грађанскоправној одговорности из 1978. године.<sup>43</sup> Иако ортаци у међусобном договору могу појединима од њих ограничити одговорност, уз обавезу

39 Видјети David Kelly, Ann Holmes, Ruth Hayward, *Business Law*, Cavendish Publishing Ltd, London, 2002., 309.

40 Међутим, прихватају се одређена дејства као да правни субјективитет постоји, као нпр., у погледу признања одвојености имовине ортаклука од личне имовине ортака, за потребе исплате дивиденди из њеног увећања, намирења повјерилаца у случају престанка ортаклука и у извршним судским поступцима, и сл. Више: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 317-319.

41 Stewart C. Myers, *The Capital Structure Puzzle*, 1984., 575, 581. Наведено према R. Bubb, 352-353.

42 За разлику од шкотског права које је прихватило теорију ентитета и обавезу претходног покушаја намирења на имовини самог ортаклука, па тек потом на имовини ортака. Види: L. E. Ribstein, 837.

43 Види: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 321. Иначе, ако је штета причињена ван редовне дјелатности ортаклука или без изричите одговорности свих ортака, тада не постоји одговорност ортаклука, већ лична одговорност самог ортака. Видјети случај *Arbuckle v Taylor* (1815) 3 Dow 160, наведен према E. Macintyre, 449.

обавјештавања пословног партнера о таквом ограничењу, они то у пракси ријетко чине.<sup>44</sup>

Да би се подигла атрактивност ортаклука, као и у циљу спречавања пререгистрације постојећих ортаклука на територији САД, и у Великој Британији је омогућено оснивање ортаклука са ограниченом одговорношћу. За разлику од првих закона о ортаклуцима са ограниченом одговорношћу, који су првобитно захтијевали минимални износ осигурања од одговорности у циљу заштите одговорних лица у случају тужби против ортаклука због непажње или лоше праксе,<sup>45</sup> енглеска легислатива остварује у потпуности концепт ограничене одговорности. Ова форма се, ипак, разликује од оне у САД, прије свега, по томе што има правни субјективитет и мора се уписати у Регистар компанија. Поред тога, на ортаклуке са ограниченом одговорношћу у Великој Британији се, у случају правне празнине у посебном Закону који регулише овај облик организовања, не примјењује право ортаклука, него компанијско право, осим ако Законом или другим актом није другачије одређено.<sup>46</sup>

Овај облик организовања, као и компанија, може да држи имовину у своје име, оптерети своју имовину путем лебдеће залогe, улази у уговорне односе у своје име и за свој рачун, тужи и буде тужен. Такође, и смрт или престанак ортака неће утицати на престанак самог друштва, јер је оно одвојено од својих чланова.<sup>47</sup> Ипак, и на ортаклук са ограниченом одговорношћу се примјењују исти порески прописи као и на опште ортаклуке (уз одређене изузетке, као нпр. клубове и удружења која изаберу ову форму организовања, на које се примјењују прописи који се односе на опорезивање компанија). Затим, процес доношења одлука кореспондира оном у ортаклуку.<sup>48</sup> Такође, за разлику од приватне компаније, ортаклук са ограниченом одговорношћу не може функционисати као једночлано друштво и уколико преостане само један члан у периоду дужем од шест мјесеци, он ће изгубити привилегију ограничене одговорности и бити лично одговоран за све обавезе настале у том периоду.

---

44 Е. Macintyre, 581.

45 Што је био случај са статутима Делавера и Тексаса. Види: Joseph A. McCahery, Erik P.M. Vermeulen, „The Evolution of Closely Held Business Forms in Europe“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 26, 2001, 866.

46 Види: *ibid*, 588. Тако се, нпр., у односу на права и обавезе између самих ортака примјењује право ортаклука.

47 То, уствари, и јесу чланови у правом смисли ријечи, а не ортаци. Видјети и D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 328-329.

48 J. A. McCahery, E. P.M. Vermeulen, 866.

Ортаклук са ограниченом одговорношћу у Великој Британије је, према томе, ортаклук само по термиолошком одређењу, док је суштински много ближи компанији, тј. друштву капитала. Из тог разлога се сматра прикладнијим само за велике „фирме“ из домена слободних професија, а у много мањој мјери за оне које су мале и средње величине према рачуноводственим критеријумима. Разлози за то се састоје у већим трошковима конституисања у односу на ортаклуке, већој комплексности и тешкоћама у примјени легислативе, неповољним захтјевима рачуноводства и ревизије<sup>49</sup> (иако мали ортаклуци са ограниченом одговорношћу имају исте изузетке и олакшице као и мале компаније),<sup>50</sup> непогодностима код тражења кредита, с обзиром на непостојање неограничене солидарне одговорности. Такође, кредитори су мање заштићени и у смислу непримјењивања правила компанијског права у погледу одржавања капитала, с обзиром на то да није регулисана контрола повлачења капитала из имовине ортаклука са ограниченом одговорношћу.<sup>51</sup> Осим тога, разлог за додатну неатрактивност у односу на идентичну форму у САД састоји се и у томе што је у Великој Британији мањи порески притисак на акционаре него у САД, па је и усљед тога мања стимулисаност инвеститора у правцу избора ове форме привредног друштва.<sup>52</sup> Наведени разлози, између осталог, су навели ревизоре на даље истицање незадовољства, јер бројни проблеми нису рјешени, имовина „фирме“ и даље може бити збрисана на основу тужбених захтјева за накнаду штете због непажње, и даље је потребно значајно осигурање њиховог пословања, а и ниво заштите личне имовине ортака у овим друштвима нију у потпуности јасан.<sup>53</sup>

Још један недостатак регулативе ортаклука са ограниченом одговорношћу у Великој Британији у односу на америчко право је у недовољно јасном дефинисању одговорности ортака (чланова) за обавезе друштва. Иако се претпоставља да је интенција ограничење одговорности за туђе пропусте, непажњу или малверзације у пословању, ипак, то није наведено изричито (као у актима појединим америчких држава), већ је препуштено на тумачење судској пракси, чиме се уводи одређена доза несигурности.<sup>54</sup>

49 Који се, с друге стране, не примјењују на америчке ортаклуке са ограниченом одговорношћу. Видјети: J. Freedman, 903.

50 Види: D. Kelly, A. Holmes, R. Hayward, 330-331.

51 Ibid, 331.

52 J. Freedman, 903-904.

53 Ibid, 907.

54 Ibid, 910.

И поред свих недостатака, реформа енглеског права о ортаклуцима је у великој мјери утицала и на њемачко право. Наиме, и у том правном систему је прије неколико година уведен концепт ортаклука са ограниченом одговорношћу, али са још ужим режимом ограничења одговорности и са ограничењем коришћења овог организационог облика само у односу на законом набројане слободне професије. Наиме, концепт ограничене одговорности ортака је дубоко супротстављен њемачкој правној традицији ортаклука, али је уведен из просте нужде да би се спријечило одлив њемачких адвокатских и рачуноводствених ортачких друштава у иностранство, прије свега у Велику Британију. Прилику за то су им пружиле и пресуде Европског суда правде, почев од случаја Centros из 1999. године.<sup>55</sup> У принципу, заузет је став да се у државама чланицама Европске уније не смије вршити дискриминација правних субјеката регистрованих у једној држави чланици, а који дјелују у другој. Ово је навело приближно половину највећих ортаклука адвокатске професије да преузму англосаксонски статус. Промијенили су не само име, већ и стил пословне праксе (принципе вођења послова, фокус стратегије, мобилност адвоката, политику регрутовања, и сл.).

Као одговор на наведену појаву је у јулу 2013. године усвојен Закон о увођењу ортаклука са ограниченом професионалном одговорношћу и промјени права за професије адвоката, заступника патената, пореских консултаната и ревизора.<sup>56</sup> Овим Законом је, уствари, допуњен Закон о ортаклуцима из 1994. године, увођењем могућности избора ортаклука са ограниченом одговорношћу и то само за у закону наведене слободне професије. Такође, ограничење одговорности се односи само на професионалну одговорност за лошу праксу, док за остале обавезе и даље постоји неограничена солидарна одговорност. Додатно, ограничење одговорности се примјењује само под условом да су овакви ортаклуци и осигурани од одговорности у минималном законом одређеном износу. Тако је, нпр., за адвокате минимална осигурана сума 2,5 милиона Евра, а за пореске консултанте милион Евра.<sup>57</sup> Још једна разлика у односу на

---

55 Case C-212/97 Centros (1999) ECR I-01459. Након тога, сличне одлуке су донијете и у случајевима *Überseering* из 2002. год. и *Inspire Art* из 2003. год. Видјети: Matthias Kilian, „Germany: Imitation is the Sincerest Form of Flattery – The New German LLP“, *Legal Ethics*, Vol. 16, Part 1, 2013., 233.

56 *Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufschaffung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer*, BGBl. I S. 2386, 19.07.2013.

57 Ibid, чл. 2. и чл. 4.

ортакрук са ограниченом одговорношћу енглеског правног система састоји се у томе да њемачки пандан нема правни субјективитет.<sup>58</sup>

#### IV Закључак

Док наше право суверено стоји на позицијама класичног ортачког друштва, у упоредном праву се одвијају крупне промјене у режиму овог облика организовања привредних друштава. Уводи се теорија ентитета у објашњењу његове правне природе у правима у којима раније није признаван правни субјективитет, а потом се ограничава и одговорност за обавезе ортакука, и то свих ортака у друштву чиме се озбиљно доводе у питање својства друштва лица. Ове промјене су резултат истрајавања самих ортакука, нарочито из сфере слободних професија, који нису више жељели да се носе са неограниченом солидарном одговорношћу, без постојања сопствене кривице, а у новим условима глобалне кризе финансијског сектора, у којим су много учесталија оштећења и умањења имовине разних пословних субјеката моји користе савјетодавне и сл. услуге адвокатских, рачуноводствених и сличних ортакука.

Иако се заинтересованим ортакуцима у националним легислативама нуди и алтернативно организовање у форми друштва капитала, они, ипак, не желе да се одрекну предности ортакука у областима уређења унутрашњих односа у друштву, нижих трошкова пословања и, нарочито, опорезивања. Стога креиране нове форме организовања које носе термилошко одређење ортакука или им се оно признаје, као у случају компаније са ограниченом одговорношћу америчког права, фактички представљају тзв. „правне мутанте“ који истовремено садрже особине више различитих облика привредних друштава и не могу се искључиво подвести ни под један од њих.

У неким правним системима је и невољно долазило до наведених промјена како би се спријечио одлив ортакука из области слободних професија и усвајање туђих стандарда и правила пословања. Наше право за сада није погођено новонасталом појавом, прије свега, из два основна разлога, и то зато што организовање у форми ортачких друштава никад није заживјело у значајнијој мјери као у неким другим правним системима, као и из разлога што постојећа ортачка друштва у већини случајева немају толики обим пословања који би представљао критичну тачку за интензивније залагање за преуређивањем режима ове форме организова-

---

58 М. Kilian, 235.

ња и у домаћој легислативи. С друге стране, реалније би било очекивати да се у догледно вријеме форма грађанскоправног ортаклука преведе у именовани уговор, као што је учињено и у другим државама насталим на простору бивше СФРЈ.

**Zoran VASILJEVIĆ, PhD,**  
Associate Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

### CLASSIFICATION OF PARTNERSHIPS ACCORDING TO LIABILITY OF PARTNERS

#### *Abstract*

*The author analyzes the domestic and comparative regulation of partnership as a form of organization in order to perform certain business activities. Thereby it is indicated to the new concepts that are gaining more and more support in comparative law and which are the product of the wishes of the partnerships themselves, especially from the domain of free professions. The most significant changes relate to the acceptance of partnership as an independent entity in those legal systems that have not yet recognized its legal subjectivity and limitation of liability for the obligations of the partnership to the level of share participation in partnership, analogously to the capital companies' regime, but with the maintenance of some important privileges which were held by the classic partnerships, for example, in the segment of organizing, conducting business and, in particular, taxation. It is concluded that by introducing new forms of partnerships, "legal mutants" are practically created, whose legal nature is difficult to determine.*

**Key words:** *partnership, partner, proportionate liability, joint and several liability, limited liability.*



др Јелена ЛЕПЕТИЋ\*

## ЈЕДИНСТВО ЧЛАНСКИХ ПРАВА И УГОВОРИ О ГЛАСАЊУ АКЦИОНАРА

### Резиме

*У раду се разматрају уговори о гласању акционара у контексту јединства чланских права, односно нераздвајања управљачких и економских права акционара. На почетку, аутор дефинише уговоре о гласању акционара, наводећи карактеристике и врсте тих уговора. Даље разматра уговоре о гласању као врсту уговора акционара, а онда и као облик колективног ангажовања акционара. Након тога, даје кратак преглед упоредноправних решења у вези са уговорима о гласању. У централном делу рада анализирана су решења српског Закона о привредним друштвима и дати конкретни предлози за побољшање постојећих решења услед уочених недостатака. На крају, аутор се, између осталог, залаже за проширење одредаба о уговорима о гласању, које би требало да се односе и на повезана лица са друштвом и са члановима управе, као и за предвиђање прекршајне одговорности акционара у вези са уговорима о гласању.*

**Кључне речи:** уговори о гласању акционара, уговори акционара, право гласа акционара.

### І Увод

У српском компанијском праву забрањено је преношење права гласа без преноса акција. Дакле, акционар не може слободно располагати правом гласа. Забрањена је не само продаја права гласа, већ и пренос права гласа на друго лице без накнаде. Идеја забране располагања правом гласа из акције базира се на спречавању лица која нису акционари да утичу на управљање друштвом, јер не сnose ризик пословања друштва.

---

\* доцент Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије” за 2019. годину.

То значи да би акционари требало да гласају према сопственом нахођењу. С друге стране, аутономија воље акционара у вези са правом гласа је ограничена у циљу спречавања непожељних утицаја других лица на гласање акционара и раздвајања управљачких и економских права акционара.<sup>1</sup> Наиме, акционар не може слободно да располаже правом гласа, да гласа према упутствима одређених лица нити да им да пуномоћје за гласање, чак и када је о томе самостално донео одлуку. Такође, акционару је у законом предвиђеним случајевима искључено право гласа, па у тим случајевима нема смисла говорити о вршењу права гласа, односно о изјашњавању акционара.

Акционар као власник акције стиче одређена акционарска права. Акционари се означавају као власници акција и у новијим одлукама српских судова, али је јасно да акционарска права нису својинскоправна.<sup>2</sup> Имајући у виду да природа акционарских права није својинскоправна,

---

1 О појави раздвајања управљачких и економских права акционара вид. Јелена Лепетић, „Активизам акционара”, *Право и привреда*, бр. 10-12/2018, 116-117.

2 „Полазећи од тога да акција представља део основног капитала отвореног акционарског друштва, „својински однос” према друштву, по оцени Суда, успоставља се по основу поседовања акција друштва, из чега следи да и права која акција даје, у овом случају право на бесплатне акције, односно право да одреди дан који је меродаван за одређивање лица која имају право на бесплатне акције, остварује власник акције. С обзиром на то да власник акције самостално одлучује о томе да ли ће бити акционар и остваривати законом и актима друштва утврђена права или ће акцију, али и права која се по основу те акције остварују отуђити, по оцени Суда, нису основани наводи иницијатора да им се оспореном одредбом Закон ограничава Уставом зајемчено право својине.” Из образложења Одлуке Уставног суда ИУ број 292/2005 од 25. марта 2009. године, објављена у *Службеном гласнику РС*, бр. 47/2009 од 26. јуна 2009. године. У конкретном случају било је речи о уставности одредаба Закона о привредним друштвима из 2004. године, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, чл. 193 ст. 2, чл. 255 ст. 1, чл. 447-448 и 456. Између осталог, било је речи о праву већинског акционара са 95% или више акција да откупи акције преосталих несагласних акционара (принудна продаја), јер су подносиоци иницијативе за оцену уставности одредаба Закона сматрали да су оне супротне чл. 58 ст. 2 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 („Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне”) и чл. 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којима се јемчи право на мирно уживање имовине. Суд је узео у обзир да „Права стечена улагањем капитала на основу закона, не могу законом бити умањена” (Устав РС, чл. 84 ст. 3). Уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка неуставности одредаба Закона о привредним друштвима, имајући у виду праксу Европског суда за људска права према којој акције представљају „имовину” у значењу чл. 1 Првог протокола јер имају имовинску вредност, али да у таквим случајевима није реч о „лишењу имовине” у контексту експропријације. Суд је узео у обзир и чињенице да су Законом утврђени услови за откуп, као и да постоје одредбе којима се генерално штите мањински акционари.

већ привредноправна, и границе у погледу слободе вршења права и располагања правима диктира особеност компанијског права као таквог.<sup>3</sup> Ограничења у вези са преношењем и вршењем права гласа акционара манифестују се на три начина, односно кроз три сета правила. Реч је о ограничењима аутономије воље акционара код уговора о гласању, пуномоћја за гласање и преноса права гласа акционара. Вршење права гласа акционара – гласање акционара је најзначајнији механизам дисциплиновања управе и кључни облик ангажовања, односно активизма акционара као значајног дела корпоративног управљања.<sup>4</sup> Другачије речено, сврха ових правила је обезбеђивање регулаторног оквира у којем ће акционари бити у могућности да ефикасно контролишу рад управе, којим се штити интерес привредног друштва, а тиме и интерес других носилаца ризика у вези са привредним друштвом. Дакле, ова ограничења односе се не само на пренос права гласа, већ и на његово вршење. Ограничењима аутономије воље акционара у вези са правом гласа штити се привредно друштво од егоизма његових акционара, с обзиром на то да би акционари могли да пристану да врше право гласа на начин који штети самом друштву у замену за различите користи и погодности. На пример, контрола рада управе друштва није могућа уколико акционари гласају према упутствима те исте управе. Наиме, реч је о техници обезбеђивања јединства чланских права.

Гласање акционара према упутствима другог лица у замену за одређену корист подсећа на неморалну продају гласова. Уопштено говорећи, ништави су уговори о продаји права гласа, уговори о трајном одрицању од права гласа и уговори о неопозивом пуномоћју.<sup>5</sup> Према важећем Закону о привредним друштвима, право гласа акционара се не може слободно преносити.<sup>6</sup> Исто је било предвиђено и Законом о привредним друштвима из 2004. године.<sup>7</sup> На тај начин спречава се раздвајање управљачких и економских права акционара. Наиме, важећим Законом је предвиђено да је акција недељива.<sup>8</sup> Принцип недељивости акције подразумева недељивост управљачких и имовинских права из акције, односно

3 Вид. више о природи акционарских права у Ј. Лепетић (2018), 113–114.

4 Вид. више о појму активизма акционара у *ibid.*, 107.

5 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2017, 364.

6 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018, чл. 261 ст. 4.

7 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, чл. 208 ст. 1 и 3.

8 ЗОПД, чл. 248 ст. 2.

да постоји само један ималац акције због недељивости укупних права које даје акција.<sup>9</sup> С друге стране, то не значи да се не може пренети вршење права – забрањен је само пренос чланског права у контексту принципа јединства чланских права.<sup>10</sup> Ипак, давањем пуномоћја за заступање акционара на седници скупштине уз накнаду коју прима акционар, може се постићи иста сврха као и продајом права гласа без преноса акције. Дакле, гласање акционара према упутствима другог лица за накнаду треба разликовати од продаје права гласа и од давања пуномоћја за гласање уз накнаду коју прима акционар. Реч је о различитим техникама утицаја других лица на гласање акционара уз сагласност акционара.

## II Уговори о гласању акционара

### 1. Појам и врсте

Уговор о гласању акционара је уговор које закључује акционар у вези са вршењем његовог права гласа са другим лицима. Потребно је правити разлику између случајева када уговоре о гласању закључују акционари између себе, било да је реч о контролним или мањинским акционарима, од оних када те уговори закључују са лицима која нису акционари. Поред уговора о гласању између самих акционара, у фокусу правне теорије су и уговори о гласању које закључују акционари са привредним друштвом које је издало акције чији су имаоци, члановима управе тог друштва и другим лицима која су повезана са тим акционарским друштвом. Ако је реч о уговорима о гласању које закључују повезана друштва, они се морају посматрати и са аспекта права групе друштава, односно посебне регулативе овог питања. С друге стране, уговори о гласању акционара могу бити закључени и са лицима која нису повезана са друштвом, али имају интерес да тај уговор буде закључен. Пример лица које би имало интерес да закључи уговор о гласању са акционаром, а које ни на који начин није повезано са друштвом може бити удружење за заштиту животне средине које је, на пример, заинтересовано да спречи изградњу неке фабрике на одређеном простору или промену пословне политике у вези са процесом производње која је значајна са аспекта заштите животне средине. Одређење саговорника је значајно за предвиђање граница аутономије воље акционара. Дакле, према критеријуму одређења саговорника, уговори о гласању се могу поделити на уговоре акционара о гласању, када су уговорне стране акционари и уговоре о гласању акцио-

9 Вид. М. Васиљевић, 306-307.

10 *Ibid.*, 307.

нара са лицима која нису акционари. Та лица могу, али и не морају бити повезана са друштвом, са члановима управе или то може бити и само друштво. Уговор о гласању који закључе акционари између себе је посебна врста уговора акционара, чију посебност оправдава његова садржина. Значајно је да ли уговор о гласању закључују сви или само неки акционари, јер се случајеви када га закључе сви акционари према дејству могу упоредити са актима друштва. Уговори о гласању одређене садржине су регулисани важећим законом којим су регулисана привредна друштва. Конкретно, Законом о привредним друштвима је предвиђено који уговори о гласању су забрањени.<sup>11</sup> Исте одредбе о уговорима о гласању садржао је и Закон о привредним друштвима из 2004. године.<sup>12</sup>

Поред одређења сауговорача, садржина уговора је кључна одредница у вези са уговорима о гласању. Уговор о везивању гласова, како се другачије може назвати уговор о гласању, може се односити на једну одлуку, скуп одлука или све одлуке друштва, при чему упутства може давати сауговорач или треће лице.<sup>13</sup> Дакле, према садржини уговора, уговори о гласању се могу поделити на опште и појединачне. Општи би били они којима се предвиђа гласање према упутству другог лица о свим кандидованим предлозима на дневном реду, док би појединачни били уговори о гласању о одредивим предлозима (на пример, у вези са именовањем чланова управе) или тачно одређеном предлогу (на пример, промени статута). Према трајању, уговори о гласању се могу поделити на уговоре на одређено и неодређено време. Најзначајнија одредница у погледу дозвољености уговора о гласању је одређење лица које утиче на гласање акционара. То може бити сам сауговорач или неко треће лице. Сам утицај тог лица може бити краткорочан, обично у случајевима појединачних уговора према критеријуму садржине, који се, природно закључују на одређено време.

У контексту уговора о гласању, важно је одговорити на питање да ли се може побијати одлука скупштине ако акционар не гласа у складу са обавезом која је њиме предвиђена. Одлука скупштине се у том случају не може побијати, будући да тај разлог за побијање није предвиђен законом, при чему уговор о гласању има дејство само према уговорним странама, као и било који уговор у вези са друштвом који закључе акционари. С друге стране, уколико би обавеза у вези са гласањем била предвиђена ста-

---

11 ЗОПД, чл. 359.

12 Закон о привредним друштвима из 2004. године, чл. 295.

13 Jakša Barbić, *Pravo društava – društva kapitala*, knjiga druga, Zagreb, 2007, 384.

тутом, разлог за побијање би могао бити непоступање у складу са статутом друштва.<sup>14</sup> Дакле, глас акционара који не гласа у складу са уговорном обавезом је ваљан осим у случају када су сви акционари закључили уговор или је уговор део статута, ако су акционари и даље иста лица, када би се одлука скупштине могла побијати.<sup>15</sup> Уколико је акционару који даје упутства другом акционару искључено право гласа, он не би требало да даје упутство о предлогу о којем не може да гласа.

## 2. Уговор о гласању као врста уговора акционара

Уговори акционара су уговори које закључују један или више акционара којим се регулишу питања која су значајна за њихове међусобне односе у вези са привредним друштвом.<sup>16</sup> Закључују се у писаној форми и производе дејство само између акционара који су га закључили. Уговор чланова је шири појам од уговора акционара, јер обухвата и уговоре које закључују и чланови друштава која нису акционарска према форми. Закон не регулише посебно уговоре акционара са другим лицима у вези са друштвом, изузев када је уговорна страна привредно друштво. Када је само друштво уговорна страна, примењују се одредбе о пословима са личним интересом и одредбе о уговорима које јавно акционарско друштво закључи са акционарима након регистрације друштва.<sup>17</sup> Када акционари између себе закључе уговор о гласању, реч је о посебној врсти уговора акционара, с обзиром на његову садржину. Уговори акционара генерално не морају бити законом посебно регулисани. На пример, за разлику од нашег права, у којем су уговори акционара законом дефинисани, у француском праву то није случај, али их судови сматрају дозвољенима, имајући у виду слободу уговарања из Грађанског законика (*Code civil*), као и то што се на више места помињу у различитим одредбама Трговачког законика (*Code de commerce*).<sup>18</sup> У домаћем праву, јасно је да су уговори о гласању забрањени, између осталог, у интересу привредног друштва, што оправдава ограничења слободе уговарања у вези са правом гласа акционара. У француској судској пракси, један од услова пунова-

---

14 Вид. Зоран Арсић, „Уговор о гласању акционара и преднацрт Грађанског законика Републике Србије”, *Право и привреда*, бр. 4-6/2015, 756. Вид. ЗОПД, чл. 376 ст. 1 тач. 3.

15 J. Barbić, 385.

16 ЗОПД, чл. 15 ст. 1.

17 ЗОПД, чл. 65-68 и 268.

18 Вид. Pierre-Henri Conac, “Freedom of Contracts and Limits to Private Autonomy in French Company Law”, *Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag* (Hrsg. Helmut Siekmann et al.), Band I, Tübingen, 2017, 245-246.

жности уговора акционара је да уговори не смеју бити противни интересу привредног друштва. Конкретно, уговори акционара не смеју бити противни интересу привредног друштва, статуту и јавном поретку.<sup>19</sup>

Уговори акционара, генерално, сматрају се најефикаснијим механизмима заштите мањинских акционара када се закључени у време оснивања друштва.<sup>20</sup> С друге стране, ти уговори се убрајају у механизме очувања, односно јачања контроле у акционарским друштвима.<sup>21</sup> Конкретно, реч је о уговорном механизму који омогућава несразмерност управљачких права акционара у односу на економски ризик који сnose.<sup>22</sup> Због тога, они могу имати и позитивни и негативни призив у компанијском праву.

Садржина уговора акционара може се разликовати с обзиром на то да ли је реч о управљачким или економским правима акционара. Уговорима акционара могуће је предвидети ограничења у погледу преноса акција. Поред самог вршења или невршења права гласа на одређени начин, може се уговорити право вета акционара или право на именовање директора, једног или више, без обзира на проценат капитал учешћа акционара. Дакле, различите одредбе у уговору акционара могу бити у вези са правом гласа акционара, али ти уговори нису уговори о гласању у ужем смислу. С друге стране, може се регулисати и право на добит, односно уговорити да неки од акционара има право на већи део добити у односу на друге. На пример, у француском праву, сматра се да је дозвољено одступање у погледу економских права акционара, односно да се може уговорити било каква прерасподела добити, при чему није дозвољено искључити право на добит.<sup>23</sup> Наиме, француски Грађански законик предвиђа да не могу бити искључена економска права члана, док је Трговински законик флексибилнији по питању модификације економских права.<sup>24</sup> У немачкој правој теорији, поред уговора о гласању, помињу се и

19 *Ibid.*, 246.

20 Вид. Rainer Kulms, "A Shareholder's Freedom of Contract in Close Corporations – Shareholder Agreements in the USA and Germany", *European Business Organization Law Review*, Vol. 2, No. 3-4/2001, 685.

21 Вид. Извештај о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године, 8 (Shearman & Sterling LLP, Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study, May 18, 2007).

22 Вид., на пример, Yu-Hsin Lin, „Revisiting corporate control-enhancing mechanisms”, *Global Capital Markets – A Survey of Legal and Regulatory Trends* (eds. P.M. Vasudec, Susan Watson), Cheltenham – Northampton, 2017, 95.

23 Грађански законик, Art. 1844-1. P.-H. Conac, 242.

24 P.-H. Conac, 242.

тзв. *pool* уговори који поред обавеза у вези са гласањем садрже и обавезе акционара да неће продати акције без предвиђене сагласности или пре него што понуде акције другим акционарима у *pool*-у (нем. *Poolverträge*), који се, када га закључе сви акционари, назива уговор о конзорцијуму (нем. *Konsortialvertrag*).<sup>25</sup> Трећа врста уговора акционара су уговори о разумевању који не садрже обавезе у вези са гласањем, али се могу подвести под заједничко деловање.<sup>26</sup>

### 3. Уговор о гласању као облик колективног ангажовања акционара

Уговори акционара су резултат њиховог ангажовања – активизма акционара, који подразумева остваривање њихових права ради утицаја на управљање друштвом.<sup>27</sup> Поред гласања, активизам акционара се може испољити учествовањем у дискусијама на седницама скупштине, стављањем предлога у вези са дневним редом и слично.<sup>28</sup> Такође, он се може испољити индивидуално или колективно, у зависности од тога да ли радњу предузима акционар појединачно или у сарадњи са другима. Уопштено говорећи, акционари се удружују у циљу утицаја на одлучивање у друштву.

Треба разликовати случајеве када се један акционар обавезе да ће гласати према налозима другог акционара, од оних када се акционар обавезе да ће гласати у складу са одлуком коју акционари претходно донесу заједно. Када постоји претходна одлука, може се рећи да постоји грађански ортаклук чија је сврха доношење одлука о вршењу права гласа.<sup>29</sup> Грађански ортаклук није регулисан Законом о облигационим односима.<sup>30</sup> Према Зако-

25 Markus Roth, "Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany", 2013, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2234348](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2234348), 21. 3. 2019, 3.

26 *Ibid.*, 4.

27 Andrea Sacco Ginevri, „The Rise of Long-Term Minority Shareholder’s Rights in Publicly Held Corporation and its Effect on Corporate Governance”, *European Business Organization Law Review*, Vol. 12, No. 4/2011, 4 (број страна према електронској верзији доступној на бази *Westlaw*); John F. Farrar, „The Move from Private Enforcement to Public Enforcement and Now the Move to Litigation Funding of Shareholder Activism: Are We Entering a New Era of Access to Justice in Corporate Law?”, *European Business Law Review*, Vol. 26, No. 1/2015, 82.

28 Riccardo Ghetti, „Acting in Concert in EU Company Law: How Safe Harbours can Reduce Interference with the Exercise of Shareholder Rights”, *European Company and Financial Law Review*, No. 4/2014, 596.

29 Вид. 3. Арсић (2015), 752.

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



ну о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, правна правила из тих прописа могу се примењивати на односе који нису уређени важећим прописима ако нису у супротности са важећим прописима и начелима уставног поретка, с тим што државни органи своја решења и друге акте не могу заснивати непосредно на тим правилима.<sup>31</sup> Пар. 723 о орташтву из Српског грађанског законика актуелан је и у најновијим одлукама српских судова.<sup>32</sup>

Када акционар поступа у сарадњи са другим акционарима, такво поступање се назива заједничко деловање, односно координисано поступање (енгл. *acting in concert*). Другачије речено, акционари тада поступају као један.<sup>33</sup> Координисано поступање, односно заједничко деловање према терминологији српског законодавца, везује се за вршење права гласа у компанијском праву, а тиме и за уговоре акционара о гласању.<sup>34</sup>

---

31 Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење, чл. 4.

„Околност да наводно како се истиче уговор о заједничкој изградњи није регулисан позитивним прописом не утиче на друкчију одлуку јер у уговорном праву не важи *numerus clausus* (важи у стварном праву) па странке у складу са начелом аутономије воље из члана 10. ЗОО могу закључивати како именоване тако и неименоване уговоре (који нису посебно регулисани ЗОО-ом или другим законом као што је то уговор о ортаклуку, привредном пословању или заједничкој градњи) под условом да ти уговори нису у супротности са правилима јавног поретка односно принудним прописима и правилима морала.” Из образложења Пресуде Врховног суда Србије Рев 2/06 од 28. 6. 2006. године.

32 „Нижестепени судови су правилно применили материјално право и правилно закључили да између тужиоца и туженог је закључен Уговор о ортаклуку у смислу параграфа 723 Српског грађанског законика, који се примењује у смислу члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 06.04.1941. године и за време непријатељске окупације, с обзиром на то да ова врста уговора није регулисана позитивно правним прописима. Сваки од ортака сноси ризик заједничког посла до висине свог улога, сходно параграфу 742 наведеног законика, којим је предвиђено да уколико из ортаклука уместо добити буде штете, онда по мери улога, штета пада на све ортаке. Онај пак, који није уложио ништа, него је радио, губи свој труд и радњу. Ово правило међутим не искључује право уговорних страна да на другачији начин реше питање накнаде штете.” Из образложења Пресуде Врховног касационог суда Рев 2121/2015. од 4. 2. 2016. године. „Подносилац уставне жалбе наводи да је Врховни суд Србије побијаном пресудом погрешно применио материјално право, односно да је одбио ревизију „примењујући параграф 723. Српског грађанског законика, а на основу члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, иако се у Белој Цркви, где је првостепени суд, и где је настао спор, никада није примењивао Српски грађански законик.” Из образложења Одлуке Уставног суда, бр. УЖ 1559/2009 од 28. 3. 2012. године.

33 Вид. R. Ghetti, 597.

34 Вид., *ibid.*

Суштина заједничког деловања огледа се у томе да се акционари који појединачно немају довољан број гласова да би утицали на управљање друштвом или вршили нека права, удружују ради постизања заједничких циљева. На заједничко деловање се гледа позитивно, јер је, по правилу, реч о активизму мањинских акционара. Некада је удруживање акционара неопходно, јер само на тај начин акционари могу да остваре поједина права која се везују за одређене проценте капитал учешћа (на пример, право на деривативну тужбу).<sup>35</sup> Другачије речено, акционари се удружују да би заштитили своје интересе, поступајући као један, чиме и контролишу управу друштва.<sup>36</sup> Закон о привредним друштвима дефинише заједничко деловање као случајеве када два или више лица користе гласачка права у одређеном лицу или предузимају друге радње ради вршења заједничког утицаја на управљање или пословање тог лица, на основу изричитог или прећутног споразума.<sup>37</sup> Сврха те дефиниције, судећи, између осталог, и према месту на којем се у Закону налази (део о посебним дужностима према привредном друштву), јесте утврђивање ко су лица са посебним дужностима, односно да ли је реч о акционарима са значајним капитал учешћем или контролним акционарима као лицима која имају посебне обавезе према друштву.

Поред дефиниције у Закону о привредним друштвима, заједничко деловање дефинисано је и у Закону о преузимању акционарских друштава као деловање које настаје на основу споразума било изричитог или прећутног, усменог или писменог, чији је циљ стицање акција са правом гласа, усклађено остваривање права гласа или спречавање другог лица у спровођењу поступка преузимања.<sup>38</sup> Важно је истаћи да је неопходно постојање активне сарадње, а не само постојање споразума.<sup>39</sup> Смисао регулисања заједничког деловања у вези са преузимањем се односи на обавезу упућивања јавне понуде за преузимање, посебно имајући у виду да би без овог

---

35 „Чињеница да је Статутом АД условљено остваривање права акционара на Скупштини привредног друштва цензусом од одређеног броја акција не значи да су ускраћени у вршењу својих права из акција прописаних одредбом члана 208. Закона о привредним друштвима, будући да им је омогућено да своје акције удруже са другим акционарима ради избора заједничког пуномоћника за заступање у раду и одлучивању на Скупштини акционара.” Сентенца: Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 9598/2007 од 27. 5. 2009. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен 2/2009.

36 Вид. R. Ghetti, 595 и 597.

37 ЗОПД, чл. 62 ст. 7.

38 Закон о преузимању акционарских друштава, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011 и 108/2016, чл. 4 ст. 1.

39 R. Ghetti, 608.

института лица која већ имају контролу над друштвом могла лако да је избегну, јер је, с њиховог аспекта, скупа и непотребна.<sup>40</sup> У српском Закону о преузимању акционарских друштава се не помиње стицање контроле као циљ заједничког деловања. Дакле, дефиниција је врло широка, што се може негативно одразити на активизам акционара. Наиме, треба разликовати заједничко деловање чији циљ јесте стицање контроле, од оног које то није. Европски регулатор за хартије од вредности и тржишта (*European Securities and Market Authority – ESMA*), објавио је тзв. белу листу активности које не треба аутоматски подводити под заједничко деловање у контексту преузимања, али на њој нису, на пример, споразуми у вези са именовањем директора, због различите праксе држава чланица Европске уније.<sup>41</sup> С друге стране, на тзв. белој листи налази се, између осталог, споразум о гласању о предлогу у вези са накнадом директора, сарадња у вези са правом на уврштавање тачака у дневни ред на седници скупштине и сазивањем ванредне седнице скупштине, када то није у вези са именовањем директора. Ипак, треба имати на уму да није реч о документу обавезујућег карактера, који је, при том, намењен улагачима.

На крају, заједничко деловање није дефинисано, али се помиње у Закону о тржишту капитала у вези са манипулацијама на тржишту и обавештавањем у вези са подацима о значајним учешћима.<sup>42</sup> Конкретно, помиње се заједничко остваривање права гласа приликом усвајања заједничке дугорочне политике управљања јавним друштвом на основу уговора. Одредбе о подацима о значајном учешћу служе, између осталог, да се спрече злоупотребе на тржишту, као што је то, на пример, злоупотреба инсајдерских информација, као и да се омогући утврђивање различитих обавеза, али и права, која зависе од процента капитала и броја гласова. Одредба о преласку прага гласачких права се односи само на уговоре о гласању у вези са усвајањем дугорочне заједничке политике управљања друштвом, али не и на уговоре који имају сличан ефекат, као, на пример, уговоре којима је предвиђено право вета акционара.<sup>43</sup>

---

40 Вид. и *ibid.*

41 Изјава Европског регулатора за хартије од вредности и тржишта, „Информације о сарадњи акционара и заједничком деловању према Директиви о понудама за преузимање”, од 8. фебруара 2019, доступна на: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma31-65-682\\_public\\_statement\\_concerning\\_shareholder\\_cooperation\\_and\\_acting\\_in\\_concert.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma31-65-682_public_statement_concerning_shareholder_cooperation_and_acting_in_concert.pdf), 19. 3. 2019.

42 Вид. Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 2, тач. 47, чл. 85 ст. 1 тач. 2 и ст. 3 тач. 1 и чл. 281 ст. 1 тач. 1, као и чл. 58 тач. 1.

43 Вид. R. Ghetti, 603.

Основна и полазна дефиниција заједничког деловања треба да буде јединствена у једном правном систему, што не значи да не треба да буде додатно прецизирана за потребе одређене области. У праву Европске уније, појам заједничког деловања у Директиви бр. 109/2004 о усклађивању захтева транспарентности у вези са информацијама о издаваоцима чије се хартије од вредности котирају на регулисаном тржишту и измени Директиве бр. 34/2001 је шири од истог појма дефинисаног у Директиви бр. 25/2004 о понудама за преузимање, где се везује за контролу као сврху уговора.<sup>44</sup> Не треба бежати од различите дефиниције заједничког деловања за потребе регулисања понуде за преузимање од дефиниције за потребе тржишта капитала генерално, јер обавеза упућивања понуде за преузимање није увек неопходна, иако је у начелу реч о заједничком деловању.<sup>45</sup> Према Директиви бр. 25/2004 о понудама за преузимање, заједничко деловање је деловање физичких или правних лица која на основу споразума (изричитог или прећутног, усменог или писменог), сарађују са понудиоцем или циљним друштвом да би стекла контролу над циљним друштвом или спречила преузимање. Такође, заједничко деловање се помиње и у Директиви бр. 65/2014 о тржишту финансијских инструмената и измени Директиве бр. 92/2002 и Директиве бр. 61/2011 у делу о обавештавању о намеравањима стицањима, где, за разлику од Директиве бр. 109/2004 није реч о стеченим гласачким правима већ о намеравањима права гласа или капитала у инвестиционом друштву од стране једног или више лица која делују заједнички.<sup>46</sup>

### III Упоредноправна решења

У упоредним правима, степен слободе акционара у погледу доношења и вршења њихових права није исти. Разлике потичу од другачијег схватања и одређења природе права акционара. Такође, уговори о гласању нису увек регулисани законом, већ се о њима често расправља у контексту уговора акционара генерално. Наш законодавац се у том

---

44 Вид. *ibid.*, 611. 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, p. 38–57, чл. 10(a) о стицању или отуђењу значајног удела у гласачким правима; Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30. 4. 2004, p. 12–23, чл. 2(д) и 5(1).

45 Вид. и М. Roth, 16.

46 Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU Text with EEA relevance, *OJ L* 173, 12. 6. 2014, p. 349–496, чл. 11.

погледу угледао на решење немачког права. Уговори којима се акционари обавезују да ће гласати на одређени начин или да неће гласати – уговори о гласању (нем. *Stimmbindungsvertrag*), су у немачком праву генерално дозвољени и у котираним друштвима.<sup>47</sup> С друге стране, забрањено је уговорити да ће акционар гласати на одређени начин или да неће гласати за накнаду или неку погодност коју добије од друге уговорне стране.<sup>48</sup> Дакле, генерално је дозвољено закључити уговоре о гласању са лицима која нису акционари, док је уговор о продаји права гласа за погодности ништав.<sup>49</sup> Уколико друга уговорна страна поднесе тужбу против акционара због неизвршења обавезе, у пракси то неће утицати на одлуку скупштине због дужине трајања поступка.<sup>50</sup>

Поред немачког, и италијански законодавац се посебно бави овим питањем. Уговори о гласању акционара котираног друштва или друштва које контролише котирано друштво морају бити достављени Националној комисији за котирана друштва (ит. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – CONSOB*) у року од пет дана од закључења, објављени у року од 10 дана и депоновани у регистру привредних субјеката у року од 15 дана.<sup>51</sup> Уколико обавеза обавештавања не буде испуњена, уговор је ништав.<sup>52</sup> Закључују се на три године, а у случајевима закључења на неодређено време, потребно је најавити раскид 6 месеци унапред.<sup>53</sup> Такође, чланом 2341 Грађанског законика, предвиђено је да друштво мора бити обавештено о њиховом постојању на почетку сваке седнице скупштине, под претњом могућности побиијања одлука у року од 90 дана од доношења, односно три месеца од регистрације, када се одлука региструје, ако су акционари који су уговорне стране гласали, а нису пријавили постојање уговора.<sup>54</sup>

Уговори о гласању у француском праву (фр. *convention de vote*) сматрају се дозвољеним ако се испуне одређени услови. Наиме, правно-ваљани су ако су закључени на одређено време, ако су довољно одређени тако да не проузрокују ограничења права гласа генерално нити нарушавају хијерархију органа друштва и поделу надлежности, ако су у интересу

---

47 M. Roth, 3 и 7.

48 Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Market*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012, 302.

49 M. Roth, 8.

50 *Ibid.*, 12-13.

51 Mads Andenas, Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge 2010, 340.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*, 341.

54 *Ibid.*, 341-342.

друштва и нису противни јавном поретку.<sup>55</sup> Дакле, важи основни принцип да се уговором акционара не може ограничити право гласа акционара.<sup>56</sup> Пример недозвољеног уговора о гласању је уговор којим се акционар обавезује да ће гласати у корист сауговарача ради директорске позиције, с обзиром на то да судови не гледају благонаклоно на случајеве егостичног интереса акционара без вођења рачуна о интересу друштва.<sup>57</sup> У случајевима неизвршења уговорних обавеза када је уговор правноваљан, француски судови су досуђивали накнаду штете, али не и извршење уговорне обавезе.<sup>58</sup> Уношењем новог члана 1221 о извршењу уговорних обавеза у Грађански законик 2016. године, отворена је и та могућност.<sup>59</sup> Иако се уговори у вези са гласањем сматрају дозвољенима (нису посебно регулисани у Трговачком законнику), обећавање, давање или гарантовање погодности у замену за гласање на одређени начин или негласање је кажњиво.<sup>60</sup> Санкција је казна затвора у трајању од две године и новчана казна од 9 000 евра.<sup>61</sup>

У прошлости су и амерички судови били непријатељски настројени према уговорима акционара. Наиме, уговори о гласању у затвореним друштвима сматрани су ништавим као противни правном поретку. Данас се сматрају дозвољенима ако нису штетни за привредно друштво и остале чланове друштва.<sup>62</sup> Наиме, судови у Делаверу, држави која се обично узима као пример добре компанијскоправне регулативе и праксе, постали су либерални у погледу уговора акционара.<sup>63</sup> Уговором се може регулисати вршење права гласа, и то тако да ће уговорне стране гласати онако како је то предвиђено уговором, или како стране договоре или у складу са договореном процедуром.<sup>64</sup>

У Великој Британији, због својинскоправне природе права акционара, степен слободе акционара у погледу уговарања у вези са правом гласа је прилично висок.<sup>65</sup> Тако схваћено право гласа акционара значи да

---

55 P.-H. Conac, 247.

56 *Ibid.*

57 Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Paris, 2008, 373.

58 P.-H. Conac, 247.

59 *Ibid.*

60 S. Grundmann, 302.

61 Француски Трговачки законик, Art. L 242-9.

62 R. Kulms, 686 и 688.

63 *Ibid.*, 689.

64 Општи компанијски закон Делавера (*Delaware General Corporation Law*), део 8, пар. 218 (ц).

65 S. Grundmann, 302.

акционар може да врши права гласа у свом интересу без обзира на интересе других акционара.<sup>66</sup> Основна је идеја да је сам однос акционара уговорне природе, на основу чега се може извести закључак да они могу закључивати уговоре у складу са принципом слободе уговарања.<sup>67</sup> У енглеској теорији најчешће се разматрају уговори акционара и друштва и уговори акционара, док су уговори о гласању као посебна врста уговора у другом плану. Водећи случај у вези са уговорима акционара је *Russell v Northern Bank*.<sup>68</sup> У том случају је било речи о ограничењу у вези са повећањем капитала, односно о забрани повећања капитала и издавања нових акција, као и, између осталог, о забрани преноса акција, које су биле предвиђене уговором акционара, при чему је и само друштво било уговорна страна. Суд је закључио да уговор нема дејство према друштву, односно да је ограничење незаконито у односу на друштво али да производи дејство према акционарима.<sup>69</sup> Значајно је напоменути да је суд приликом одлучивања узео у обзир да је реч о нејавном друштву и да је то била важна одредница приликом одлучивања о пуноважности уговора.<sup>70</sup> Када је реч о уговорима о гласању, правноваљан би био уговор којим се акционари обавезују да неће гласати за промену одређених чланова статута у будућности, при чему би суд наложио извршење уговорне обавезе, осим када је то у супротности са одређеном одредбом закона, као на пример, одредбом о разрешењу директора.<sup>71</sup>

#### IV Домаће право – анализа и критика

У домаћем праву, уговори у гласању су у принципу дозвољени. С друге стране, постоје одређена ограничења у погледу садржине уговора и сауговарача. Конкретно, Законом је предвиђено да су ништави уговори којима се акционар или његов пуномоћник обавезује да ће гласати према предлозима или упутствима друштва, директора или члана надзорног одбора.<sup>72</sup> Важно је истаћи да се ова одредба односи и на пуномоћника акционара. Дакле, законодавац је желео да онемогућити друштво и чланове органа управљања друштва да утичу на гласање акционара. Ово прави-

66 Вид., на пример, Robin Hollington, *Shareholders' Rights*, Padstow, 2010, 111.

67 *Ibid.*, 5.

68 *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] 1 W.L.R. 588.

69 Вид. више о случају у R. Hollington, 34 и даље; Rita Cheung, "Shareholders' Agreements: Shareholders' Contractual Freedom in Company Law", *Journal of Business Law*, No. 6/2012, 504.

70 R. Cheung, 508.

71 R. Hollington, 39.

72 ЗОПД, чл. 359 ст. 2.

ло је неопходно јер је потребно обезбедити да акционар гласа по сопственом нахођењу, а не према упутствима друштва или чланова управе, имајући у виду да је гласање акционара механизам дисциплиновања управе, и важан део корпоративног управљања. Из истог разлога, акционари у сваком тренутку могу разрешити чланове управе без оправданог разлога. С друге стране, законодавац је пропустио да наведе да упутства не смеју да дају ни лица која су повезана са друштвом, изузев других акционара у том друштву, као ни лица која су повезана са члановима управе.<sup>73</sup>

Такође, ништав је уговор којим се акционар обавезује да ће користити право гласа на одређени начин или да неће гласати, у замену за погодности или друге услуге које му одобри друштво, директор или члан надзорног одбора.<sup>74</sup> Законодавац је, као и у претходном случају, имао намеру да спречи утицај друштва и чланова управе на гласање акционара. Овом одредбом спречава се ефекат продаје гласова друштву, односно члановима управе. Већ је напоменуто да се продаја гласова начелно сматра неморалном појавом.<sup>75</sup> С друге стране, Закон не регулише случајеве када погодности или друге услуге одобре лица која су повезана са друштвом или лица повезана са директором или чланом надзорног одбора. Такво поступање чланова управе би се на њих могло одразити негативно једино у случају да се утврди повреда посебних дужности директора или члана надзорног одбора према друштву настала у вези са уговором о гласању.

Кључна разлика између две поменуте одредбе Закона састоји се у погледу обухвата и трајања давања упутстава. У првом ставу, реч је о упутствима која имају шири домет, јер нису одређена, односно везана за конкретне тачке дневног реда јер се помињу предлози и упутства набројаних лица. Наиме, спречава се трајнији утицај на акционара, при чему акционар не мора да добије било какву погодност. У другом ставу, реч је о гласању на одређени начин или изостанку гласања, што значи да је упутство прецизно, односно да се односи на једну или више тачака дневног реда конкретне седнице скупштине, чиме се спречава краткорочни утицај на акционара.

Имајући у виду да се у Закону о привредним друштвима помињу само друштво и чланови управе, правноваљани су уговори о гласању које закључе акционари са лицима која нису акционари, па чак и са лицима која

---

73 Више о повезаним лицима у компанијском праву вид. у Јелена Лепетић, „Повезана лица у пословном праву”, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015, 20-29.

74 ЗОПД, чл. 359 ст. 1.

75 J. Barbić, 1232.



су повезана са друштвом (изузев евентуално зависног друштва), не рачунајући чланове управе, као и лицима која су повезана са члановима управе, у замену за корист или погодност коју ће обезбедити друга страна или без било какве користи. У тим случајевима не долази до продаје права гласа нити до преношења права гласа на друго лице што није дозвољено. Могуће је чак и предвидети уговорну казну за неизвршења уговорне обавезе.<sup>76</sup> Овде није реч о привидном послу, јер стране желе његово извршење.<sup>77</sup>

Евидентан пример значаја забране давања упутства од стране лица која су повезана са друштвом је случај давања упутства од стране зависног друштва, као лица повезаног са привредним друштвом о чијим акцијама је реч, преко којег контролно друштво посредно може да даје упутства акционару. Одредбе немачког Закона о акцијама о уговорима о гласању су сличне одредбама српског Закона о привредним друштвима о уговорима о гласању, па је јасно да је српски законодавац био под утицајем немачког права приликом формулисања тих одредаба.<sup>78</sup> У немачком праву, зависна друштва се помињу и у контексту регулативе права групе друштава као важне карактеристике немачког права. Иако је српски законодавац пропустио да помене зависна друштва, постоје мишљења да би такви уговори били симуловани, јер упутство за гласање заправо даје контролно друштво које контролише зависно.<sup>79</sup> Другачије речено, може се тумачити да је реч о посредном давању упутства, а да је давање упутства забрањено било да се даје директно или индиректно. Да закључимо, реч је о изигравању закона због недопуштености друштву да буде уговорна страна.<sup>80</sup> Исто тумачење би се могло применити и на случајеве када упутства дају лица која су повезана са члановима органа управљања, али би се у пракси могло поставити питање фактичког утицаја друштва и

---

76 Вид. З. Арсић (2015), 751.

77 Симуловани посао нема дејство међу уговорним странама, при чему други прикривени посао има дејство ако је правноваљан. Вид. ЗОО, чл. 66. Вид. Драгољуб Стојановић, „Чл. 66”, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), 1980, Нови Сад, 269.

78 „Ништави су уговори којима се акционар обавезује да ће вршити право гласа према упутствима друштва, одбора директора или надзорног одбора, или према упутствима зависног друштва. Такође, ништав је уговор којим се акционар обавезује да гласа по предлозима одбора директора или надзорног одбора.” Немачки Закон о акцијама (*Aktiengesetz – AktG*), чл. 136 ст. 2.

79 Арсић сматра да се забрана односи и на давање упутстава од стране зависног друштва, иако се то у српском праву не помиње, за разлику од немачког, јер би било речи о симулованом послу. Вид. З. Арсић (2015), 757.

80 Вид. о недопуштености да се буде уговорна страна у Стојан Цигој, „Чл. 47”, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ), I, 1980, 155.

чланова органа управљања на лица која дају упутство акционару, што је тешко доказати. Ради правне сигурности, забрану треба проширити и на лица која су повезана са директорима и члановима надзорног одбора, али и на друга лица повезана са привредним друштвом, на пример, друштво сестру, а не само зависна друштва. У случајевима када уговоре са акционарима закључују лица повезана са директорима и члановима надзорног одбора, могла би се применити правила о дужности избегавања сукоба интереса, и то о забрани злоупотребе положаја у друштву у контексту института дужности, иако ни то не решава питање пуноважности уговора о гласању.

Давање упутстава у замену за погодности или друге услуге које акционару обезбеди саговорник је неморално, јер има исто дејство као и продаја права гласа, која је забрањена. Уговори о гласању са залогопримцима и плодуюживаоцима се најчешће наводе као примери уговора о гласању са трећим лицима.<sup>81</sup> Наш законодавац предвиђа да право гласа по основу акција датих у залогу има залогодавац, односно акционар.<sup>82</sup> Законодавац не додаје ако другачије није уговорено, па се може закључити да је уговор о гласању са залогопримцем ништав.<sup>83</sup> С друге стране, ни ова заштита није довољна, јер се исти ефекат може постићи давањем пуномоћја за гласање залогопримцу. Законом је предвиђена прекршајна одговорност физичког лица које понуди или да новчану накнаду или другу корист акционару јавног друштва ради прибављања пуномоћја за гласање.<sup>84</sup> Из те одредбе, јасно се може уочити намера законодавца да спречи лични утицај пуномоћника на гласање, као и из одредаба да пуномоћник мора гласати по упутствима или налозима акционара, а ако их нема, да је дужан да гласа савесно и у најбољем интересу акционара, као и да пуномоћје није преносиво. С друге стране, уколико у пуномоћју није наведено да се даје за једну седницу скупштине, оно важи за наредне седнице, све до опозива. Законодавац се могао определити за рестриктивније решење чиме се спречава дуготрајнији утицај пуномоћника на гласање акционара, будући да је оно дозвољено Директивом бр. 36/2007 о вршењу одређе-

---

81 J. Barbić, 1232.

82 ЗОПД, чл. 361.

83 Акционар је могао дати посебно пуномоћје за гласање заложном повериоцу према Закону о предузећима из 1996. године. Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96 – испр., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002, чл. 258 ст. 5. Вид. Ивица Јанковец, „Вршење акционарских права преко пуномоћника (према правима неких европских земаља)”, *Право и привреда*, бр. 1-4/2003, 19.

84 ЗОПД, чл. 587 ст. 1 тач. 2 (1).

них права акционара у котираним друштвима.<sup>85</sup> Такође, законодавац не предвиђа ништавост пуномоћја датог у замену за корист коју прима акционар. Став наших судова о том питању, који су препознали да је пракса давања пуномоћја за накнаду погубна, јер се своди на неморалну продају гласова, базира се на јединству чланских права.<sup>86</sup> Наиме, став је суда да је нарушавање јединства чланских права, односно задирање у права акционара до којег на тај начин долази, разлог за утврђивање ништавости пуномоћја. Ипак, имајући у виду све што је напред речено, може се закључити да идеја спречавања ефекта продаје права гласа у Закону није до краја разрађена.

Да би се онемогућио утицај друштва или чланова управе на гласање акционара, предвиђена су и посебна правила о томе ко може да буде пуномоћник за гласање. Тако, између осталих, директори и чланови надзорног одбора (постоје и посебна правила за пуномоћнике које предлаже друштво, јер се морају навести све чињенице које су значајне за утврђивање сукоба интереса), ни контролни акционар друштва, ни лице које он контролише, као ни директори или чланови надзорног одбора контролног друштва или друштва које је под његовом контролом, као ни лица која су запослена у тим друштвима, не могу да буду пуномоћници акцио-

---

85 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, p. 17-24, чл. 10 ст. 2.

86 „Власник акције располаже одређеним чланским правима која представљају скуп права и обавеза. Та права су у односу на друштво недељива. Принцип недељивости акције и принцип јединства чланских права значи и немогућност вршења управљачких и имовинских права по основу исте акције од стране различитих лица.

Члан 287 ст. 1 Закона о привредним друштвима прописује да акционар може на скупштини да гласа лично или преко једног пуномоћника у складу са законом и статутом акционарског друштва. Пуномоћје се даје за једну скупштину и важи за поновљену. Пуномоћник је дужан да поступа по упутству, односно у најбољем интересу акционара а не у свом личном (члан 287 ст. 5. ЗОПД).

Одговорност пуномоћника према акционару за остваривање права акционара не може се унапред ни ограничити ни искључити. Вршење права управљања на основу пуномоћја уз новчану накнаду у сопственом интересу, представља задирање у чланска права акционара и нарушавање принципа недељивости што је супротно одредбама Закона о привредним друштвима. Из тих разлога би се могао тражити утврђење ништавости тако датог пуномоћја.

У конкретном случају не би се могло сматрати да се ради о симулованом уговору где је дисимулован уговор купопродаја акција, обзиром да је акционар задржао део чланских права – имовинска права.” Правни став Вишег трговинског суда изражен као одговор на питање трговинских судова утврђен на седницама Одељења за привредне спорове од 19. и 20. септембра 2005. године и Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове 26. септембра 2005. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 3/2005.

нара.<sup>87</sup> За разлику од претходних случајева, овде се акценат ставља на контролног акционара, односно на заштиту мањинских акционара. Дакле, јасно је да је законодавац имао намеру да спречи и контролног акционара да утиче на вршење права гласа осталих акционара. Такође, важно је што је законодавац обухватио повезана лица са контролним акционаром, директорима, члановима надзорног одбора када су они физичка лица, за разлику од одредаба о уговорима о гласању, у којима се повезана лица не помињу. Наиме, законодавац је поступио исправно, у складу са Директивом бр. 36/2007 о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима.<sup>88</sup> Акционар у другим случајевима има право да пренесе вршење права гласа на лице по свом избору, али пуномоћје ни тада не може да буде неопозиво, јер би се тиме постигао ефекат преноса права гласа независно од преноса акције.<sup>89</sup>

Из одредбе о прекршајној одговорности физичких лица која понуде или дају новчану или другу корист акционару да на скупштини јавног друштва гласа или не гласа на одређени начин може се закључити, да је законодавац, заправо, имао намеру да спречи утицај других лица на вршење права гласа акционара.<sup>90</sup> Конкретно, предвиђено је да ће се новчаном казном од 50.000 до 150.000 динара казнити за прекршај физичко лице које понуди или да новчану накнаду или другу корист акционару јавног друштва ради прибављања пуномоћја за гласање на седници скупштине тог друштва или да понуди или да новчану накнаду или другу корист за то да неко на скупштини јавног друштва гласа или не гласа на одређен начин. Дакле, Закон разликује утицај на акционара у погледу гласања када сам акционар врши право гласа или када то чини путем пуномоћника. Ова одредба се односи само на гласање у јавном акционарском друштву. Такође, само физичко лице може одговарати за овај прекршај. Није јасно зашто се норма не односи на правна лица и нејавна акционарска друштва.<sup>91</sup> Наиме, у нашем примеру са удружењем прекршаја нема, док би физичко лице могло бити кажњено. Да закључимо, одредба је непотпуна јер се не односи на правна лица, као ни на нејавна акционарска друштва. Такође, није предвиђена казна у случајевима да акционар затражи накнаду од друге стране, нудећи да заузврат гласа према упутству одређеног лица или ако

---

87 ЗОПД, чл. 345.

88 Директива, бр. 36/2007, чл. 10 (3).

89 Вид. Зоран Арсић, „Вршење права гласа преко пуномоћника”, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007, 70.

90 ЗОПД, чл. 587 ст. 1 тач. 2.

91 Вид. З. Арсић (2015), 758.

понуди да том лицу изда пуномоћје. Законодавац чини и мању језичку омашку јер говори о гласању или негласању на одређени начин, а заправо је реч о гласању на одређени начин или негласању.<sup>92</sup> На крају, највећи пропуст законодавца је што није предвидео да је такав уговор о гласању ништав, као и издавање пуномоћја за гласање у замену за накнаду акционару. Један од могућих закључака је да постоји правна празнина у погледу закључења уговора о гласању између акционара и трећих лица.<sup>93</sup> С друге стране, према ширем тумачењу, може се закључити да забрана уговарања произилази из одредбе о прекршају, на основу одредбе Закона о облигационим односима о границама аутономије воље.<sup>94</sup> Оно што јесте сигурно, то је да постоји правна несигурност у погледу овог питања. До тога је дошло омашком законодавца, који ни у овом случају није у потпуности следио решење немачког законодавца, под чијим је утицајем евидентно био. У немачком праву, предвиђена је одговорност лица које захтева или прихвати неку погодност да не би гласало или да би гласало на одређени начин, као и лица које такву погодност понуди или да у замену за то да неко лице не гласа или да гласа на одређени начин на седници скупштине.<sup>95</sup> Наш законодавац се јесте определио да ограничи права акционара и онемогући акционара да прода право гласа или да предузме другу радњу са истим ефектом, али није успео да конкретним решењима ваљано разради ту идеју.

## V Закључак

Законом су предвиђена разна ограничења у вези са правом гласа акционара ради заштите привредног друштва, од којих је кључна забрана продаје права гласа акционара. Другачије речено, потребно је спречити утицај других лица на гласање акционара, чак и када га сами акционари прихватају. Ефекат продаје права гласа може се постићи давањем пуномоћја за гласање или закључењем уговора о гласању. Идеју спречавања непожељних утицаја других лица на остваривање права гласа акционара, законодавац не спроводи конзистентно и ваљано, имајући у виду да није предвидео ништавост појединих радњи којима се постижу ефекти тради-

---

92 *Ibid.*, 750 фн. 5.

93 Тако *ibid.*, 752.

94 ЗОО, чл. 10. Вид. више о ограничењу слободе уговарања, односно забрани уређивања односа супротно принудним прописима у Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, 54-55.

95 Немачки Закон о акцијама, чл. 405 ст. 3 тач. 6 и 7.

ционалне продаје права гласа у компанијском праву, као ни адекватне санкције за поступање акционара у тим случајевима.

Уговори о гласању акционара су уговори које закључују акционари са другим лицима у вези са вршењем права гласа акционара. Те уговоре могу закључити акционари међусобно, када је реч о врсти уговора акционара. Уговори о гласању закључени између акционара су гаранција активизма мањинских акционарима, па их начелно треба подржати. С друге стране, акционари могу закључити уговоре о гласању и са другим лицима, при чему би уговори о гласању са друштвом, лицима повезаним са друштвом, као и лицима повезаним са члановима управе требало да буду ништави. Уговори акционара се могу поделити према критеријуму саговорника, садржини и трајању. Такође, логично је решење да гласање акционара не треба да буде под утицајем управе. У супротном, подстицање активизма акционара ради контролисања управе било би обесмишљено. Поступање према уговорима о гласању је само један од облика заједничког деловања акционара и других лица. Заједничко деловање је део нашег позитивног законодавства, које је регулисано у различитим законима. Свакако да полазна дефиниција заједничког деловања треба да буде јединствена у једном правном систему, али је прецизирање дефиниције у појединим областима пожељно.

Уколико се акционар обавезе да за накнаду или другу корист гласа према упутствима другог лица, постиже се ефекат преношења вршења права гласа на друго лице или ефекат привременог преношења права гласа на друго лице. Ипак, ту није реч о привидном послу, јер стране желе његово дејство. Дакле, не може се рећи да је уговор о гласању заправо симуловани посао којим се прикрива забрањено давање пуномоћја за гласање одређеним лицима. Исто важи и за тумачење да је дисимуловани посао пренос права гласа без преноса акција, јер стране имају намеру да изазову правно дејство уговора који су закључили. Ни у једном од та два случаја не долази до преноса права гласа, јер је ималац тог права у сваком тренутку акционар који га врши лично или преко пуномоћника. Пренос права гласа (куповине гласова), ради спречавања раздвајања управљачких и економских права акционара није слободан. Дакле, пренос права гласа није дозвољен предмет уговорне обавезе акционара. Поред тога, законодавац није имао намеру да забрани уговоре о гласању као механизме ангажовања мањинских акционара који сами по себи нису штетни за друштво, што значи да предмет уговорне обавезе акционара може бити гласање на одређени начин. С друге стране, обавеза негласања нема оправдање у ангажовању акционара, јер се у том случају акционари оба-

везују на неангажовање. Принцип јединства акције није у потпуности оправдан разлог за утврђивање ништавости у вези са преношењем вршења права гласа акционара, имајући у виду да је пренос вршења права гласа дозвољен, с једне стране, док је пренос права гласа забрањен, с друге стране. Тај принцип се односи на забрану раздвајања самих права из акције, што се не може изједначити са случајевима преноса вршења права на друга лица, нити гласања акционара према упутствима других лица када сами акционари остварују право гласа. Због правне сигурности, Законом треба прецизирати када су уговори и пуномоћје ништави. Такође, правила о забрањеним уговорима о гласању треба проширити, односно укључити повезана лица са друштвом и члановима управе међу лица којима је забрањено да са акционарима закључују уговоре о гласању. Треба кориговати и одредбу о прекршајној одговорности у вези са уговорима о гласању, односно предвидети да и правно лице може одговарати за прекршај, а не само физичко, при чему би иста одредба требало да се односи и на право гласа у нејавним, а не само јавним друштвима. На крају, треба предвидети и прекршајну одговорност акционара у вези са уговорима о гласању.

**Jelena LEPETIĆ, PhD**

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

### **“UNITY OF MEMBERSHIP” AND SHAREHOLDERS’ VOTING AGREEMENTS**

#### **Summary**

*In this paper, the author analyzes shareholders’ voting agreements with regard to the “unity of membership” as non-decoupling voting rights from economic rights of shareholders. Firstly, voting agreements of shareholders are defined and listed in different categories considering their characteristics. Secondly, voting agreements are analyzed as one type of shareholders’ agreements and additionally as a form of concerted activity of shareholders. Furthermore, a review of comparative legal solutions regarding voting agreements is provided. In the central part of the paper the author discusses the relevant provisions of Serbian Companies Act and proposes concrete solutions for improving existing provisions due to the observed deficiencies. Finally, among other things, the author advocates the broadening of provisions on voting agreements in order to*

*comprehend the persons connected to the company and the directors as well as prescribing the misdemeanor liability of shareholders in relation to voting agreements.*

**Key words:** *shareholders' voting agreements, shareholders' agreements, shareholder's voting right.*



Др Вања СЕРЈЕВИЋ\*

## ОТКУП АКЦИЈА НЕСАГЛАСНИХ МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА

### Резиме

Предмет рада је критички осврт аутора на нормативну и судску праксу у вези са правом акционара који су несагласни са одлуком скупштине акционарског друштва – да захтевају откуп акција од акционарског друштва. Правна теорија, норматива и пракса указују на потребу ограничене примене права несагласних акционара на откуп акција, у циљу спречавања злоупотребе тог права (као својеврсне злоупотребе права мањине). Таква потреба је препозната и у парничном предмету Привредног суда у Нишу, у коме је суд утврдио да су тужиоци (несагласни акционари) – манипулативном трговином и злоупотребом права – стекли статус акционара и поднели захтев друштву за откуп акција (а касније, у судском поступку, и за исплату разлике до пуне вредности њихових акција). У вези са тим поступком, овај рад представља и критички осврт на одлуку Врховног касационог суда Прев 378/2017 од 10.05.2018. године, којом су укинуте пресуде првостепеног и другостепеног суда и одбачен став о постојању злоупотребе права мањинских акционара и манипулативне трговине, као и став о престанку права на откуп акција заснованог на одлуци друштва за коју је накнадно утврђено да је без правног дејства.

**Кључне речи:** мањински акционари, откуп акција, злоупотреба права.

### І Увод

Право акционара на откуп акција утврђено је у домаћем праву одредбама чл. 474 Закона о привредним друштвима.<sup>1</sup> Ово право има акционар који гласа против или се уздржи од гласања за једну или више

---

\* судија Привредног суда у Нишу

1 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018.

одлука које су наведене у Закону, међу којима је и одлука о повлачењу једне или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала (у раду: „одлука о повлачењу акција са регулисаног тржишта“).<sup>2</sup> На повлачење акција са регулисаног тржишта примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује тржиште капитала.<sup>3</sup> Акционар који затражи од друштва да од њега откупи акције не може оспоравати одлуку друштва на којој заснива то право.<sup>4</sup> Одлука друштва на којој акционар заснива право на откуп акција мора садржати одредбу о томе да ступа на снагу давањем писане изјаве од стране председника одбора директора, односно председника надзорног одбора друштва ако је управљање друштвом дводомно, да су све обавезе друштва у вези са откупом акција несагласних акционара у целости извршене у складу са чл. 475 и 476 ЗПД, односно да није било несагласних акционара.<sup>5</sup> Одредбама чл. 475 ЗПД уређен је поступак остваривања права на откуп акција, док је одредбама чл. 476 ЗПД уређена судска заштита несагласног акционара. Судска заштита акционара се остварује тужбом за исплату пуне вредности његових акција (ако му друштво није извршило никакву исплату по том основу), или тужбом за исплату разлике до пуне вредности његових акција (ако сматра да му је друштво на име откупне цене за његове акције исплатило нижи износ од те вредности).<sup>6</sup>

Упоредноправном анализом аутор рада закључује да: 1) напред наведени правни оквир остваривања права на откуп акција прелази нормативне оквире овог института у упоредном праву; 2) домаће компанијско право не даје могућност ускраћивања права на откуп акција када је исто стечено злоупотребом права, нити препознаје и дефинише појам *злоупотребе права мањинских акционара*, иако се ради о општем теоријском, нормативном и практичном институту у упоредном компанијском праву; 3) домаће право не садржи одредбе о последицама ништаве одлуке друштва (или, уопште, одлуке која је без правног дејства) на остваривање права несагласних акционара на откуп акција.

Наведени, по оцени аутора, недостаци домаћег правног оквира права на откуп акција по основу одлуке друштва о повлачењу акција са регулисаног тржишта погодују манипулативним радњама на тржишту

---

2 ЗПД, чл. 474 ст. 1 тач. 7.

3 ЗПД, чл. 474 ст. 4.

4 ЗПД, чл. 474 ст. 2.

5 ЗПД, чл. 474 ст. 3.

6 ЗПД, чл. 476 ст. 1.

капитала и злоупотреби права мањинских акционара у циљу остваривања права на откуп акција (а тиме и остваривања значајне разлике између неретко потцењене тржишне цене по којој су стекли акције друштва и пуне вредности тих акција, као правичне вредности до које се долази проценом вредности друштва).<sup>7</sup> Злоупотреба права је *општи* правни институт, па судови могу препознати и санкционисати злоупотребе права у поступку по тужби несагласног акционара за откуп акција. Привредни суд у Нишу је управо тако поступио када је одбио тужбени захтев несагласних акционара за исплату разлике до пуне вредности њихових акција, из следећих разлога: 1) због манипулативног стицања статуса акционара који има право да гласа на седници скупштине о повлачењу акција са регулисаног тржишта; 2) због злоупотребе права на откуп акција, с обзиром да су несагласни акционари у питању знали да је њихово стицање акција било искључиви разлог непуноважности одлуке скупштине о повлачењу акција са регулисаног тржишта (према одредбама закона којим се уређује тржиште капитала); 3) због тога што је одлуком Београдске берзе одбијен захтев друштва за искључење акција са тржишта капитала, чиме је и формално потврђено да је одлука скупштине о повлачењу акција са регулисаног тржишта без правног дејства (што је, по ставу првостепеног суда, довољан разлог за одбијање тужбеног захтева, независно од претходно утврђене манипулативне трговине и злоупотребе права на откуп акција).<sup>8</sup>

Међутим, одлука Врховног касационог суда донета у истом предмету Привредног суда у Нишу (прихватањем одлучивања о посебној ревизији тужилаца) дестимулативно делује на поступање првостепених

---

7 Према одредби чл. 475 ст. 3 ЗПД у вези ст. 1 тач. 2, 3 и 4 истог члана, друштво је у обавези да несагласном акционару откупи акције по тржишној вредности (утврђеној у складу са чл. 259 ст. 1 ЗПД), односно, по вишој вредности између књиговодствене и процењене вредности акција јавног акционарског друштва (утврђеној у складу са чл. 51 ЗПД). Тржишна вредност акције утврђује се као пондерисана просечна цена остварена на регулисаном тржишту, одн. мултилатералној трговачкој платформи, у периоду од шест месеци који претходи дану доношења одлуке којом се утврђује тржишна вредност акција, под условом да је у том периоду остварен обим промета тим акцијама од најмање 0,5 % од укупног броја издатих акција те класе и да се трговало више од 1/3 трговачких дана на месечном нивоу (ЗПД, чл. 259 ст. 1). У супротном (ако није остварен наведени обим промета и број трговачких дана), тржишна вредност акција се одређује проценом од стране судског вештака, ревизора, или другог стручног лица (укључујући и привредно друштво) које је од стране надлежног државног органа овлашћено да врши процене вредности ствари или права (ЗПД, чл. 51-57).

8 Пресуда Привредног суда у Нишу 3 П 765/15 (спојен: П 775/15) од 01.06.2016. године, потврђена Пресудом Привредног апелационог суда Пж 5906/16 од 27.06.2017. године.

судова, јер не прихвата ниједан од напред изнетих разлога за одбијање захтева тужилаца.<sup>9</sup> Истовремено, ова одлука стимулише учеснике на тржишту капитала на манипулативну трговину и злоупотребу права, док, с друге стране, дестимулише приватне инвеститоре да улажу капитал у акционарска друштва чије су акције предмет трговања на регулисаном тржишту. У крајњем, одлука има негативан утицај на развојне потенцијале тржишта капитала у Републици Србији.

## II Право на откуп акција – упоредноправни осврт

### 1. Садржина права

Право на откуп акција несагласних акционара је општи правни институт компанијског права, који се заснива на следећим обавезним елементима садржине самог права: 1) одлука скупштине акционарског друштва, 2) несагласност акционара са одлуком скупштине, 3) захтев акционара друштву да откупи његове акције. Право на откуп укључује, као додатни елемент садржине, и право несагласних акционара да, у посебном поступку, захтевају исплату разлике између откупне и пуне вредности акција друштва, а на основу процене правичне (фер) вредности њихових акција (енг. *appraisal right*). Упоредна анализа овог института указује на разлике у погледу основа, услова и поступка остваривања права на откуп акција.<sup>10</sup>

Право несагласних акционара на откуп акција има и своје негативно одређење у односу на друга, сродна права мањинских акционара. Наиме, ово право треба разликовати од права на откуп акција у поступку

---

9 Решење Врховног касационог суда Прев 378/2017 од 10.05.2018. године, достављено Привредном суду у Нишу дана 25.01.2019. године. Уместо да преиначи пресуде нижестепених судова сагласно изнетом ставу о наводно погрешној примени материјалног права, Врховни касациони суд је предмет вратио на поновни поступак само ради утврђивања чињенице „да ли је тужено друштво цену акција утврдило на начин предвиђен у одредби чл. 475. ст. 1. Закона о привредним друштвима или није...“ - иако је првостепени суд ту чињеницу утврдио у поступку вештачења.

10 С тим у вези, указујемо на посебан режим овог права у британском *common law* компанијском праву. Наиме, британским Компанијским законом из 2006. године оно уопште и није предвиђено као такво, већ се остварује посредно, у судском поступку по тужби мањинских акционара за заштиту од непоштеног пословања (енг. *'unfair prejudice'*), и то на основу дискреционе оцене суда о оправданости предузимања такве мере заштите акционара или члана друштва. Видети, британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act, CA*), Part 30 – *Protection of members against unfair prejudice*, чл. 996 ст. (2) тач. (е).

преузимања акционарског друштва.<sup>11</sup> Такође, треба га разликовати од права мањинских акционара на продају акција (енг. *'sell-out'*) које се остварује подношењем захтева акционару, чије акције представљају најмање 90 % основног капитала друштва (и који има најмање 90 % гласова свих акционара који поседују обичне акције), да изврши куповину њихових акција – насупротив праву тако квалификованог акционара да од мањинских акционара захтева принудни откуп њихових акција (енг. *'squeeze-out'*).<sup>12</sup> Најзад, право несагласних акционара (у ужем смислу) треба разликовати и од права *спољних* акционара на продају акција у случају привредних друштава повезаних путем уговора о контроли и управљању,<sup>13</sup> а посебно од права тих акционара на примерену накнаду коју је контролно друштво дужно да им плаћа на годишњем нивоу.<sup>14</sup>

## 2. Основи и обим остваривања права на откуп акција

Упоредноправна анализа показује да су основи остваривања предметног права у посматраним државама рестриктивнији у односу на право Републике Србије.<sup>15</sup> Према одредбама чл. 474 ст. 1 ЗПД, акционар може да тражи од друштва да откупи његове акције ако гласа против или се уздржи од гласања за следеће одлуке: 1) о промени статута друштва којим се умањују његова права из чл. 251 ст. 1 тач. 1-4 и и права из чл. 253 овог закона; 2) о статусној промени; 3) о промени правне форме; 4) о промени времена трајања друштва; 5) којом се одобрава стицање или располагање имовином велике вредности; 6) којом се мењају његова друга права (ако је тако одређено статутом); 7) о повлачењу једне или више

---

11 Закон о преузимању акционарских друштава – ЗПАД, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011, 108/2016. Према одредби чл. 416 ст. 1 овог закона, сваки акционар циљног друштва може преко месно надлежног привредног суда да захтева откуп акција, под условима под којима је морала бити објављена понуда за преузимање, и то у следећим случајевима: ако понуђач, након настанка обавезе објављивања понуде за преузимање, у законском року не поднесе уредан захтев за одобрење објављивања понуде за преузимање или му Комисија одбије или одбаци захтев за одобрење, или након што му је Комисија одобрила захтев за објављивање понуде за преузимање, не објави понуду за преузимање под условима и на начин из овог закона, или уколико Комисија обустави поступак преузимања.

12 Принудни откуп акција и право на продају акција уређени су одредбама чл. 515-523 ЗПД.

13 ЗПД, чл. 564.

14 ЗПД, чл. 562.

15 Предмет упоредне анализе аутора је право Немачке, Италије, Француске, САД. Због просторног ограничења рада, аутор даје само опште назнаке о упоредним решењима и упућује на непосредне изворе и референце.

класа акција са регулисаног тржишта, одн. мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала.

Приметно је, међутим, да у упоредном праву одлука друштва о повлачењу акција са регулисаног тржишта не представља самостални (појединачни) основ заснивања права несагласних акционара на откуп акција.<sup>16</sup> У Немачкој је доношење одлуке о повлачењу акција са регулисаног тржишта у надлежности управног одбора, а не скупштине друштва. Сагласно одлуци немачког Савезног суда из 2013. године,<sup>17</sup> није потребна ни сагласност скупштине друштва са одлуком управног одбора о повлачењу акција.<sup>18</sup> Према тој судској одлуци (као и одлуци немачког Савезног уставног суда из 2012. године), одлука друштва о повлачењу акција са регулисаног тржишта није основ стицања права на откуп акција несагласних акционара. Међутим, почев од 26. новембра 2015. године, друштво је обавезно да истовремено са захтевом за повлачење акција сачини и објави обавезну понуду за откуп акција. Ова обавеза је уведена изменама и допунама немачког Закона о берзи,<sup>19</sup> у поступку усаглашавања са Директивом ЕУ о транспарентности 2013/50/ЕУ (о изменама и допунама Директиве 2004/109/ЕЦ).<sup>20</sup> Право несагласних акционара на откуп акција признато је у немачком праву само у случају појединих облика статусне промене (припајања, преноса имовине на друго друштво), као и у случају промене правне форме акционарског друштва.<sup>21</sup> Немачким Законом о акционарским друштвима предвиђени су основи за остваривање сродних права мањинских акционара на исплату одговарајуће накнаде: у случају потпуне интеграције контролисаног друштва у контролно друштво; у случају уговора о контроли и управљању (које контролни акционар закључује са друштвом); као и у случају права на принудни откуп акција.<sup>22</sup> Поступак и начин утвр-

16 Видети, италијански Грађански законик из 1942. године (*Codice Civile*), чл. 2437.

17 Bundesgerichtshof, II ZB 26/12, Beschluss vom 8. Oktober 2013 in dem Rechtsstreit (доступно на адреси: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document, 17.04.2019>).

18 <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-corporate-governance-review-edition-8/1168527/germany, 15.04.2019>.

19 Немачки Закон о берзи из 2007. године, са последњим изменама из 2017. године (*Börsengesetz, BörsG*).

20 DIRECTIVE 2013/50/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013, *Official Journal of the European Union*, L 294/13, 6.11.2013 – 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 ... ('Transparency Directive').

21 Немачки Закон о трансформацији из 1994. године (*Umwandlungsgesetz, UmwG*).

22 Немачки Закон о акционарским друштвима из 1965. године (*Aktiengesetz, AktG*).

ђивања откупне вредности акција мањинских акционара и висине накнада по сродним основима – уређени су посебним Законом о поступку процене вредности из 2003. године.<sup>23</sup>

Осим упоредноправних ограничења основа права на откуп, приметно је условљавање остваривања права економско-правним концептом тржишне цене као правичне откупне цене акција. Наиме, економски концепт ефикасног тржишта и вредности акција наметнуо је теоријски и нормативни став да право на откуп не треба признати ако су акције друштва тржишно ликвидне и ако нису битно потцењене на тржишту.<sup>24</sup> У том случају, несагласни акционари могу остварити намеру повлачења из друштва продајом својих акција на организованом тржишту капитала. *Argumentum a contrario*, разумно је признати ово право несагласним акционарима када су акције друштва у зони ниске ликвидности, а уз то и тржишно битно потцењене у односу на стварну вредност друштва. Неки аутори предлажу судовима да тржишну цену акција прихватају као меродавну чак и у случају када је тржиште акција неефикасно, сматрајући то јединим објективним приступом, уз дискреционо овлашћење суда да изврши потребне корекције.<sup>25</sup>

Такође, постоје предлози стручне јавности да право на откуп треба признати само несагласним акционарима који су статус акционара имали на дан доношења одлуке о сазивању скупштине друштва<sup>26</sup> – у циљу спречавања тзв. арбитражног вредновања (енг. *appraisal arbitrage*) којим се остварује безризични профит по основу разлике између куповне

---

23 Немачки Закон о поступку процене вредности акција из 2003. године (*Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren – Spruchverfahrensgesetz, SpruchG*).

24 Jonathan Macey, Joshua Mitts, „Asking the Rights Questions: The Statutory Right of Appraisal and Efficient Markets“, *ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper No 428/2018*, 2018, 13 – Cit. „Since fairness requires treating similarly situated investors alike and does not require affording special treatment to dissenting shareholders, market prices are adequate indicators of fair value in efficient markets even during troughs and bubbles.“

25 *Id.*, cit. „... even prices produced in an inefficient market are a more reliable assessment of fair value than the wildly divergent predictions of an expert witness who tailors his or her valuation to the litigation imperatives of his or her client.“ (...) „Thus, courts should expand their reliance on market prices to include an analysis of stocks that do not trade in an efficient market not because such prices are perfect (...) Rather, because such prices are methodologically unbiased and qualitatively the best source of information about fundamental values.“

26 Trevor S. Norwitz, „Delaware Legislature Should Act to Curb Appraisal Arbitrage Abuses“, Columbia Law School Blue Sky Blog, Feb. 10, 2015 (доступно на адреси: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=trevor+s.+norwitz%2C+delaware+legislature+should+act-to+curb+appraisal+arbitrage+abuses>, 13.04.2019).

и продајне цене акција.<sup>27</sup> Основни аргумент овог дела стручне јавности је да право на откуп акција није предвиђено да служи краткорочним циљевима спекулативних инвеститора, који злоупотребљавају систем како би остварили профит на рачун осталих акционара.<sup>28</sup>

### 3. Ограничења права на откуп акција

#### а) Одлука је у интересу компаније и није неправична у односу на мањинске акционаре

Начело једнакости права акционара исте класе (енг. *the general principle of the equal treatment of shareholders*) није неограничено, посебно када је у питању остваривање права гласа на скупштини акционара. Тачније, не сме се допустити позивање на ово начело у циљу дерогације обавезе поштовања одлуке већине (енг. *obligation to submit to majority rule*) која је у интересу саме компаније (енг. *in compliance with corporate benefit*), а потребно је предвидети и санкције за случај злоупотребе права мањине (енг. *abuse of minority rights*).<sup>29</sup> Наведени став је заступан у теорији и пракси компанијског права ЕУ, одн. њених држава чланица, као и од стране истакнутих представника домаће теорије компанијског права.<sup>30</sup>

#### б) Откуп акција угрожава ликвидност компаније и њен опстанак на тржишту

Право несагласних акционара на откуп акција може представљати значајно финансијско оптерећење за привредно друштво,<sup>31</sup> у тој мери да „ликвидност акција несагласних акционара може водити неликвидности самог друштва узрокованог извршењем ове обавезе“.<sup>32</sup> У циљу спречавања таквих последица, потребно је законом омогућити привредном друштву

27 „Арбитража представља коришћење погрешно процењених хартија од вредности у циљу остваривања безризичног профита.“ (цит) Zvi Bodie, Alex Kane, Alan J. Marcus, *Основи инвестиција*, 6. издање, 1. српско издање, Београд, 2009, 204.

28 „The remedy was not designed to create a new way for short-term speculators to game the system and profit at the expense of the broader shareholder body.“ (цит. Т. Norwitz, 2015)

29 „Rights and obligations of shareholders, national regimes and proposed instruments at EU level for improving legal efficiency“, European Parliament, Study, May 2012, 117.

30 Видети, Мирко Васиљевић, „Закон о привредним друштвима Србије – може ли боље?“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2018, Београд, 2018, 294.

31 Откупом акција несагласних акционара друштво стиче сопствене акције у односу на које се не примењују одредбе чл. 282 ст. 2-5 ЗПД о ограничењима стицања сопствених акција, прописаним у циљу очувања нето имовине друштва. Видети, ЗПД, чл. 282 ст. 2-5, у вези чл. 284 тач. 1.

32 М. Васиљевић, 296.



да одустане од намераване одлуке која је повод за остваривање права на откуп, уз алтернативно право да од надлежног суда или регулаторног тела на тржишту капитала захтева ослобођење од обавезе откупа акција из економских разлога или правичности.<sup>33</sup> Одустанак друштва од одлуке у односу на коју је засновано право несагласних акционара на откуп акција, признат је као основ за престанак тог права у упоредној пракси већ почетком прошлог века.<sup>34</sup>

*в) Поступак побијања одлуке скупштине друштва*

Одлука скупштине на којој је засновано право на откуп може бити супротна закону или статуту – што је један од разлога за побијање одлуке тужбом, коју сваки акционар који је имао право учешћа у раду седнице скупштине може поднети надлежном привредном суду у року од 30 дана од дана сазнања за одлуку, одн. од дана регистрације одлуке, али не касније од три месеца од када је одлука донета.<sup>35</sup> У случају такве одлуке и, посебно, одлуке о повлачењу акција друштва са регулисаног тржишта, може се поставити питање правног дејства незаконите одлуке за коју ниједан акционар није поднео тужбу ради побијања, или је то учинио по истеку прописаних рокова.

Право акционара несагласних са одлуком скупштине друштва да захтевају откуп акција у односу је међусобне искључивости са правом акционара на побијање одлуке скупштине. Тачније, акционар који поднесе захтев за откуп акција не може оспоравати одлуку друштва на којој заснива то право.<sup>36</sup> *Argumentum a contrario*, поднета тужба било ког другог акционара ради побијања одлуке скупштине друштва требало би да представља основ за застој одлучивања друштва о праву на откуп акција до правноснажности одлуке суда о тужби за поништај. Правноснажна одлука суда којом се поништава одлука скупштине имала би за последицу престанак права свих несагласних акционара на откуп акција. Међутим, Законом није прописана могућност застоја поступка остваривања права на откуп акција до правноснажног окончања поступка побијања

---

33 Видети: „*Minority Buy-Outs*“, Law Commission, New Zealand, Report 74 Wellington, New Zealand, 2001, 2.

34 Irving J. Levy, „Rights of Dissenting Shareholders to Appraisal and Payment“, 15 *Cornell L. Rev.* 420 (1930), 434.

35 ЗПД, чл. 376 ст. 1 и 3.

36 ЗПД, чл. 474 ст. 2.

одлуке скупштине.<sup>37</sup> Истовремено, прописани рокови за остваривање права на откуп (15 дана за подношење захтева, рачунајући од дана закључења седнице скупштине, и наредних 60 дана за откуп акција) намећу обавезу откупа акција и пре истека рока за подношење тужбе ради побивања одлуке скупштине на којој је право откупа засновано (три месеца од дана када је одлука донета). Проистиче да би друштву – у случају поништаја одлуке поводом које је претходно извршен откуп акција (и, евентуално, исплаћена разлика до пуне вредности акција на основу судске одлуке донете по тужби несагласних акционара) – требало признати право на реституцију, која би се извршила продајом сопствених акција лицима од којих су стечене у поступку остваривања права на откуп, по продајној цени која је једнака исплаћеној откупној цени, укључујући и евентуално исплаћену разлику до пуне вредности акција. Исто право друштву би требало признати и у случају да је за одлуку скупштине накнадно утврђено да је без правног дејства, а тиме и без могућности примене.

*г) Одлука скупштине на којој је засновано право на откуп је без правног дејства*

Одлука друштва о повлачењу акција са регулисаног тржишта подложна је преиспитивању и коначној потврди (дозволом повлачења акција са тржишта) од стране организатора тржишта капитала. Законом о тржишту капитала прописано је да скупштина јавног друштва може донети одлуку о повлачењу акција са регулисаног тржишта, односно МТП, ако су кумулативно испуњени следећи услови: 1) да друштво има мање од 10.000 акционара; 2) да је у периоду од шест месеци који претходи доношењу одлуке укупно остварени обим промета акција које су предмет повлачења износио мање од 0,5 % од њиховог укупно издатог броја; 3) да је у најмање три месеца периода из тачке 2) остварени месечни обим промета таквим акцијама на регулисаном тржишту, односно МТП износио мање од 0,05 % од њиховог укупно издатог броја.<sup>38</sup> Наведени, законом прописани услови могу бити испуњени на дан сазивања седнице скупштине, иако до дана одржавања саме седнице не морају бити задовољени, посебно и због могућности манипулативне трговине акцијама друштва у том периоду. Управо је то био случај у напред поменутој

---

37 Поднета тужба за поништај одлуке не спречава извршење, нити регистрацију одлуке, а суд може само по захтеву тужиоца (акционара) донети привремену меру забране извршења, одн. регистрације. (ЗПД, чл. 379)

38 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, чл. 123 ст. 2.

парници Привредног суда у Нишу – у којој је утврђено да је предметна одлука друштва остала без правног дејства, тако што је решењем Београдске берзе одбијен захтев за искључење акција (јер је у периоду од шест месеци који претходи дану доношења одлуке издаваоца остварени обим промета био већи од прописаног). Притом је законом прописана горња граница шестомесечног промета од 0,5 % у односу на укупан број издатих акција прекорачена прометом оствареним стицањем акција од стране тужилаца у периоду од дана објављивања јавног позива за учешће у раду седнице скупштине до дана њеног одржавања – прецизније, до дана који је у јавном позиву одређен као дан утврђивања листе акционара са правом учешћа у раду скупштине.

Сагласно је основним принципима права и правде да одлука друштва која је без правног дејства (иако није поништена судском одлуком) није и не може бити основ за остваривање права несагласних акционара на откуп акција. Такво схватање је у складу и са упоредноправном теоријом и праксом.<sup>39</sup> У неким правним системима је законом изричито прописано да несагласни акционари стичу право на откуп акција ако и када одлука скупштине на којој је то право засновано буде и примењена.<sup>40</sup> Закон Републике Србије, управо супротно, прописује да одлука скупштине мора садржати одредбу о томе да ступа на снагу давањем писане изјаве председника одбора директора, одн. председника надзорног одбора, да су све обавезе друштва у вези са откупом акција у целости извршене, одн. да није било несагласних акционара.

#### д) Манипулативно стицање акција

Законом о тржишту капитала прописано је да су манипулације на тржишту забрањене.<sup>41</sup> Манипулације на тржишту, између осталог, представљају: трансакције и налози за трговање којима се дају или који ће вероватно пружити неистините или обмањујуће сигнале или информације о понуди, тражњи или цени финансијских инструмената;<sup>42</sup> трансакције или налози за трговање у којима се употребљавају фиктивни поступци или сваки други облик обмане или преваре.<sup>43</sup> У предметној парници Привред-

39 I. Levy, 435. Cit: „Unauthorized and fraudulent changes may be enjoined. (...) But it is probable that payment of the dissenters will be held to be merely a condition subsequent to making the change valid, ...“.

40 Okay Hiacinth Anyadiegwu, „Minority Shareholder's Remedies in Corporate Law“, A Thesis ... for the Degree of Master of Laws, The University of British Columbia, 1991, 227.

41 ЗТК, чл. 86 ст. 1.

42 ЗТК, чл. 85 ст. 1 тач. 1(1).

43 ЗТК, чл. 85 ст. 1 тач. 2.

ног суда у Нишу утврђено је да је обим трговања акцијама туженог у шестомесечном периоду који је претходио дану објављивања јавног позива за учешће у раду скупштине (на којој је донета одлука о повлачењу акција са регулисаног тржишта) износио 0,34% од укупног броја издатих акција. Истовремено, утврђено је да је обим трговања на основу налога тужилаца у периоду од свега пет дана (у оквиру периода након дана објављивања позива до дана који је у јавном позиву одређен као дан утврђивања листе акционара са правом учешћа на седници скупштине) – износио 0,205% од укупног броја издатих акција. Суд је закључио да предметне трансакције, по којима су тужиоци у року од свега пет дана стекли акције у наведеном обиму, представљају изненадно и значајно одступање од посматраног промета акцијама туженог на Београдској берзи у шестомесечном периоду који је претходио објављивању јавног позива за учешће на седници скупштине. Управо је таквим стицањем укупан промет акцијама туженог у релевантном шестомесечном периоду остварен у обиму који прелази законом прописану границу од 0,5% од укупног броја издатих акција, одн. 0,05% месечног промета у најмање три месеца у оквиру поменутог шестомесечног периода. Тачније, прометом акција по основу налога тужилаца за трговину осујећено је остваривање законом прописаних услова за повлачење акција туженог са регулисаног тржишта. Притом, предметно трговање тужилаца акцијама туженог учињено је у намери стицања статуса акционара који имају право на учешће у раду седнице скупштине, одн. у намери остваривања права несагласних акционара на откуп акција и, по том основу, остваривања користи у висини разлике између тржишно потцењене вредности акције (цене по којој су тужиоци купили акције) и пуне вредности тих акција (правичне цене која се утврђује на основу процењене вредности привредног друштва).

#### *ђ) Злоупотреба права мањинских акционара*

Злоупотреба права представља коришћење права на начин који је противан циљу због кога је то право законом признато – сагласно изричитим одредбама закона о циљу установљеног права или интенцији законодавца.<sup>44</sup> Напред изнете чињенице, утврђене у предмету Привредног суда у Нишу, потврђују да је (манипулативно) стицање акција туженог налозима тужилаца за трговину извршено у циљу остваривања користи на начин који представља злоупотребу права мањине. Тужиоци нису

---

44 Према члану 13 Закона о облигационим односима, забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.

имали статус акционара туженог пре објављивања позива туженог друштва за учешће на ванредној седници скупштине, те је више него очигледно да је циљ стицања статуса акционара који имају право учешћа у раду седнице искључиво *лукративан* – заснован на намери остваривања профита у разлици између цене акција по којој су тужиоци стекли акције и процењене вредности акција. Тачније, заснован је на процени о извесности остваривања безризичне финансијске користи, а не на процени корисности одлуке за само друштво, нити дугорочних последица одлуке на обим и остваривање права акционара (као циља због кога је установљено право на откуп). Планирана финансијска корист за тужиоце је безризична и заснива се на тзв. арбитражној процени вредности акција – о којој је било речи у претходном делу рада.

Врховни касациони суд, међутим, у својој одлуци износи став да тужиоци нису злоупотребили право на откуп, иако је очигледно (према ставу аутора рада) да су ово право користили противно циљу у коме је оно законом установљено. Врховни касациони суд није објаснио шта чини „*економске интересе*“ мањинских акционара чијој заштити треба да служи право на откуп акција, те су изостали јасни, потпуни и мериторни разлози на којима је засновао став о непостојању злоупотребе права.<sup>45</sup> Притом, цитирани део образложења указује на очигледну грешку у логичком закључивању (заменом теза). На крају, намеће се закључак да безризично, једнократно остваривање профита, засновано на арбитражној процени акција – према израженом (иако неаргументованом) становишту ВКС – представља легитимни циљ права на откуп акција несасгласних акционара. Такав став одступа од теоријских и нормативних ставова ЕУ у вези са концептом злоупотребе права мањинских акционара и

---

45 Решење Врховног касационог суда Прев 378/2017 од 10.05.2018. године. У образложењу решења (стр. 4, трећи и четврти пасус) је наведено (цит): „*Став нижестепених судова да су тужиоци злоупотребили права мањинских акционара на несасгласност (sic!), јер су куповином акција себи прибавили статус мањинских акционара само у намери да изјасне несасгласност са одлуком о повлачењу акција са регулисаног тржишта и издејствују откуп акција по цени која је двоструко виша од цене по којој су акције купили, се ... не може прихватити. Сврха одредбе члана 475. Закона о привредним друштвима је вид заштите економских интереса мањинских акционара који су изразили своју несасгласност са одређеним одлукама друштва. Да ли је одлука против које су акционари изјавили своју несасгласност, извршена или није, то је ствар пословне политике друштва и није од утицаја на њихово право да остваре право откуп (sic!) акција.*“

потребом успостављања ефективних механизма заштите компанија и већинских акционара од таквих облика злоупотребе.<sup>46</sup>

### III Закључак

Аутор закључује да би требало нормативно ограничити и условити право несагласних акционара на откуп акција, на начин како је сугерисано у раду. Такође, предлог аутора је да се Закон о привредним друштвима допуни одредбама о злоупотреби права мањине, праву друштва да одустане од гласања за одлуку, правном дејству донете одлуке која није примењена, а посебно оне која није у складу са законом или статутом друштва, као и о утицају покренутог поступка побијања одлуке скупштине на поступак остваривања права на откуп акција.

**Vanja SERJEVIĆ, PhD**  
**Judge, Commercial Court of Niš**

## THE BUY-OUT RIGHT OF DISSENTING MINORITY SHAREHOLDERS

### Summary

*The buy-out right of dissenting minority shareholders is the subject of the paper, dealt with in the context of the comparative legal theory and practice, as well as in the context of the recent judgments given by the Commercial Court of Niš and the Supreme Court of Cassation in a litigation case concerning the dissenting shareholders' appraisal right. The author expounds on the contents, the grounds, and the scope of the pertinent right, with particular focus on the problem of the appraisal arbitrage and the abuse of right. The paper abounds with analytical conclusions that the buy-out right (as is currently legislated in the Republic of Serbia) should be reviewed and revised in order to bring it into line with the comparative legal systems (preferably, that of the Germany) and into line with the economic school of thought on the efficiency of the market and on the shareholder value analysis.*

**Key words:** minority shareholders, buy-out right, abuse of right.

---

46 „Rights and obligations of shareholders, national regimes and proposed instruments at EU level for improving legal efficiency“, European Parliament, Study, May 2012, 117.

Др Јелена С. МИЛЕНКОВИЋ\*<sup>1</sup>

## ПРИВРЕДНИ СУБЈЕКТИ КАО ПОДНОСИОЦИ ПРЕДСТАВКЕ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ИМОВИНСКА ГРАЂАНСКА ПРАВА КОЈА МОГУ ЗАШТИТИТИ

### Резиме

*Аутор се у раду бави анализом привредних субјеката као подносилаца представке пред Европским судом за људска права, анализом људских права на чију повреду су се жалили, а која су гарантована Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, као и правом привредних субјеката на приступ Европском суду, кроз анализу страначке и процесне способности.*

*Други део рада је посвећен анализи казуистике Европског суда, која се тиче имовинских и грађанских права и обавеза гарантованих Европском конвенцијом и Протоколом 1 уз Конвенцију, која су привредни субјекти у могућности да заштите пред Европским судом.*

*Ради успешне заштите људских права пред Европским судом, аутор у раду указује на аутономност значења појмова грађанских права и обавеза и права на имовину, која се разликују у односу на правни систем Србије.*

**Кључне речи:** *привредни субјекти, грађанска права и обавезе, имовинска права, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Протокол број 1 уз Конвенцију, Европски суд за људска права.*

### I. Привредни субјекти као подносиоци представке пред Европским судом за људска права

Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) образован је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода

---

\* Доцент, Саветник у Државном правобранилаштву – Одељење за заступање Републике Србије пред Европским судом за људска права

1 Ставови изнети у раду представљају искључиво личне ставове аутора.

(у даљем тексту: Конвенција), као стални суд пред којим подносиоци представке могу заштитити људска права и слободе гарантоване овим међународним правним актом, у случају да повреду учини држава потписница Конвенције.<sup>2</sup> Кључно питање за нас јесте да ли и привредни субјекти уживају људска права, која, потом, пред Судом могу да штите. Притом се нећемо освртати на расправу о неспорном парадоксу да ли и субјекти који нису физичка лица могу уживати људска права, која по свом одређењу припадају само људима.

У складу са чланом 34. Конвенције, подносилац представке може бити „свако лице, неваљина организација или групе лица”, под чиме се подразумевају сва правна лица, а као таква и сви привредни субјекти<sup>3</sup>, уколико не врше и не учествују у вршењу јавне власти, или уколико нису под контролом државе. Једино члан 1. Протокола број 1 уз Конвенцију изричито спомиње правна лица као титуларе права на имовину, али их ниједан члан Конвенције изричито не искључује. Ипак, по природи ствари не можемо рећи да су привредни субјекти обухваћени гаранцијама, на пример, забране злостављања из члана 3. Конвенције или права на склапање брака из члана 12. Конвенције. Начелно говорећи, Конвенцијом су заштићена искључиво грађанска и политичка права, не и остале категорије људских права, али се гаранције ипак односе и на њихове економске аспекте.

Поред права на имовину, из праксе Суда се може утврдити да су привредни субјекти најчешће подносили представке због повреде права на правично суђење из члана 6. став 1. Конвенције, у вези са различитим процесним гаранцијама грађанских судских поступака, као и права на делотворно правно средство из члана 13. Конвенције. Када су у питању друге гаранције, а имајући у виду принцип да је Конвенција „живи инструмент“, Суд је констатовао да и нека права за која би се у правној теорији могло закључити да не могу припадати привредним субјектима, ипак могу уживати и привредни субјекти, попут права на поштовање приватног и породичног живота из члана 8. Конвенције, слободе изража-

---

2 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, "Службени лист СЦГ" – Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и "Службени гласник РС" - Међународни уговори, бр. 12/2010.

3 Winfried H. van den Muijsenbergh; Sam Rezai, *Corporations and the European Convention on Human Rights*, стр. 48. Presented in March 2011 at the University of the Pacific, McGeorge School of Law Symposium on The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms, доступно на адреси Pacific McGeorge School of Law [http://www.mcgeorge.edu/Documents/Conferences/GlobeJune2012\\_Corporationsandthe.pdf](http://www.mcgeorge.edu/Documents/Conferences/GlobeJune2012_Corporationsandthe.pdf), приступљено 26.02.2019.



вања из члана 10. Конвенције и права на накнаду нематеријалне штете из члана 41. Конвенције.

Иако се правом на приватни и породични живот првенствено штите физичка лица, Суд је утврдио да се право на дом може проширити и на привредне субјекте, њихове канцеларије и огранке. Наиме, у једном случају пред Судом грађевинска фирма је поднела представку због тога што су органи тужене државе без налога вршили претрес њених канцеларија, са намером да дођу до докумената којима би потврдили повреду забране конкуренције. Суд је утврдио повреду члана 8. Конвенције.<sup>4</sup>

Слобода изражавања представља још једно контроверзно питање, које је Суд разматрао када су у питању представке привредних субјеката. Под слободом изражавања чисто комерцијалне природе Суд је сматрао ону „којом се подстиче јавност на куповину неког конкретног производа“.<sup>5</sup> „Нити правни статус привредног субјекта, нити чињеница да су његове активности комерцијалне... не могу лишити привредни субјект да ужива слободу изражавања.“<sup>6</sup> У једном случају пред Судом, правном лицу је било забрањено да на телевизији у туженој држави емитује своју рекламу, у којој се пропагира вегетаријанска исхрана. Ово питање није имало само комерцијални, већ и политички аспект, чиме је повређена слобода изражавања.<sup>7</sup> По природи ствари, медијске куће су често подносиле представку због повреде слободе изражавања пред Судом. Познат је случај у коме су Обзервер и Гардијан поднели представку против Велике Британије, јер им је домаћи суд привремено забранио објављивање дела ва књиге бившег припадника тајне службе МИ5, која је садржала информације о припадницима службе и начину рада, као и о наводним незаконитим активностима, попут прислушкивања амбасадора страних земаља и организовања убистава неких званичника. Суд је утврдио да је Велика Британија подносиоцима представке повредила слободу изражавања, уз досуђивање високе накнаде штете по том основу.<sup>8</sup>

Уколико Суд утврди повреду Конвенције, уобичајено је да подносиоцу додели и накнаду штете, наравно, уколико је такав захтев истакнут у представци. Свакако да питање досуђивања материјалне штете и трошкова

4 *Societe Colas Est and Others v. France*, број представке 37971/97, ст. 40-42, 16.04.2002.

5 *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, број представке 24699/94, ст. 57, 28.06.2001.

6 *Autronic Ag v. Switzerland*, број представке 12726/87, ст. 47, 22.05.1990.

7 *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, број представке 24699/94, 28.06.2001.

8 *The Observer LTD and Others; Guardian newspapers LTD v. The United Kingdom*, број представке 13585/88, 05.10.1989.

поступка ни на један начин није спорно. Међутим, када је у питању накнада нематеријалне штете, долази се до одређене дилеме. Наиме, нематеријална штета се досуђује услед претрпљеног физичког и психичког бола и страха. Поставља се питање да ли и привредни субјекти могу претрпети овакву штету. Суд је изнео став да ће то зависити од околности сваког појединачног случаја. Начелно посматрано, привредном субјекту може бити нарушена репутација или, рецимо, може бити изложен непријатностима, као и дуготрајној неизвесности у случајевима када поступци у којима је странка трају неразумно дуго. У случају *ЕВТ Компани против Србије* подносилац представке је, поред осталог, тражио и „накнаду нематеријалне штете коју је претрпео због пропуста домаћих органа да у потпуности изврше правноснажну пресуду која је донета у његову корист, а што укључује и накнаду за озбиљан поремећај његовог пословања, као и за душевни бол који је претрпео власник подносиоца представке“. Иако је Влада оспорила и овај захтев и „приметила да је било који бол који је претрпео власник подносиоца представке ирелевантан, с обзиром на то да он није подносилац представке пред Судом“, Суд је утврдио повреду и досудио накнаду нематеријалне штете овом привредном субјекту.<sup>9</sup>

У претходном делу текста смо, на основу увида у праксу Суда, утврдили да се привредни субјекти јесу појављивали као подносиоци представке, с тим што је неопходно нагласити да је неупоредиво мањи број представки које Суду подносе привредни субјекти у односу на физичка лица. Да би се питање привредних субјеката као подносилаца представке пред Судом објаснило детаљно, неопходно је посматрати и услове који за то морају бити испуњени.

Право на приступ сваком суду, укључујући и Европски суд за људска права, условљено је постојањем страначке, као и процесне способности. Приликом анализе појмова страначке и процесне способности привредних субјеката, неопходно је имати у виду то да се њихово значење које имају у националном правном систему разликује од оног које им даје Суд. Наиме, ови појмови представљају један од аутономних конвенцијских појмова, попут, рецимо, појма спора о грађанским правима и обавезама и појма имовине.

Способност да се буде странка у поступку представља правило. Подразумева да тужилац или тужени може бити сваки субјект који, према материјалном праву, може бити носилац права и обавеза. Дакле, заснива се на правној способности. Недостатак страначке способности

---

<sup>9</sup> *ЕВТ Компани против Србије*, број представке 3102/05, ст. 56-58, 21.06.2007.

представља неотклоњиву сметњу за пуноважно покретање судског поступка и приступ суду. Имајући у виду то да сваки жив човек и *nasciturus*, уколико се живо роди, поседују правну, односно страначку способност, у случају њеног недостатка неће ни постојати физичко лице коме се може ускратити право на приступ суду. Слично важи и за правна лица, која правно не постоје без правне способности, уз одређене изузетке, те неће имати ни страначку способност.<sup>10</sup> Страначку способност Суд посматра независно од националног одређења овог појма, што се посебно види у случају *Компанија Yukos против Русије*.<sup>11</sup> У конкретном случају, тужена држава се позивала на неприхватљивост представке *ratione personae*, пошто је подносилац била компанија, која је ликвидирана због банкрутства. Суд је ово питање посматрао флексибилно и прихватио представку. Свој став је аргументовао тиме што би се, у супротном, омогућило државама да ликвидирају она правна лица чија су права прекршиле, да би их ликвидацијом спречиле да се тим поводом обрате Суду.<sup>12</sup> Аутономност појма страначке способности огледа се у томе да привредни субјекти не морају имати страначку способност по националном праву, а њихова представка ће и даље бити прихваћена, осим у случајевима када поднесу представку због повреде оних права која су карактеристична само за физичка лица, попут права на живот.<sup>13</sup>

Када је у питању могућност да странка пуноважно својом вољом предузима процесне радње и да радње њених противника и суда буду према њој пуноважно предузете, оваква способност странке представља процесну способност, а она је уско везана са постојањем пословне способности. У случају неиспуњавања услова за стицање процесне способности, субјекту права ће бити ограничено право на приступ суду, али не и ускраћено. Ово право моћи ће да оствари путем свог заступника.

Приликом дефинисања ко може поднети представку у име привредног субјекта, неопходно је поћи опет од члана 34. Конвенције. Наиме, овим чланом је, како смо утврдили, дата могућност и привредном субјекту да поднесе представку Суду, али је неопходно да докаже да је жртва повреде права из Конвенције. Право на приступ суду биће ограни-

---

10 Изузетак могу бити рецимо привредна друштва у оснивању или удружења која испуњавају битне услове за стицање страначке способности под одређеним условима, видети у Боривоје Познић; Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско-процесно право*, Београд, 2010, стр. 148-149.

11 *ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, број представке 14902/04, 20.09.2011.

12 W.H.A.M. van den Muijsenbergh; S. Rezaï, *op. cit.*, стр. 63.

13 Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима-коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 431-432.

чено лицима која немају правни интерес да својим поступањем заштите своје право. Притом се Суд не води начином регулисања питања „статуса жртве“ према националном праву, већ је и ово појам са аутономним значењем. Суд изричито констатује „да се одредбе Конвенције не односе на *actio popularis*, а да подносилац представке мора бити лично жртва повреде Конвенције”.<sup>14</sup> Разлог који Суд износи у својој пракси је тај „да би се избегли случајеви појединаца који се жале на судске одлуке из поступака у којима нису били странка”.<sup>15</sup> Постоје случајеви у којима се чини да је у питању *actio popularis*, али је Суд ипак утврдио постојање личног интереса. Када је подносилац представке била организација за заштиту животне средине, због одлуке државног органа да дозволи рад компанији која потенцијално угрожава животну средину, представка је била прихватљива, јер је организација штитила конкретне интересе својих чланова, чији су економски интереси угрожени.<sup>16</sup> Међутим, из праксе Суда се може утврдити да лице не мора бити лично жртва, већ и индиректно.<sup>17</sup> Када је у питању повреда права на имовину привредног субјекта, статус жртве могу имати и његови акционари, у случају да због изузетних околности сам привредни субјект не може поднети представку.<sup>18</sup>

## II. Имовинска грађанска права која привредни субјекти могу штитити пред Европским судом за људска права

Универзалност правних система држава потписница Конвенције не постоји, па самим тим ни универзалност појма грађанских права и обавеза и права на имовину, која се у свим државама штите. Да би правни субјекти били једнаки у уживању људских права гарантованих Конвенцијом, Суд посматра и ове појмове независно од њиховог националног, неуниверзалног одређења, те га самим тим проширује и даје му аутономно значење. Да би се одредила ширина аутономног појма грађанских права и обавеза и права на имовину, битну улогу има казуистика Суда.

Иако се у правној теорији појмови приватног, грађанског и имовинског права не могу изједначити<sup>19</sup>, Суд се не води правно-теоријским критеријумима приликом утврђивања значења појмова гаранција регулисаних

14 *X. v. Germany*, број представке 6742/74, The Law, 10.07.1975.

15 *L'égabliere A.S.B.L. v. Belgium*, број представке 49230/07, ст. 29, 24.05.2009.

16 *L'égabliere A.S.B.L. v. Belgium*, број представке 49230/07, ст. 25, 24.05.2009.

17 Славољуб Царић, *Европско право људских права*, Интермекс, Београд, 2015, стр. 121-123.

18 *Лекић против Словеније*, број представке 36480/07, ст. 111, 11.12.2018.

19 Илија Бабић, *Грађанско право, књига 1. Увод у грађанско право и стварно право*, Службени гласник - Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад - Београд, 2006, стр. 20. и 21.

Конвенцијом, те ни не прави разграничење ових појмова. Стога бисмо на основу казуистике Суда могли рећи да појмови приватних, грађанских и имовинских права представљају синониме, самим тим ће сваки укључивати и правне послове привредног права. Основни критеријум којим се Суд води јесте заштита преовлађујуће приватноправног интереса подносиоца пред-ставке. Ми ћемо користити синтагму грађанска имовинска права.

Суд о појму спора о грађанским правима и обавезама говори у оквиру члана 6. став 1. Конвенције, док о појму имовине и имовинским правима говори у оквиру гаранције из члана 1. Протокола број 1 уз Конвенцију.<sup>20</sup> Усвајањем Протокола број 1 уз Конвенцију по први пут је на међународном нивоу успостављен делотворан механизам за заштиту имовинских права.<sup>21</sup>

Да би се неко право могло подвести под аутономни појам грађанских права и обавеза, првенствено оно мора постојати у националном систему државе потписнице Конвенције, не узимајући у обзир природу надлежног органа који одлучује или порекло спора. То право мора бити грађанско по својој природи, при чему се ова природа тумачи шире од њеног класичног значења у правној теорији. Конвенцијско значење појма је шире од оног у домаћем законодавству, како у погледу појма спора, тако и у погледу појма грађанских права и обавеза. Стога ће и одлучивање о многим правима у националном правном систему бити ван области спора о грађанским правима и обавезама, али ће уживати заштиту пред Судом. Важи и обрнуто. Наиме, постоје права којима Суд неће пружити заштиту, али ће у домаћем систему та права бити заштићена у спору о грађанским правима и обавезама. Због тога бисмо могли рећи да постоји екстензивно, али и рестриктивно тумачење члана 6. став 1. Конвенције. Налазимо да је основни узрок непоклапања различито теоријско полазиште које има Суд при одређивању појма спора о грађанским правима и обавезама, а то је теорија интереса, при чему се као критеријум узима природа предмета правног односа, тј. да ли су у питању приватноправни или јавноправни интереси. За разлику од тога, у Србији је теоријско полазиште засновано

---

20 Члан 1. Протокола број 1 уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода, усвојен у Паризу, 20. марта 1952. године, „Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.“

21 Драгољуб Поповић, *Protecting property in European Human Rights Law*, Utrecht, 2009, стр. 8-10.

на теорији подвргавања и теорији субјекта, узимајући у обзир равноправан или подређено-надређен положај учесника правног односа, и носиоца права као приватноправног или јавноправног субјекта.<sup>22</sup>

И поступци из области јавног права, попут управног поступка, могу спадати у опсег конвенцијског појма спора о грађанским правима и обавезама, уколико се у њима одлучује о правима из области приватног права.<sup>23</sup> Како критеријум природе предметног права даје за резултат много шири спектар права која могу ући у корпус конвенцијских грађанских права и обавеза, то је и разумљиво да ће се појам спора поводом грађанских права и обавеза екстензивније тумачити, него што је то случај у законодавству Србије. Из разлога непоклапања конвенцијског и националног појма спора о грађанским правима и обавезама, уследила је измена у српском законодавству, којим се регулише управни поступак.<sup>24</sup>

Под аутономним значењем имовинских права подразумева се свако право коме Суд приписује „имовинску природу, уз прилично екстензивно тумачење. Притом ће се узети у обзир постојећа имовина, постојећа имовинска права, потраживања и захтеви, за које мора постојати легитимно очекивање да ће се стећи својинско право“, и који морају бити довољно утемељени да би били подобни за извршење.<sup>25</sup>

На основу праксе Суда, осим покретних и непокретних ствари, објекти заштите члана 1. Протокола број 1 су и: „економски интереси у вези са пословањем привредног субјекта; акције и удели у предузећима; интелектуална својина; облигациона права; будући приходи; легитимно очекивање; право на пензију и друга социјална права *ad personam*“<sup>26</sup> и захтеви за компензацију за имовину над којом је извршена експропријација<sup>27</sup>.

22 Јелена С. Миленковић, „Упоредноправна анализа појма спора о грађанским правима и обавезама у пракси Европског суда за људска права и српском законодавству“, *Правна ријеч*, број 52/2017, Бања Лука, 2017, стр. 119-131.

23 Van Dijk, The interpretation of “Civil Rights and Obligations” by the European Court of Human Rights - One More Step Take, видети у Franz Matscher; Herbert Petzold, *Protectiong Human Rights: The European Dimension*, Heymanns Verlag KG, 1988; Филип Лич, *Обраћање европском суду за људска права*, Београдски центар за људска права, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007, стр. 246.

24 Ј. С. Миленковић, *op. cit.*, стр. 119-131.

25 Душица Палачковић, „Стандард “правично суђење” у стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4-6, 2014, стр. 236.

26 Јасна Омејец, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права*, Нови информатор, Загреб, 2013, стр. 957.

27 Дона Гомиен, *Кратки водич кроз Европску конвенцију о људским правима*, Савет Европе, 2005, стр. 138.

С обзиром на то да су тема овог рада имовинска грађанска права која спадају како у аутономни појам грађанских права и обавеза, тако и у аутономни појам имовине, а која привредни субјекти могу заштитити пред Судом, систематизоваћемо их у складу са казуистиком Суда.

### 1. Економски интереси као имовинска грађанска права

У економске интересе у вези са пословањем привредног субјекта спадају Конвенцијом заштићена права која утичу на имовинске интересе подносилаца представке. То може бити право на обављање професије и вођење привредног предузетништва, у које спада и давање дозволе за точење алкохола<sup>28</sup>, дозволе за вођење клинике<sup>29</sup> или издавање дозволе за вођење приватне школе<sup>30</sup>. Пошто је поседовање дозволе један од најважнијих услова за пословање, Суд је сматрао да дозволе које су у вези са економским интересима подносиоца представке представљају имовину. У једном од случајева, надлежни домаћи орган је повредио ово право подносиоца представке и одузео му дозволу за вођење клинике и обављање професије лекара<sup>31</sup>, док је у следећем случају одузимање дозволе за точење алкохола ресторану представљало неоправдан утицај државе на мирно уживање имовине подносиоца представке.<sup>32</sup> Иако у националном праву издавање ове врсте дозвола спада у управни поступак и тиче се управне ствари, Суд је ову врсту поступака сматрао спором о грађанским правима и обавезама, пошто је наведена права суштински сматрао имовинским.

Када је у питању пресуда *Baraona против Португала*, Суд је констатовао да и накнада штете за поступке органа управе спада у грађанска права и обавезе, а орган управе ће бити одговоран уколико не поштује опште принципе грађанске одговорности.<sup>33</sup>

У случају компаније, која је поднела представку ради накнаде штете коју су нанели француски органи управе одбијањем да поступи по захтеву за издавање сертификата о регистрацији, којег је компанија поднела зарад пореских олакшица, влада тужене државе позивала се на јавну природу спорног питања. Суд је, међутим, одлучио да ће се поменуто право подвести под конвенцијски појам грађанских права и обавеза. Захтев компаније

28 *Tre Traktörer v. Sweden*, број представке 10873/84, 07.07.1989.

29 *König v. Germany*, број представке 6232/73, 28.06.1978.

30 *Jordebro Foundation protiv Švedske*, Извештај Комисије, 51 D&R.148, 06.03.1987.

31 *König v. Germany*, број представке 6232/73, ст. 92. и 93, 28.06.1978.

32 *Tre Traktörer v. Sweden*, број представке 10873/84, ст. 55, 07.07.1989.

33 *Baraona v. Portugal*, број представке 10092/82, ст. 43, 08.07.1987.

је био економске природе и заснован на наводном кршењу такође економских права, иако је спор био у надлежности органа управе.<sup>34</sup>

Новчане обавезе се штите Конвенцијом, као део грађанских права и обавеза. Међутим, у случају *Ferrazzini protiv Italije* Суд је констатовао да критеријум постојања новчане обавезе није довољан. Наиме, уколико новчана обавеза настаје према пореском закону, сматраће се да је доминантнија јавноправна природа односа између пореског обвезника и пореских органа, иако су у питању новчане обавезе, које се у осталим случајевима штите Конвенције, али оваква врста не.<sup>35</sup>

Карактеристике пореских обавеза и социјалног осигурања, које се иначе штите Конвенцијом, сличне су, ако имамо у виду карактер законодавства, обавезност и јавноправу природу органа у чијој су надлежности. Међутим, у случају пореских обавеза Суд је одлучио да је преовлађујући интерес јавни, док је код социјалног осигурања преовлађујући лични и економски интерес. Могуће да је језичак на ваги, попут постојања уговора о раду, однео превагу.

Право на повраћај новца плаћеног на име пореза обухваћено је аутономним значењем појма грађанских права и обавеза.<sup>36</sup>

Имовином, која се штити Конвенцијом, сматраће се потраживања и дугови, само ако су у довољној мери утуживи, толико да могу бити извршени. С обзиром на аутономност појма имовине, појам се неће ограничавати само на постојећу имовину, већ ће се, на основу праксе Суда, проширити и на легитимна очекивања. Очекивање нотара у вези са хонораром било је заштићено чланом 1. Протокола број 1, пошто се радило о потраживању реализованом по основу пружене услуге. Стога, да би се легитимна очекивања сматрала имовином, „по својој природи морају бити конкретнија од пуке наде“.<sup>37</sup>

У наведеном смислу аутономности појма имовине, и будући приходи ће чинити његову садржину, али „само ако су већ зарађени или су дефинитивно наплативи“.<sup>38</sup>

---

34 *Edition Periscope v. France*, број представке 11760/85, ст. 39. и 40, 26.03.1992.

35 *Ferrazzini v. Italy*, број представке 44759/98, ст. 25-26, 12.07.2001.

36 *National and Provincial Building Society et al v. U.K.*, бр. представке 21319/93, 21449/93, 21675/93, 23.10.1997.

37 *Ibidem*

38 J. Омејец, *op. cit.*, стр. 961.



## 2. Права интелектуалне својине као имовинска грађанска права

Суд је тек 2005. године изричито укључио право интелектуалне својине у имовинска права која се штите Конвенцијом и Протоколом 1 уз њу, да би се могли заштитити економски интереси њихових титулара.<sup>39</sup>

Право на патент, као право интелектуалне својине, представља Конвенцијом гарантовану имовину. Али, поступак у коме је надлежни орган дозволио или одбио регистрацију патента, који делује *erga omnes*, није део конвенцијског појма спора о грађанским правима и обавезама, јер представља суштинско питање управе.<sup>40</sup>

Суд је утврдио применљивост права на мирно уживање имовине и када је у питању регистрација заштитног знака.<sup>41</sup>

Ауторска и сродна права, чији субјекти могу бити и правна лица, још један су вид конвенцијских имовинских права. Подносилац представке се жалио да му је држава прекршила право да му се призна ауторство на његовом делу, пошто му је, као дизајнеру новог државног грба, држава ускратила новчану накнаду. Разлоге за такав поступак тужена држава је аргументовала тиме што парламент није усвојио оригинални дизајн грба подносиоца представке, већ онај на коме је подносилац са још двојицом стручњака извршио одређене измене. Врховни суд тужене државе је, стога, за аутора дизајна грба прогласио парламент, као наручиоца измена овог ауторског дела. Међутим, Суд је сматрао да је подносиоцу представке као титулару било повређено право на имовину.<sup>42</sup>

У правној теорији постоји мишљење да ће се, поред права која су до сада ушла под окриље члана 1. Протокола број 1 уз Конвенцију, штитити сви облици права индустријске својине и ауторских и сродних права, пошто она уживају заштиту и на националном, и на међународном нивоу, попут „нових биљних сорти, пословних тајни, лиценце на право интелектуалне својине“.<sup>43</sup>

---

39 Laurence R. Helfer, "The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", *Harvard International Law Journal*, volume 49, number 1, 2008, стр. 12.

40 *Ibidem*.

41 J. Омејец, *op. cit.*, стр. 961.

42 *Dima v. Romania*, видети у L.R. Helfer, *op. cit.*, стр. 14-15.

43 *Ibid*, стр. 13.

### 3. Облигациона права као имовинска грађанска права

И облигациона права, која се тичу потраживања имовинског карактера, штите се Конвенцијом и чланом 1. Протокола број 1 уз њу.

Односи уговорне природе између приватних лица начелно неће бити заштићени наведеним протоколом. Међутим, уколико је домаће законодавство омогућило да „једно лице може бити произвољно и неоправдано лишено имовине у корист другог лица“, Суд ће овакво мешање државе у право на мирно уживање имовину сматрати посредним сметањем.<sup>44</sup>

### 4. Стварна права као имовинска грађанска права

Гаранције из Конвенције, које се односе на спор о грађанским правима и обавезама, примењују се и на поступке везане за експропријацију, као и на поступке у вези са добијањем грађевинских дозвола и одобрења везана за некретнине. Ови поступци имају директне последице на право својине у односу на имовину која је у питању, као и на поступке у којима њихов исход има утицај на коришћење или уживање имовине.<sup>45</sup>

Када је подносиоцу представке, у чију корист је донета правноснажна пресуда, држава одбијала њено извршење, како би му вратила одузету непокретност, Суд је утврдио повреду права на мирно уживање имовине, као и право на приступ суду.<sup>46</sup>

У случају *Sporrong and Lonroth против Шведске*, спорно питање се односило на грађевинску дозволу и дозволу за експропријацију, као почетни корак у процесу одузимања непокретности. Суд је конкретно питање испитивао са становишта принципа да се мора поштовати право на мирно уживање имовине и истакао неопходност успостављања равнотеже између потребе заштите општег интереса друштва, са једне стране, и потребе заштите основних права правних субјеката, са друге стране. У сваком случају, оно што је неспорно јесте да је право на својину грађанско право, те се и дозволе за експропријацију и грађевинске дозволе према пракси Суда штите Конвенцијом.<sup>47</sup> Међутим, има и другачијег става. Према издвојеном мишљењу појединих судија Суда, конкретна права нису део грађанских права и обавеза, јер потпадају под јавно право у пот-

44 Аида Гргић; Звонимир Матага; Матија Лонгар; А. Вилфан, *Право на имовину према Европској конвенцији о људским правима, водич за примену Конвенције о људским правима и протокола уз њу*, Савет Европе, Београд, 2009, стр. 13.

45 *Oerlemans v. The Netherlands*, број представке 12565/86, ст. 46, 27.22.1991.

46 Д. Гомиен, *op. cit.*, стр. 138.

47 *Sporrong and Lonroth v. Sweden*, бр. представке 7151/75, 7152/75, ст. 61-73, 23.09.1982.

пуности и вођена су јавном политиком, не тичу се подносиоца представке као приватног лица, већ као власника земљишта, и нису директно одлучујућа за приватна права, већ за јавна права одређеног града.<sup>48</sup>

У вези са питањем права на имовину, и државина се сматра делом грађанских права и обавеза заштићених Конвенцијом, са становишта да државина представља фактичку власт на ствари. Суд је у одлуци *Сахини против Хрватске* поводом одузимања предмета државине изнео став да се овим поступком штити право субјекта да не буде ометан у свом поседу. Заштита државине подразумева враћање одузетог предмета државине, те је и резултат поступка директно од утицаја на остваривање права, што је и разлог због кога ће овај поступак спадати под конвенцијске гаранције.<sup>49</sup>

**Jelena S. MILENKOVIĆ, PhD**

**Legal adviser at the State Attorney's Office - the Agency Sector  
before the European Court of Human Rights**

### **COMMERCIAL ENTITIES AS THE APPLICANTS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND PROPERTY CIVIL RIGHTS THEY ARE ENTITLED TO PROTECT**

#### **Summary**

*In the paper the author deals with the analysis of the commercial entities as applicants before the European Court of Human Rights, with the analysis of human rights, guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the violation of which they could complain before the Court, as well as the commercial entities' right to access the European Court through the analysis of their capacity to be a party and litigation capacity.*

*The second part of the paper is devoted to the analysis of the European Court's case-law on the property and civil rights guaranteed by the European Convention and the Protocol no. 1 to the Convention, which commercial entities are entitled to protect before the European Court.*

---

48 *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, бр. представке 6878/75, 7238/75, издвојено мишљење судије *Sir Vincent Evans*; *Sporrong and Lonnroth v. Sweden*, бр. представке 7151/75, 7152/75, издвојено мишљење судије *Pinheiro Farinha* и остале четири судије, 23.09.1982.

49 Славољуб Царић, *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Параграф Ко Параграф Лекс, Београд, 2012, стр. 54.

*For successful protection of human rights before the European Court, the author points out the autonomy of the meaning of the concept of civil rights and obligations, as well as the right to property, which differ in relation to the Serbian legal system.*

**Keywords:** *commercial entities, civil rights and obligations, property rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocol 1 to the Convention, the European Court of Human Rights.*

*Милош ТАЊЕВИЋ\**

*Милош БОГДАНОВИЋ\*\**

## КОМПЛАЈАНС ФУНКЦИЈА – ЕТИЧКО ЛИЦЕ ПРИВРЕДЕ

### *Резиме*

*Комплајанс је корпоративна функција која треба да допринесе равнотежи између профита и одрживог пословања. Она подразумева низ правила која обавезују све запослене у компанији, са циљем да се пословање односно понашање менаџмента и запослених уподоби са одређеним стандардима, пре свега у областима које због своје осетљивости захтевају посебну видљивост и третман. Имајући у виду сложеност и значај ове функције, као и чињеницу да је недостатак прецизне регулативе и смерница условио различита схватања њене надлежности, методологије и организације, у раду ћемо указати на различите приступе овој функцији, као и на њен циљ, организацију и могуће правце развоја. Посебна пажња посвећена је вредностима које комплајанс функција штити и етичким начелима на којима почива, а која су темељ привредне климе у свакој земљи. С тим у вези, истакнут је значај који ова функција има за целокупну привреду и друштво у целини, уз закључак да њена суштина почива у најдубљим етичким принципима, односно култури часног пословања.*

*Кључне речи:* комплајанс, етика, култура, привреда.

### **Увод**

Препознавање комплајанс функције у компанијама, њено оснаживање и развој, интеграција са осталим елементима интерних контрола, односно унутрашњег надзора, од посебног су значаја за оздрављење привредне и инвестиционе атмосфере у Србији. Међутим, упркос значају и актуелности, чини се да ова тема још увек није добила оно место које у научној и стручној јавности заслужује. С тим у вези, намера нам је да отво-

---

\* Председник Удружења за усклађеност у пословању

\*\* Секретар Удружења за усклађеност у пословању

римо неограничена поглавља истраживања овог привредног феномена, са жељом да се, пре свега, стручна и пословна јавност навикне на сва могућа лица ове функције, да разуме њену природу и генезу, циљ и домет, појавне облике и могуће правце развоја. Верујемо да ће се након што назначимо одреднице ове функције у компанијама и подсетимо се вредности које она штити, закључак о њеном значају наметнути сам, а даље теоријско и практично истраживање постаће спонтано и неминовно.

Комплајанс функција, као и уосталом корпоративно управљање не привлачи пажњу само због значаја који има за економски раст и развој већ и због великог броја афера и злоупотреба у које су били умешани високи пословни кругови појединих светских компанија. Наиме, од када је Sutherland увео појам криминала „белог оковратника“<sup>1</sup> у криминологију, постало је јасно да ранији стереотипи, по којима сиромашни представљају највећи број преступника једноставно не одговара истини. Овај аутор скренуо је пажњу на дефиниције девијантног понашања моћних људи, наводећи да „преступници са белом крагном“ врше дела која су по друштво много опаснија од злочина конвенционалног криминала<sup>2</sup>. Посебна опасност овог вида криминала, а која је у вези са специјализацијом и професионализацијом његових извршилаца, огледа се у чињеници да се ова дела врше прикривено, на веома вешт и стручан начин који треба да створи привид о законитом и савесном пословању, при чему и објективни услови пословања често погодују оваквим појавама. Уједно, са развојем унутрашњих и опште светских тржишних и других пословних односа, јављају се и нови облици и форме незаконитих и друштвено штетних понашања у привреди, који су много профитабилнији и у исто време много мање ризикантни са аспекта откривања, а за које не постоје адекватни механизми супротстављања. Са друге стране, криминалу „белог оковратника“ веома су блиска она дела којима корпорације крше норме којима је њихово пословање регулисано (криминал корпорација). Због тога поједини аутори сматрају да је криминал „белог оковратника“

---

1 Овај аутор под појмом криминал „белог оковратника“, подразумева криминал који врше лица са престижним и високим друштвеним статусом у оквиру занимања која обављају, који се обично јавља у области привредног пословања, а чије су форме испољавања најчешће у машинијама у вези са купопродајом разних акција, лажним исказивањем финансијског стања и пословања појединих корпорација, или у подмићивању пословних партнера, непосредном или посредном подмићивању државних чиновника, у циљу осигурања повољних пословних аранжмана, као и у проневерама, ненаменском трошењу средстава, пореским утајама и слично. Видети: E. H. Sutherland, *White Color Crime*, Druden, New York, 1949, стр. 7

2 Више о томе: Н. Тањевић, „Привредни криминал у условима економске транзиције“, Институт за упоредно право, Београд, 2012, стр. 34.

синоним за криминал пословних људи, што га чини невидљивим и што умањује његов значај и опасност, при чему се користе појмови као што су бизнис и корпорацијски криминал.<sup>3</sup> Без обзира на назив који се користи за овај вид криминала, суштина је у пажљивом планирању незаконитости од стране пословних људи, са намером да се повећа профит заобилажењем или директним кршењем закона.

Изазови данашњег времена, велики број скандала у корпоративном свету, чињеница да преварне шеме у области привреде еволуирају, мењају се и прилагођавају савременим условима условљавају потребу да се препознају фактори ризика, уоче симптоми незаконитости у пословању, процене последице, проуче најважнији облици, трендови и технике извршења криминалних радњи и предузму активности у циљу њиховог спречавања и сузбијања. Такође, треба имати у виду да постоје бројна понашања у области привредних делатности у којима се корупција и остали негативни феномени у привреди прикривају облицима морално проблематичних или чак социјално прихватљивих понашања, а која, иако су несумњиво штетна по економске односе, нису прописана као јавноправни деликти. Најзад, и радње компанија неретко се могу подвести под легалне токове, а да и тада начела савесности и поштења остају погажена.

Данас је неспорно да се пословање не може руководити искључиво бескрупулозним стицањем профита, већ да треба да почива на најдубљим етичким принципима, превентивном деловању и подизању свести о значају ових принципа код свих тржишних ученика. Учесталост, односно свеprisутна могућност корупције, сукоба интереса, прикривених трошкова, прања новца, кршења правила конкуренције и других облика злоупотреба у компанијама и обимна регулатива на националном и европском нивоу стављају „поштовање прописа” и „функцију контроле законитости (усклађености) пословања” у први план.

## **I Развој, организовање и значај комплајанс функције**

Оно што се данас уобичајено подразумева као комплајанс - функција контроле усклађености пословања, свакако почива на једној друштвеној равни, а проистекло је из сједињавања појединих принципа корпоративног управљања и социолошких теорија великих филозофа и мислилаца (од Русоа до А. Еционија). Најпре је, на најразвијенијим

---

3 З. Мршевић, „Организовани криминалитет“, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1993, стр. 95.

тржиштима модерне привреде уочена потреба да се пословање не може искључиво руководити бескрупулозним стицањем профита, већ на један умерен и одржив начин, базиран на фер односима између учесника и поверењу<sup>4</sup>. Увиђа се да најдубљи етички принцип може бити једина основа за раст, без обзира на то што се разне форме неадекватног пословања могу спроводити у правним оквирима, на штету друштва и испод радара регулатора. Циклуси у којима се након криза и афера доноси рогобатна и строга регулатива, почев од индустрија оружја, хране, фармације па све до финансија, указују несумњиво на мањак превентивног делања, односно мањак свести о начину на који се спроводи одрживо пословање. Такође, уочена је и рањивост на неетичко понашање у самосталним процесима који прате скоро сваку индустрију, а на први поглед представљају само везивна ткива између продаваца односно пружалаца услуга и корисника тј. потрошача – превоз и логистика, набавка, продаја, посредовање, поверавање пословних процеса трећим лицима, уговарање на даљину, оглашавање, маркетинг и сл.<sup>5</sup>

Пракса је показала да су поједине компаније грубо занемаривале систем интерних контрола, што је за последицу имало банкротства и финансијске ломове, различите врсте санкционисања и рехабилитационих поступака (након чега су биле приморане да значајно инвестирају у контролне механизме), као и бројне судске поступке са несагледивим материјалним и друштвеним последицама<sup>6</sup>. Друге су пак биле прудентне и способне да спрече инциденте са крупним последицама, све захваљујући комбинацији инструмената за превенцију кршења процедура и прописа, односно непоштене праксе. С тим у вези, доказано је да Смитова „невидљива рука“<sup>7</sup> ипак заслужује један суптилни механизам контроле, који би представљао контратежу необузданој тржишној утакмици. Стога је управо функција комплајанса установљена да допринесе равнотежи између профита и одрживог пословања.

Полазећи од најдоминантијег схватања комплајанса<sup>8</sup> (тзв. регулаторни аспект ове функције), који подразумева тежњу компанија да се

---

4 М. Тањевић, „Комплајнс функција – статус и перспектива“, Банкарство, вол. 47, бр. 1, 2018, стр. 120.

5 М. Тањевић, *op. cit.*, стр. 122.

6 Foreign corruptice practice akt, Enron, Parmalat, Lehman brothers..

7 У питању је метафора осмишљена од стране Адама Смита, којом је описивао ненамерне друштвене користи појединачних користољубивих акција.

8 Под појмом законитост пословања (*Compliance*) у најширем смислу речи подразумева се „поштовање прописа“, дакле закона, уговорних обавеза, као и интерних прописа друштва и директива



ускладе са стандардима, политикама и законима, лако се може увидети да ће се конкретни поступци компанија разликовати како међу јурисдикцијама тако и различитим гранама привреде. Стога, као предуслов надградње једног посебног, специфичног комплајанс система у конкретној компанији, потребно је разумети фундаменте, социјалне компоненте једног корпоративног процеса, развити посебан осећај за препознавање осетљивих процеса који директно или индиректно допиру до корисника, купца, уговорне стране, инвеститора или регулатора.

На почетку, сматрамо нужним напоменути да комплајанс функција (позната и као перманентна контрола, унутрашњи надзор, усклађеност) није одређена називом, већ управо принципима прудентности и сензитивношћу компанијске материје којом се бави, а која ће је разликовати од сличних корпоративних института са којима ће често, у смислу процеса, долазити у додир (безбедност, људски ресурси, унутрашња ревизија, правна служба, итд.). Иако њени корени досежу до самих почетака корпоративног управљања и првог раздвајања власника од управљача капиталом, данашњи „изглед“, опсег и методи, формиран су углавном на темељима глобално утицајне регулативе настале пре свега на развијеним тржиштима САД и ЕУ<sup>9</sup>.

Осим у случају када је то предвиђено посебним законом (на пример, као што је случај са Законом о банкама) компаније су слободне да послове бављења етички и репутационо осетљивим темама организационо уреде по својој вољи. Ово значи да се комплајанс функција може организовати као инокосни орган, али и као тим, одељење, сектор, сходно обиму и потребама посла. Такође, могуће је организовање функције кроз различите организационе делове компаније. Није погрешно уколико се функција успоставља самостално или пак у оквиру неког сектора попут правних послова, финансија, ризика, људских ресурса или безбедности, али водећи рачуна о избегавању сукоба интереса лица која су задужена за управљање комплајанс ризиком (ова лица не могу истовремено преузимати ризик!). С тим у вези, пракса познаје различите формате овог организационог дела, поделе послова унутар њега, организационе припадности као и разлике у

---

9 Овде мислимо пре свега на ФАТФ препоруке, бројне ЕУ директиве које регулишу прање новца, тржиште капитала и заштиту инвеститора, заштиту података и сл., документи УН и СЕ који се односе на борбу против корупције, Базелски документи, којима се на општи начин налаже банкама односно регулаторима, да у своје правне оквире унесу фер третман клијената, транспарентност у пословању (са посебним акцентом на економским ефектима трансакције односно пословног односа), заштиту конкуренције и управљање ризицима који могу нарушити финансијске показатеље, репутацију и поверење заинтересованих страна и сл.

погледу расположивих буџетских ресурса. Ови очекивани организациони варијетети не намећу дилеме у вези са извештавањем и именованем руководиоца, колико замагљују појмовну разлику између организационог аспекта и саме функције. Ипак, најважнији услов је да функција буде независна у свом раду, те да о истом неометано извештава највиши орган компаније односно представнике власника, као ултимативне носиоце ризика у пословању. Претходно ће тај орган и установити функцију односно именовати одговорно лице у оквиру те функције. Одступање од овог постулата, значило би негирање саме функције и њене улоге у корпоративном управљању, без обзира о којој индустрији је реч.

Кључни елемент у обликовању комплајанса у компанији представља дефинисање тзв „Програма“.<sup>10</sup> Честа заблуда у пракси је да се реч програм у регулативи тумачи као искључиво један, формални акт таквог назива, са дефинисаним правилима и начелима. Овакво гледиште није одрживо јер појам програм треба разумети генерички, као скуп правила и процедура који конзумирају планове рада, основне вредности компаније и распоред активности у циљу њихове заштите, неvezано за формалне називе аката у којима се овакве ставке прописују. Стога, без обзира да ли ће Програм представљати један или више аката, потребно је да компанија (односно највиши менаџмент) определи и декларише корпус вредности којима је посвећена у свом пословању те да сходно томе дефинише правила и смернице за њихово поштовање, као и методе рада комплајанс функције у циљу управљања ризиком одступања од поменутих вредности – тзв ризиком (не)усклађености. Управо због танке разлике између легалног и поштеног, добре и лоше пословне праксе, транспарентног и нелојалног, дефинисање ризика се не своди само на ризик одступања од правне норме! Он се мора тумачити знатно шире, у правцу ризика губитка поверења (клијената, уговорних страна, инвеститора, регулатора), репутације и сваке врсте губитка.

Даље, програм, схваћен у најширем смислу, у неком од својих делова садржаће и називе области, регулаторних поља или тематских целина и процеса, у којима се осликавају начела која компанија жели да очува (нпр. борба против корупције, заштита потрошача, спречавање превара, управљање сукобом интереса и сл). Једноставно речено, Програм рада функције ће дати одговор и на питање – како комплајанс ради. Овде је такође видљив утицај величине, волумена и разноврсности пословања компаније,

---

10 Видети: <https://www.investopedia.com/terms/c/compliance-program.asp>, претражено 20.04.2019.

па ће се тако једноставнији системи сасвим задовољити (додуше превасходно са правног аспекта) једнократним и описним извештајима о надолазећим ризицима и исто тако паушално одређеним контролама (тзв. другог нивоа одбране према међународно препознатим стандардима). Насупрот томе, иоле сложенији систем, а нарочито онај који претендује на јак и дуготрајан продор на тржиште и широк опсег производа, захтеваће што детаљнију гранулацију и стандардизацију методолошких поступака приликом детекције, мерења и управљања ризиком<sup>11</sup>.

Када је реч о начинима за управљање комплајанс ризиком начелно “све је дозвољено”. Регулатива обично дозвољава компанијама да самостално дефинишу метод управљања овим ризиком, с тим да ограничења, у зависности од индустрије, могу проистећи из посебних прописа. Тада се посредно начин управљања комплајанс ризиком усложњава, јер сходно таквим прописима (нпр у финансијском сектору, играма на срећу, индустрији хране, фармацији и др) потребно је да компаније испуне различите врсте стандарда (квалитет и ниво обраде података, извештавање, однос са конзументима услуга и робе, квалитет производа и сл). Преведено на језик компалајнса, сваки од стандарда који се приликом пословања мора узети у обзир у специфичној области привреде, представљаће својеврстан фактор ризика. Имајући у виду постојећи обим регулативе, без обзира на област пословања, као и динамику тржишта, увиђа се да узимање у обзир свих фактора ризика није могуће без једног сложеног, што је могуће више аутоматизованог калкулисања у процесу процене вероватноће наступања девијације од жељеног стандарда. Свакако ће се у координатном систему матрице за управљање ризиком осликати однос потенцијалне санкције и вероватноће одступања од горе поменутог. На тој основи, комплајанс функција ће бити слободна да даље гранулира како сам стандард (нпр. да ли се процењује могућност одступања од закона, подзаконског акта или од конкретне норме) тако и углове сагледавања његовог „живота“ у дневном пословању (да ли је стандард формално спроведен и у којој мери, да ли подразумева техничку имплементацију, да ли постоје историјски трагови ризика на тему тог стандарда и сл). Сваки облик овакве гранулације је пожељан јер ће као исход имати најближу могућу процену вероватноће наступања нежељеног догађаја.

Коначна сврха поменутог „модела ризика“ је да се менаџмент компаније упозна са ризиком (не)усклађености и предузме адекватне мере за његово могуће ублажавање, а са пуном свешћу о преосталом

---

11 М. Тањевић, *op. cit.*, стр. 123.

(такозваном резидуалном, неотклоњивом) ризику. Сходно томе, менаџмент ће надаље опредељивати пословну стратегију и бити у могућности да разуме који су припадајући ризици одређеном пословном процесу, а шта преостаје када се на те ризике примени систем контрола и предузму мере за ублажавање. Мере за ублажавање или отклањање комплајанс ризика су конкретне радње које компанија предузима (обука, формализација процеса, технички развој, дизајн процеса или контрола и сл) кроз планиране активности, одобрене од стране менаџмента.

Како комплајанс стандарди не прожимају искључиво оне квантитативне елементе пословних процеса већ напротив у великој мери оне изразито субјективе (услед своје друштвене, етичке, културолошке природе) тако се уз процену ризика неодвојиво намеће и саветодавна улога комплајанс функције, и то како према менаџменту, тако и према представницима свих линија у компанији – продајних, али и позадинских. Савет комплајанса улази као неизоставани елемент коначне одлуке најмање о пословној стратегији, новом производу, ризику уговорне стране, репутационим аспектима пословања и др. Савет, као и напред поменути процена ризика мора бити заснован на адекватном искуству лица која се баве комплајанс постулатима, на закону и стандардима индустрије у којој компанија послује, као и интерним политикама саме компаније. Даље, савет, без обзира на форму, мора бити умерен, обазрив и избалансиран, мирећи пословне циљеве и прихватљиве начине за њихово постизање. Због ове сврхе се као једно од мерила културне зрелости компаније (о култури ће бити речи у наставку) узима фактичко присуство и могућност комплајанс функције да правовремено учествује у процесу доношења важних компанијских одлука (присуство у комитетима, учесталост и линије извештавања, учешће у одобравању продајних кампања и др).

Конкретни показатељи нивоа имплементације жељеног индустријског стандарда, биће пре свега резултати контрола које спроводи комплајанс функција. Ово подразумева да ће се сходно планираним активностима из области процене ризика, истовремено спроводити операције у виду надзора над конкретним пословним процесима и документима, на основу којих ће се моћи утврдити фактички степен поштовања интерног прописа у пракси. Дизајнирање контрола ће још дуго времена остати под плаштом саморегулације и као такво треба да кореспондира пословном моделу компаније и процесима који су тангирани комплајанс начелима. Степен девижације од стандарда утврђен током контролних активности представљаће предмет извештавања ка менаџменту, само-

стално (нарочито у критичним случајевима) или заједно са проценом ризика (са којом ће се циклично допуњавати).

Међутим, најсуптилнији део комплајнс рада (иако се у ери роботике одмах алудира на што сложеније матрице ризика и ИТ алате) ипак ће представљати обучавање остатка организације, како свих линија менаџмента тако и запослених. Ово не само због форме коју ће скоро редовно прописивати посебни прописи из конкретне привредне гране, већ више због порука путем којих комплајнс треба да нађе начин да подржи усвајање пословне етике и подизање културе компаније на свим нивоима.

Имајући у виду све наведено, као и чињеницу да многе од поменутих ставки заслужују много детаљнију елаборацију, намеће се закључак да се даљи развој комплајнс функције не може дешавати изоловано од пре свега функција интерне контроле, али и читавог организма једне компаније (финансије, безбедност, функције подршке и сл). Такође, јасно је да упркос недовољно детаљној нормативи, комплајнс функција може бити дефинисана и интегрисана у систем управљања компанијом, али уз што је више могуће, јединствена тумачења напредних интернационалних пракси и стандарда.<sup>12</sup>

Треба посебно имати у виду чињеницу да су пословни процеси жива ствар, изузетно динамична, прилагођена окружењу, а пословно окружење је данас изузетно регулисано, дигитално и транснационално (уосталом као и сам криминал). У таквим околностима, у дневном пословању, јавља се велики број питања: под којим условима ће се нудити производ или услуга, да ли су цене транспарентне, да ли има скривених трошкова, да ли огласи и рекламе садрже неопходне податке, како се рукује подацима, како се поступа према конкуренцији, да ли су приказани ризици који прате услугу или уговорни однос, како се управља сукобом интереса, итд. Природа поменутих тема сеже далеко изнад формалних захтева регулативе. Матични прописи у компанијској области (као што је случај и са Законом о привредним друштвима) садржаће углавном норме о посебним дужностима појединих лица према друштву, затим о управљању трансакцијама са личним интересом, дужности пажње, повезаним лицима, унутрашњем надзору (контроли), док ће споредни или посебни прописи, специфични за посебну привредну грану, диктирати, и даље фрагментирано, остале стандарде пословања (нпр. Закон о банкама, Закон о финансијском лизингу, Закон о тржишту капитала, и сл).

12 Видети: <http://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/a-best-practice-model-for-bank-compliance>, претражено 17. 4. 2019. године

Међутим, апстрактне повезнице процеса који се у компанијском пословању сматрају ризичним (не само у односу на регулаторну или кривичну санкцију већ у односу на поверење и репутацију) остају ван регулаторног радара и законодавног пера. Њих пак чине савесност, осетљивост, етичка исправност, лојалност, кодекс понашања - као обавезан део свега новог што настаје у условима интегрисања тржишта, трке у сфери ИТ технологија и модела бизниса и сл. Субјективни карактер наведених одредница упућује на свест појединаца (заступника, запослених и учесника у привреди уопште) као полазну тачку у успостављању жељеног баланса између профита и одрживости. Одатле је нужно разумети пословну етику и културу, која ће уз својеврсну компанијску интроспекцију представљати темељ градње жељеног модела понашања у организацији.

## II Пословна етика и корпоративна култура као фундаменти Компајанса

Савремено пословање битно мења своју стратегију на тржишту, уносећи у пословање етику, као круцијални елемент компаративне предности на тржишту. Постојање глобалне пословне етике је несумњива реалност и потреба савременог друштва, али је истовремено питање њеног опстанка повезано са бројним проблемима у свим сферама и областима његовог бивствовања јер глобално друштво, а самим тим и пословна етика, још увек нису у стању да дефинишу јасне и универзалне принципе и вредности на којима почивају и функционишу.<sup>13</sup> Ово је посебно карактеристично за земље које су још увек у процесу транзиције, као и оне које су прошле кроз овај процес. Ово из разлога што су нагле промене економске структуре истовремено доба велике нестабилности, пораста свих видова криминалитета, кризе морала, вредносно-нормативног система и сл. Наиме, у промењеним друштвено-економским условима у којима тржишна привреда још увек није стабилна, јављају се многобројни видови друштвено штетних понашања која су „негде између“ – у „сивој зони“, између правно дозвољених и недозвољених. Са друге стране, недоречености и честе измене законских прописа неретко погодују ширењу злоупотреба јер дају велика дискрециона права онима који их примењују а сужавају простор за ефикасно деловање државних органа који имају контролну функцију. Уз друге неповољне факторе социјалног карактера наведено делује на све већу раширеност корупције и кризу

---

13 С. Ракас, „Глобална пословна етика – реланост или утопија“, Мегатренд ревија вол 8, бр. 2, 2011, стр. 425.

вредносно-нормативног система, услед чега се не прави довољно јасна разлика између друштвено прихватљивих и неприхватљивих облика понашања а жеља за брзим богаћењем, по угледу на представнике политичко-привредне елите, постоје опште прихваћени модел понашања већине пословних људи<sup>14</sup>.

Законска основа и средства кривичноправне репресије нису довољно „оружје“ у борби против свих видова криминалног понашања у сфери привреде, већ се на сузбијање оваквих појава мора реаговати и ванправним механизмима, а пре свега кроз јачање свести и моралне и професионалне одговорности појединаца. Управо из наведених разлога се као веома значајна и нужна нит која повезује све расправе о корупцији, несавесном пословању, сукобу интереса и сл., провлачи специфично питање морала, етичких стандарда и етичких кодекса у свим областима друштвеног живота и намеће потреба да се развија и јача професионална етика. Стога, пословна етика треба да буде део културе и свекултурних и цивилизацијских вредности човечанства, да буде реалност глобализованог света пословања, а у заснивању глобалне пословне етике, култура има веома важну улогу јер дефинише основне и опште облике и обрасце понашања, усмерава духовну оријентацију, одређује хумане вредности живота, уобличава људску интелигенцију, остварује емоционално искуство<sup>15</sup>.

**Опште је познато да је етика наука о моралу, наука о проучавању и процењивању моралних вредности.** Иако се као област не везује се за правне норме, етика подразумева стандарде понашања који су засновани на заједничким начелима и вредностима о томе које је понашање исправно, а којима се руководе појединци или институције. У складу са тим, можемо рећи да етика тумачи шта је добро а шта лоше и доноси морална начела и норме како се понашати у датој професији, те да је етички прихватљива она одлука која је правно и морално прихватљива широј заједници<sup>16</sup>. Међутим, сами по себи, стандарди утврђени путем прописа и правила, не могу осигурати етично понашање за које је неопходно да постоји снажна, витална, дубоко укореењена култура интегритета и то како појединца, тако и институције. Сам појам интегритет указује на то да је реч о поштењу, моралном и етичком понашању, те је неспорно да

14 Н. Тањевић, *op. cit.*, стр. 31.

15 С. Ракас, *op. cit.*, стр. 425.

16 Н. Тањевић, „Улога и значај етичких стандарда у јавној управи и смањење корупције“, Трендови у пословању, бр. 7/2016.

јачањем интегритета, аутоматски настаје неповољан амбијент за коруптивно или друго незаконито деловање и обрнуто.

Крајем прошлог века развијена тржишта су уочила да Смитова „невидљива рука“ заслужује подједнако суптилни механизам контроле, у циљу избегавања не само кривичних дела у сфери привреде, већ очувања репутације и поверења као предуслова одрживог пословања. Афере и истраге поводом истих које су у САД откриле импозантан број корпорација које су корупцију користиле као уобичајено средство добијања послова довеле су до успостављања и јачања транснационалног нормативног оквира у правцу ефикасније борбе против корупције и других видова криминалног понашања у сфери пословања.

Са друге стране, треба имати у виду да су начини на који се у савременим условима врше кривична дела у сфери привреде све сложенији, перфиднији и све тежи за откривање и доказивање. Разлог томе је чињеница да се привредни криминал често не разликује од ситуације коју имамо код сасвим легалног бизниса. У исто време, анонимност, велики степен ликвидности и капитал који се обрће невероватном брзином, отежавају откривање и представљају кључне факторе који привлаче како криминалце, тако и оне који се баве легалним пословима, а спремни су да рескирају и остваре велику добит.<sup>17</sup>

Један од недавних снажних подстицаја развоју етичке компоненте у пословању компанија као предуслова за сузбијање корпорацијског криминала дошао је управо из англосаксонске праксе, пре свега САД где је штета коју су људи „белог оковратника“ у име великих корпорација нанели широј заједници имала мегаломанске размере. Свакако да је један од најпознатијих случајева пример ЕНРОН<sup>18</sup> и са њим повезаних светских гиганата J.P. Morgan chase, Citigroup, Merill linynch, који су били умешани у низ сложених структурираних финансијских трансакција којима су помогнуте криминалне активности челника ове компаније. С обзиром на наведено, компаније би могле и морале да ураде много на промоцији кодекса пословног понашања и да га сместе у одговарајући

---

17 М. Вуковић, „Откривање и превенција привредног криминала“, у зборнику: *Привредни криминал и корупција*, Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд, 2001, стр. 91.

18 Челни људи Енрон-а и повезаних лица су процесуирани за кршење одредби против превара америчког федералног закона о хартијама од вредности, учешћем у обимној шеми превара ради, између осталог, подизања вредности акција Енрон-а кроз низ лажних и обмањујућих извештаја и изостављања материјалних информација у јавним извештајима у вези са технологијом, финансијском ситуацијом, резултатима и вредности компаније.



простор где су границе повучене у складу са законом, а не уз саме границе и мимо њих.<sup>19</sup>

Тиме долазимо и до појма и значаја корпоративне културе чија се појава управо везује за појам глобализације који све више брише националне границе у пословању, за нове моделе управљања, за све веће захтеве у погледу радне ефикасности, и сл. Као што свако друштво има своју културу (обичаје, вредности, морал, језик), односно правила понашања која усмеравају понашање људи, тако и унутар организације постоје одређена правила, која креирају особену организациону, тј. корпоративну културу. Корпоративна култура се, од стране различитих аутора, различито дефинише, али је неспорно да се ради о вишеслојној појави. Корпоративна култура представља систем претпоставки, веровања и вредности, које су чланови једне организације развили и усвојили кроз заједничко искуство и које опредељује њихово мишљење и понашање<sup>20</sup>. Наиме, претпоставке, вредности и веровања руководства и запослених о природи посла којим се организација бави, као и природи њихових међусобних односа унутар организације веома утичу на прихватање једног, односно одбацавање другог организационог модела.

Значај корпоративне културе проистиче из њеног утицаја на пословање и пословне резултате сваке организације. Пре свега, корпоративна култура је веома значајан фактор у доношењу стратешких одлука па уколико је ова култура јача и хомогенија, утолико је њен утицај на стратешке одлуке израженији. Друго, врло је честа претпоставка да су компаније успешне управо зато што имају културу која наглашава флексибилност и отвореност према збивањима на тржишту<sup>21</sup>. Треће, корпоративна култура значајно олакшава и убрзава процес координације запослених. У организацијама у којима запослени полазе од истих претпоставки, веровања и вредности, и комуникација и координација је лакша и ефикаснија.

Имајући у виду наведено, очекује се да управо комплајнс функција да значајан допринос развоју корпоративне културе и културе ризика, што захтева да се донети комплајнс тема (материјална надлежност за

---

19 И. Тотић, „Пословна етика као парадигма понашања у великом бизнису“, Социјална мисао, вол. 17, бр. 4/2010, стр. 113.

20 Н. Јанићијевић, „Управљање организационим променама“, Центар за издавачку делатност Економског факултета, Београд, 2013, стр. 47.

21 В. Радовановић, Љ. Савић, Ц. Бешић, „Пословна етика и корпоративна култура – детерминанте пословне ефикасности“, Анали Економског факултета у Суботици, бр. 36, 2016, стр. 278

поједине регулаторне теме и унутрашње процесе) рефлектују код свих тангираних организационих делова и процеса, а посебно испред менаџмента компаније, који су у обавези да искажу спремност да се поступа у складу са прописима и етичким принципима<sup>22</sup>.

Иако ни регулатива ни стручна литература не дају довољно одговора на питање како се процењује степен културе у једној профитној организацији, у пракси се за сагледавање концепта културе као најчешћа референца користе синтетизовани стандарди и принципи појединих наднационалних институција доброг управљања<sup>23</sup>, који поред већ препознатих комплајанс тема (као што су спречавање прања новца, транспарентност према корисницима услуга и др.) посебно подразумевају процедуре и поступке за заштиту од превара и корупције. Међутим, како је поред процедуралних и техничких предуслова за имплементацију комплајанс стандарда у тангираним процесима потребно утврдити и ниво свести остатка организације, потребно је да се и радње спроведене са циљем утицаја на понашање запослених (и њихов субјектвни однос према систему вредности које ће банка прокламовати у примера ради Кодексу корпоративног понашања) спроводе систематски и конзистентно, као и да се документују на начин подложен даљој контроли. Спровођење и документовање обуке, охрабривање запослених да учествују у изградњи система одбране против етички непожељних облика као и поруке менаџмента у сврху промоције културе и вредности сваке организације могу се сматрати кључним стубовима за подршку субјективном елементу свести запослених, као једном од предуслова за добро управљање сваком врстом ризика.

Наиме, неспорно је да превазилажење пословних тешкоћа зависи од начина на који им се приступа. Оперативне вештине стичу се релативно лако јер се о њима да прочитати у процедурама, садржај се лако преноси и памти, записује. Међутим, принципи се тешко кодификују, не преносе се путем писаних инструкција нити нужно почивају у свакој организацији или појединцу. Некада су почетак, а некада крај трагања. Они се уочавају ван опсега чисто легалног, формалног и прописаног, леже затрпани навикама насталим под разним врстама норми. Из наведеног произлази да одговор на нове околности и изазове у окружењу није пуко процедурално техничко прилагођавање већ рад на креирању

22 <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf> , претражено 11.03.2019.

23 <https://siteresources.worldbank.org/INTETHICS/Resources/CodeinEnglish.pdf>, претражено 11.03.2019.

свести и културе тржишних учесника, како запослених, тако и клијената, партнера и добављача.

На крају, треба имати у виду да су етичка питања вечна и одговори на њих се мењају временом. Позитивно право и институционална регулатива су испод домена етике, али они су рефлексивна и део етике и сходно томе морају бити у оквирима етике и у складу са њеним нормама.<sup>24</sup>

### Закључак

Велики број репутационих и последично финансијских скандала у корпоративном свету, махинације у финансијском извештавању великих система, изазови данашњег времена и сл., дефинитивно су утрли пут развоју интерних контрола на један нови начин. Тако се у систему интерних контрола развијала комплајнс функција, чија улога јесте да подржи менаџмент о осетљивим аспектима пословних одлука, а да запослене наведе на исправан начин размишљања, путем обука, саветовања и контрола.

Комплајнс је корпоративна функција, једна од оних које су установљене да допринесу равнотежи између профита и одрживог пословања. Она подразумева низ правила која обавезују све запослене у компанији, са циљем да се пословање односно понашање менаџмента и запослених уподоби са одређеним стандардима, пре свега у областима које због своје осетљивости захтевају посебну видљивост и третман. Управо ова функција, више него било ко други, има јединствену шансу, да у ери дигитализације и високо технолошких информационих ратова између учесника на тржишту, поврати пољуљани компанијски имиџ, поверење и репутацију.

Динамика пословања условљава ширење комплајнс функције, на начин да она поред заштите конкуренције, спрачавања корупције и прања новца, спречавања сукоба интереса, заштите потрошача и сл. обухвати и теме које не припадају овом „традиционалном“ оквиру, попут ИТ процеса, поверавања активности трећим лицима и слично. Разлог је што нови процеси и технологије са собом носе ризике управљања подацима, информацијама, сукобом интереса. Дакле, отуда потреба да се знање о овим темама прошири, да се разуме њихова дубока етичка и социјална природа, да се унапреде начини којима се поменуте теме негују. Ово се

---

24 А. Фатић, „Основни принципи етике и јавна служба“, у зборнику: *Коруција*, „Центар за менаџмент и Институт за криминолошка и социолошка истраживања“, Београд, 2005. стр. 151.

пре свега односи на компаније. Међутим, компанијско лице комплајанс функције је само једна димензија. Много је важнија она опште друштвена, која изискује сталну мисију и задире у свест појединаца. Стога, надахнуће које комплајанс треба да унесе у редовне пословне активности свих организација надаље треба да прожима целокупни крвоток привреде и допринесе опште друштвеном бољитку, да допринесе посебној индивидуалној свести и савести корпорације и друштва. Притом, не треба заборавити да закон, односно позитивно право само делимично и ограничено захвата моралне вредности друштва и стога је у начелу предмет сталног моралног вредновања и процене, али да је у сваком случају право увек резултат, а моралне вредности основа.<sup>25</sup>

Значај привредног развоја, сложеност привредних односа, као у процес глобализације који пружа нове прилике за вршење криминала са транснационалним одликама, обавезује да посебну пажњу посветимо превентивном деловању, инсистирању на моралности, професионализму и јачању свести о значају комплајанс функције у целокупној привреди и друштву, а овим радом настојали смо да томе допринесемо.

С обзиром на то да смо у уводном делу указали на то да ће се након што назначимо одреднице ове функције у компанијама и подсетимо се вредности које она штити, закључак о њеном значају наметнути сам, а даље теоријско и практично истраживање постати спонтано и неминовно, надамо се да ће овај рад подстаћи и друге ауторе да ову тему учине што видљивијом и допринесу оснаживању комплајанс функције.

---

25 А. Фатић, стр. *op. cit.*, 173.

*Miloš* TANJEVIĆ, *Miloš* BOGDANOVIĆ

## COMPLIANCE FUNCTION - ETHICALE FACE OF THE ECONOMY

### Abstract

*Compliance is the corporate function which shall contribute to the balance between profit and sustainable business. Compliance assumes a list of rules mandatory for all employees of a company with an aim to regulate business operations and to implement certain standards of behavior for both management and employees, first and for most, in the areas which have to be especially emphasized and treated due to their sensitivity. Having in mind complexity and importance of this function, as well as the fact that lack of detailed regulations and guidelines has resulted in different understandings of its remit, methodology and organization, in this text we will highlight different standings regarding this function, as well as its goal, organization and possible directions of development. Special attention have been dedicated to the values which Compliance function shall defend and ethical fundamentals on which it stands, which are the foundation of corporate climate in every economy. In that respect, importance of the function for economy and society as a whole is stressed, as well as conclusion that its essence derives from profound ethical principles and corporate compliance culture.*

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер\*

## ОГРАНИЧЕЊА ПЛАЊАЊА ЧЛАНОВИМА ДРУШТВА КАПИТАЛА (ОПШТИ ПОГЛЕД)

### Резиме

У раду се разматра појам и порекло института ограничења плаћања члановима друштва капитала, при чему су у фокусу анализе конститутивни елементи института. На основу упоредно-правне анализе може се закључити да је институт ограничења плаћања сачињен од два конститутивна елемента, а то су (i) појам плаћања која су обухваћена доменом примене забране и (ii) околности под којима друштву није дозвољено да својим члановима врши дефинисана плаћања. У односу на оба елемента дата је упоредно-правна и позитивно-правна анализа. Додатно, у односу на српско право анализирани су и правне последице које наступају уколико друштво упркос законској забрани ипак изврши плаћања члановима. Анализа је показала да институт ограничења плаћања није у потпуности адекватно регулисан у српском праву, пре свега у погледу дефинисања појма плаћања које је обухваћено правилом и делу уређења одговорности за реализацију недозвољених плаћања.

**Кључне речи:** пренос имовине друштва на његове чланове, нето имовина, основни капитал, обавезне резерве, повраћај датог.

### I Увод

Суштина института ограничења плаћања се објашњава његовим називом, а то је да друштво капитала у одређеним околностима не може вршити плаћања својим члановима.<sup>1</sup> Имајући у виду наведено, одмах на почетку излагања може се речи да ограничења плаћања представљају

---

\* адвокат у Београду, студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

1 Вук Радовић у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 145.

веома осетљив институт компанијског права, јер задиру у најзначајнији сегмент односа између друштва и његових чланова, а то је начин расподеле имовинске вредности створене у друштву. Наиме, сматра се да политика плаћања члановима у значајној мери може утицати на агенцијске сукобе, јер уколико постоји либералан приступ расподели имовине друштва његовим члановима онда остаје мањи простор за злоупотребе од стране управе. Такође, у наведеним околностима друштво може имати већу потребу да обезбеди екстерно финансирање, што омогућава да се успостави ефикаснија контрола над друштвом.<sup>2</sup> Поред наведеног, плаћања члановима друштва се доводе у директну везу са степеном развоја права чланова, те се посматрају или као исход или као замена постојања правне заштите чланова.<sup>3</sup> Међутим, на данашњем ступњу развоја компанијског права, када је неспорно да у друштву не постоји само интерес чланова, већ и многих других лица, легитимитет постојања ограничења плаћања не може бити споран. Оно што јесте спорно је домашај правила, јер би требало тежити да ограничења плаћања буду дефинисана на начин да се члановима друштва омогући да реализују своју меру интереса у друштву, а да то не буде на штету свих осталих интереса. Обично се сматра да институт ограничења плаћања чини део регулативе компанијског права којом се уређује одржавање основног капитала друштва.<sup>4</sup> Поред ограничења плаћања, постоје и многи други институти компанијског права који служе истом циљу, али се сматра да ограничења плаћања у овом сегменту имају највећи значај,<sup>5</sup> вероватно јер на непосредан и конкретан начин обезбеђују очување имовине друштва. Иако претходно наведено представља уобичајено поимање места и улоге института ограничења плаћања у компанијском праву, потребно је поменути да постоје и другачија схватања, по којима ограничења плаћања нису део, већ допуна пра-

2 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, „Agency Problems and Dividend Policies around the World“, *The Journal of Finance*, Vol. 55, No. 1, 2000, 4.

3 Сматра се да у системима где постоји јака правна заштита чланова, друштво по правилу редовно врши плаћања члановима, јер у супротном чланови располажу довољним механизмима заштите како би у крајњем исходу подстакли друштво да исплаћује дивиденде. Са друге стране, у системима где не постоји довољна правна заштита чланова, инвеститори се углавном привлаче политиком дивиденди, јер не постоје други параметри који би могли да подстакну на инвестирање у друштво. Вид. R. Porta, F. Silanes, A. Shleifer, R. Vishny, 5, 7.

4 Татјана Јевремовић Петровић, „Заштита поверилаца путем правила о капиталу друштва“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније (2011)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 123.

5 John Armour, „Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law“, *The Modern Law Review*, Vol. 63, No. 3, 2000, 366.

вила о одржавању основног капитала.<sup>6</sup> Ово поимање места и улоге института ограничења плаћања у систему компанијског права делује као прихватљивије, јер данашња теорија компанијског права, износи негативан став према институту основног капитала, с обзиром на околност да је пракса показала да није значајан сегмент заштите поверилаца друштва.<sup>7</sup> У том погледу, уколико се одустане од самог концепта основног капитала, онда као последица долази и одустајање од института који служе одржавању основног капитала, међу које се традиционално убрајају и ограничења плаћања. Једно од права које је одустало од института основног капитала је право америчке државе Делавер, али је упркос томе задржало правила о ограничењима плаћања члановима друштва.<sup>8</sup> На овај начин се доказује хипотеза да је прихватљивије тумачење да ограничења плаћања представљају не део, већ допуну регулативе о одржавању основног капитала друштва. Ипак у оним правима која регулативу ограничења плаћања, између осталог, темеље на институту основног капитала, међу које се убраја и српско право,<sup>9</sup> не може се оспорити констатација да ограничења плаћања доприносе и очувању капитала друштва. Без обзира на конкретно теоријско одређење института ограничења плаћања у систему компанијског права, неспорно је да је реч о веома важном институту, чији резултати могу бити видљиви у пракси, али коме до сада није посвећена довољна пажња у српској теорији компанијског права. Имајући у виду наведено циљ наредних излагања да укаже на основне сегменте уређења института спорна питања која се у том погледу могу поставити.

## II Порекло и сврха института

Прве идеје о ограничењима плаћања члановима настале су још у 17. веку, када су компаније у својим статутима прописивале да се дивиденда може исплаћивати само из профита. Један од примера је енглеска компанија *New River Company*.<sup>10</sup> Сличне одредбе садржао је и статут Банке Енглеске, као и статут америчких компанија и банака из овог перио-

6 Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштава*, 10. издање, Београд, 2017, 315-316.

7 J. Armour, 355.

8 Andreas Cahn, *Capital Maintenance in German Company Law*, Institute for Law and Finance, 2015, доступно на адреси: [https://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/user.../ILF\\_WP\\_146.pdf](https://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/user.../ILF_WP_146.pdf), 02.04.2019, 1.

9 Вид. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018, чл. 184, 185, 275.

10 Donald Kehl, „The Origin and Early Development of American Dividend Law“, *Harvard Law Review*, Vol. 53, No. 1, 1939, 39.



да.<sup>11</sup> Потом, следеће ограничење које је настало јесте забрана исплате члановима из вредности капитала друштва, а прва забрана ове врсте била је прописана такође у статуту Банке Енглеске, а затим и потврђена у судској пракси у случајевима *Wood v. Dummer* из 1824. године и *Flitcroft's case* из 1882. године.<sup>12</sup> Ова забрана је подразумевала да рачуноводствена вредност имовине друштва не може бити мања од вредности основног капитала.<sup>13</sup> Први закони који су прописивали ограничења плаћања донети су у 19. веку, конкретно реч је о закону државе Њујорк из 1807. године.<sup>14</sup> У англосаксонском праву значајне реформе института настале су у другој половини 20. века када су редефинисани услови за примену ограничења, а у европским правима по доношењу Друге директиве компанијског права (која су данас садржана у Директиви о одређеним аспектима компанијског права (2017/1132) – Директива).<sup>15</sup> У литератури се скоро без изузетка сматра да институт ограничења плаћања првенствено служи заштити поверилаца друштва.<sup>16</sup> Међутим, у англосаксонској литератури постоји и схватање да институт ограничења плаћања доприноси и заштити интереса самих чланова друштва, јер без његовог постојања опште правило о ограниченој одговорности чланова друштава капитала не би могло постојати.<sup>17</sup> Такође, посматрано у односу на чланове друштва, сматра се да ограничења плаћања доприносе томе да друштво опстане као пословни субјект и самим тим оствари сврху због које је основано (случај *Berks Broadcasting Co. v. Craumer* из 1947. године), а по том основу и начин да чланови поврате инвестицију у друштво.<sup>18</sup> Поред наведеног, у америчкој судској пракси је изнето схватање да ограничења плаћања

---

11 D. Kehl, 39, 47-48.

12 D. Kehl, 42, 51; Т. Јевремовић Петровић, 123.

13 David Kershaw, *Involuntary Creditors and the Case for Accounting-Based Distribution Regulation*, 2007, LSE Legal Studies Working Paper No. 16/2007, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1033325>, 02.04.2019, 3.

14 D. Kehl, 56.

15 Вид. Philip McGough, „Statutory Limits on a Corporation's Right to Make Distributions to Shareholders: The Law Distribution in the 1984 Revised Model Business Corporation Act“, *Akron Law Review*, Vol. 21, No. 1, 1987, 28; Maribel Sáez, María Gutiérrez, „Dividend Policy with Controlling Shareholders“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 15, Iss. 1, 2015, 117-120; Gilbert Dreyfuss, „Distributions to Shareholders under the New California General Corporation Law“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 9, Iss. 4, 1976, 839.

16 P. McGough, 28-29; J. Armour, 355.

17 P. McGough, 28-29; J. Armour, 367. Т. Јевремовић Петровић, 114-117, 123.

18 John Mulford, „Corporate Distributions to Shareholders and Other Amendments to the Pennsylvania Business Corporation Law“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 106, Iss. 4, 1958, 537; G. Dreyfuss, 840.

имају утемељење и у потреби заштите јавног поретка, који забрањује плаћања која би могла да „униште“ компанију (случај *Crocker v. Waltham Watch Co* из 1942. године).<sup>19</sup> Истовремено, објашњење примарне сврхе института указује да код друштава лица нема потребе за применом овог института, јер чланови солидарно одговарају за обавезе друштва целокупном имовином.<sup>20</sup>

### III Конститутивни елементи

Постоје два основна обележја института ограничења плаћања. Прво, ограничења се по правилу односе на поједина, а не сва плаћања. Друго ограничења су условног карактера, јер се примењују тек уколико се испуне законом дефинисани услови. Дакле, у овом случају није реч о *a priori* недозвољеним плаћањима, већ ово својство настаје само уколико друштво није остварило добре пословне резултате. Уколико се посматра уређење ограничења плаћања у упоредном праву може се закључити да овај институт чине два конститутивна елемента. Први елемент се односи на појам плаћања које је обухваћено ограничењем, а други елемент се односи на дефинисање околности у којима друштву није дозвољено да врши претходно дефинисана плаћања. Иако је реч о два сегмента правила, они тек заједно дају коначну слику о суштини и уређењу института у одређеном праву. Наиме, приликом законодавног уређења ограничења плаћања веома је тешко одредити се да ли је целисходније прво дефинисати плаћања која су обухваћена правилом, па тек онда околности у којима друштво не може вршити плаћања члановима, или је целисходније прво дефинисати критичну тачку финансијског стања друштва, па тек онда у зависности од прихваћеног приступа дефинисати која конкретно плаћања не би била дозвољена. Чини се да би други приступ био прихватљивији, јер у зависности од тога да ли се усвоји конзервативан или либералан став по питању тога када се друштво налази у критичном финансијском стању, могуће је прецизније дефинисати појам плаћања која би требало обухватити ограничењем. У основи постоје два модела уређења института, америчко и европско, при чему се сматра да европски модел поставља строжије услове, услед околности да су европске

---

19 James E. Tucker, „Director and Shareholder Liability for Massachusetts Corporations' Distributions to Shareholders: A Suggestion for Change in Standards of Director Liability“, *New England Law Review*, Vol. 28, 1994, 1056.

20 ЗПД, чл. 93, 125.

компаније изложене екстерном финансирању, услед чега је неопходна већа заштита поверилаца.<sup>21</sup>

### 1. Појам плаћања

Када је реч о појму плаћања које је обухваћено правилом, постоји неколико спорних тачака, које можда представљају и најконтроверзнији сегмент уређења овог института компанијског права. Наиме, у овом случају као прво се поставља питање да ли су правилом обухваћена само плаћања по основу чланства у друштву, или и плаћања по облигационом или било ком другом правном основу. Другим речима, да ли се ограничења плаћања односе и на оне исплате које не би биле забрањене да се уместо члана друштва на месту повериоца налази лице изван друштва. Најсликовитији пример за наведено је плаћање по основу уговора о зајму, уговора о делу или слично. У овом случају посебно може бити спорно уколико је реч о правном односу који не одступа од тржишних услова или који није мотивисан чланством у друштву. Затим, у оквиру исплата које се врше по основу чланства у друштву, може бити спорно да ли се ограничења односе на све исплате, укључујући и оне које представљају реализацију законом признатих права чланова друштва, на пример, исплата несагласних акционара. Поред наведеног, такође може бити спорно да ли се забрана односи само на плаћања у новцу или се односи и на други вид преноса имовине друштва, те би правилом требало да буду обухваћене и изјаве воље или закључење правних послова које по свом финансијском ефекту представљају вид преласка имовине друштва у имовину чланова. На крају, спорно је да ли плаћање мора бити директно, или може бити и посредно преко трећег лица, али на начин да је у крајњем исходу бенефицијар преноса имовине друштва његов члан. На сва наведена питања није могуће дати јединствен одговор, јер је задатак сваког појединачног права да дефинише свој однос према појму плаћања у оквиру предметног института.

### 2. Околности у којима друштву није дозвољено да врши плаћања

Када је реч о околностима у којима друштву није дозвољено да врши плаћања својим члановима, реч је о дефинисању финансијског стања друштва које указује да би исплатом члановима носиоци других интереса унутар друштва могли бити оштећени. У овом сегменту уређења институт ограничења плаћања се највише мењао. Наиме, традиционалан

---

21 M. Sáez, M. Gutiérrez, 117-118.

приступ англосаксонског права по овом питању је да само вредност нето имовине може бити расподељена члановима, што подразумева да имовина која је по вредности једнака потраживањима поверилаца представља минимум вредности који мора остати у друштву.<sup>22</sup> Временом услови који су дефинисали ограничења плаћања су се мењали, те историјски посматрано постојала су четири приступа дефинисању вредности имовине друштва која може бити расподељена члановима, а то су: (i) *минималистички приступ*, сходно којем је исплата недозвољена уколико је компанија инсолвентна или би услед исплате дошла у стање инсолвентности, (ii) *традиционални приступ*, сходно којем је исплата ограничена на профит који је компанија остварила, (iii) *модеран приступ*, сходно којем је исплата ограничена на износ профита увећан за одређени део износа унетог капитала од стране чланова и (iv) приступ који се заснива на *финансијским тестовима* (који се назива Калифорнија приступ, с обзиром на то да је настао 1977. године у праву поменуте државе).<sup>23</sup> Последњи приступ је данас најзаступљенији, а његова суштина се састоји у томе да се финансијско стање друштва посматра у задатом временском периоду.<sup>24</sup>

#### IV Упоредно-правни приступ

У литератури постоје различите дефиниције појма плаћања у контексту института ограничења плаћања, док закони по правилу не дефинишу овај појам,<sup>25</sup> јер се тежи да дефиниција остане широка. Један од ретких закона који садржи детаљну дефиницију појма плаћања члану друштва је компанијски закон Јужне Африке, који под овим појмом подразумева: пренос новца или имовине, преузимање обавеза и одрицање или одустајање од права.<sup>26</sup> У америчкој литератури се под појмом плаћања, тачније расподеле имовине друштва (енгл. *distribution*), подразумева било која трансакција између друштва и његовог члана која за резултат има умањење нето имовине друштва, при чему се након плаћања не мења појединачни удео члана који је примио имовинску вредност од друштва.<sup>27</sup> Затим, присутна је и једноставнија дефиниција, а то је да плаћање

22 P. McGough, 27.

23 P. McGough, 29.

24 P. McGough, 31-32.

25 Kathleen Van Der Linde, „The Regulation of Distributors to Shareholders in the Companies Act 2008“, *Journal of South African Law*, Vol. 2009, Iss. 3, 2009, 484.

26 K. Van Der Linde, 485.

27 P. McGough, 28. 10; Paul F. Mickey, James P. Holden, „Distributions Essentially Equivalent to a Dividend 'Understanding the Equation'“, *North Carolina Law Review*, Vol. 43, No. 1, 1964, 35.

члановима подразумева расподелу новца или имовине друштва, а на основу чланства у друштву.<sup>28</sup> Ова дефиниција садржана је у америчком Модел закону (МВСА).<sup>29</sup> Енглески закон садржи сличну дефиницију, те се под појмом плаћања такође подразумева пренос новца или имовине друштва, али за разлику од америчког закона не прецизира се да основ мора бити статусно-правни, а додатно из домена примене правила изричито су искључена одређена статусно-правна плаћања, док се у литератури даје нешто шири дефиниција, те се под овим појмом подразумева пренос имовине друштва његовим члановима испод тржишне вредности.<sup>30</sup> С обзиром на то да дефиниције говоре о преносу новца *или имовине*, не би требало да буде спорно да се правило односи и на неновчана давања. У односу на неновчана давања, за практичну примену института може бити спорно на који начин се утврђује вредност имовине или правне радње коју друштво предузима, како би се установило која вредност имовине је пренета без накнаде, али ово не би требало да буде сметања укључивању и ових давања у појам плаћања. Исти став је присутан и у немачкој литератури, те се сматра да су правилом обухваћене и тзв. скривене исплате, који појам се односи на неновчана давања члану друштва, али и новчана давања која нису у форми дивиденде, а такође по ефекту представљају пренос средстава без накнаде.<sup>31</sup> Потребно је поменути да без обзира на који начин се формулише дефиниција плаћања у конкретном праву, а у одсуству таксативне дефиниције, за коју се сматра да није препоручљива, појам плаћања је увек подложен тумачењу, што може изазвати проблеме у пракси. Тако на пример, у литератури постоји схватање да дефиниција појма плаћања из члана § 6.40 МВСА не укључује одрицање од права, док укључује преузимање обавезе,<sup>32</sup> при чему се не види основ за такво тумачење. Затим, у америчком праву ограничење се не односи на дивиденде у акцијама, јер се сматра да тада фактички нема расподеле имовине друштва члановима, јер новац остаје у друштву, а при свему томе појединачни чланови не добијају већи проценат права у друштву.<sup>33</sup> Ово тумачење је логички исправно, али може бити оспорено аргументом

---

28 J. Tucker, 1028.

29 МВСА, § 6.40, текст доступан на адреси: <https://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=cl270000>.

30 J. Armour, 366; Британски Компанијски закон, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf), 01.04.2019, чл. 829.

31 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 6.

32 K. Van Der Linde, 486.

33 J. Tucker, 1028.

да добијањем акција, имовина појединачних чланова се ипак увећава, без давања накнаде друштву.

Када је реч о томе да ли су правилном обухваћена плаћања на основу реализације права чланова, ретки су закони који изричито уређују ово питање, те је оно по правилу спорно у пракси. Међутим, постоје и закони који регулишу ово питање, па тако МВСА, компанијски закони у Новом Зеланду и Калифорнији исплате несагласним акционарима обухватају дејством правила. Са друге стране, у Јужној Африци исплате несагласних акционарима нису укључене у домен примене правила, док исплате по основу тужбе због неправичног поступања јесу.<sup>34</sup> У овом случају одговор на питање да ли забрана обухвата и плаћања по основу реализације права чланова мора бити садржан у закону, јер било које тумачење судске праксе у одређеном тренутку може дати неправичне резултате.

Када је реч о плаћањима која се не заснивају на чланству у друштву, америчка литература не разматра ово питање, те се може рећи да је ова врста плаћања изван домена правила. Европска литература у ограниченом обиму разматра ово питање и сматра да би на правне односе између члана и друштва ограничења плаћања требало да се примењују само у случају да услови правног посла нису тржишни, јер тада постоји правни ефекат преноса имовине друштва на његове чланове, без накнаде,<sup>35</sup> при чему би постојање адекватне накнаде требало ценити према пословној процени пажљивог и разумног човека.<sup>36</sup> Међутим, поред наведеног поставља се још један услов за примену правила, а то је да је трансакција мотивисана чланством у друштву, јер нетржишни услови могу да се уговоре и са трећим лицима. Имајући у виду да је тешко доказати да ли је конкретан правни посао мотивисан чланством у друштву, у немачкој литератури сматра се да би ово питање требало решити законом, ако не другачије онда барем правилном да се на трансакције између друштва и члана које одступају од тржишних услова примењују правила о ограничењима плаћања, уколико члан не докаже да закључење посла није било мотивисано чланством у друштву.<sup>37</sup> Поред наведеног, када је реч о трансакцијама са трећим лицима, немачка литература сматра да има места примени ограничења уколико се докаже да је члан друштва крајњи корисник те трансакције.<sup>38</sup> Ипак, иако су европска права склона да проширују појам плаћања потребно је указати

---

34 K. Van Der Linde, 489.

35 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 7.

36 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 6.

37 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 14.

38 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 15.

да Директива под овим појмом подразумева само исплату дивиденде и камате на акције,<sup>39</sup> па би ову околност требало имати у виду у свим правима која се ослањају на садржину Директиве, а нису искористила могућност да прошире дефиницију појма плаћања.

Када је реч о другом конститутивном елементу института ограничења плаћања, поменуто је да постоје амерички и европски модел уређења. Пример америчког модела представљају правила прописана МВСА и Компанијском законом Делавера. Наиме, МВСА у члану § 6.40 прописује два теста која се примењују како би се проверило да ли је друштву дозвољено да врши плаћања члановима. Реч је о *Equity Insolvency* и *Balance Sheet* тесту. Сходно првом тесту друштво не може вршити плаћања уколико услед тога компанија не би била у могућности да испуни своје обавезе које допевају у редовном току пословања. Сходно другом тесту компанија не може извршити плаћања члановима уколико би услед плаћања укупна имовина друштва била мања од вредности укупних обавеза друштва, увећана за износ који би били овлашћени да приме имаоци преференцијалних акција, у случају ликвидације друштва. Компанијски закон Делавера у члану § 170 прописује да се плаћања члановима друштва могу вршити само из вредности нето имовине, која је увећана за износ основног капитала, уколико га друштво има, док у случају да друштво нема основни капитал, члановима је доступна целокупна нето имовина друштва и то посматрано у односу на фискалну годину за коју се врши исплата или евентуално у односу на претходну фискалну годину. Са друге стране, пример европског уређења је свакако Директива која у чл. 56 ст. 1 прописује да осим у случајевима смањења уписаног основног капитала, није могуће извршити никакве исплате члановима када је нето имовина како је наведена у годишњим финансијским извештајима друштва на закључни дан последње финансијске године мања од износа уписаног основног капитала увећаног за оне резерве које се према закону или статуту друштва не смеју исплаћивати, или би након такве исплате постала мања. У основи исто решење прихвата и немачко право, у коме је члановима такође доступан само износ који превазилази вредност обавеза друштва, основног капитала и обавезних резерви.<sup>40</sup> Уколико се ова два модела посматрају у међусобном односу, може се закључити да у англосаксонском праву члановима је фактички доступна целокупна нето имовина

39 Иако није спорно да је регулатива Директиве минимална и да државе могу проширити домен примене ограничења плаћања и на друге видове плаћања. Вид. Директива о одређеним аспектима компанијског права (2017/1132), чл. 56.

40 A. Cahn, Capital Maintenance in German Company Law, 5.

друштва, док је у оквиру европског модела, вредност имовине доступне члановима мања, јер се у друштву мора задржати одређени део нето имовине. Оба модела подразумевају да се приликом примене тестова узима у обзир и будуће пословање (што је најкритичнија тачка дефинисања ове врсте финансијских тестова), у контексту утврђивања обавеза друштва, али на другачији начин, јер англосаксонски модел не захтева примену рачуноводствених правила, за разлику од европског модела који у односу на ово питање упућује на појам резерви, које су рачуноводствена категорија регулисана међународним рачуноводственим стандардима. Са друге стране, енглески Компанијски закон прихвата оба модела, те је основно правило да плаћања члановима могу бити вршена само из вредности оствареног профита умањеног за износ губитка који није покривен. Дакле, у овом случају закон ограничења плаћања дефинише само у виду износа који може бити расподељен члановима (амерички модел). Међутим, када је реч о јавним друштвима, Компанијски закон прописује да друштво не може вршити плаћања уколико је нето имовина мања од уписаног капитала и нераспоређених резерви, при чему ни након исплате вредност нето имовине не може бити мања од збира вредности основног капитала и резерви (европски модел).<sup>41</sup>

## V Српско право

Српско право прописује два режима правила о ограничењима плаћања, једно које се односи на друштво са ограниченом одговорношћу, а друго које се односи на акционарска друштва. Разлике постоје по питању појма плаћања које је обухваћено правилом и по питању одговорности уколико друштво ипак изврши „недозвољену“ исплату, док су финансијски критеријуми за дефинисање недозвољених плаћања идентични у односу на обе форме друштва.

### 1. Конститутивни елементи

Када је реч о појму плаћања, Закон о привредним друштвима (ЗПД) код друштва са ограниченом одговорношћу прилично јасно прописује да су правилом обухваћене исплате по *основу добити, повраћаја додатних уплата, зајма и слично, као и друга плаћања по било ком основу*.<sup>42</sup> Дакле, у овом случају може се рећи да је ЗПД отклонио било коју дилему која може настати у вези са појмом плаћања, јер је јасно да се пра-

41 Британски Компанијски закон, чл. 830, 831.

42 ЗПД, чл. 182.



вило односи на све правне основе плаћања члану друштва. Са друге стране, код акционарских друштва ЗПД није био детаљан приликом дефинисања појма плаћања, те је само прописао да су правилом обухваћена „плаћања“ акционарима, осим исплата по основу уговора о раду.<sup>43</sup> У овом случају може бити спорно која конкретно плаћања су обухваћена доменом правила, а на првом месту да ли су обухваћена и плаћања која се не заснивају на чланству у друштву и плаћања по основу реализације законом признатих права.

У односу на дилему да ли су правилом обухваћена плаћања која се не заснивају на чланству у друштву, систематским тумачењем одредби ЗПД могуће је доћи до два тумачења. Прво, с обзиром на чињеницу да је ЗПД посебно указао да се правило не односи на плаћања по основу уговора о раду, тумачењем по супротности се долази до закључка да су сва друга плаћања обухваћена правилом. Друго, имајући у виду да се правило налази у делу закона који регулише однос друштва и акционара, и то само у односу на имовинска права која се заснивају на чланству у друштву, може се рећи да је интенција ЗПД била да примену института ограничи само на плаћања по основу чланства у друштву. Поред наведеног, аргумент у прилог другом тумачењу може бити и околност да је институт ограничења плаћања у српском праву уређен по угледу на Директиву, која под појмом плаћања подразумева само плаћање дивиденди и камате на акција, иако дозвољава да национална законодавства прошире овај појам. Које од наведена два тумачења је прихватљивије тешко је оценити, али би требало имати у виду да у англосаксонском праву у коме је институт и настао, под појмом плаћања подразумева се само плаћање на основу чињенице чланства у друштву. У том смислу, а имајући у виду недореченост закона, у овом тренутку као исправан приступ делује став немачке теорије који сматра да правилом треба да буду обухваћени само они правни послови и радње који одступају од тржишних услова и који су мотивисани управо чланством у друштву, јер у том случају постоји ефекат расподеле имовине друштва на његове чланове. У свим осталим ситуацијама, примена правила и на облигационе односе између члана и друштва може дати неправичне резултате. Међутим, у практичној примени би вероватно било тешко испитати постојање ових услова. Отуда у сваком конкретном случају требало би поћи од претпоставке да ова плаћања нису обухваћена правилом, осим уколико околности конкретног случаја не указују да је реч о прикривеним исплатама

---

43 ЗПД, чл. 275 ст. 1, 3.

члану друштва. Истовремено, дати закључак указује да је појам плаћања прешироко дефинисан код друштава са ограниченом одговорношћу, јер не би требало да обухвати сва плаћања мимо статусно-правног основа, већ само она која представљају фактичко давање друштва према члану без накнаде. У вези са претходно наведеним може бити спорно и да ли су правилом обухваћена само новчана давања или се оно односи и на други вид преноса имовине, с обзиром на то да закон користи термин „плаћања“ који је прилично јасан. Упоредно-правна анализа показује да се ограничења не односе само на новчана давања,<sup>44</sup> али имајући у виду терминологију српског права, прилично је спорно да ли би се термин „плаћање“ могао односити и на друге видове преноса имовине, иако би требало да је одговор потврдан.

Са друге стране, можда и спорније питање јесте да ли су у српском праву правилом обухваћена и плаћања на основу реализације законом признатих права, јер одговор на постављено питање није могуће формулисати чак ни тумачењем ЗПД. Став теорије је да ова плаћања спадају у домен примене правила.<sup>45</sup> У основи, нема разлога да се ограничења не примењују и на исплате које представљају реализацију чланских права, јер би забрана требало да буде привременог карактера, а са друге стране реализацијом исплате упркос лошем финансијском стању друштво може доспети у још тежи финансијски положај. Поред наведеног, у овом случају исплата може довести до неједнаког третмана чланова, што је супротно основним принципима друштва капитала.<sup>46</sup> Такође, примена посебних права чланова може бити и резултат намере да се заобиђе институт ограничења плаћања. Са друге стране, осим чињенице да је реч о плаћању које се заснива на реализацији законом признатог права, не постоји ниједан аргумент којим би се могао оправдавати изузетак од примене института. Међутим, у овом случају, без изричите законске регулативе, спорна је могућност реализације примене правила и на плаћања по основу реализације чланства у друштву, јер се заштита ових права углавном остварује у судском поступку. Тако на пример, може се догодити да друштво у тренутку подношења захтева (тужбе) не испуњава услове за вршење плаћања чланова, али се касније током судског поступка финансијска ситуација друштва побољша. Као логично решење се намеће да би суд у поступку требало да се ограничи на тренутак када је настао основ за плаћање и да вештачењем утврђује само да ли је у том

44 Вид. британски Компанијски закон, чл. 829.

45 М. Васиљевић, 315.

46 ЗПД, чл. 183 ст. 2, 269.

тренутку друштво испуњавало финансијске тестове за вршење плаћања према члановима. Дакле, не би требало узимати у обзир промену финансијског стања које је наступило током трајања поступка, јер би такав поступак довео до обесмишљавања правила. У том погледу, уколико друштво није испуњавало финансијске тестове за вршење плаћање члановима у тренутку истицања захтева, тужбени захтев би требало одбити.

Када је реч о финансијским тестовима, према којима се цени да ли је друштву дозвољено да врши плаћања према члановима, ЗПД је у потпуности прихватио решење Директиве, те се финансијска способност друштва цени према тесту биланса стања и биланса успеха.<sup>47</sup> Тест биланс стања дефинише када друштво може вршити плаћања својим члановима, док тест биланса успеха дефинише максималан износ који може бити расподељен члановима. У том погледу, ЗПД у чл. 275 прописује да друштво не може вршити плаћања ако је према последњим годишњим финансијским извештајима нето имовина друштва мања, или би услед такве исплате постала мања, од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје, осим у случају смањења основног капитала, док укупан износ исплата акционарима за пословну годину не може бити већи од добити на крају те пословне године, увећане за нераспоређену добит из претходних периода и износе резерви предвиђених за расподелу акционарима, а умањене за непокривене губитке из претходних периода и износе резерви које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје. Дакле, у српском праву члановима друштва није доступна целокупна нето имовина, већ само онај део који превазилази вредност основног капитала и обавезних резерви. Нето имовина се исказује у билансу стања код броја позиције (АОП) 0401.<sup>48</sup> Имајући у виду да је у српском праву вредност основног капитала не толико значајна, поготово код друштава са ограниченом одговорношћу,<sup>49</sup> долази се до закључка да је појам резерви значајнији у постизању сврхе института.

---

47 В. Радовић, 146.

48 До ове вредности се долази када се сабере вредност основног капитала, уписаног, а не уплаћеног капитала, резерви, ревалоризационих резерви по основу ревалоризације нематеријалне имовине, некретнина, постројења и опреме, нерелизованих добитака по основу хартија од вредности и других компоненти осталог свеобухватног резултата, нераспоређеног добитка и учешћа без права контроле, а након тога одузме вредност сопственог капитала, нерелизованих губитака по основу хартија од вредности и других компоненти осталог свеобухватног резултата и на крају вредност губитка.

49 ЗПД, чл. 145, 293.

Међутим, управо у овом делу постоји најспорнија тачка уређења финансијских тестова ограничења плаћања у српском праву, јер су резерве рачуноводствена категорија и представљају део признавања, вредновања, презентације и обелодањивања позиција у финансијским извештајима из Закона о рачуноводству.<sup>50</sup> По овом питању Закон о рачуноводству упућује на Међународне стандарде финансијског извештавања (за велика правна лица, матична и јавна друштва),<sup>51</sup> Међународне стандарде финансијског извештавања за мала и средња правна лица и Правилник о начину признавања, вредновања, презентације и обелодањивања позиција у појединачним финансијским извештајима микро и других правних лица.<sup>52</sup> Резерве као рачуноводствени појам су јасно исказане у финансијским извештајима и на прилично једноставан начин може да се утврди о којој вредности је реч. Међутим, оно што може бити проблематично јесте да ли су резервисања правилно извршена и самим тим да ли ово питање може бити предмет судског поступка уколико се сматра да нису били испуњени услови да друштво изврши исплате, посебно уколико су финансијски извештаји били предмет ревизије.

Код дефинисања финансијских тестова у оквиру института ограничења плаћања постоје две критичне тачке. Прво, у којој мери се узима у обзир будуће пословања друштва, како у погледу будуће имовине, тако и будућих обавеза и друго, да ли постоји пресечан датум на који се примењују тестови, а након којег се чак ни значајне промене не узимају у обзир и не могу утицати на дозвољеност плаћања. Полазећи од приступа српског права, будуће пословање друштва, у смислу потенцијалних обавеза, код примене института ограничења плаћања узима се у обзир само на начин који је прихваћен у рачуноводственим прописима о формирању резерви. Уколико овај податак по рачуноводственим прописима не захтева формирање резерви, онда не може бити релевантан у контексту ограничења плаћања. Са друге стране, одредба чл. 275 ЗПД временски оквир примене финансиј-

---

50 У америчкој литератури се расправљало о томе у којој мери правило треба да се ослања на рачуноводствене категорије. Вид. Р. McGough, 36.

51 У овом случају реч је о стандарду IAS 37 који прописује да је циљ да се обезбеди да одговарајући критеријуми за признавање и основе за одмеравање буду примењени на резервисања, потенцијалне обавезе и потенцијалну имовину и да довољно информација буде обелодањено у напоменама да би корисници могли да разумеју њихову природу, рокове доспећа и износ, доступно на адреси: <http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=10262>, 1.04.2019.

52 Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013 и 30/2018, чл. 20, 21, 22. Вид. Правилник о начину признавања, вредновања, презентације и обелодањивања позиција у појединачним финансијским извештајима микро и других правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 118/2013 и 95/2014.

ских тестова поставља на крај претходне пословне године, што је решење које може да се преиспита, јер би у циљу постизања потпуне сврхе института требало узимати у обзир стање друштва у тренутку плаћања, пре свега уколико оно драстично одступа од резултата из претходне пословне године/а. Код друштва са ограниченом одговорношћу ово питање је регулисано, те ЗПД прописује да из расподеле добити мора бити искључен значајан губитак настао у овом периоду.<sup>53</sup>

## 2. Последице повреде правила

Када се каже да институт ограничења плаћања доприноси заштити поверилаца друштва, у стварном ефекту највећу заштиту би требало да пружи последице о повреди овог правила.<sup>54</sup> ЗПД прописује казнено-правну и грађанско-правну одговорност за повреду правила о ограничењима плаћања. У односу на казнено-правну одговорност, ЗПД прописује да повреда правила представља привредни преступ.<sup>55</sup> У овом случају казнена одговорност је идентично уређена у односу на обе форме друштава капитала. Са друге стране, грађанско-правне последице повреде правила су на прилично другачији начин регулисане код акционарских и друштава са ограниченом одговорношћу, при чему је потребно нагласити да је одговорност строжије уређена код друштва са ограниченом одговорношћу. Овакав приступ законодавца се оправдава тиме да у друштвима затвореног типа постоје израженије тенденције кршења правила.<sup>56</sup> ЗПД код акционарских друштава прописује само одговорност акционара који су примили уплату и који су знали или морали знати да се плаћање врши супротно ЗПД. Захтев за повраћај исплата се може истаћи у року од пет година од дана извршене исплате, при чему тужбу може поднети друштво или акционар који поседује 5% основног капитала, у своје име, а за рачун друштва (деривативна тужба).<sup>57</sup> Када је реч о друштву са ограниченом одговорношћу ЗПД такође прописује само реституцију као вид санкције, али су за повреду правила одговорни, како чланови друштва, тако и управа. Несавесни чланови, односно они који су знали или морали знати да се исплата врши супротно закону увек одговарају за враћање

53 ЗПД, чл. 184 ст. 2. Мора бити реч о значајном и не само привременом погоршању имовинског стања друштва.

54 Т. Јевремовић Петровић, 124.

55 ЗПД, чл. 585 ст. 1, тач. 5. За привредни преступ прописана је новчана казна од 100.000 до 1.000.0000 динара за друштво и од 20.0000 до 200.000 динара.

56 М. Sáez, M. Gutiérrez, 118.

57 ЗПД, чл. 275 ст. 4, 5, 6.

уплата, док савесни чланови одговарају само уколико је исплаћен износ неопходан за намирење поверилаца.<sup>58</sup> Поред чланова који су примили уплату, за повраћај недозвољених плаћања солидарно одговарају и несавесни директори или чланови надзорног одбора, или други чланови који нису примили уплате, али су *одобрили* недозвољена плаћања. Додатно, у овом случају постоји и солидарна одговорност чланова и управе који нису гласали или одобрили плаћања, а за које се докаже да су намером или грубом непажњом *допринели* исплатама, што је прилично споран концепт, у смислу шта се сматра доприносом, те је вероватно реч о давању подстицаја за плаћање или неуказивање да је плаћање недозвољено.<sup>59</sup> Међутим, у случају друштва са ограниченом одговорношћу тужбу може да поднесе само друштво (не и члан у виду деривативне тужбе), при чему општи рок застарелости потраживања износи пет година, док је само према несавесном члану који је примио уплату рок застарелости десет година.<sup>60</sup> У свим наведеним случајевима, у пракси као основно питање се може поставити на који начин би требало ценити савесност. С обзиром да се појам недозвољених уплата у значајној мери ослања на рачуноводствени појам резерви, требало би прихватити тумачење да полазна тачка оцене савесности треба да буде заснована на правилима о дужности пажње, конкретно о могућности да лица унутар друштва своје поступање заснивају и на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, за које разумно верују да су у том случају савесно поступала.<sup>61</sup> Даља оцена савесности би морала да се цени према околностима сваког конкретног случаја. Такође, код одговорности савесног члана друштва са ограниченом одговорношћу спорно је на који начин би требало ценити услов „потребе намирења поверилаца“, посебно уколико потреба намирења поверилаца не захтева да се врати целокупан примљен износ од свих чланова. У том погледу, са процесно-правног аспекта може се поставити питање да ли би тужбом морали да се обухвате сви чланови друштва који су примили уплате, или је дозвољено да се повраћај захтева само од појединих чланова. Чини се да би требало прихватити тумачење да је реч о нужним супарничарима,<sup>62</sup> јер супротно поступање може довести до неједнаког третмана чланова. Исти закључак се односи и на одго-

---

58 ЗПД, чл. 185 ст. 1, 2.

59 ЗПД, чл. 185 ст. 3, 4.

60 ЗПД, чл. 185 ст. 5, 6.

61 ЗПД, чл. 63 ст. 4.

62 Вид. Закон о парничном поступку, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 211.

ворност несавесних лица. У овом сегменту као једно од питања се поставља да ли мора постојати истакнути захтев повериоца за намирење, или друштво у намери да добровољно намири повериоце може поднети тужбу како би обезбедило имовину за намирење. Затим, посебно може бити спорно у односу на који моменат се цени способност друштва да намири повериоце, јер се финансијско стање друштва може побољшати након недозвољене исплате, или подношења тужбе ради повраћаја плаћања. Затим, спорно је да ли правило треба применити тек када друштво нема било какве имовине, или је довољно да је друштво финансијски угрожено, па на пример, нема средстава на рачуну, а исплата члановима је извршена управо у новцу. Вероватно је да у пракси могу настати и друга спорна питања, те је јасно да је законодавац морао бити одређенији у сегменту уређења одговорности савесног члана друштва са ограниченом одговорношћу. Такође, примећује се да ЗПД није прописао накнаду штете као општу санкцију за повреду правила, али чини се да деликтна одговорност не би требало да буде спорна на основу општих правила, што указује да се одговорност не би могла засновати на чињеници пријема исплате, већ које лице/а су проузроковала исплате.<sup>63</sup> Накнада штете је прописана као посебна санкција само код друштава са ограниченом одговорношћу, уколико након завршетка пословне године дође до значајног губитка имовине, а тај губитак се не искључи из расподеле.<sup>64</sup> Као основна замерка уређења последица повреде правила о ограничењима плаћања може се истаћи то да повериоци не располажу било којим средством којим би могли да санкционишу повреду правила о ограничењима плаћања. Уколико се има у виду да овај институт постоји пре свега у интересу поверилаца, донекле изненађује приступ законодавца, услед чега је једина реална претња од санкције сведена на могућност покретања поступка по привредном преступу. Међутим, некада чак ни то неће бити случај јер висина запрећене казне може бити прихватљив трошак уколико је висина исплата значајно или барем довољно већа, од новчане казне која максимално може износити свега 1.200.000 динара (збирно за друштво и одговорно лице). У том погледу, у односу на грађанско-правне санкције у виду повраћаја исплата или накнаде штете, може се догодити да фактички не постоји лице које би могло да поднесе тужбу, уколико је

63 ЗПД, чл. 184 ст. 4, 415; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, чл. 154, 158.

64 ЗПД, чл. 184 ст. 3. У овом случају постоји одговорност директора и чланова надзорног одбора за штету проузроковану члановима и повериоцима, ако не обавесте скупштину о насталом губитку.

исплата извршена уз сагласност чланова и управе.<sup>65</sup> Имајући у виду наведено, у неким наредним изменама закона требало би размотрити могућност увођења ефикасније заштите поверилаца од повреде правила о ограничењима плаћања, јер код садашњег стања ствари заштита је прилично сужена. На пример, израелско право прописује право поверилаца на подношење деривативне тужбе којом се за рачун друштва може захтевати повраћај недозвољених плаћања.<sup>66</sup> Такође, енглеско право прописује могућност да повериоци поднесу тужбу за побијање одлуке скупштине која представља основ за исплату.<sup>67</sup>

## VI Закључак

Ограничења плаћања члановима друштва капитала представљају веома значајан институт компанијског права, чији корени су формиран и још у 17. веку. Примарна сврха института је заштита поверилаца, док је секундарна сврха заштита самих чланова друштва од опортунистичког понашања. На данашњем ступњу развоја компанијског права, легитимитет овог института није споран, али може бити споран његов домаћај, јер ограничења плаћања задиру у најзначајнији сегмент односа друштва и његових чланова. Због наведеног, конститутивни елементи правила о ограничењима плаћања се временом мењају како би се постигло да осликавају тренутни степен развоја компанијског права. Упоредно-правна анализа правила о ограничењима плаћања показује да постоје два конститутивна елемента правила, а то су дефиниција појма плаћања које је обухваћено правилом и дефиниција околности у којима друштву није дозвољено да врши плаћања својим члановима. У односу на први елемент, постоје два спорна питања, а то су да ли је правилом обухваћено само плаћање по статусно-правном основу, или се оно односи и на плаћања на основу другог правног основа, на пример, облигационо-правног. Друго, да ли би правилом требало да буду обухваћена и плаћања која подразумевају реализацију законом признатих права чланова друштва. По овом питању, традиционалан приступ америчког права јесте да су само плаћања која се врше по статусно-правном основу обухваћена доменом примене правила, што укључује и плаћања по основу реализације законом признатих права чланова. Са друге стране, европска права

---

65 G. Dreyfuss, 860.

66 Компанијски закон Израела, чл. 204, доступно на адреси: <http://www.icnl.org/research/library/files/Israel/CompaniesLaw.pdf>

67 Британски Компанијски закон, чл. 721. Правило се односи на исплату по основу откупа акција.



(а вероватно и енглеско) претендују да у појам плаћања укључе и друге видове расподеле имовине друштва, посебно у случају када ефекат „плаћања“ по свом дејству подразумева да се имовина друштва преноси на његове чланове без накнаде. У српском праву ово спорно питање је у основи јасно решено код друштава са ограниченом одговорношћу, што није случај и са акционарским друштвом. У односу на друштво са ограниченом одговорношћу и плаћања по другом, осим статусно-правном основу, спадају у домен примене правила, што није добро решење, јер правилом не би требало да буду обухваћена баш сва плаћања изван статусно-правног основа, већ само она која имају ефекат бестеретног преноса имовине друштва. Код акционарских друштава спорно је да ли плаћања акционарима по било ком другом правном основу, осим статусно-правном спадају у домен примене правила. Отуда, на судској пракси је да одговори на постављено питање, те је препорука да се заузме рестриктиван став по питању плаћања по другим основама, а која би требало да буду обухваћена доменом примене правила. Наиме, оправдано је санкционисати само она плаћања и/или расподелу имовине који одступају од тржишних услова, а при томе је конкретан посао под тим условима закључен управо јер је друга страна члан друштва. У свим осталим околностима, чини се да не постоји довољно оправдање да се правило примени и на друга плаћања. На овом месту је потребно поменути да појам плаћања не би требало ограничити само на плаћање у новцу, већ и на било који други вид расподеле имовине његовим члановима, иако је ово тумачење прилично спорно имајући у виду терминологију ЗПД. На крају, у одсуству изричите регулативе закона, правило би морало да се односи и на плаћања по основу реализације законом признатих права. Када је реч о другом елементу правила, приступ америчког права јесте да је у основи целокупна нето имовина друштва доступна члановима. Са друге стране, у европским правима члановима није доступна целокупна, већ део нето имовине. По овом питању српско право је прихватило уређење Директиве ЕУ, те су исплате члановима ограничене применом теста биланса стања и биланса успеха. Уколико се оба финансијска теста посматрају заједно, закључује се да је износ обавезних резерви примарни вид заштите поверилаца. У српском праву, као и већини других права у овом сегменту уређења правила може бити спорно то што се примена теста код акционарских друштава временски ограничава на крај претходне пословне године, јер финансијско стање друштва, у тренутку када се намерава исплата, може бити прилично другачије. Ова могућност посебно постаје проблематична уколико дође до значајног погоршања финан-

сијског стања друштва. Због наведеног, има основа за разматрање да ли би код акционарских друштава требало увести појам промењених околности код института ограничења плаћања, на сличан начин као што то ЗПД чини код друштва са ограниченом одговорношћу. На крају, када је реч о одговорности за недозвољена плаћања, српско право прихвата упоредно-правни приступ, те у зависности од форме друштва постоји грађанско-правна одговорност чланова који су примили уплату, или других чланова, односно управе друштва који су одобрили исплате.<sup>68</sup> Одговорност се по правилу заснива на постојању несавесности одговорних лица, осим код друштва са ограниченом одговорношћу где може постојати и одговорност савесног члана друштва, уколико је враћање недозвољених плаћања неопходно за намирење поверилаца друштва. У овом сегменту, може се рећи да је основни недостатак српског права то што повериоцима није дата могућност да судским путем санкционишу недозвољена плаћања која изврше чланови и управа друштва, те ефективна заштита поверилаца постоји само у ограниченом обиму.

**Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.**

**Attorney at law in Belgrade**

**PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **RESTRICTIONS ON CORPORATIONS' DISTRIBUTIONS TO ITS SHAREHOLDERS (GENERAL VIEW)**

### **Summary**

*This article deals with term and origin of the rules on restrictions on corporations' distributions to its shareholders, while its essential elements are in the centre of this analysis. Based on the comparative legal analysis it can be concluded that rules on the restrictions on corporations' distributions to its shareholders consist of two essential elements (i) firstly, definition of distributions which are part of the scope of the institute, and (ii) secondly, circumstances during which the company is not allowed to make defined distributions to its shareholders. Both elements are analysed from the aspect of comparative and Serbian law. In addition, in relation to the Serbian law article deals with legal consequences that occur in case when the company performs distributions to its share-*

---

68 G. Dreyfuss, 856-857.

*holders which are not allowed based on subject rule. The analysis showed that in Serbian law, restrictions on corporations' distributions to its shareholders are not adequately regulated, especially in relation to the definition of the distributions to the shareholders under these rules and in relation to the responsibility for realisation of prohibited distribution.*

**Key words:** *distribution of company assets to its shareholders, net assets, stated capital, mandatory reserves, restitution of distributed assets.*

**Маша МИШКОВИЋ, мастер\***

## **КО ЈЕ ОРГАНИЗАТОР АУКЦИЈЕ?\*\*\***

### **Резиме**

*Како би се одговорило на питање из наслова, у раду се полази од појма организатора аукције. Разматра се да ли је потребно правити разлику између организатора аукције и аукционара или ова два појма представљају синониме. Даље се анализира правна форма организатора аукције уз коментаре важећег српског Закона о трговини и коришћење упоредноправног метода, конкретно, решења енглеског права. Приликом писања овог рада аутор се определио за коришћење енглеског права имајући у виду да су се прве аукцијске куће појавиле у Великој Британији средином 18. века, те је то земља која је до сада развила богату аукцијску праксу и постала један од светских лидера у аукцијској продаји. Поред правне форме организатора аукције, разматра се и његова делатност како би се дошло до закључка да ли је довољно предвидети делатност организовања аукције као претежну или је потребно регулисати је као искључиву делатност. Коначно, имајући у виду да је у (данашње) дигитално доба дошло до ширења интернет аукције, посебна пажња се посвећује електронској (онлајн) аукцији и питању ко је и да ли уопште постоји организатор ове врсте аукције.*

**Кључне речи:** аукција, јавно надметање, организатор аукције, аукционар, аукцијска кућа.

### **I Појам организатора аукције**

Јавно надметање (аукција) и аукционар су у нашем праву уређени у свега два члана Закона о трговини (даље у тексту: ЗОТ).<sup>1</sup> Члан 27 ЗОТ уређује аукцијску кућу, док се члан 28 односи на само јавно надметање.

---

\* асистент Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду “Идентитетски преображај Србије” (2019) из области “Реформа грађанског права”.

1 Закон о трговини – ЗОТ, *Сл. гласник РС*, бр. 53/2010, 10/2013 и 44/2018.

Треба истаћи да не постоји регулатива која се односи на организатора аукције, те ће аутор покушати да дође до одређених закључака анализирајући одредбе члана 27 и 28 ЗОТ.

У дефинисању организатора аукције истиче се да термин “аукцијска кућа” може да се односи на простор у коме се одвија аукција, али најчешће се под тим именом подразумева компанија која спроводи аукцију.<sup>2</sup> Највеће и данас најпознатије аукцијске куће настале су у Великој Британији у другој половини 18. века: *Sotheby's* (1744), *Christie's* (1766), *Bonhams* (1793) и *Phillips* (1796).<sup>3</sup> Продаја робе путем аукције прешла је из Енглеске у Америку, а данашњи статистички подаци говоре да су тржишни лидери у аукцијској продаји САД, Велика Британија и Кина.<sup>4</sup> Због тога је важно размотрити правно регулисање аукције и аукционара пре свега у Великој Британији, јер она представља репрезентативни (намерни) узорак за посматрање и анализу.

Поводом терминологије и избора одговарајућег термина поставља се питање да ли постоји разлика између организатора аукције и аукционара или су то синоними. У енглеској литератури термин “аукционар” најчешће се користи за означавање *конкретног физичког лица* које спроводи аукцију и њоме руководи<sup>5</sup> и које мора да испуњава одређене услове да би било аукционар.<sup>6</sup> Наиме, говори се о *занимању* аукционара, квалификацијама, типу привредне организације *у којој је аукционар уопслен*, обавези истицања имена, презимена и пребивалишта аукционара итд.<sup>7</sup> На појединим местима се изричито истиче да је аукционар заступник

---

2 Вид. [www.investopedia.com/terms/a/auction-house.asp](http://www.investopedia.com/terms/a/auction-house.asp), 11.04.2019.

3 Anne Laure Bandle, *The Sale of Misattributed Artworks and Antiques at Auction*, Cheltenham, Northampton, 2016, 65; James Brown, Mark Pawlowski, “How many contracts in an auction sales”, доступно на адреси: [http://research.aston.ac.uk/portal/files/19966646/contracts\\_in\\_an\\_auction\\_sale.pdf](http://research.aston.ac.uk/portal/files/19966646/contracts_in_an_auction_sale.pdf), 2, 11.04.2019.

4 A. L. Bandle, 70-71.

5 Joseph Bateman, *A Practical Treatise on the Law of Auctions – with Forms and Directions to Auctioneers*, London, 1st edition in 1883, 1.

6 У старом енглеском праву према Закону о аукционарима из 1845. (*The Auctioneers Act 1845*) аукционар је морао поседовати дозволу државе да би могао да се бави *послом аукционара* (*business of an auctioneer*), као и онај ко продаје имовину или нуди имовину на продају путем аукције, под претњом казне од 100 фунти. Вид. Auctioneers Act 1845, sec. 4; J. Bateman, 12-14. Обавеза поседовања дозволе укинута је Финансијским законом из 1949. (*Finance Act 1949*), па се данас обавезна дозвола предвиђа само у случајевима продаје неких врста робе. Вид. Brian W. Harvey, Franklin Meisel, *Auctions Law and Practice*, Oxford, 2006, 30-31.

7 B. W. Harvey, F. Meisel, 29-34.

продавца (*agent of the seller*).<sup>8</sup> Међутим, аукционара не треба схватати само као физичко лице које спроводи сам поступак аукције, већ би требало сматрати да је аукционар организатор аукције који радно упошљава одређено лице да спроведе поступак аукције. Тако, у условима пословања енглеских аукцијских кућа наводи се да је конкретна аукцијска кућа аукционар (*auctioneer*),<sup>9</sup> у литератури се говори о условима аукционара који су одшампани и налазе се у продајном каталогу<sup>10</sup> или се користи само термин аукцијска кућа (*auction house*) како би се објаснила природа односа између надметаца, с једне стране и аукцијске куће, с друге стране.<sup>11</sup> Сагледавањем енглеске литературе може се закључити да поводом коришћења и значења термина “аукционар” нема доследности, јер се тај термин користи и за означавање аукцијских кућа, али и за означавање физичких лица која ће спровести поступак аукције, при чему се тада говори о њиховом занимању (занимању аукционара), имену, презимену, пребивалишту, квалификацијама итд. или се описују радње које та лица спроведе у поступку аукције.<sup>12</sup> Ипак, и поред наведене недоследности, увек је јасно у ком смислу се термин “аукционар” користи.

У српском Закону о трговини наведени термини се не користе, већ постоји термин “аукцијска кућа”, за коју се каже да за туђ рачун *организује промет* нестандардизоване робе путем јавног надметања, као и да *сваки трговац* може за свој рачун *обављати трговину* јавним надметањем.<sup>13</sup> Дакле, не користи се ни термин “организатор аукције/јавног надметања” ни “аукционар”. У Нацрту Закона о трговини из фебруара 2009. године коришћен је термин “аукционар” за лице које организује јавно надметање, док се лице које спроводи сам поступак јавног надметања означавало као

8 John Macleod, *Consumer Sales Law*, London, 2002, 339; J. Brown, M. Pawlowski, 2, 9. У нашој правној теорији која се бави заступањем у систему општег права такође се истиче да је аукционар заступник којег власник овласти да прода ствар организовањем јавног надметања купаца, као понудилаца. Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 290.

9 У условима пословања *Christie's* наводи се да је *Christie's* аукционар (*auctioneer*). Условје пословања *Christie's* вид. на: [https://www.christies.com/pdf/onlineonly/ECOMMERCE\\_CONDITIONS\\_OF\\_SALE\\_CINC\\_Jan\\_2018.pdf](https://www.christies.com/pdf/onlineonly/ECOMMERCE_CONDITIONS_OF_SALE_CINC_Jan_2018.pdf), 14.04.2019. Исто чини и аукцијска кућа *Sotheby's*. Вид. A. L. Bandle, 371. Енглеска аукцијска кућа *Ingles & Hayday*, која се бави организовањем аукције музичких инструмената, у својим условима пословања такође наводи да је аукционар. Вид. *Ingles & Hayday's Conditions of Business for Buyers*, доступно на адреси: <https://ingles-hayday.com/conditions-of-business-for-buyers/>, 14.04.2019.

10 Clive Schmitthoff, David A. G. Sarre, *Charlesworth's Mercantile Law*, London, 1984, 324.

11 J. Brown, M. Pawlowski, 5.

12 Вид. Johnatan Law, Elizabeth A. Martin, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, 2013, 49.

13 ЗОТ, чл. 27 ст. 1 и чл. 28 ст. 2.

“руководилац јавног надметања”.<sup>14</sup> То значи да је Нацрт Закона о трговини организатора јавног надметања и аукционара поистоветио (регулисао као синониме). Поставља се питање да ли би, ипак, термин “аукционар” требало користити за означавање руководиоца јавног надметања, док би, с друге стране, постојао засебан термин “организатор јавног надметања”, односно аукцијска кућа. Као пример за аналогно решавање наведене термилошке дилеме може послужити разграничење Агенције за привредне регистре, с једне стране, и регистратора као конкретног физичког лица које врши регистрацију, с друге стране. У том смислу би се могло рећи да би требало разликовати организатора аукције, с једне стране и аукционара као конкретно физичко лице које спроводи аукцију, с друге стране. Имајући у виду да се ради о тренутно нерегулисаној области, у овом раду су термини “организатор јавног надметања” и “аукционар” коришћени као синоними (да означе трговца који организује јавно надметање), док је термин “руководилац јавног надметања” коришћен да значи физичко лице које спроводи јавно надметање кроз неки облик радног ангажовања од стране организатора аукције (аукционара).

## II Правна форма организатора аукције

Основно питање које се поставља је ко може бити организатор аукције (аукционар), односно ко може да обавља трговину јавним надметањем. Да ли то може бити свако правно и физичко лице или се мора радити о правном лицу? Да би се дошло до закључка у којој правној форми се оснива организатор аукције, потребно је прво разграничити врсте аукције према критеријуму *начина иступања организатора аукције*.

Законом о трговини прописано је да трговину јавним надметањем може да обавља сваки трговац за свој рачун.<sup>15</sup> Својство трговца у смислу Закона о трговини имају правна лица и предузетници који обављају трговину, а од физичких лица пољопривредници и лица која у виду занимања обављају делатност слободне професије уређену посебним прописима.<sup>16</sup> То значи да правна лица, предузетници, пољопривредници и лица која обављају делатност слободне професије могу обављати трговину јавним надметањем, али за свој рачун. Обављање трговине “за свој рачун” би требало тумачити као јавно надметање ради продаје своје робе или ради куповине робе за своје потребе. У исто време, Закон о трговини регулише аукцијску кућу као посебну тржишну институцију која органи-

14 Вид. Нацрт Закона о трговини из фебруара 2009, чл. 54 ст. 2 и ст. 6 тач. 3.

15 ЗОТ, чл. 28 ст. 2.

16 ЗОТ, чл. 11.

зује промет нестандардизоване робе за туђ рачун путем јавног надметања.<sup>17</sup> Аукцијска кућа је привредно друштво регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем у складу са прописима о регистрацији привредних субјеката.<sup>18</sup> Из наведеног проистиче да трговину јавним надметањем може да обавља сваки трговац, под условом да је обавља за свој рачун. Међутим, када је у питању делатност организовања трговине јавним надметањем за туђ рачун, мора се радити о аукцијској кући – привредном друштву, које је регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем.

Посебни случај јавног надметања је продаја одузете робе коју врше органи чији су инспектори одузели робу.<sup>19</sup> Ради се о ситуацији када робу коју су одузели тржишни инспектори по коначности решења о одузимању продаје Министарство трговине, које у овом случају представља аукционара.

У енглеској литератури се такође прави разлика између начина иступања организатора аукције. Аукционар може продавати своју робу путем аукције, али се најчешће појављује као пуномоћник/агент (*agent*) за другог.<sup>20</sup> Не постоје ограничења по питању “типа привредне организације” (*type of business association*) у којој се руководилац јавног надметања може ангажовати. То може бити индивидуални трговац/предузетник (*sole trader*), ортакчко друштво (*partnership*) или компанија (*company/corporation*).<sup>21</sup> Према Компанијском закону из 1948. (*Companies Act 1948*) постојало је ограничење у вези са бројем ортака у ортакчком друштву, те је било неопходно да постоји минимум двадесет ортака. Након измена из 2002. године, тог захтева више нема.<sup>22</sup> Иако је уобичајено да руководиоци јавног надметања буду ангажовани у ортакчким друштвима (*partnerships*),

17 Вид. ЗОТ, чл. 27 ст. 1. *Напомена* - Промет стандардизоване робе одвија се аукцијом на робној берзи.

18 ЗОТ, чл. 27 ст. 2.

19 ЗОТ, чл. 64. Одузимање робе врши тржишни инспектор оном лицу које затекне у обављању трговине, а које нема својство трговца у смислу Закона о трговини, као и лицу које обавља трговину ван продајног објекта, супротно мери привремене забране обављања трговине ван продајног објекта. Вид. чл. 63 ст. 1 ЗОТ.

20 J. Bateman, 25; B. W. Harvey, F. Meisel, 35.

21 B. W. Harvey, F. Meisel, 32. Детљаније о класификацији привредних друштава у енглеском праву вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право (Право привредних друштава)*, Београд, 2019, 57-59, 231-232, 293-295, 299.

22 Regulatory Reform (Removal of 20 Member Limit in Partnerships etc.) Order 2002, Statutory Instruments 2002/3203, доступно на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/3203/made>, 14.04.2019; B. W. Harvey, F. Meisel, 32.



највећи организатори аукције као што су *Christie's* и *Sotheby's* су компаније (*companies*).<sup>23</sup>

У српском праву нема детаљне регулативе добровољне аукције, а аукцијска пракса је неразвијена у односу на земље са највећим аукцијским кућама и аукцијском богатом праксом.<sup>24</sup> Да ли је оправдано да организатор аукције који организује промет робе за туђ рачун (аукцијска кућа) мора бити привредно друштво, како је то регулисано српским Законом о трговини (чл. 27 ст. 2), имајући у виду да у енглеском праву, на пример, то може бити и индивидуални трговац/предузетник?

Основно питање које се поставља у вези са правном формом организатора аукције је питање његове одговорности. То су, на пример, случајеви одговорности због одустанка организатора аукције од закључења уговора, одговорности за физичке и правне недостатке продате ствари (предмета аукције), ризик “губитка” права својине стицаоца туђе ствари на аукцији (обавеза повраћаја купљене ствари правом власнику) уз обавезу организатора аукције да надокнади стицаоцу целокупну претрпљену штету и слично. Одговорност организатора аукције и накнада штете би у многим случајевима захтевала да организатор аукције буде економски снажан субјект, који би имао довољно средстава да изврши накнаду целокупне штете стицаоцу. Ако се питање одговорности разматра на наведени начин, јасно је да проблем може настати и када је организатор аукције друштво са ограниченом одговорношћу са симболичним основним капиталом.<sup>25</sup> Оно, стога, не би могло да надокнади насталу штету ни принудним путем (у извршном или евентуално стечајном поступку), па би право стицаоца на накнаду штете од организатора аукције остало “голо право”, јер је неостварљиво када организатор аукције нема средстава. Имајући у виду да ризик неостварљивости права на накнаду штете

---

23 *Ibid.*

24 Аукција може да се подели на принудну и добровољну. Принудна аукција би подразумевала аукцију у судском поступку – извршном и стечајном поступку, као и вансудску јавну продају од стране заложног повериоца. Добровољна аукција би подразумевала посебан начин закључења уговора. Дакле, код принудне аукције нема уговора, јер се својина стиче одлуком (државног органа – суда или јавног извршитеља коме су поверена јавна овлашћења), те се може рећи да се ради о процесноправном институту. Добровољна аукција као посебан начин закључења уговора би представљала материјалноправни институт.

25 Према чл. 145 ЗОПД минимални основни капитал за оснивање друштва са ограниченом одговорношћу износи 100 динара. О потреби увођења и друштва са ограниченом одговорношћу са одређеним озбиљним минималним капиталом (нижим од акционарског, али одвраћајућим за преварна оснивања таквих друштава) вид. М. Васиљевић, “Право и привредно пословање”, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 22.

због недостатка средстава постоји и код друштава са ограниченом одговорношћу (када имају симболични основни капитал), забрана предузетнику да се бави организовањем аукције није оправдана. Она није оправдана посебно када се узме у обзир чињеница да предузетник одговара лично, директно и неограничено целом својом имовином за обавезе које настану из обављања делатности. Због тога би било оправдано ограничење, које би требало предвидети законом, поседовање и одржавање одређеног минималног основног капитала за обављање делатности организовања аукције, а не предвиђање правне форме за организатора аукције. Дакле, уз предвиђање минималног основног капитала, организатор аукције би могао бити и предузетник, као што је то у енглеском праву. У том случају добро решење би било и предвиђање обавезе осигурања од одговорности за штету нанету купцу који учествује у аукцији.

Као још један аргумент у прилог слободе у уређивању положаја – правне форме организатора аукције може се навести пример робне берзе, која ужива слободу у уређивању свог положаја. Она не мора да буде правно лице нити да има облик акционарског друштва (осим ако тргује робним дериватима, чије трговање уређује Закон о тржишту капитала), јер јој таква обавеза није законом наметнута.<sup>26</sup> Делатност организовања трговине робом може да обавља појединац као предузетник, јер је то у складу са уставним начелом слободе предузетништва.<sup>27</sup>

### III Делатност организатора аукције

У случају јавног надметања за туђ рачун организатор јавног надметања мора бити лице посебно регистровано за делатност организовања јавног надметања. Поставља се питање да ли то лице сме да се бави искључиво организовањем јавног надметања и закључивањем уговора о продаји са најбољим понудиоцем (победником надметања) за рачун налогодавца или би делатност организовања јавног надметања могла да се региструје као претежна делатност, а друштво би се могло бавити и

---

26 Робни деривати су изведени финансијски инструменти који се односе на робу, који морају бити намирени у новцу или изузетно физички, уколико се њима тргује на регулисаном тржишту или мултилатералној трговачкој платформи. Вид. Закон о тржишту капитала, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, чл. 2 ст. 1 тач. 11. За разлику од робне берзе, ефектна берза у српском праву може бити само акционарско друштво. Вид. Закон о тржишту капитала, чл. 95 ст. 2.

27 Н. Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 73. Вид. чл. 83 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

било којом другом законом дозвољеном делатношћу у складу са чланом 4 ставом 1 Закона о привредним друштвима.<sup>28</sup>

У Закону о трговини предвиђено је да аукцијска кућа представља привредно друштво “регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем”.<sup>29</sup> У Нацрту Закона о трговини из 2009. било је предвиђено да се аукционар сме бавити искључиво организовањем јавног надметања (и закључивањем уговора са најбољим понудиоцем), као и пратећим услугама као што су обавештавање о предмету надметања, паковање робе, њена испорука купцу или наплата цене.<sup>30</sup>

Поставља се питање који би био *ratio legis* предвиђања делатности организовања јавног надметања као искључиве делатности привредног друштва (аукцијске куће). Предвиђање одређене делатности као искључиве није неуобичајено, јер се појављује на више места у нашем правном систему. Примера ради, Закон о банкама предвиђа затворен круг послова које банка може обављати, а предвиђа и послове које може обављати само банка.<sup>31</sup> Иста формулација постоји и код друштава за осигурање. Друштво за осигурање/реосигурање обавља послове осигурања/реосигу-

28 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018 и 95/2018. У складу са чланом 4 ставом 2 ЗОПД посебним законом може се условити регистрација или обављање одређене делатности издавањем претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа. По мишљењу регистратора Агенције за привредне регистре привредни субјекти могу уписати у Регистар само једну, претежну делатност, јер им је по основу ЗОПД дозвољено да обављају и друге делатности, с тим што сам привредни субјект мора водити рачуна о исуњености услова за обављање свих делатности. Мишљење регистратора Агенције за привредне регистре је доступно на адреси: <https://apr.gov.rs/upload/Portals/0/privredna%20drustva/MI%C5%A0LJENJE%20REGISTRATORA-DELATNOSTI%202012%2020072016.pdf?ver=2016-08-08-115704-613>, 17.04.2019.

29 ЗОТ, чл. 27 ст. 2.

30 Нацрт Закона о трговини из 2009, чл. 54 ст. 3.

31 Закон о банкама - ЗОБ, *Сл. гласник РС*, бр. 91/2010 14/2015, чл. 5. Занимљиво је да ограничења постоје не само у обављању делатности, већ и у стицању подређених друштава. Тако, према члану 124 ЗОБ банка може основати или стећи подређено друштво само уз сагласност Народне банке Србије, при чему подређена лица банке могу бити само лица у финансијском сектору (према члану 2 ЗОБ лице у финансијском сектору је банка, друштво за осигурање, покровитељ емисије хартија од вредности, друштво за управљање инвестиционим и добровољним пензијским фондовима, брокерско-дилерско друштво, привредно друштво које обавља послове финансијског лизинга, као и друго правно лице које се претежно бави финансијском делатношћу у земљи и иностранству). Народна банка Србије у одговорима на најчешће постављана питања у вези са применом ЗОБ истиче да подређена друштва банке могу бити само лица у финансијском сектору, јер одредбама члана 124 ЗОБ није прописан ниједан изузетак од наведеног правила. Вид. одговор на питање бр. 28, доступно на адреси: [https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/55\\_9/pitanja\\_i\\_odgovori\\_zakon\\_o\\_bankama.pdf](https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/55_9/pitanja_i_odgovori_zakon_o_bankama.pdf), 17.04.2019.

рања и те послове не може обављати нико изузев друштва за осигурање/реосигурање.<sup>32</sup>

Може се приметити да су привредна друштва за које посебни закон предвиђа искључиву делатност у режиму дозвола и одобрења. За сваки облик регулације у облику ограничења које закони предвиђају треба да постоји јасно одређена сврха предвиђеног ограничења.<sup>33</sup> Код предвиђања одређених делатности као искључивих постоји изражени јавни интерес и/или интерес заштите слабије и мање стручне уговорне стране (потрошача). Истиче се да постоје два разлога за интерес државе да регулише финансијски сектор и да га надзире. Први је заштита потрошача, а други је одржавање финансијске стабилности.<sup>34</sup> Разлог за предвиђање искључиве делатности је, чини се, и специфичност одређене делатности, за чије је обављање потребна специјализација. Тако, привредна друштва која су у режиму дозвола представљају специјализована привредна друштва.

Када је у питању делатност организовања аукције и питање да ли је потребно предвидети ту делатност као претежну или искључиву, треба узети у обзир разлику коју чини важећи Закон о трговини у погледу начина иступања аукционара. Ако би аукционар организовао јавно надметање за свој рачун - ради продаје своје робе или ради куповине робе за своје потребе, имајући у виду да то може чинити сваки трговац, делатност организовања аукције би у овом случају могла бити предвиђена као претежна делатност аукционара. У том случају аукционар би према општем правилу из ЗОПД могао да се бави и другим делатностима које нису законом забрањене. Међутим, када је у питању аукцијска кућа која организује аукцију за туђ рачун, Закон о трговини прави разлику у односу на остале аукционаре, предвиђајући да је аукцијска кућа “*привредно друштво регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем у складу са прописима о регистрацији привредних субјеката*”. Из наведене одредбе не произлази јасан закључак о томе да ли формулација “*регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем*” упућује на искључиву делатност аукционара. Имајући у виду да је за обављање делатности организовања аукције за туђ рачун важна специјализација, требало би закључити да је оправдано

32 Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 20.

33 Вид. , OECD, *Best Practice Principles for Regulatory Policy - The Governance of Regulators*, доступно на адреси: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators\\_9789264209015-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators_9789264209015-en), 31, 17.04.2019.

34 Marc Quintin, Michael W. Taylor, “Should Financial Sector Regulators Be Independent?”, *International Monetary Fund Economic Issues*, бр. 32/2004, доступно на адреси: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues32/index.htm> 17.04.2019.

предвиђање делатности аукцијске куће као искључиве. Ово посебно долази до изражаја у ситуацији када се организује аукција вредних уметничких предмета, па је неопходно да аукцијска кућа има и стручна лица, која би процењивала да ли се ради о оригиналном уметничком делу. У вези са тим је и питање одговорности аукционара, које посебно може доћи до изражаја у вези са оригиналношћу уметничких предмета, као и код улагања дужне пажње аукционара у утврђивању да ли је налогодавац (продавац) власник ствари коју продаје или не.

Ваљано решење би било предвиђање претежне делатности аукционара који организује аукцију за свој рачун и искључиве делатности аукционара који организује аукцију за туђ рачун (аукцијска кућа). Једино питање које у том случају остаје отворено је да ли би требало условити обављање делатности аукцијске куће издавањем претходног одобрења. Тачно је да су специјализована привредна друштва у режиму дозвола, па би том логиком исто правило требало да важи и за аукцијску кућу, ако бисмо прихватили претходни став о потреби специјализације и увођења искључиве делатности аукцијске куће. С друге стране, делатност организовања аукције различитих предмета је најсличнија делатности робне берзе, која има слободу у уређивању свог положаја, па би се могло закључити да би за аукцијску кућу режим без издавања дозволе за обављање делатности био адекватније решење. Ипак, треба имати у виду да би боље законско решење било да и робне берзе (не само ефектне) буду у режиму дозволе, те би исто требало закључити и за аукцијску кућу као организатора аукције.

## IV Организатор *on-line* аукције

### 1. Појам организатора *on-line* аукције

Електронске или онлајн аукције (*on-line auctions*) су аукције које се спроводе на интернету. Основна дилема која постоји у вези са организаторима онлајн аукција јесте да ли се веб-сајтови за аукцијску продају робе могу сматрати организаторима аукције.<sup>35</sup>

Неспорна ситуација постоји када одређена аукцијска кућа поред аукције уз физичко присуство надметаача у одређеној просторији има и

---

35 Први сајтови за аукцијску продају робе основани су средином деведесетих година XX века. На њима се продавци и купци директно повезују и тргују на Интернету. Најпознатији је онај који је 1995. године основала компанија *eBay*. Вид. Јелена Ђеранић, "Повреда жига на сајтовима за аукцијску продају робе", *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Душан Поповић), Београд, 2016, 48-49.

електронску (онлајн) платформу за спровођење аукције, тако да надметачи употребом електронске опреме и технологије учествују у аукцији било када и било где као да су физички присутни (*on-line*).<sup>36</sup> Наиме, у таквој ситуацији аукцијске куће користе додатни “канал” за продају како би се аукција спровела уживо, тако што се продаја врши не само у стварној просторији уз физичко присуство надметача, већ се користе оба начина. Коришћење технологија као што су видео везе (*video links*), широкопојасни Интернет (*broadband Internet*) и скајп (*Skype*) не мењају суштину и правни оквир аукцијске продаје, те се овде ради о “традиционалном” (класичном, физичком) аукционару.<sup>37</sup> Он у сваком случају задржава своју улогу пуномоћника и тиме традиционалног аукционара без обзира на технологију коју користи.<sup>38</sup>

С друге стране, постоје веб-сајтови за аукцијску продају робе (на пример, *eBay*) за које је јасно да се не могу сматрати “традиционалним” организаторима аукције због специфичног начина функционисања, али је потребно размотрити да ли се уопште могу сматрати организаторима аукције. У домаћој литератури се истиче да постоје две врсте специјализованих аукцијских веб-сајтова. Једна група сајтова иступа у својству посредника,<sup>39</sup> обезбеђујући само платформу на којој се сусрећу продавац и купци и закључују уговоре.<sup>40</sup> Друга група сајтова су онлајн платформе аукцијских кућа.<sup>41</sup>

У енглеској литератури се води полемика да ли сајтови попут *eBay*-а представљају организатора аукције (аукционара). У уговору о коришћењу *eBay*-а наводи се да *eBay* није аукционар, иако се најчешће

---

36 Постоје онлајн аукцијске платформе великих аукцијских кућа, као што су: Christie’s LIVE, Sotheby’s BIDnow, Phillips Live Auctions, Bonhams Live Online bidding. Вид. А. L. Bandle 68 фн. 246.

37 J. Brown, M. Pawlowski, 16.

38 Christine Riefa, “To Be or not to Be an Auctioneer: Some Thoughts on the Legal Nature of Online “eBay” Auctions and the Protection of Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 31, бр. 2/2008, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

39 Наша правна теорија бави се само оваквом врстом сајтова, који не представљају организатора аукције, већ, како се истиче, “пружаоце Интернет услуга”. Вид. Ј. Ђеранић, 47-73.

40 Истиче се да је *eBay* посредник (*intermediary*), односно “аукцијска посредничка компанија” (*auction mediation company*), чиме је искључен из домена традиционалне аукције, имајући у виду да нема улогу у самом закључивању уговора између купаца и продаваца, већ само пружа “посредничку платформу” (*intermediary platform*) путем које се они међусобно проналазе. Вид. С. Riefa, *Consumer Protection and Online Auction Platforms: Towards a Safer Legal Framework*, New York, 2016, 3, 38; С. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

41 Дубравка Стојановић, “Он-лајн аукције”, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, 532-533.

означава као онлајн аукцијски веб-сајт.<sup>42</sup> Наиме, *eBay* нема физички приступ понудиоцима, не прима куповну цену нити има физички приступ роби која се продаје, већ представља само електронску платформу за послове, која наплаћује провизију за успешно обављене продаје и надзире надметање за рачун продавца.<sup>43</sup> Веб-сајт *Amazon* у условима коришћења и продаје (*conditions of use and sale*) такође наводи да није пуномоћник продавца (аукционар – прим. аут.), већ само обезбеђује место за купце и продавце да преговарају и закључују уговоре.<sup>44</sup>

Још једна значајна разлика у односу на традиционалну аукцију је време за спровођење аукције. Највећи број онлајн аукција спроводи се у одређеном периоду, што омогућује надметачима да учествују у аукцији тако што неће константно бити онлајн. Очигледна разлика се састоји и у томе што се стране код онлајн аукције никада не састају, а купац нема могућност да прегледа робу.<sup>45</sup>

Једино што је заједничко традиционалној и онлајн аукцији је начин закључивања уговора преко понуде и прихвата – правила уговорног права која се примењују на понуду и прихват једнако важе и код електронског начина закључивања уговора. У енглеској судској пракси у случају *Chelmsford Auctions Ltd v. Poole* (1973) истакнуто је да *eBay* продаја представља врсту аукције/аукцијске продаје робе.<sup>46</sup> При томе се истицало да трипартитни уговорни однос који постоји код традиционалне аукције постоји и код *eBay* аукције. У енглеској литератури се истиче да постоје три уговора код аукцијске продаје: први, уговор о продаји између власника и најповољнијег понудиоца који се закључује на крају аукцијског поступка; други, уговор између власника и аукционара - уговор између продавца и аукцијског сајта за пружање техничких алата неопходних за

42 Вид. *eBay's User Agreement*, art. 2. Доступно на адреси: <https://www.ebay.com/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259>, 14.04.2019.

Уговор о коришћењу *eBay*-а из 2003. године (члан 3) садржао је нешто другачију одредбу, али са истом суштином: “*eBay* is not an auctioneer. Although commonly referred to as an online auction web site, it is important to realise that *we are not a traditional auctineer*. Instead, the site acts as *a venue*, which allows registered users to offer, sell and buy just about anything which is legal, at any time, from anywhere, in a variety of price formats including fixed price and auction-style. We do not review listing provided by users, we never possess the items offered through the site and *we are not involved in transactions* between buyer and sellers”. Доступно на адреси: <https://pages.ebay.co.uk/services/registration/user-agreement-review.html>, 14.04.2019.

43 J. Brown, M. Pawlowski, 14.

44 Члан 12 Улова коришћења и продаје *Amazon*-а; доступно на адреси: <https://www.amazon.co.uk/gp/help/customer/display.html?nodeId=1040616>, 14.04.2019.

45 J. Brown, M. Pawlowski, 14.

46 Случај наведен према: J. Brown, M. Pawlowski, 15.

оглашавање и одржавање аукције; и трећи, уговор између аукционара и најповољнијег понудиоца, односно уговор између аукцијског сајта и учесника надметања како би им сајт пружио приступ и могућност учешћа у аукцији.<sup>47</sup>

Међутим, у енглеској литератури се истиче да традиционална аукција има три карактеристике које се посматрају као услови који морају бити испуњени да би се радило о аукцији и да би постојао класични организатор аукције: прво, продаја мора бити организована остваривањем начела слободне конкуренције; друго, робу купује најбољи понудилац; и треће, продаја подразумева однос заступништва (*agency*).<sup>48</sup>

#### а) Начело конкуренције

Начело конкуренције омогућује “изражавање тражње” у аукцијском поступку, што се постиже кроз изјављивање, односно достављање понуде која ће ставити ван дејства понуде свих других учесника, јер је у односу на њих повољнија.<sup>49</sup> Постоје различита схватања о томе када је остварено начело конкуренције. Поједини аутори сматрају да је ово начело остварено само ако већи број лица узме учешћа у аукцији,<sup>50</sup> док други сматрају да то може бити и једно лице, односно могуће је да се ради о

47 J. Brown, M. Pawlowski, 15-16 фн. 62; C. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

48 У Грађанском законнику Квебека (чл. 1757) наводи се да је аукцијска продаја врста продаје у којој се имовина нуди неколицини особа кроз посредовање трећег лица (аукционара) и продаје се последњем и најбољем понудиоцу. Наведено према: C. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

49 Миодраг Мићовић, *Јавно надметање* (докторска теза), Крагујевац, 1988, 95.

50 У правној теорији се истиче да је за остваривање начела конкуренције потребно учешће минимум два или три надметача, јер у случају једног надметача нема конкуренције, а тиме ни надметања. Постојање минимум два лица би значило да су формално испуњени услови да се надметање одржи, али уз опасност од међусобног договарања два учесника и њихов споразум, који би утицао на ток и резултат надметања. Стога се закључује да је за ваљано одржање надметања потребно учешће барем три надметача. Вид. М. Мићовић, 96 фн. 12, 165. Чини се да се закључку аутора о ваљаности надметања ако учествује минимум три надметача може приговорити да је то број надметача који такође ствара опасност од међусобног договарања (нема драстичне разлике између аукције у којој учествује два и аукције у којој учествује три надметача). У сваком случају, неспорно је да што је више учесника аукције, то се може постићи већа цена. Вид. Ronald Peeters, Anastas P. Tenev, “Number of bidders and the winner’s curse”, *University of Otago Economics Discussion Papers*, бр. 1802/2018, 1-5; OECD, *Policy Roundtables – Competition in Bidding Markets 2006*, 30, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/38773965.pdf>, 17.04.2019.



аукцијској продаји и у ситуацији када је поднета само једна понуда.<sup>51</sup> Оправдање за другу групу схватања лежи у томе да је при одлучивању да ли неки поступак представља аукцијску продају робе важно да ли је *практично било могуће* да учествује више понудилаца, независно од тога да ли је заиста учествовало.<sup>52</sup>

Када се разматра начело конкуренције, могло би се рећи да веб-сајтови као што је *eBay* нису организатори аукције, јер се понудиоци не састају, тако да нема конкурентне атмосфере, што је, на пример, истицао тужени у случају *Chambre nationale des Commissaires priseurs and Another v. Société NART SAS and Another*. Суд је наведени аргумент одбио да прихвати истичући да онлајн аукције стварају исту конкурентну атмосферу у надметању као традиционалне аукције. Понуде су истовремене и учесници знају колике су остале понуде, тако да могу учинити вишу понуду.<sup>53</sup>

#### б) Најбољи понудилац

Већинско је схватање о правној природи аукције да аукционар упућује позив за понуду док надметачи упућују понуду од којих ће аукционар једну прихватити затварањем аукције, закључујући на тај начин уговор о аукцијској продаји робе.

Други конститутивни елемент аукције је продаја робе најбољем понудиоцу. У енглеском типу аукције најбољи понудилац је онај који понуди највишу цену.<sup>54</sup> Насупрот томе, у холандском типу аукције најбољи понудилац је онај ко понуди најнижу цену.<sup>55</sup>

---

51 Christina Ramberg, *Internet Marketplaces – The Law of Auctions and Exchanges Online*, Oxford, New York, 49.

52 С. Ramberg, 49. Исто схватање вид. у: Ивица Јанковец, “Закључење уговора јавним надметањем”, *Привредноправни приручник*, бр. 11/86, 22.

53 Tribunal de Grande (District Court) Paris, 3 May 2000; случај наведен према: С. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

54 О енглеском типу аукције вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јованвић, *Економија за правнике*, Београд, 2008, 404-405; С. Riefa (2016), 6; Зауреш Сагидуллаевна Ашимова, “Аукцион как форма торгов”, *Казакстан Республикасы Заң шығару институтының жаршысы*, бр. 2(34)/2014, 152, доступно на адреси: <https://cyberleninka.ru/article/v/auksion-kak-forma-torgov>, 14.04.2019.

55 У холандској аукцији се полази од арбитрерно одређене веома високе продајне цене, за коју се претпоставља да није прихватљива ни за једног купца. Потом аукционар нуди нову цену, која је за неки мали износ нижа од почетне и наводи учеснике аукције да је прихвате. Аукција се завршава онда када један од учесника прихвати тренутну цену. Холандски тип аукције омогућава продавцу да од купца извуче целокупни износ потрошачевог вишка, јер се претпоставља да ће купац који жели да победи у аукцији лицитирати своју резервациону

Независно од тога да ли се ради о енглеској или холандској аукцији, аукција омогућава да се купац и цена не бирају субјективно путем (класичних) преговора, већ објективним и аутоматским методом.<sup>56</sup> Међутим, у онлајн аукцијама на веб-сајтовима као што је *eBay* неће увек бити могуће одредити најповољнијег понудиоца и цену на објективни и аутоматски начин (што је карактеристика традиционалне аукције). Наиме, могуће је да током трајања аукције продавац одлучи да понуди робу по одређеној фиксној цени (“*buy now! price!*”/ “*buy-it-now price!*”), која је алтернатива највишој понуди, тако да свако може да искористи ту могућност, купи робу по фиксној цени и на тај начин оконча аукцију. У таквој ситуацији не значи да ће се уговор о продаји закључити са најбољим понудиоцем у моменту затварања аукције, као што би то био случај у традиционалној аукцији.<sup>57</sup> Имајући у виду да се метод аукције комбинује са продајом по фиксној цени,<sup>58</sup> овде се пре ради о дистанцианој продаји робе него о аукцији, с обзиром на то да је могуће да у овој “аукцијској” продаји не победи најбољи понудилац, већ неко друго лице.<sup>59</sup> Критеријум најбољег понудиоца, дакле, не може са сигурношћу важити на сајтовима за аукцијску продају робе због описаних ситуација – изузетака (када се роба не продаје најбољем понудиоцу). Због тога би требало закључити да се у овом случају не ради о традиционалној аукцији и да традиционални организатор аукције на сајтовима као што је *eBay* не постоји.

#### в) Однос засупништва (*agency*)

Трећи конститутивни елемент аукције је однос заступања/заступништва (*agency*), где аукционар на аукцији представља свог налогодавца (продавца).<sup>60</sup> Заступање се у енглеском праву најчешће дефинише као

---

цену. О холандском типу аукције вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јованвић, 405; Д. Стојановић, 533; С. Riefa (2016), 6; 3. С. Ашимова, 152.

56 С. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

57 С. Riefa (2016), 5.

58 Веб-сајт *Yahoo! Auctions* је први аукцијски веб-сајт који је употребио механизам фиксне цене (*fixed-price mechanism*) 1999. године, док је *eBay* прихватио наведени модел продаје 2000. године. Вид. С. Riefa (2016), 5.

59 У енглеској правној теорији се истиче да би наведена ситуација представљала “приватне” преговоре (*private negotiations*) и продају “приватним” уговором (*private treaty sale*). Вид. С. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

60 Аукционар представља посебну врсту заступника. Вид. В. W. Harvey, F. Meisel, 35. Треба имати у виду да у заступању постоји битна разлика енглеског у односу на српско право. Заступање се у систему општег права схвата шире у односу на српско право, јер је битно само да заступник иступа за рачун заступаног (*for the account of*), без обзира да ли наступа на своје име (као српски комисионар) или у име заступаног (као српски заступник). Заступање

однос у коме једно лице, заступани (налогодавац, властодавац, *principal*) даје овлашћење (*power*) другом лицу, заступнику (налогопримцу, пуномоћнику, *agent*) да за њега успоставља правне односе са трећим лицима (*third party*).<sup>61</sup>

У Француској се одсуство заступништва и “интервенције” трећег лица у закључивању уговора о продаји сматра основном разликом између традиционалне и онлајн аукције “eBay типа” (*eBay type auction*).<sup>62</sup> Према Грађанском законнику Квебека такође се захтева постојање трећег лица да би се радило о аукцијској продаји.<sup>63</sup> Према енглеском Закону о продаји робе аукцијска продаја сматра се завршеном када *аукционар прогласи њен завршетак* падом чекића или на други уобичајени начин.<sup>64</sup> Из наведене одредбе могао би се извући закључак да је за аукцијску продају потребно присуство трећег лица које ће прогласити завршетак аукцијског поступка. Ипак, у правној теорији се истиче да није потребно предвидети присуство *човека-аукционара* (*human auctioneer*) као услов за постојање аукције, јер проглашење најбољег понудиоца може учинити и

---

у систему општег права обухвата више именованих уговора српског права – уговор о заступању, уговор о комисиону и уговор о посредовању. Због тога се на овом месту напомиње да се сви изрази који се појављују у делу IV.1.в) овог рада (заступник, посредник, заступани, налогодавац) користе у контексту система општег права и њиховог поимања заступања. Дакле, једино је битно да ли постоји лице које иступа за рачун налогодавца. Више о заступању у систему општег права вид. у: Н. Јовановић (2015), 281 и даље.

Овде би такође требало скренути пажњу на једну недоследност у енглеској правној теорији која истиче да сајтови попут eBay-а нису организатори аукције, јер не представљају пуномоћнике/агенте (*agents*), већ посреднике (*intermediaries*). Како је већ наведено, у енглеском праву и посредник се сматра агентом, односно обухваћен је јединственим институтом агентуре (*agency*), тако да тај аргумент није одговарајући за објашњење улоге аукцијских сајтова, јер би то значило да постојањем посредника постоји услов заступништва, што води закључку да су аукцијски сајтови, ипак, организатори аукције. Аргумент који се среће у општим условима пословања (уговорима о коришћењу) аукцијских сајтова да они представљају само платформу/место (*venue/marketplace*) за трговину између продаваца и купаца, као и чињеница да сајтови немају физички приступ роби, не врше излагање робе, не врше наплату цене и сл. аргументи су који могу служити за објашњење положаја и улоге наведених сајтова.

61 Н. Јовановић (2015), 281.

62 За разлику од основне дефиниције заступања, у којој се под трећим лицем подразумева лице са којим заступник успоставља правне односе за свог налогодавца, на овом месту се под трећим лицем подразумева присуство заступника као организатора аукције како би се скренула пажња на неопходност постојања “додатног лица” поред продаваца и купаца.

63 Civil Code of Quebec, sec. 1757; C. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

64 Sale of Goods Act 1979, sec. 57, доступно на адреси: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, 14.04.2019.

“машина”, односно софтвер.<sup>65</sup> Иако се сматра да *физичко присуство* трећег лица - аукционара није неопходно, треће лице свакако мора постојати, како би окончало поступак аукције у складу са чланом 57 ставом 2 енглеског Закона о продаји робе.<sup>66</sup>

Разлике између традиционалне и онлајн аукције када је у питању аукционар су вишеструке. Прво, сајт *eBay* не прави листу робе и не поставља је на сајт. Друго, веб-сајт не контролише време трајања аукције, већ га одређује продавац. Треће, *eBay* нема приступ роби која се продаје преко веб-сајта, већ роба остаје код продавца. Четврто, информације које *eBay* доставља учесницима су опште (на пример, на који начин је најбоље организовати продају или у њој учествовати), док аукционар има обавезу да поступа са стручношћу и пажњом у најбољем интересу свог клијента. Пето, иако *eBay* прослеђује информацију о плаћању, није укључен у саму наплату као што је то традиционални аукционар.<sup>67</sup> Само стављање на располагање софтвера, који у потпуности контролише продавац није довољно да би се онлајн аукцијски сајт окарактерисао као организатор аукције.<sup>68</sup>

Из наведеног разматрања проистиче да је потребно постојање односа заступништва (*agency*) између продавца и аукцијског сајта како би се онлајн аукција посматрала као традиционална аукција са организатором аукције. Однос заступништва код *eBay*-а не постоји, те се он не може сматрати организатором аукције, већ се ради о обичној дистанцијоној продаји робе.<sup>69</sup>

Међутим, чини се да не би требало донети јединствени закључак и сматрати да веб-сајтови на којима се одвија аукцијска продаја нису организатори аукције. Напротив, требало би у сваком конкретном случају анализирати положај, улогу и обавезе одређеног веб-сајта и донети закључак о (не)постојању организатора онлајн аукције.

---

65 С. Ramberg, 52.

66 Треба, ипак, имати у виду да само присуство трећег лица није довољно да би постојала аукција. Постоје случајеви у којима се појављује треће лице, али се механизам одређивања цене заснива на преговорима или на стандардизованом ценовнику. Због тога је само присуство трећег лица као такво ирелевантно. Вид. С. Ramberg, 51.

67 С. Riefa, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

68 С. Riefa (2016), 38.

69 Треба имати у виду да је могуће да у продаји преко *eBay*-а учествују и традиционални аукционари тако што би *eBay* (или други веб-сајт тог типа) користили само као *место* за аукцијску продају робе. Вид. С. Riefa (2008), доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1352445](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352445).

## V Закључак

Одговор на питање ко је организатор аукције зависи од начина иступања организатора аукције. Ако обавља трговину јавним надметањем за свој рачун, организатор аукције је сваки трговац у смислу Закона о трговини. Ако организује трговину јавним надметањем за туђ рачун, организатор аукције је аукцијска кућа – привредно друштво регистровано за обављање делатности организовања трговине јавним надметањем.

У зависности од начина иступања организатора аукције, требало би донети и закључак да ли делатност организовања јавног надметања треба законом предвидети као искључиву или претежну делатност аукционара. Одредба Закона о трговини оставља простор за различита тумачења. Чини се да би најбоље решење било предвидети организовање аукције као претежну делатност, када је обавља сваки трговац (остале делатности би могао да обавља ако нису законом забрањене). Аукцијској кући као специјализованом аукционару организовање аукције требало би да буде искључива делатност.

Веб-сајтови за аукцијску продају робе у нашој земљи нису развијени, али имајући у виду дигитализацију и све већи и бржи развој информационо-комуникационих технологија, требало би очекивати да ће се у догледно време одомаћити и код нас. Због тога је од значаја размотрити питање да ли аукцијски веб-сајтови представљају организатора аукције или не. Они би то могли бити, ако би били испуњени сви остали услови који важе за физичког/ класичног аукционара: излагање робе како би је учесници аукције прегледали, обавештење о спровођењу аукције, руковођење аукцијом, закључивање уговора са најбољим понудиоцем, наплата цене итд. Ако би аукцијски веб-сајтови само пружали могућност коришћења посебног софтвера за повезивање купаца и продаваца, не би представљали организатора аукције, већ посебну врсту посредника.

**Maša MIŠKOVIĆ, M.A.**

**Junior faculty member at the Faculty of Law University of Belgrade**

## WHO IS AN AUCTIONEER?

### Summary

*In order to answer the question from this paper's title, the author describes the concept of an auction organizer. She considers whether it is necessary to make a distinction between an auction organizer and an auctioneer, or these two terms are synonyms. Furthermore, she analyzes the legal form of the auction organizer with regard to the Serbian Law on Trade, by using a comparative law methodology and, in particular, the use of the English law. When writing this paper, the author opted for the use of English law, given the fact that the first auction houses appeared in the United Kingdom in the mid-18th century, and that the UK is a country that has so far developed an extensive auction practice and is one of the main world leaders in auction sale. In addition to the legal form of the auction organizer, the business activity is also considered in order to make a conclusion whether it is necessary to regulate the organizing of auctions as the main or exclusive activity of the auction organizer. Finally, having in mind that in (today's) digital age the auction on the Internet has been developed and frequently used, special attention is paid to the online auction and to the question of who is and whether there is an organizer of this type of auction.*

**Key words:** *auction, public bidding, auction organizer, auctioneer, auction house.*

**Петар МИШКОВИЋ, мастер**

## **ИЗЈАВЕ И ГАРАНЦИЈЕ У УГОВОРИМА О ПРОДАЈИ УДЕЛА – ПОЈАМ И ПРОБЛЕМАТИКА У СРПСКОМ ПРАВУ**

### **Резиме**

*Аутор разматра институт изјава и гаранција, који представља један од најважнијих и у пракси највише преговараних делова уговора о продаји удела и сличних уговора који се јављају у области „спајања и преузимања“ (mergers and acquisitions). Улога овог института се огледа у расподели ризика који се односе на целокупно пословање привредног друштва. Самим тим, изјаве и гаранције имају велики значај, који се још више повећава када се узме у обзир да од њиховог обима и формулације често зависи и цена коју је стицалац спреман да плати за удео. Поред основних термилолошких категорија, аутор ће објаснити и механизам уговарања изјава и гаранција, њихову сврху, ограничења и средства која странкама стоје на располагању у случају њиховог кршења. Будући да представљају институт англосаксонског права, који није регулисан у нашем законодавству, аутор ће размотрити начин на који се у српској пракси уговарају изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела. Коначно, аутор ће указати на проблематику решења које је изнедрила српска пракса и указати на потребу законског регулисања овог института, како би се достигао ниво правне заштите коју актери „спајања и преузимања“ очекују приликом уговарања овог института.*

**Кључне речи:** *изјаве и гаранције, удео, уговор о продаји удела, друштво са ограниченом одговорношћу, материјални недостаци.*

### **I Појам изјава и гаранција**

Куповина удела одређеног друштва представља изузетно ризичан пословни подухват. Наиме, иако је предмет куповине сам удео, купац удела (стицалац) је заправо заинтересован за вредност пословања (бизниса) привредног друштва (циљно друштво). Куповином удела, стицалац добија контролу над циљним друштвом и његовом имовином,

пословним операцијама и подухватима, начину на који ће се расположи-ва средства користити. Међутим, на њега истовремено прелазе ризици дотадашњег управљања друштвом, пословања, располагања и одлука претходног власника (преносиоца удела) и управе. Како би се наведени ризици отклонили и/или умањили, обазрив и озбиљан стицалац ће спровести детаљну анализу пословања (*due diligence*)<sup>1</sup> циљног друштва. Оваква анализа ће му служити као основ за оцену вредности (цене) удела, али и као путоказ приликом преговарања одреби уговора чији је циљ да пребаце идентификоване ризике на дотадашњег власника друштва. Ипак, без обзира на темељност спроведене анализе није могуће идентификовати све постојеће или претеће ризике. Пре свега, увек постоји могућност да преносилац не обелодани све релевантне информације и документа важне за оцену „квалитета“ пословања друштва.<sup>2</sup> С друге стране, могуће је да у теренутку закључења уговора (или затварања трансакције)<sup>3</sup> поједини проблеми не постоје, већ да настану касније, али из разлога који су настали за време док је удео био у власништву преносиоца.<sup>4</sup> Стога се куповина удела метафорично упоређује са куповином бомбоњере – никада не знате шта се тачно крије испод поклопца.<sup>5</sup> Како би се пребацили или поделили ризици из претходног пословања и управљања друштвом и смањила предност коју преносилац има над стицаоцем у

1 Анализа пословања (*due diligence*) представља процес добијања и провере значајних информација које се тичу пословања циљног друштва, како би се идентификовали могући ризици, одговорности и друга значајна питања која утичу на пословање и вредност циљног друштва. *Due Diligence* може обухватити анализу пословања са правног, финансијског, пореског аспекта, анализу која се тиче технолошког процеса, као и анализу са аспекта заштите животне средине. Анализа се врши на основу података које је преносилац обелоданио и доставио стицаоцу, као и на основу јавно доступних података.

2 Alexey Anatolyevich Dubinchin, „Заверения и гарантии в сделках M&A. Недавний прецедент от "законодателей моды". Часть 1“, доступно на адреси: <http://www.lawfirm.ru/pr/print.php?id=4045>, 20.4.2019.

3 Затварање трансакције подразумева да су: (1) прибављена сва неопходна одобрења; (2) испуњени сви одложни услови (*conditions precedent*) који су предвиђени уговором о продаји удела; (3) испуњене све обавезе које су странке преузеле пре затварања трансакције (*pre-closing covenants*). На дан затварања трансакције, странке обично потписују читав низ уговора, одлука и других докумената потребних за имплементацију трансакције и, у системима у којима се власништво над уделом стиче регистрацијом, потписују и подносе регистрациону пријаву за промену власништва над уделом.

4 Примера ради, треће лице поднесе тужбу против циљног друштва због повреде уговора која је настала у време када је преносилац био власник удела.

5 Erik Lopez, „I'm buying a company. How do I know exactly what I'm getting?“, 2015 доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/im-buying-a-company-how-do-i-know-exactly-what-im-getting>, 20.4.2019.



виду асиметрије информација, у М&А пракси се широко примењује институт изјава и гаранција (*representations and warranties, reps and warranties, R&W*) чији је основни циљ да подели ризик претходног пословања и управљања друштвом између стицаоца или преносиоца.<sup>6</sup>

Историјски гледано, изјаве и гаранције настале су у англосаксонском праву, како би се ублажио ефекат правила *caveat emptor* („нека се купац чува“).<sup>7</sup> Накнадно су постале саставни и редовни део уговора који се закључују у М&А трансакцијама, те је данас просто немогуће замислити уговор о продаји удела или акција који не садржи опсежне одредбе о изјавама и гаранцијама. Штавише, истиче се да оне заузимају највећи део уговора (понекад чак и 30 страница), а неспорно је да су међу најзначајнијим, те стога и најдуже преговараним одредбама уговора.<sup>8</sup> Међутим, треба имати у виду да оне нису једино средство отклањања ризика везаних за претходно пословање циљног друштва, које стоји на располагању стицаоцима. Већ је споменута анализа пословања (*due diligence*), а поред тога истој сврси служе и обавезе пре затварања трансакције (*pre-closing covenants*), обавезе након затварања трансакције (*post-closing covenants*), посебна обештећења (*specific indemnities*), услови за затварање трансакције (*conditions precedent*).<sup>9</sup> Ипак, изјаве и гаранције су поред анализе пословања најважније за *идентификацију* и расподелу *ризика*, будући да бројне друге одредбе зависе од њих (примера ради, одредбе о обештећењу или одложним условима).<sup>10</sup> Често се наводи да су изјаве и гаранције

6 Erik Lopez, „Intro to M&A Representations and Warranties“, 2015; доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/intro-to-ma-representations-and-warranties/>, 20.4.2019.

7 Суштина правила се огледа у томе да продавац има обавезу само да преда ствар купцу, не гарантујући за њена својства и не упозоравајући на недостатке. Купац је тај који треба да прегледа ствар приликом предаје. Међутим, јасно је да се не могу идентификовати сви недостаци простим прегледом робе у тренутку предаје. Стога настаје институт гаранција, те продавци приликом предаје изјављују и гарантују купцу да ствар нема одређене недостатке. Ипак, продавац и даље нема обавезу да преда ствар која има одређена својства. Уколико се испостави да су његове изјаве и гаранције лажне, мораће да надокнади купцу штету коју је претрпео, не и да му преда саобразну ствар. Вид. Роман Бевзенко, „Договоренности, которые стали возможны благодаря реформе ГК РФ. Преодоление старых барьеров в обязательственном праве“, доступно на адреси: <https://www.pgplaw.ru/news/article/the-agreements-that-were-made-possible-by-the-reform-of-the-civil-code-overcoming-old-barriers-in-ob>, 20.4.2019.

8 E. Lopez (2015a), доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/im-buying-a-company-how-do-i-know-exactly-what-im-getting>, 20.4.2019.

9 E. Lopez, (2015b), доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/intro-to-ma-representations-and-warranties/>, 20.4.2019.

10 Lou R. Kling, Eileen T. Nugent, *Negotiated Acquisitions of companies, subsidiaries and divisions*, Law JournalPress, Volume 2/2003, 11-2.

заправо „продужена рука“, наставак анализе пословања циљног друштва,<sup>11</sup> будући да се из ставова преносиоца током преговора о појединим изјавама и гаранцијама могу идентификовати одређени ризици.<sup>12</sup> Међутим, њихова примарна функција је да заштите стицаоца од непознатих ризика<sup>13</sup>, оних које није идентификовао или није могао да идентификује током анализе пословања циљног друштва.

Поставља се питање да ли термин изјаве и гаранције представља целину или су ово два појма. Једнозначан одговор не постоји. Док се у Великој Британији прави разлика између изјава с једне стране, и гаранција с друге стране, у САД не постоји разлика између ових појмова, те се они користе као целина.<sup>14</sup> Претежно становиште у М&А пракси је да је разлика између ових појмова занемарљива. Међутим, у пракси се често догађа да енглески уговарачи траже да термин изјаве (*representations*) не буде унет у уговор, већ користе искључиво термин гаранције (*warranties*).<sup>15</sup> Иако је практични значај разликовања термина занемарљив са аспекта земаља које не познају овај институт или не праве разлику између изјава и гаранција (већина земаља континенталноправног система, али и већ споменути пример САД)<sup>16</sup>, на овом месту ћемо дати посебне дефиниције изјава и гаранција.

11 E. Lopez (20156) , доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/intro-to-ma-representations-and-warranties/>, 20.4.2019.

12 Преговарачу о изјавама и гаранцијама, стицалац може добити сазнања о чињеницама у вези са пословањем циљног друштва, која могу изменити његов став о висини накнаде за куповину удела или га штавише у потпуности одвратити од трансакције, као неисплативе. Такође, чињенице које може сазнати, могу га подстаћи да захтева измену неких других одредби будућег уговор о промени удела (попут посебних обавеза преносиоца, одложних услова, итд.). Више о томе видети у: L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-5.

13 Harold Frey, Dominique Müller, „Chapter 8: Arbitrating M&A Disputes“, у: Manuel Arroyo (уредник), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, друго издање, Kluwer Law International 2018, 1182.

14 Osborne Clarke „Representations and warranties in private M&A“ October 2014, доступно на адреси: <https://www.osborneclarke.com/insights/representations-and-warranties-in-private-ma/>, 20.4.2019.

15 Циљ који се овим жели постићи јесте да се искључи вануговорна одговорност (*tort*) у случају да изјаве нису тачне. Међутим, оправдано се наводи да просто изостављање речи „изјаве“ није довољно, те да се овај ефекат (у Великој Британији) може постићи искључиво уколико се експлицитно искључи могућност захтевања накнаде вануговорне штете. Вид. Leon N. Ferera, John Phillips, Julian Runnicles, „Some Differences in Law and Practice Between U.K. and U.S. Stock Purchase Agreements“ доступно на адреси: <https://www.jonesday.com/some-differences-in-law-and-practice-between-uk-and-us-stock-purchase-agreements-04-13-2007/>, 20.4.2019.

16 С друге стране, у Великој Британији разликовање ових појмова доводи до значајних практичних последица у погледу надоканде штете. Кршење гаранција даје право на накнаду штете због повреде уговора, док изјаве дају право на накнаду вануговорне штете (*tort*) уколико

Изјаве се односе на чињенице које постоје у садашњости или прошлости, оне које су постојале пре потписивања или у тренутку потписивања уговора и на које друга уговорна стана рачуна када закључује уговор.<sup>17</sup> Изјаве представљају уверења преносиоца да ствар има одређена својства. Њихова сврха је да мотивишу купца да закључи уговор.<sup>18</sup> С друге стране, гаранције представљају уговорно обећање да су одређене изјаве тачне.<sup>19</sup> Из оваквог разликовања следи да кршење гаранције представља повреду уговора, те би стицаоцу на располагању била тужба због поврде уговора. С друге стране, уколико су гаранције дате и као изјаве, стицалац има право на накнаду штете услед деликта преносиоца, који се огледа у давању лажне изјаве (*misrepresentation*).<sup>20</sup> Такође, кршење гаранција не даје право на раскид уговора, док би давање лажне изјаве био оправдан разлог за то (имајући у виду да су исте мотивисале купца да закључи уговор).<sup>21</sup> Ипак, као што је наведено, у М&А пракси се ретко прави разлика између ових појмова, те арсенал правних средстава која стоје на располагању у случају кршења изјава и гаранција заправо зависи од воље уговорних страна.<sup>22</sup>

У уговорима о продаји удела преносиоци дају стицаоцима широк спектар изјава и гаранција. Најчешћи механизам је тај да преносилац изјављује и гарантује да су одређене чињенице које се односе на пословање циљног друштва тачне, потпуне и необмањујуће на дан потписивања уговора, и да ће бити тачне, потпуне и необмањујуће на дан затварања

---

је продавац дао лажне, обмањујуће изјаве. Тако је у једном случају разлика довела до тога да је висина накнаде за повреду гаранција износила 6 милиона фунти, а за случај да су оне истовремено представљале и изјаве, висина би достигла читавих 17 милиона фунти. Видети: *Sycamore Bidco v Breslin & Anor*, доступно на адреси: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/583.html>, 20.4.2019.

17 Michal Jochemczak, „Remedying Breaches of Representations and Warranties – English and Polish Law Perspectives“, у: Carlos Gonzalez-Bueno (уредник), *40 under 40 International Arbitration*, Dykinson, S.L. 2018, 242.

18 Corporate Finance Institute „What are Reps and Warranties?“ доступно на адреси: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/deals/reps-and-warranties/>, 20.4.2019.

19 Osborne Clarke 2014, доступно на адреси: <https://www.osborneclarke.com/insights/representations-and-warranties-in-private-ma/>, 20.4.2019.

20 Osborne Clarke 2014, доступно на адреси: <https://www.osborneclarke.com/insights/representations-and-warranties-in-private-ma/>, 20.4.2019.

21 Corporate Finance Institute „What are Reps and Warranties?“, доступно на адреси: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/deals/reps-and-warranties/>, 20.4.2019.

22 L. N. Ferera, J. Phillips, J. Runnicles, доступно на адреси: <https://www.jonesday.com/some-differences-in-law-and-practice-between-uk-and-us-stock-purchase-agreements-04-13-2007/>, 20.4.2019.

транзакције.<sup>23</sup> Преносилац се даље обавезује да својим радњама (чињењем или нечињењем) у периоду између потписивања уговора и затварања транзакције, неће довести до кршења изјава и гаранција било на дан затварања транзакције или након тога.<sup>24</sup> Такође, често се захтева од преносиоца да обезбеди да наведено не буде изазвано радњама лица која су повезана са преносиоцем.

Као што је наведено, изјаве и гаранције се односе на различите аспекте пословања циљног друштва, а најчешће се дају у односу на: 1) власништво над уделом; 2) овлашћење преносиоца да закључи уговор; 3) статусна питања; 4) тачност и потпуност обелодањених информација; 5) финансијске извештаје; 6) уговоре који су важни за пословање циљног друштва; 7) полисе осигурања; 8) поштовање закона; 9) питања која се односе на прописе о заштити конкуренције; 10) судске, арбитражне и друге спорове у којима је циљно друштво странка или у које је укључено на неки други начин; 11) својину на имовини која је важна за пословање привредног друштва; 12) интелектуалну својину које друштво поседује; 13) питања везана за функционисање компјутерских система и остале информационе технологије у оквиру циљног друштва; 14) радноправна питања; 15) порески аспект пословања.<sup>25</sup> Тако, преносиоци стандардно изјављују и гарантују следеће:

*Преносилац је једини правни и стварни власник удела.*

*Циљно друштво и преносилац немају сазнања о било којој повреди, ништавости, рушљивости, отказу или раскиду било ког уговора значајног за пословање циљног друштва, нити о постојању околности или претпоставки да до тога дође.*

*Циљно друштво је у сваком тренутку поштовало све примењиве законе и прописе. Све дозволе које су потребне за или су у вези са обављањем делатности друштва су прибављене и важеће. Не постоје разлози на основу којих би било која таква дозвола могла бити одузета, измењена, укинута или необновљена.*

*Финансијски извештаји друштва су у свим значајним деловима састављени у складу са прописима који су важили у време њиховог састављања и садрже тачан и правичан преглед финансијског стања послова-*

23 Practice Guide by Miller Titerle + Company LLP, „Canada: Representation and Warranties – Part I - Overview“ доступно на адреси: <http://www.mondaq.com/a/3264/Mergers+and+Acquisitions/Representation+and+Warranties+Part+I+Overview>, 20.4.2019.

24 Ibid.

25 E. Lopez (2015a), доступно на адреси: <https://www.themalawyer.com/im-buying-a-company-how-do-i-know-exactly-what-im-getting>, 20.4.2019.

ња друштва, његовог профита и губитака за финансијску годину за коју су састављени.

Важно је имати у виду да се приликом уговарања изјава и гаранција користе различити механизми њихових квалификовања, ограничења, као и правних средстава која странкама стоје на располагању у случају њиховог кршења. Обим изјава и гаранција и њихова ограничења зависе од бројних околности, међу којима су најзначајније преговарачка моћ странака и услови под којима се сама трансакција одвија (време које странке имају на располагању, број заинтересованих купаца, потреба за тајношћу...)<sup>26</sup>

У даљем току рада ће бити изложени начини на које странке уговарају одребе о изјавама и гаранцијама и механизми који служе заштити њихових интереса. Пре свега, биће изложене међународно прихваћене одредбе и институти, који се примењују широм света у M&A пословној пракси. Затим ће аутор указати на приступ (или сналажење) наше правне праксе приликом имплементације изјава и гаранција у уговоре о продаји удела, будући да је јасно да овај институт у свом изворном облику није својствен нашем праву.

## II Изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела – општеприхваћени механизми

Одредбе о изјавама и гаранцијама у уговорима о продаји удела могу се драстично разликовати у зависности од бројних фактора, који утичу на преговарачку моћ страна. Од преговарачке моћи веома зависи да ли ће коначан текст уговора о продаји удела бити „пријатељски“ састављен са аспекта стицаоца или преносиоца удела.<sup>27</sup> Бројни су механизми који, допуњујући изјаве и гаранције, доводе до различите расподеле ризика. У финалу се све своди на то, да ли ће, у којим случајевима и у којој мери преносилац удела бити одговоран стицаоцу за давање погре-

---

26 Замислимо циљно друштво за које је заинтересован само један понуђач, коме брзина одвијања трансакције није од пресудног значаја и који жели да добије „бизнис“ у изврском стању и спреман је да за то плати велику цену. Затим замислимо ситуацију када постоје бројни заинтересовани понуђачи, који нуде приближно исту цену, где постоје одређени екстерни притисци који захтевају да се уговор потпише у кратком року и да се што пре крене са имплементацијом трансакције. У другом случају стицалац свакако може да инсистира на опсежној листи изјава и гаранција, које ни на који начин неће бити ограничене/квалификоване, чиме наравно ризикује да до потписивања уговора са њим и не дође. Из ових примера видимо да садржина одредби о изјавама и гаранцијама зависи директно од одређених екстерних, пословних фактора. Вид. L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-9.

27 Видети више у: L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-2 – 11-60.7.

шних, лажних или обмањујућих изјава и гаранција. Најважнија ограничења одговорности преносиоца која се срећу у М&А пракси су: 1) ограничења која се тичу информација обелодањених стицаоцу;<sup>28</sup> 2) ограничења која се тичу знања (*knowledge*) одређених лица о појединим чињеницама; 3) ограничења „значајности“ (*materiality*) одређене чињенице; 4) новчана ограничења.

Када говоримо о ограничењима која се тичу обелодањених информација пре свега треба размотрити информације које су обелодањене током *due diligence* процеса у тзв. „соби података“ (*data room*). Приступи се разликују од случаја до случаја, али се у пракси показало да у европским М&А трансакцијама често долази до ограничавања изјава и гаранција садржином собе података. То заправо значи да све информације које су обелодањене у соби података заправо представљају изузетак, те уколико су изјаве и гаранције погрешне услед постојања чињеница и околности које су могле бити идентификоване приликом обраде документације из собе података, преносилац неће бити одговоран.<sup>29</sup> Услов би свакако требало да буде уобичајен и правичан начин обелодањивања документације у соби података<sup>30</sup>. С друге стране, у САД најчешће постоји озбиљан отпор стицалаца према оваквим одредбама. Они захтевају да преносилац сачини детаљне прилоге уговору о преносу удела, у којима ће навести све податке који би требало да служе као изузетак изјавама и гаранцијама (*disclosure schedules*).<sup>31</sup> Други приступ је свакако повољнији за стицаоца, будући да је ризик „пропуштене“ или „превиђене“ информације на преносиоцу.<sup>32</sup> У зависности од трансакције, могуће је да постоји и

---

28 Овде се мисли на документа и информације које су обелодањене током *due diligence* процеса. До обелодањивања обично долази тако што купац упуту продавацу захтев за обелодањивање информација (*DD request list*), након чега их продавац учини доступним купцу било физички – у регистраторима (*physical data room*), било у електронској форми на некој од платформи које служе у те свре (*virtual data room - VDR*). Поред тога до обелодањивања информација долази у прилозима уговору о продаји удела (*disclosure schedules*), као путем писма о обелодањивању информација на дан затварања трансакције (*disclosure letter*).

29 Jörg Kirchner, Eli Hunt, „4 Key Differences Between European and US PE Transactions“, доступно на адреси: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/differences-between-european-us-private-equity-transactions>, 20.4.2019.

30 Примера ради, када би се податак о одређеном судском поступку налазио у делу собе података који садржи пореску документацију, могло би се рећи да иако податак јесте обелодањен, преносилац не може да се позива на изузетак, будући да обелодањивање није учињено на уобичајен, правичан и фер начин.

31 Practice Guide by Miller Titerle + Company LLP, <http://www.mondaq.com/a/3264/Mergers+and+Acquisitions/Representation+and+Warranties+Part+I+Overview>, 20.4.2019;

32 J. Kirchner, E. Hunt.

могућност да преносилац ажурира прилоге на основу околности које су настале између дана потписивања уговора и дана затварања трансакције<sup>33</sup> (што је изузетно повољно за преносиоца). Иста могућност може постојати и према британском моделу, путем издвојених писама о обелодањивању информација (*disclosure letters*) које је одвојено од главног уговор о преносу удела.<sup>34</sup> Међутим, могуће је да преносилац пропусти шансу да ограничи своју одговорност путем увођења одредби о томе шта се сматра обелодањеном информацијом, те би у том случају уговор о преносу удела садржао само гаранцију тачности обелодањених информација (*disclosure warranty*) што би представљало најнеповољније решење за преносиоца.<sup>35</sup> Такође, могућа су и радикална одступања у случају када преносиоци нису у могућности да издејствују било каква ограничења што би био случај са следећом одредбом:

*Ниједна обелодањена информација која је у вези са Продавчевим Гаранцијама, нити било каква сазнања Купца неће утицати на Купчев захтев за обештећење, нити ће на било који начин ограничити одговорност продавца, без обзира на то што су саветници Купца спровели анализу пословања Циљне компаније. Спорно је да ли би оваква одредба опстала као пуноважна у случају да дође до спора о кршењу изјава и гаранција.*

Даље, често је ограничавање изјава и гаранција одређеном врстом (са)знања које имају одређена лица код преносиоца или у циљном друштву (*knowledge qualifications*).<sup>36</sup> Разлика се прави у врсти знања које се захтева – понекад су то стварна (са)знања (*acutal knowledge*), а понекад претпостављено знање (*constructive knowledge*). Свакако, други приступ у мањој мери квалификује изјаве и гаранције. *Ratio* оваквог ограничења се огледа у томе што продавци једноставно не могу знати да ли су све изјаве и гаранције тачне. Примера ради, изјава да не постоји судски поступак

33 Will Perkins, N. Tasmin Din, „Representations and Warranties“, *Morgan Lewis M&A Academy*, 2016, 23, доступно на адреси: <https://www.morganlewis.com/-/media/files/publication/presentation/webinar/2016/ma-academy-representations-and-warranties-15nov-16.ashx?la=en&hash=75851124C313AFD18707B17275EAF549D097F410>, 20.4.2019.

34 L. N. Ferera, J. Phillips, J. Runnicles доступно на адреси: <https://www.jonesday.com/some-differences-in-law-and-practice-between-uk-and-us-stock-purchase-agreements-04-13-2007/>, 20.4.2019.

35 Више о гаранцији повољној за стицаоца видети у: Thomas Kuhnigg, „Disclosure in the context of private m&a transactions“, *Schoenherr Roadmap 2018*, 33, доступно на адреси: [https://www.schoenherr.rs/fileadmin/tx\\_news/roadmap18\\_42.pdf](https://www.schoenherr.rs/fileadmin/tx_news/roadmap18_42.pdf), 20.4.2019.

36 Која су то лица зависи од воље странака, али се најчешће уговара постојање знања самог преносиоца, заступника циљног друштва, понекад и њихових (правних) саветника. Више о томе видети у: L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-16 – 11- 19.

који је у току или који *може бити поведен* против друштва, би представљала превелик терет уколико не би постојало ограничење изјаве знањима одређених лица код преносиоца.<sup>37</sup> У погледу ограничења које се тиче сазнања не постоји универзални приступ уговарања. Примера ради, у Бразилу се најчешће уговара стварно знање преносиоца док је набрајање листе релевантних лица неуобичајено. С друге стране, у Канади је пракса уговарати претпостављено знање, уз идентификовање релевантних лица, док су у Хонг Конгу склони уговарању стварног знања уз јасно одређивање људи из управе привредног друштва. М&А пракса Мексика, Кине, Сингапура, Аустрије, Немачке, Русије се поклапа са уобичајеном праксом у Хонг Конгу, док су у Италији ограничења која се тичу знања изузетно ретка код затворених, приватних трансакција (*private deals*). У САД је пракса уговорити претпостављено знање, мада није ретко да се уговара и стварно знање људи који су кључни за управљање циљним друштвом.<sup>38</sup>

Често ограничење које се среће у М&А пракси јесте ограничење „значајности“ одређене чињенице или догађаја услед ког долази до кршења изјава и гаранција (*materiality*). Примера ради, уместо да се у изјавама и гаранцијама наводи да преносилац гарантује да су сви уговори које је циљно друштво закључило пуноважни, одредба се може ограничити тако да се односи само на „све значајне уговоре које је закључило циљно друштво.“<sup>39</sup> Ово је изразито субјективан критеријум за ограничавање изјава и гаранција, који зависи од околности случаја и разликује се од трансакције до трансакције.<sup>40</sup> Могуће је да стране прибегну монетарном квантификавању критеријума „значајности“. Међутим, у пракси до овога ретко долази, будући да ниво новчаног ограничења не може бити исти за све изјаве и гаранције.<sup>41</sup> Како би избегле дуготрајне преговоре, странке се не упуштају у квантификавање критеријума „значајности“, што даље значи да ће се он оцењивати од случаја до случаја, уколико дође до кршења одређене изјаве и гаранције. Треба напоменути, да се ово ограничење често посматра као алтернатива дугачким прилозима и писмима са обелодањеним информацијама, те у ситуацијама када се странкама жури да потпишу уговор и затворе трансакцију, често крену линијом мањег отпора, предвиђајући ограничење „значајне“ повреде изјава и гаранција, без

---

37 L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-16.

38 Упоредноправна анализа М&А праксе доступна је на адреси једне од највећих светских адвокатских канцеларија: <https://crossbordermanda.bakermckenzie.com/acquisition-terms>, 20.4.2019.

39 L. R. Kling, E. T. Nugent, 11- 21.

40 *Ibid.*.

41 *Ibid.*.



непосредног регулисања шта то тачно значи.<sup>42</sup> Ипак, ово ограничење према ставу аутора има велики практични значај – иако стицалац неће бити обавештен о незнатним недостацима у пословању циљног друштва, значајни догађаји ће му бити обелодањени, и још важније, у случају кршења значајних изјава и гаранција, имаће захтев за накнаду штете од преносиоца. С друге стране, преносилац је истовремено сигуран, да стицалац неће имати право да раскине уговор и не затвори трансакцију (*walk away*) у случају незнатне нетачности изјава и гаранција.

Треба напоменути да поједине изјаве и гаранције не могу бити ограничене критеријумом „значајности.“ Ово се пре свега односи на гаранције које се тичу права и овлашћења за закључење уговора, али у многим сегментима и сачињавања финансијских избештаја.<sup>43</sup>

Последње, али не и најмање важно ограничење изјава и гаранција које се разматра у овом раду јесу новчана ограничења. Стицаоци често не прихватају да надокнаде штету сваки пут када дође до изјава и гаранција. Да би штета била надокнадива, стране често уговарају одређене новчане критеријуме. Два основна начина увођења новчаних ограничења јесу путем тзв. „корпе“ (*basket*) и/или путем „плафона“ (*cap*).

*Basket* заправо значи да постоји праг до ког преносилац није дужан да надокнади штету стицаоцу. *Корпа* може бити структурисана на два начина и то тако да 1) преносилац треба да надокнади целокупну штету у тренутку када она пређе уговорени праг; или 2) преносилац треба да надокнади само разлику између настале штете и уговореног прага. Плафон предвиђа највишу суму коју је преносилац дужан да надокнади, која се често поклапа са обимом накнаде која је плаћена за удео. Такође, није ретко да се уговори одређени износ који ће бити одузет од накнаде за стицање удела и чуван на посебном ескро рачуну за потребе обештећења стицаоца у случају кршења изјава и гаранција.<sup>44</sup>

Ово нас доводи до средстава која стицаоцу стоје на располагању у случају да изјаве и гаранције нису тачне, потпуне и необмањујуће. Као што је већ речено, њихов спектар зависи од воље страна и начина на који структурирају уговор о продаји удела. Уколико је тачност изјава и гаранција постављена и као одложни услов за затварање трансакције, што је редовна пракса, преносилац ће имати право да одбије да затвори тран-

---

42 *Ibid*, 11-24.

43 *Ibid*, 11-25.

44 Richard Harroch, „A Guide To M&A Representations and Warranties Insurance In Mergers and Acquisitions“, доступно на адреси: <https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2019/01/23/guide-mergers-acquisitions-representations-warranties-insurance/#2416a60067f3>, 20.4.2019.

сакцију, раскине уговор и тражи накнаду штете.<sup>45</sup> С друге стране, у случају да је трансакција затворена и да изјаве и гаранције буду прекршене тек након тога, према редовном току ствари, стицалац неће имати право да захтева раскид уговора. Редовно се уговара да стицалац у тим ситуацијама може: 1) успоставити однос и ситуацију као да су изјаве и гаранције тачне, на трошак преносиоца; 2) тражити од преносиоца да га обештети за штету и губитке које је претрпео, наравно, под условима и ограничењима који су предвиђени уговором. На овом месту је важно напоменути да је редовна одредба у уговорима да се преносилац не може позивати на ограничења изјава и гаранција уколико је поступао преварно или злонамерно приликом давања изјава и гаранција.

### III Изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела – „домаћи“ приступ

У домаћој М&А пракси изјаве и гаранције представљају стандардне одредбе у уговорима о преносу удела. Сви институти и механизми који су изложени у делу II овог рада, присутни су и у нашој пракси, те се на овом месту нећемо понављати, уз напомену да се изложена правила широко примењују код нас. Међутим, имајући у виду да изјаве и гаранције нису регулисане у нашем законодавству, оне не могу имати исто значење и одлуке које имају у земљама у којима су изворно настале – САД и Великој Британији. Стога је наша М&А пракса пронашла институт нашег уговорног права који подсећа на изјаве и гаранције, те „уклапа“ њихову примену са правилима релевантног института. Ради се о одговорности за материјалне и правне недостатке недостатке из Закона о облигационим односима.

Наиме, у уговорима о преносу се наводи да преносилац изјављује и гарантује преносиоцу, у складу са чланом 480 став 3 и чланом 508 ЗОО, да су све изјаве и гаранције наведене у уговору тачне, потпуне и необмањујуће на дан закључења уговора и да ће бити тачне, потпуне и необмањујуће на дан затварања трансакције. Даље се истиче да су уговорне стране сагласне да преносиоцeve изјаве и гаранције представљају уговорена својства и одлике ствари, у складу са чланом 479 став 1 тачка 3 ЗОО.

Члан 480 став 3 ЗОО предвиђа да продавац одговара и за недостатке које је купац могао *лако опазити*, ако је изјавио да *ствар* нема никакве недостатке или да *ствар* има одређена својства и одлике. Члан 479 став 1 тачка 3 прописује да недостатак постоји ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно пропи-

---

45 L. R. Kling, E. T. Nugent, 11-6,7.

сане. Члан 508 ЗОО предвиђа да продавац одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац *није обавештен*, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом.

Наведено „облачење“ изјава и гаранција у одору материјалних и правних недостатака представља (вероватно) једино практично решење за увођење наведеног института у нашу правну праксу. Према сазнањима аутора, до данас се пред српским судовима није водио спор о захтевима за обештећење због кршења изјава и гаранција, те наведена конструкција није испитана у пракси.<sup>46</sup> Оно што је неспорно је да, за сада, овакав приступ „врши посао.“ Међутим, према ставу аутора, наведени приступ је далеко од неспорног са аспекта спрског уговорног права. Наиме, одговорност за материјалне и правне недостатке се односи на *ствар*. Код уговора о продаји удела предмет представља удео. Дакле, материјални и правни недостаци би требало да постоје у односу на удео. Међутим, изјаве и гаранције се само у једном свом (мањем) делу односе на удео као такав. Оне се тичу *пословања друштва, његових пословних трансакција, поштовања закона и осталих прописа*, радноправних питања. Да ли је постојање разлога за раскид уговора са најзначајнијим клијентом циљног друштва недостатак на уделу? Да ли неправилно састављање финансијских извештаја представља својство и одлику удела циљног друштва? Да ли је постојање радноправних парница које нису обелодањене стицаоцу материјални недостатак удела? Све су ово питања на која се не може дати једнозначан одговор, али аутор сматра да би становиште српског суда било да не постоји материјални или правни недостатак на ствари, те да у том погледу стицалац не може остварити своја права.<sup>47</sup>

---

46 Могући разлог може бити тај што стране у М&А трансакцијама у нашој земљи чешће уговарају надлежност арбитраже за решавање спорова који настају из уговора о продаји удела.

47 Примера ради, судска пракса Руске Федерације је до реформи уговорног права и експлицитног регулисања изјава и гаранција у Грађанском законнику РФ, чврсто заступала став да се на уговоре и акције не може применити институт „својстава ствари“, те ни одговорност према правилима за материјалне недостатке у случају кршења изјава и гаранција. Вид. одлуке Четвртог привредног апелационог суда (*Четвертый арбитражный апелляционный суд*) од 16.4.2015, број No А58-1581/2012, Тринаестог привредног апелационог суда (*Тринадцатый арбитражный апелляционный суд*) од 12.5.2014. број No А26-6324/2013. Законодавна решења о материјалним недостацима су готово идентична у руском и нашем праву, с тим што су реформама из 2015. године у Руској Федерацији регулисане изјаве и гаранције, те наведене судске одлуке тамо више немају значај. Међутим, аутор их наводи како би истакао могући приступ континенталног правника приликом тумачења изјава и гаранција.

Да ли би у том случају давање лажних изјава и гаранција могло да буде квалификовано као просто кршење уговорних обавеза? Према спрском уговорном праву обавеза подразумева одређено давање, чињење или уздржавање од чињења. Међутим изјаве и гаранције се већим својим делом односе на радње које су *већ испуњене* у тренутку закључења уговора или затварања трансакције. Примера ради, јасно је да се изјава и гаранција да је циљна компанија испуњавала своје уговорне обавезе у року, односи на прошлост, радње које су већ извршене. Такође, она се односи на радњу трећих лица, а не преносиоца – лица која су у циљном друштву овлашћена да се старају за редовно испуњавање уговорних обавеза. Ипак преносилац је тај који даје изјаве и гаранције и обавезан је да обештети стицаоца у случају њиховог кршења. Овај проблем настаје управо због изворне природе института гаранција – оне не представљају обавезу, као такву, већ преузимање (без)условног ризика и одговорности продавца да надокнади штету купцу за случај да се не постигне уговором гарантовано стање.<sup>48</sup> Стога је могуће да континентални правник не идентификује обавезу преносиоца у случају појединих изјава и гаранције, те да им да декларативни, необавезујући карактер.

Јасно је да је наш правни систем, као и системи већине континенталноправних земаља, донекле ригидан и неспреман за имплементацију неких института англосаксонског права, попут изјава и гаранција. Иако је наша правна пракса изнедрила за сада задовољавајући механизам у уговорима о преносу удела, постоји ризик да у случају спора уговорне стране не би добиле заштиту коју очекују када уговарају одређене одредбе уговора о преносу удела. Зато није реткост да у М&А пракси у случају постојања било ког елемента иностраности ретко бива уговорено српско право као меродавно, а још ређе надлежност српских судова за решавање спорова насталих из уговора о преносу удела. То је логично, када се узме у обзир да избором меродавног права стране заобилазе примену непредвидивог и неповољног права у случају да дође до спора.<sup>49</sup> Избором меродавног права странке појачавају предвидивост и правну сигурност приликом тумачења њихових уговорних обавеза.<sup>50</sup> Аутор сматра да би адекватном законском регулацијом института који су одомаћени у спрској

---

48 A. A. Dubinchin.

49 Sara Josselyn, „Cross border agreements and the choice of governing law“, *Deal Law Wire blog*, доступно на адреси: <https://www.deallawwire.com/2018/03/13/cross-border-agreements-and-the-choice-of-governing-law/>, 20.4.2019.

50 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, друго издање, Kluwer Law International, 2014, 2671.

M&A пракси (попут изјава и гаранција) донекле био ублажен проблем правне несигурности за домаће и стране улагаче, што би самим тим створило плодно тло за још већи раст M&A тржишта у Србији и превазилажење проблема и повећаних трошкова које наши уговарачи имају, бивајући принуђени да уговарају примену иностраног права и форума за решавање спорова који настају из трансакција у које се упуштају.

## V Закључак

Одредбе о изјавама и гаранцијама представљају један од кључних делова уговора о продаји удела. Изворно настале ради ублажавања ризика купаца према *caveat emptor* принципу, временом добијају широку примену, посебно у M&A трансакцијама. Од ових одредби зависи и садржина бројних других одредби уговора, попут одложних услова, обештећења или посебних обавеза пре затварања трансакције. Стога не чуди да се њима најчешће поклања највећа пажња приликом преговарања уговора о продаји удела. Економски значај ових одредби се огледа у томе што оне имају директан утицај на висину цене коју је стицалац спреман да плати за удео, а понекад и за закључење самог уговора и остварење саме трансакције. Наиме, путем изјава и гаранција се превазилази асиметрија информација између преносиоца и стицаоца удела која се односи на начин пословања циљног друшта, његов финансијски и правни статус. За случај да су изјаве и гаранције нетачне, непотпуне или обмањујуће, стицалац ће имати право, у зависности од околности случаја и временског тренутка, да раскине уговор, тражи да га преносилац обештети за све губитке које је имао због кршења изјава и гаранција, или да сам, али на трошак преносиоца, успостави стање као да су изјаве и гаранције тачне. Једноставније речено, њихова сврха је да поделе и/или превале ризик „непознатог“, дотадашњег пословања и управљања друштвом, након што његов власник постане стицалац удела.

Начини уговарања и ограничавања изјава и гаранција су разноврсни, али суштински глобално присутни, па и код нас. Међу најзначајнијим ограничењима се јављају обелодањене информације, значај одређених чињеница и догађаја за различите аспекте пословања циљног друштва, новчани лимити, као и знања које поседују кључна лица (најчешће лица у органима управе) циљног друштва и преносиоца. Будући да су нашем правном систему изјаве и гаранције стране у њиховом изворном облику, те да нису законски регулисане, српска M&A пракса их поистовећује са уговореним својствима и особинама ствари, те се у случају кршења изјава и гаранција позива на одговорност преносиоца за мате-

ријалне недостатке ствари. Аутор је анализирао проблем који се том приликом јавља, а који се огледа у томе да је предмет уговора удео, док се изјаве и гарнације односе на бројне и различите аспекте пословања друштва. Стога, аутор сматра да би пред српским судом могла бити оспорена могућност обештећења према правилима за кршење изјава и гаранција, будући да се исте не могу квалификовати као уговорена својства *ствари*.

Имајући у виду потенцијалну правну несигурност и немогућност страна да остваре права која су уговориле, аутор примећује да се код трансакција са елементом иностраности готово увек примењује страно право као меродавно, као и надлежност страних арбитража (ретко и судова). Стога би српска правна пракса требало да размотри идеју да се у одредбе српског уговорног и компанијског права уведу одређени англосаксонски институти, како би се олакшало структурирање и имплементација М&А трансакција. Аутор сматра да међу првима треба размотрити идеју законског регулисања института изјава и гаранција, узевши у обзир његов практични и економски значај за актере ове врсте правних послова.

**Petar MIŠKOVIĆ, M.A.**

## REPRESENTATIONS AND WARRANTIES IN SHARE PURCHASE AGREEMENTS – CONCEPT AND PROBLEMS IN SERBIAN LAW

### *Summary*

*The author analyses the concept of representations and warranties, which constitutes one of the most important and heavily negotiated part of the share purchase agreements and similar agreements inherent to mergers and acquisitions. Their main purpose is target's business risk-shifting between the parties. Thus, representations and warranties are of the great importance to contracting parties, which is further amplified, considering that the price which the acquirer is ready to pay for the share, depends on their scope and wording. Author explains not only the basics of the concept, but also their contractual mechanism, purpose, limitations and remedies that parties may use in case of the breach. As representations and warranties are Anglo-Saxon concept, not regulated in Serbian law, author analyses the way in which they are practically implemented in share purchase agreements in Serbia. Finally, author highlights problems of the Serbian's practice solution and point out the necessity to implement the concept of representations and warranties in Serbian legal system.*

*This will help to provide the same legal protection to the actors of mergers and acquisitions that they expect when inserting such provisions in the agreements.*

**Key words:** *representations and warranties, share, share purchase agreement, limited liability company, lack of conformity.*

Богдана СТЈЕПАНОВИЋ, мастер права\*

## УДЕО У ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ КАО ЗАЈЕДНИЧКА ИМОВИНА СУПРУЖНИКА

### Резиме

Заједничка имовина супружника је секундарна појава заједнице живота у браку. Имовински односи у браку могу бити подвргнути законском или уговорном режиму. Заједничка имовина је оборива законска претпоставка. У пракси се спорним показало питање опредељивања удела у привредном друштву као заједничке или посебне имовине супружника. У Породичном закону не постоји одредба која удео у привредном друштву стечен заједничким улогом супружника сврстава у заједничку имовину, те у пракси долази до размимоилажења и неусаглашености. Сматра се да супружник који није регистрован као члан привредног друштва има право на сразмеран део улога у основном капиталу друштва, али не и на удео стечен тим улогом, односно да оснивачки улог супружника на кога се тај удео не води не даје никаква права над привредним друштвом супружнику који није уписан у регистар. У раду су приказани недостаци у регулисању питања удела у привредном друштву као предмета имовине супружника, предложени механизми превазилажења наведеног проблема и евентуалне допуне Породичног закона и Закона о привредним друштвима.

**Кључне речи:** заједничка имовина, удео у привредном друштву, друштво са ограниченом одговорношћу, Породични закон, Закон о привредним друштвима.

### І Увод

Имовински односи супружника регулисани су Породичним законом, који предвиђа два имовинска режима: законски и уговорни. Законски имовински режим је диспозитивне природе и важи у случају непо-

---

\* Истраживач приправник на Институту за упоредно право у Београду, e-mail: bogdanastjepanovic@gmail.com.



стојања брачног уговора. Законска је претпоставка да приходи стечени радом током трајања заједнице живота у браку представљају заједничку имовину. Заједничка имовина је веома широк правни појам који обухвата различите ствари и права. Многе брачне заједнице карактерише постојање приватног бизниса, најчешће у облику друштва са ограниченом одговорношћу. Како Породични закон не регулише питање права чији садржај регулише Закон о привредним друштвима, а која су од значаја за имовинске односе супружника, поставља се неколико питања на која ћемо у раду настојати да одговоримо.

Одредба члана 171. Породичног закона којом се предвиђа да је имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку њихова заједничка имовина, односи се на различите објекте права, а не само на ствари. Породични закон на општи начин одређује објекте заједничке имовине, јер би *numerus clausus* набрајање било немогуће из разлога што заједничка имовина обухвата различите ствари и права. Изричито режим одређен је у вези са неким имовинским правима као што су добици од игара на срећу и имовинска корист од права интелектуалне својине. Поред уобичајених предмета заједничке имовине (покретне и непокретне ствари, уштеђевина итд.) имовински карактер имају и права заснована на уделу у привредном друштву, односно, у друштву са ограниченом одговорношћу. За удео у доо је специфично да гласе на једног супружника иако потиче из заједничке имовине и стечен је у току трајања заједнице живота у браку. Овакво решење често доводи праксу у погрешан закључак да супружник који није уписан у регистар нема никаква права над уделом у друштву. Ова ситуација се може учинити сличном са ситуацијом где су се у земљишне књиге уписивао један супружника, али је важила претпоставка да је упис извршен на име оба супружника

Полазећи од законског одређења појма заједничке имовине, закључили бисмо да је удео у привредном друштву, као и права која из њега проистиче, такође заједничка имовина, под условом да је удео стечен из заједничке имовине у току трајања заједнице живота у браку. Међутим, у пракси долази до погрешног тумачења и одређивања удела у друштву као посебне имовине супружника који је уписан у регистар као члан друштва.

Као ималац удела у регистар се уписује само један супружник, чак и у случају да је удео прибављен средствима из заједничке имовине. Супружник који је члан друштва обично је у њему и запослен. Друштво

са ограниченом одговорношћу је најпопуларнија врста једночланог друштва, а супружник који је члан друштва обично води послове и управља друштвом. У случају да наслути крај брака, формални ималац права на уделу друштва може да чини све да ускрати права која би други супружник имао као заједничар у уделу и на разне начине скрива да је улог у основном капиталу унет из средствима из заједничке имовине супружника. Такође је интересантан пример када супружник својим личним средствима оснује ново друштво и онда у њега пренесе удео. Како је друго привредно друштво основано средствима из посебне имовине супружника, други супружник нема право на удео у том друштву при деоби заједничке имовине. Наведени пренос средстава није упитан са становишта привредног права, јер је супружник пренео удео који је и био уписан на његово име и чији је он ималац на основу уписа, међутим са становишта породичног права овај пренос је недопуштен, јер њим долази до претварања иницијално заједничке имовине у посебну имовину, чиме се изиграва супружник који није уписан у регистар, а пренети део се изузима из деобне масе у случају развода брака.

У пракси се сусрећемо са ставом да супружник који није уписан као члан привредног друштва не може стећи ни управљачка ни имовинска права према друштву, те не може истицати стварноправни захтев поводом оснивачког улога, а може према другом супружнику као члану тј. оснивачу – улагачу заједничке имовине унете у привредно друштво као оснивачки улог имати само облигационоправни захтев у висини која одговара доприносу у стицању уложених средстава.<sup>1</sup> Постојање оваквог става је и био разлог за писање рада.

У раду ћемо покушати да са породичноправног и привредноправног аспекта преиспитамо наведено гледиште. Полазну основу рада чини одређење појма заједничке имовине у нашем позитивном праву, обрадићемо и појам удела, као и друга питања од значаја за разумевање удела у друштву са ограниченом одговорношћу, а затим ћемо анализирати удео у друштву са ограниченом одговорношћу као заједничку имовину супружника и права која на основу улога, односно удела супружници могу имати.

---

1 У пресуди Апелационог суда у Крагујевцу ГЖ 242/2016 од 9. децембра 2016. године суд је заузео становиште да оснивачки улог супружника на кога се привредно друштво не води, не даје никаква права том супружнику над привредним друштвом, те да тужиља према туженом као оснивачу-улагачу заједничке имовине унете у предузеће као оснивачки улог може имати само облигационоправни захтев у висини која одговара њеном доприносу у стицању уложених средстава, доступно на адреси: <http://www.kg.ap.sud.rs/presude-apelacionog-suda-u-kragujevcu.html>, 10.03.2019

Циљ рада је да предложи правне механизме којима би се обезбедила заштита супружника који није уписан у регистар. Такође, у раду ће бити предложена *de lege ferenda* решења која би могла бити унета у Породични закон и Закон о привредним друштвима чиме би се олакшало решавања правних проблема који проистичу из непотпуне законске регулативе. Проблем којим ћемо се бавити у овом раду своди се на утврђивање да ли је пословни удео део брачне имовине и ако јесте које су последице по правни положај супружника, како оног уписаног у регистар тако и оног који то није.

## II Заједничка имовина супружника

Породични закон садржи више одредаба које се односе на регулисање имовинских односа супружника и разликује посебну и заједничку имовину супружника. Посебна имовина супружника је имовина коју је супружник стекао пре склапања брака<sup>2</sup> или је стекао у току трајања брака деобом заједничке имовине, односно наслеђем, поклоном или другим правним послом којим се прибављају искључиво права.<sup>3</sup> Сваки супружник самостално управља и располаже својом посебном имовином. У случају да је током трајања заједнице живота у браку дошло до незнатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на потраживање у новцу сразмерно свом доприносу, а ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до знатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу.

Појам заједничке имовине одређен је чланом 171. Породичног закона. Закон заједничку имовину дефинише као имовину коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку. Ако супружници желе да своје имовинске односе уреде на другачији начин у односу на законско решење, њима је на располагању брачни уговор. У члану 172. и 173. прописано је да заједничку имовина представља и имовина стечена коришћењем права интелектуалне својине или игром на срећу у току трајања заједнице живота у браку, осим ако супружник који је

---

2 О критици ове одредбе, са посебним освртом на употребу термина „брак“ уместо „заједнице живота“ као момента до ког се сва добра која један супружник прибави сматрају његовом посебном имовином види код: Слободан Сворцан, „Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије“, *Новине у породичном законодавству*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006, 154.

3 Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011- др. Закон и 6/2005, чл. 168.

остварио добитак не докаже да је у игру уложио посебну имовину. Заједничка имовина супружника је нужна последица равноправности супружника, потребна ради одржавања и учвршћивања брака.<sup>4</sup> Управљање и располагање заједничком имовином супружници врше заједнички и споразумно, уз претпоставку сагласности другог супружника за предузимање послова редовног управљања. Супружник не може располагати својим уделом у заједничкој имовини нити га може оптеретити правним послом међу живима. Ако је после престанка заједничког живота у браку дошло до увећања вредности заједничке имовине, сваки супружник има право на потраживање у новцу односно право на удео у увећаној вредности сразмерно свом доприносу.

Што се тиче удела супружника у заједничкој имовини Породични закон је увео обориву претпоставку о једнакости удела у заједничкој имовини (чл. 180. ст. 2). У поступку судске деобе наведену претпоставку може обарати супружник који тврди да је његов удео већи, доказујући да је он остваривао већи приход, старао се о деци и друго. За утврђивање удела у заједничкој имовини цене се доприноси у раду за време заједнице живота у браку, па се по правилу утврђује једнака висина удела супружника у свакој заједнички стеченој ствари. Различита висина удела може се утврдити на стварима које су стечене делимично радом а делимично улагањем посебне имовине. У пресуди Врховног суда Србије Рев. 925/85 истакнуто је да се не може узети да супруга није допринела стицању имовине у току брачне заједнице само зато што није била запослена и што није остваривала примања у новцу, већ се приликом одлучивања о уделитема брачних другова у заједничкој имовини, морају узети у обзир њена помоћ супругу, који је био запослен, старање о деци, вођење домаћих послова, старање о имовини и други облици рада и сарадње у управљању, одржавању и повећању заједничке имовине.<sup>5</sup>

Деоба заједничке имовине представља утврђивање сувласничког односно суповерилачког удела сваког супружника у заједничкој имовини. Врши се за време трајања брака и после његовог престанка. Супружници могу закључити споразум о деоби заједничке имовине, а ако не могу да се споразумеју, деобу врши суд. Претпоставља се да су удели супружника у заједничкој имовини једнаки. Већи удео у стицању заједничке имовине утврђује се у истој сразмери за сва права и обавезе у тре-

---

4 Милан Почуча, „Заједничка имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине Часопис за правну теорију и праксу*, Нови Сад, 2012, 129.

5 М. Почуча, 129.

нутку престанка заједнице живота у браку. Већи удео једног супружника у стицању појединог права из заједничке имовине може се утврдити само ако је то право економски самостално у односу на остала права из заједничке имовине, а супружник је у стицању тог права учествовао и приходима од своје посебне имовине.

Реформом породичног законодавства 2005. године, у наш правни систем је поново уведен институт брачног уговора<sup>6</sup>, чиме је супружницима односно будућим супружницима омогућено да своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини могу уредити на другачији начин у односу на законску поставку. Овај уговор се закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, при чему је јавни бележник дужан да уговорнике упозори на то да се брачним уговором искључује законски режим заједничке имовине. Брачни уговор који се односи на непокретности уписује се у јавни регистар права на непокретностима.

Примена одредбе која се односи на заједничку имовину у пракси је веома сложена. Најчешће је спорно који се све рад мора валоризовати приликом опредељивања удела супружника у заједничкој имовини и од каквог је значаја била употреба посебне имовине супружника при стицању заједничке имовине.<sup>7</sup> При одређивању удела супружника у заједничкој имовини потребно је сваки користан рад који су супружници обављали током трајања заједнице живота правилно ревалоризовати. Обично се узимају у обзир послови везани за подизање деце, кућни послови, пољски послови и други послови којима је на непосредан или посредан начин стицан приход. У случају да су супружници били стално запослени за валоризацију се узима плата коју су примали.<sup>8</sup>

### III Имовинскоправни режим удела у друштву са ограниченом одговорношћу

Гледано из аспекта заједнице живота у браку, као и свако друго право или ствар и удео у доо може бити предмет како заједничке, тако и посебне имовине супружника. Чврсти и јасни критеријуми за опредељи-

---

6 О брачном уговору види код: Зоран Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006; Ненад Тешић, „Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2012, Београд, 2012; Слободан Панов, „Предмет брачног уговора“, *Правни живот*, бр. 10/2009.

7 С. Сворцан, 158.

8 Више о заједничкој својини брачних другова види: Светислав Ристић, *Заједничка својина, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, III том, Београд, 1978, 838.

вање удела као посебне или заједничке имовине су основа за правилно и правично поступање судова.

### 1. Удео у доо као предмет заједничке имовине супружника

Друштво са ограниченом одговорношћу (доо) има особине и друштва лица и друштва капитала што доводи до тешкоће његовог дефинисања.<sup>9</sup> Нека законодавства избегавају дефинисање доо<sup>10</sup>, али наш Закон о привредним друштвима га дефинише као друштво у коме један или више чланова имају уделе у основном капиталу друштва, с тим да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва осим у случајевима пробијања правне личности, чиме га опредељује као друштво капитала. Поред законске дефиниције у теорији се срећемо са дефиницијом према којој се доо може схватити као друштво са правним субјективитетом које под заједничком (личним или реалним) пословним именом и по правилу фиксираним основним капиталом (који је подељен на чланске уделе који не морају бити једнаки и нису изражени у негоцијабилним хартијама од вредности) обавља одређену привредну делатност, уз одговорност целокупном својом имовином (потпуна одговорност) и без одговорности чланова друштва за обавезе друштва (уз сношење ризика до висине улога).<sup>11</sup>

Правни субјективитет друштва је одвојен од чланова друштва што чини могућим правне послове чланова друштва са самим друштвом. Оно има основни капитал који чини збир вредности улога чланова. Основни капитал доо настаје улозима оснивача, а касније модалитетима повећања. Овај капитал подељен је на уделе који немају својство хартија од вредности. Сви или део оснивача чини управу друштва и ретко је управљање одвојено од власништва, а већински власници када су запослени у друштву, преферирају дистрибуцију зараде путем плата, а не дивиденди.<sup>12</sup>

Закон о привредним друштвима<sup>13</sup> више не предвиђа обавезу вођења књиге удела друштва, док обавезним предвиђа вођење евиденције података о члановима друштва ( адресе чланова друштва, адресе власни-

9 Раније се у теорији доо сматрало граничном формом са особинама и друштва лица и друштва капитала, о томе више: Мирко Васиљевић, *Привредно друштво-домаће и упоредно право*, Београд, 1999, 157.

10 Нпр. Хрватски Закон о трговачким друштвима, детаљније види у Јакша Барбић, *Право друштвава*, књига друга, Загреб, 2005, 1077.

11 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 9. допуњено и измењено издање, Београд, 2015, 186.

12 М. Васиљевић (2015), 188.

13 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл.151.

ка удела и заједничког пуномоћника сувласника удела, коју одреде за пријем поште и достављање). Књига удела више није обавезна, јер је за правни статус овог друштва битна регистрација у складу са законом који уређује регистрацију, самим тим је за трећа лица у погледу чланова друштва и њиховог удела релевантно стање регистра. Упис у регистар има конститутивно дејство, а уговорни односи између чланова без уписа у регистар су њихова лична ствар. На уделу у доо може постојати сувласништво, али се сувласници према самом друштву сматрају једним чланом (принцип јединствености чланства). Да би се удео сматрао сувласничким, неопходно је да се као такава упише у књигу удела.<sup>14</sup>

За тему рада је нарочито интересантно и имплицативно уређење преноса удела приликом наслеђивања и статусних промена. Пренос удела у случају смрти члана друштва, његовог престанка или статусних промена ближи је режиму преноса удела међу члановима него преноса трећим лицима. Међутим, уговором о оснивању друштва је могуће овај режим подвргнути одређеним ограничењима или га уподобити режиму преноса на треће лице. Особеност друштва са ограниченом одговорношћу најбоље је видљива у случају преноса удела трећим лицима. Како по правилу све уделе у друштву поседује управа или са њом повезана лица, што чини немогућим примену установе преузимања. Пренос удела не мења ништа у имовини друштва. Њиме се врше промене у личној имовини лица између којих се одвија процес. У случају да је лице на које се преноси удео треће лице, то лице као нови члан ступа у правни положај члана који му је пренео удео.<sup>15</sup>

Пословни удели не могу бити сматрани власништвом у класичном смислу речи.<sup>16</sup> Удели представљају специфичне облигационоправне односе у које нека лица улазе улагањем новца или неновчаним улозима. С обзиром на то није правилно говорити о супружницима као власницима трговачког друштва, јер скуп имовинских права и обавеза који произлазе из удела не одговарају стварноправном појму имовине, премда је неспорно да је реч о имовинском праву. Специфичност овог имовинског права је у томе да пословни удео не даје право члану на оно што је имо-

14 Стеван Шогоров, Сувласнички удео у друштву са ограниченом одговорношћу, *Право и привреда*, бр. 5-8/2005.

15 О преносу удела у доо више види у: Стеван Шогоров, „О праву слободног преноса удела у друштву с ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008.

16 Звонимир Јелинић, „Брачна стечевина у контексту Закона о трговачким друштвима“, *Имовинскоправни аспекти развода брака-хрватски, еуропски и међународни контекст-*, Правни факултет у Осијеку, Осијек, 2011, 123.

вина друштва. Друштво и чланови су одвојени те је забрањено управљање имовином друштва као да је реч о личној имовини. Уколико би се имовина друштва користила као лична имовина били би испуњени предуслови за утврђивање пробијања правне личности и постављања личне одговорности члана друштва за обавезе друштва.<sup>17</sup>

Посебно је интересантно питање односа улога и пословног удела. Пословни удео је укупност права и обавеза узетих као целина и самостални је предмет права.<sup>18</sup> Ималац удела у доо има чланска управљачка и чланска имовинска права. Чланска управљачка права се исцрпљују у праву на учествовање у раду скупштине друштва, праву гласа, праву на побијање одлуке друштва и др. Имовинска права се односе на право на исплату дивиденде, право првенства при преузимање улога при повећању основног капитала друштва, право на исплату остатка ликвидације или стечајне масе и друго. Наведена имовинска права погрешно је посматрати у стварноправном смислу, јер стицање права на пословном уделу не може бити засновано на стварном праву већ искључиво на одредбама Закона о привредним друштвима и општим правилима облигационог права. Не постоји власништво привредног друштва у стварноправном смислу па стога ни правна ни физичка лица не могу бити носиоци права сувласништва одређеног привредног субјекта у стварноправном смислу, а како то може довести до разумевања појма имовине у контексту већине других предмета заједничке имовине, посебно власништва над њима. Тако супружници једино могу бити у правној заједници у погледу удела у друштву, односно једино удео може бити предмет заједничке имовине.

## 2. Удео у доо као посебна имовина супружника

Имовина коју један супружник има у тренутку склапања брака као и она коју је стекао бестеретним давањима представља његову посебну имовину. Тако, ако је супружник стекао удео у друштву пре закључења брака, удео представља посебну имовину тог супружника и супружник који није члан друштва не може очекивати да му на основу рада који евентуално улаже у то друштво припадне одговарајући део имовинских права над уделом. Упитна је правичност датог решења нарочито јер у великој мери доо функционише на принципу заједничког рада и доприноса супружника, иако је као члан уписано само једно лице. Како је

---

17 За више о пробијању правне личности видети : Мирко Васиљевић, „„Пробијање“ правне личности: Lifting the veil- piercing the corporate veil“, *Правни живот* бр. 1/1995.

18 З. Јелинић, 124.



минимални улог за оснивање доо 100 динара, питање је да ли је правично дати искључива (уколико је друштво једночлано) права једном супружнику, а другом, чак и у случају улога великог рада, времена, па и новчаних средстава, доделити само евентуални облигационоправни захтев. Правичности оваквог решења посебно је питање које захтева опсежну анализу, за коју ми у овом раду немамо простора, али којем ћемо се у неком од наредних радова свакако вратити.

#### **IV Основи стицања удела у доо и поверење у регистар**

Да би се правилно утврдило право на уделу у доо потребно је да се преиспитају могући основи стицања како из угла Породичног закона тако и из угла Закона о привредним друштвима. Постојеће једнострано гледање судова, уз непотпуну законску регулативу, доводи до решења која нису приближна реалности и самим тим неправедна, а узрокује и проблем трећим лицима која не могу да се поуздају у регистар.

##### **1. Различитост основа стицања пословног удела супружника**

Пословни удео друштва са ограниченом одговорношћу може представљати заједничку имовину супружника уколико је новац који је уложен као улог од стране било ког супружника у тренутку уношења у друштво представљао заједничку имовину. Тада супружници стичу имовину по различитим основама. Супружник који је уписан у регистар као ималац пословног удела и члан друштва пословни удео стиче на основу уговора о оснивању друштва у тренутку уписа у регистар или на темељу уговора о продаји и преносу пословног удела у тренутку његовог уписа као члана. Супружник који није био странка наведених уговора, пословни удео стиче *ipso iure* у тренутку испуњења законских претпоставки предвиђених за стицање заједничке имовине. Управо ова различитост основа стицања пословног удела супружника доводи до проблема у пракси. Ако наведеном проблему прилазимо из угла Закона о привредним друштвима онда супружник који није уписан у регистар није ималац удела јер упис у регистар има конститутивно дејство. Када бисмо дату ситуацију сагледали из аспекта породичног права пословни удео који је уписан на име само једног супружника, по сили закона би представљао заједничку имовину под условом да су испуњене законске претпоставке. Ако би супружник *ex lege* стицао право на удео у друштву, онда би имао право да се легитимише пред друштвом као члан на одређеном уделу. Тако да су правила Закона о привредним друштвима и Породичног закона у својеврсној колизији.

## 2. Механизми заштите трећих савесних лица

Питање ништавости правних послова које закључује супружник члан доо којим располаже уделом у доо, иако је удео део заједничке имовине супружника веома је спорно, јер трећа лица често нису свесна да на уделу који прибавља постоји заједничка имовина и самим тим су савесна. Поставља се питање да ли је за решавање овог проблема могуће повући аналогију са питањем једностраног располагања некретнинама у време када је важила претпоставка уписа оба супружника, иако је само један супружник уписиван у земљишну књигу. Мишљења смо да је ситуација са уделима слична оној са некретнинама.

Да ли треће лице стиче право на уделу у доо ако је стекло удео имајући поверење у регистар у коме се као номинални ималац удела појављује само један супружник? Сматрамо да би се овај проблем могао решити на начин да се у Закон о привредним друштвима уведе претпоставка уписа оба супружника у регистар, уз изузетак када неки од супружника изричито изјави да је удео стечен средствима из његове посебне имовине и када се са тим писмено сагласи други супружник.

## V Закључак

Анализирајући решења Породичног закона и Закона о привредним друштвима сматрамо да заједничку имовину чини и удео у друштву са ограниченом одговорношћу под условом да улог потиче из заједничке имовине. Пословни удео стичу оба супружника, само по различитим основама. Супружник који је номинално уписан у регистар као ималац пословног удела и члан друштва, пословни удео је стекао у тренутку његовог уписа као члана друштва у регистар. Супружник који није уписан у регистар као члан друштва, предметни пословни удео је стекао *ex lege* у тренутку испуњења законских услова прописаних за стицање заједничке имовине.

Разлика у стицању удела представља проблем у пракси, јер се само један супружник уписује у регистар као ималац удела. Са аспекта привредног права супружник који није уписан у регистар нема никаква чланска права, јер се она стичу уписом у регистар који има конститутивни карактер. Овакво решење привредног права свакако да је у колизији са правилима о имовинским односима супружника прописаних Породичним законом. Како је велики број друштава са ограниченом одговорношћу, нарочито једночланих, а на другу страну, на жалост, велики број развода бракова, јасно произилази да ће се у бракоразводним парницама

често постављати питање припадности односно поделе удела у привредном друштву. Да би се отклониле недоумице у пракси, неопходно је извршити допуне и усклађивања Породичног закона и Закона о привредним друштвима, на начин да се у Породичном закону у заједничку имовину, поред игара на срећу и прихода од интелектуалне својине уврсте и удели у привредном друштву, чиме ће се удео у привредном друштву на несумњиви начин сврстати у заједничку имовину (уколико је удео стечен у току заједнице живота у браку улогом из заједничке имовине), а у Закону о привредним друштвима уведе претпоставка уписа оба супружника у регистар, уз изузетак када неки од супружника изричито изјави да је удео стечен средствима из његове посебне имовине и када се са тим писмено сагласи други супружник.

**Bogdana STJEPANOVIĆ, M.A.**

**Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **A SHARE IN A COMPANY AS A COMMON PROPERTY OF SPOUSES**

### **Summary**

*The joint property of spouses is a secondary occurrence of marriage. Property relations in marriage may be subject of legal or contractual arrangements. Common property is a legal presumption. In practice, the question of defining a share in a company as a joint or special property of a spouse has been disputed. In the Family Law there is no provision that categorises as a common property the share in a company acquired by the joint investment of spouses. This causes discrepancies and non-conformities in practice. It is considered that a spouse who is not registered as a member of a company is entitled to a proportionate share in the company's share capital, but not to a stake in the company. Therefore, if the spouse is not registered in the companies register, it is considered that he is not a member in the company and that he doesn't have any control or economic rights in the company. The paper presents deficiencies in the regulation of the said matter, proposes possible mechanisms for overcoming the mentioned problem and possible amendments to the Family Law and the Law on Business Companies.*

**Keywords:** *common property, share in a company, limited liability company, Family law, Law on Business Companies.*

Александра ВИШЕКРУНА, мастер\*

## ОСОБЕНОСТИ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ПОРОДИЧНИМ ДРУШТВИМА<sup>1</sup>

### Резиме

У раду се разматра питање корпоративног управљања у породичним друштвима. Породична друштва представљају привредне субјекте у којима породица има одлучујуће учешће у власништву и/или управљању. Она не представљају посебну категорију привредних субјеката, тј. оснивају се у једној од законом дозвољених форми, али имају одређене карактеристике које их чине посебним. У раду ће се указати на особености ових друштава из којих произлази и особеност система корпоративног управљања – преплитање породичне и пословне сфере – што изискује формирање две структуре управљања: корпоративно управљање и породично управљање.

**Кључне речи:** корпоративно управљање, породична друштва, агенцијски проблеми.

### І Уводна разматрања (значај породичних друштава, статистика)

Породична друштва представљају традиционални и најчешћи начин обављања пословних активности.<sup>2</sup> Од првих корака где појединац или узак круг чланова породице започиње пословну активност, она се постепено развијају и данас се неке од највећих светских компанија сврставају у групу породичних друштава. Важно је напоменути да није реч о

---

\* Истраживач сарадник у Институту за упоредно право

1 Овај рад је настао као резултат рада на пројекту Института за упоредно право „Српско и европско право – упоређивање и усаглашавање“ (ев. број 179031) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

2 IFC, IFC приручник за управљање породичним фирмама, 2008, доступно на адреси: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c2586b8043164feeae88ee384c61d9f7/Family+Business+Handbook+-+Serbian.pdf?MOD=AJPERES>, 04.04.2019, 13.

посебном облику привредног друштва који је признат законом, већ да она имају форму неког од дозвољених облика друштва у датом правном систему (нпр. доо или акционарско друштво), али имају одређене карактеристике које их раздвајају од других друштава која користе исту форму.

Особена карактеристика ових друштава је да поред пословне компоненте значајан фактор чини и породица, што изискује да се ова два стуба на којима друштво почива доведу у склад. Наиме, могуће је да (претежно неекономски) циљеви ка којима породица тежи дођу у сукоб са логиком пословања на којој почива свако, па и породично друштво. Имајући у виду значај ових друштава за економију, јављају се покушаји да се ове две сфере помире. Чињеница да се у породичном друштву стапају породица и пословање условљава и његову специфичну организациону структуру. Поред органа и корпоративних структура присутних у свим друштвима, постоје и посебни инструменти који су усмерени ка остваривању интереса породице у процесу корпоративног управљања. Имајући у виду да се пословни аспект управљања друштвом не разликује од „непородичних“ друштава, рад ће се усмерити на специфичне инструменте који чине породично управљање у друштву.

## II Појам, значај и карактеристике породичног друштва

Процењује се да 70-80% привредних друштава у Европи чине породична друштва која запошљавају безмало половину радне снаге на европском континенту.<sup>3</sup> Ова друштва чине најбројнију категорију привредних друштава у Индији, југоисточној Азији, Латинској Америци, континенталној Европи и САД.<sup>4</sup> Породица представља најзначајнијег контролног акционара.<sup>5</sup>

Значај ових друштава је огроман и завређује пажњу теорије и праксе. Један од кључних проблема је чињеница не постоји јединствена

---

3 Irene Mandl, Final Report Overview of Family Business Relevant Issues, Vienna, 2008, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/10389/attachments/1/translations>, 01.04.2019, 2. Тако, на пример, у Немачкој између 60 и 90 % привредних друштава чине породична друштва која запошљавају око 50-70% радне снаге. Michael Woywode, Detlef Keese, Jan Tänzler, „Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften – insbesondere in Familienunternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichtsgremien“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 2-3/2012 421.

4 Ruth V. Aguilera, Rafel Crespi-Cladera, „Global corporate governance: On the relevance of firms' ownership structure“, *Journal of World Business*, Vol. 51, 2016, 53.

5 Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer, „Corporate Ownership Around The World“, *The Journal Of Finance*, No. 2/1999, 496-497, 505.

дефиниција која би се примењивала приликом изучавања овог феномена.<sup>6</sup> Међутим, одређени елементи се готово увек користе приликом одређивања појма породичног друштва – (минимални) проценат власништва и учешће породице у управљању.<sup>7</sup> Могуће је да се узму у обзир и други чиниоци попут преношења власништва на потомке или одрживости пословања кроз генерације,<sup>8</sup> као и специфична пословна култура у чијој основи леже породичне вредности.<sup>9</sup>

Иако се често породична друштва изједначавају са малим и средњим предузећима, то не мора увек бити случај, јер неке од највећих светских компанија спадају у породична друштва.<sup>10</sup> Стога, привредно друштво се класификује као породично друштво независно од његове форме и величине.<sup>11</sup> Појам породичног друштва може се разумети као „виши правни појам, оквир који обухвата различите облике друштава“.<sup>12</sup>

Пословна логика породичних друштава другачија је у односу на друга друштва која не припадају овој групи. Породична друштва карактерише „стрпљиви капитал“ и оријентација ка одрживом, дугорочном расту,<sup>13</sup> аверзија према ризику, тежња за независношћу и одређена тајновитост.<sup>14</sup> Потреба да се пронађе баланс између жеље за независношћу

- 
- 6 Утврђено је да постоји 90 различитих дефиниција породичних друштава које се користе у европским земљама. Irene Mandl, Final Report Overview of Family Business Relevant Issues, 2.
- 7 Thomas Zellweger, *Managing the Family Business: Theory and Practice*, Cheltenham, 2017, 2.
- 8 Ово је приступ Кодекса корпоративног управљања који је усвојила Привредна комора Србије који породично друштво дефинише као „привредно друштво у ком већина гласова припада породици под чијом контролом је привредно друштво, укључујући оснивача друштва који намерава да пренесе друштво на своје потомке и учини пословање друштва одрживим кроз генерације те породице“. Кодекс корпоративног управљања, *Службени гласник РС*, бр. 99/2012. Veland Ramadani, Frank Hoy, “Context and Uniqueness of Family Businesses”, *Family Businesses in Transition Economies* (eds. Leo-Paul Dana, Veland Ramadani), Springer, 2015, 11.
- 9 M. Woywode, D. Keese, J. Tänzler, 422.
- 10 Тако је нпр. највећа америчка компанија WallMart породично друштво, а статистике показују да су породична друштва и око 30% компанија које се убрајају међу 500 највећих на свету. Irene Mandl, Final Report Overview of Family Business Relevant Issues, 48.
- 11 M. Woywode, D. Keese, J. Tänzler, 421. T. Zellweger, 2.
- 12 Mihaela Braut Filipović, „Specificnosti upravljanja obiteljskim društvima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6/2017.641.
- 13 Ann-Kristin Achleitner, Christoph Kaserer, Tobias Kauf, Sarah Volk, DAXplus Family – Ein Aktienindex zur Darstellung der Performance von Familienunternehmen, 2010, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1651446>, 27.03.2019, 5.
- 14 Ann-Kristin Achleitner, Christoph Kaserer, Nina Günther, Sarah Volk, Die Kapitalmarktfähigkeit von Familienunternehmen - Unternehmensfinanzierung über Schuldschein, Anleihe und Börsengang, 2011, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1791526>, 08.04.2019, 10.

(очувањем контроле) и раста представља посебан изазов за породична друштва, што се одражава на одабир извора финансирања.<sup>15</sup> Ове карактеристике породичних друштава су их учиниле отпорнијим на кризу.<sup>16</sup>

У пословању породичних друштава могу се уочити и одређена ограничења. Ова друштва карактерише невољност да се привуку спољни извори финансирања, да се ангажују лица изван породице и снажна потреба да се очува *status quo* у друштву.<sup>17</sup>

### III Изазови корпоративног управљања у породичним друштвима

Породице представљају посебну врсту контролног акционара тако да се агенцијски проблеми у породичним компанијама и квалитативно и квантитативно разликују од агенцијских проблема у другим компанијама. Спрега власништва, пословања и породичних односа доприноси рађању сукоба који су јединствени за породична друштва. Поред класичних агенцијских проблема,<sup>18</sup> у породичним друштвима могу се јавити и други аген-

---

15 Ann-Kristin Achleitner, Christoph Kaserer, Nina Günther, Sarah Volk, Die Kapitalmarktfähigkeit von Familienunternehmen - Unternehmensfinanzierung über Schuldschein, Anleihe und Börsengang, 11. Аутори препознају три могућа извора финансирања: интерни извори (задржана добит), позајмљивање (кредити код банке, менице), финансирање путем пријема нових чланова (јавна понуда, приватни улагачи). На избор модалитета финансирања утичу трошкови, жеља друштва да буде независно (питање контроле), као транспарентност (дужности објављивања). Вид. Ann-Kristin Achleitner, Christoph Kaserer, Nina Günther, Sarah Volk, Die Kapitalmarktfähigkeit von Familienunternehmen - Unternehmensfinanzierung über Schuldschein, Anleihe und Börsengang, 40-41.

16 Истраживања су утврдила да то важи само за друштва у којима је оснивач присутан као генерални директор, члан одбора директора или власник са значајним капитал учешћем. Hao Yong Zhou, Fan He, Yang Bo Wang, "Did Family Firms Perform Better during the Financial Crisis? New Insights from the S&P 500 Firms", *Global Finance Journal*, Vol. 33, 2017, 88-103.

17 R. Aguilera, R. Crespi-Cladera, 54. Ограничења у породичним друштвима могу се појавити у области финансирања, у материји управљања, а уочљива су и ограничења која проистичу из конфликтних односа између чланова породице, власника и управе. Guía para la pequeña y mediana empresa familiar, Madrid, 2008, доступно на адреси: [www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf](http://www.ipyme.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf), 03.04.2019, 25. David J. Hillier, Patrick M.L. McColgan, Firm Performance, Entrenchment and Managerial Succession in Family Firms, 2004, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=650161>, 31.03.2019, 1.

18 У класичном поимању агенцијских проблема постоје три основна проблема: сукоб интереса власника и управе (први агенцијски проблем), сукоб интереса мањинског и већинског власника (други агенцијски проблем) и сукоб власника/привредног друштва и других носилаца ризика пословања друштва (трећи агенцијски проблем). Вид. Вук Радовић, „Утицај агенциј-

цијски проблеми који произлазе из специфичних карактеристика ових друштава – преплитања породице и управљања.<sup>19</sup> Ранија литература о агенцијским проблемима је истицала да у породичним друштвима не постоје агенцијски проблеми, или су они мање изражени због тога што се и власништво и управљање налази у рукама породице, тако да су интереси власника и менаџера уједначени. Новија литература делимично оспорава ове тврдње, истичући да је то можда тачно за први агенцијски проблем, али да се у породичним друштвима појачава други агенцијски проблем.<sup>20</sup> Ове теорије признају да агенцијски проблеми нису тако снажно изражени као у другим друштвима, али да ипак постоје, посебно у друштвима у којима породица нема стопроцентно капитал-учешће.<sup>21</sup> Трећи агенцијски проблем у породичним друштвима није толико изражен, јер су она усмерена ка остваривању максималне вредности компаније и ка дугорочном пословању, што се поклапа са интересима поверилаца.<sup>22</sup>

## 1. Први агенцијски проблем

Концентрација власништва у рукама породице умањује сукобе између власника и менаџера, а тиме и први агенцијски проблем. Ова претпоставка је, међутим, тачна само за прву фазу у развоју породичне компаније (стадијум оснивача), док се у каснијим фазама повећава број власника и њихови односи постају сложенији.<sup>23</sup> Умањење првог агенциј-

---

ских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање–зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), 235-265.

- 19 Појава агенцијских проблема у породичним друштвима може се приписати бројним разлозима: алтруизам (слепо поверење у оданост и способност деце; постављање на управљачке позиције или запошљавање без провере поседовања одговарајућих квалификација и испуњавања постављених услова; слабије санкционисање у случају грешке), велики број чланова породице (више генерација и грана породице које учествују у управљању), породични односи, опортунизам менаџера изван породице, непостојање контроле од стране тржишта капитала итд. Alexander Koeberle-Schmid, *Family Business Governance: Aufsichtsgremium und Familienrepräsentanz*, Wiesbaden, 2008, 27-31. Слично Luca Gnan, Daniela Montemerlo, Morten Huse, “Governance Systems in Family SMEs: The Substitution Effects between Family Councils and Corporate Governance Mechanisms”, *Journal of Small Business Management*, No. 2/2015, 358.
- 20 Постојање другог агенцијског проблема који је карактеристичан за друштва са контролним акционаром искључује постојање првог агенцијског проблема. В. Радовић, 238.
- 21 А. Koeberle-Schmid 25.
- 22 Belen Villalonga, Raphael Amit, Maria-Andrea Trujillo, Alexander Guzman, „Governance of Family Firms“, *Annual Review of Financial Economics*, No. 7/2015, 643.
- 23 Thomas Zellweger, Nadine Kammerlander, “Family, Wealth, and Governance: An Agency Account”, *Entrepreneurship Theory and Practice*, Vol. 39, No. 6/2015, 1283. У друштвима у којим чланови друштва нису директно укључени у руковођење друштвом, већ то чини професионал-



ског проблема се објашњава тиме да постоји усклађеност интереса (ако је власништво у рукама менаџера) или постоји појачани надзор од стране власника који имају уложена значајна средства у друштво, а која могу бити угрожена неадекватним радом чланова управе.<sup>24</sup> Надзор олакшава добро познавање пословања компаније од стране акционара.<sup>25</sup> Међутим, агенцијски трошкови могу да настану ако управа није способна или свој положај дугује непотизму.<sup>26</sup>

## 2. Други агенцијски проблем

Иако се у породичним друштвима умањују негативни ефекти првог агенцијског проблема, то не значи да је друштво имуно на сукобе између других носилаца интереса у друштву. Сукоби посебно настају када један власник (или мала група) у поређењу са другим власницима има значајно већи удео у друштву (сукоб већинског и мањинског власника).<sup>27</sup>

Ако у друштву постоје мањински чланови који нису део породице, сукоби су могући због чињенице да ће та лица бити више усмерена ка остваривању финансијских интереса.<sup>28</sup> Чланови породице могу настојати да остварују и неке додатне циљеве везане за породичне вредности који не морају да одговарају ономе ка чему теже чланови друштва ван породице. Сукоб може настати када власници-чланови породице настоје да остваре неекономске циљеве које мањински власници сматрају штетним по своје интересе.<sup>29</sup>

Чланови друштва који су уједно и чланови породице су у предности, јер располажу информацијама (оснивачи су друштва или заузимају значајне оперативне или административне позиције) и имају шири простор за одлучивање – или се налазе на управљачким/контролним пози-

---

ни менаџмент постоји могућност појаве првог агенцијског проблема. Michael-Jörg Oesterle, „Corporate Governance für Familienunternehmen“, *Zeitschrift für Management*, Nr. 1/2007, 44.

24 Belen Villalonga, Raphael Amit, „Family Control of Firms and Industries“, *Financial Management*, No. 3/2010, 875.

25 Qiang Cheng, „Family firm research – A review“, *China Journal of Accounting Research*, No. 3/2014, 151.

26 B. Villalonga, R. Amit, MA Trujillo, A. Guzman, 639.

27 Ann-Kristin Achleitner, Christoph Kaserer, Tobias Kauf, Sarah Volk, DAXplus Family – Ein Aktienindex zur Darstellung der Performance von Familienunternehmen, 4.

28 Birgit Felden, Andreas Hack, Christina Hoon, *Management von Familienunternehmen*, Wiesbaden, 2019, 336.

29 Rocio Arteaga, Susana Menéndez-Requejo, „Family Constitution and Business Performance: Moderating Factors“, *Family Business Review*, No. 4/2017, 323.

цијама или имају право гласа које им даје фактичку моћ у скупштини друштва. То резултира тиме да већински чланови извлаче економске користи на штету мањинских чланова.<sup>30</sup>

### 3. Специфични агенцијски проблеми у породичним друштвима

Теоријске расправе о породичним друштвима морају да иду даље од расправа у домену класичног корпоративног управљања – односа директора и акционара/власника, или односа власника међусобно. У породичним друштвима треба водити рачуна и о односима различитих делова једне породице – нпр. различите генерације или различите породичне гране. Специфичне одлике породичних друштава доводе до појаве додатних агенцијских проблема.<sup>31</sup> Заправо, агенцијски проблеми могу бити још израженији у породичним друштвима услед сукоба између чланова породице и немогућности тржишта корпоративне контроле да делује на ова друштва.<sup>32</sup>

Традиционални поглед на природу агенцијских проблема у породичним друштвима се усмерава на размимоилажење интереса између хомогене породице која има контролни интерес у друштву и мањинских власника који не припадају породици<sup>33</sup> Међутим, данас је присутна постепена промена фокуса истраживања са поимања породице као јединствене целине тако да се уважава да је она сачињена од појединаца који могу имати различите интересе.<sup>34</sup> Као последица сложених породичних односа, могу настати особени агенцијски проблеми:

- Сукоб принципал-супер-принципал, тј. сукоб између породице као целине и акционара-чланова породице који делују као агенти.<sup>35</sup> Карактеристичан је за друштва којима управља друга или трећа генерација.

- Сукоби између власника блока акција/контролних акционара (*blockholder conflicts*). За разлику од другог агенцијског проблема где сукоб настаје између мањинских и већинских власника, овде је реч о

---

30 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 337. M-J. Oesterle, 43.

31 William S. Schulze, Michael H. Lubatkin, Richard N. Dino, Ann K. Buchholtz, „Agency relationships in family firms: Theory and evidence“, *Organization Science*, Vol. 12, No. 2/ 2001, 102.

32 W. Schulze, M. Lubatkin, R. Dino, A. Buchholtz, 108.

33 Sumon Kumar Bhaumik, Ralitza Dimova, *How Family Firms Differ Structure, Strategy, Governance and Performance*, Basingstoke, 2015, 23.

34 T. Zellweger, N. Kammerlander, 1282. B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 335.

35 B. Villalonga, R. Amit, MA Trujillo, A. Guzman, 643.

сукобима између више власника са контролним учешћем који имају међусобно супротстављене циљеве и који се боре за превласт – стицање што веће контроле како би могли да остварују своје циљеве.<sup>36</sup>

- Дупли агенцијски трошкови настају када се у циљу избегавања сукоба између различитих група контролних акционара формирају одређене структуре које ће управљати породичним богатством (нпр. породична канцеларија). Међутим, њихово постојање ствара додатне агенцијске проблеме, јер се они налазе између породице и управе у вертикалном низу агената (агенти правог реда су породичне канцеларије, а другог реда су чланови управе и често се догађа да агенти првог реда почну да се понашају као принципиали у односу на чланове управе).<sup>37</sup>

#### 4. Теорија услужности

Агенцијска теорија не може у потпуности и доследно да се примени на породична друштва, тако да се у морају узети у обзир и друге теорије које воде рачуна и о чињеници да је породична друштва имају и неекономску компоненту. Принципал-агент теорија се данас све више сматра неадекватном за објашњавање односа у породичним друштвима и већи значај се придаје теорији услужности (*stewardship theory*). Суштина ове теорије је да се односи између менаџера и власника заснивају на односима међусобног поверења и уједначености интереса. Менаџер се идентификује са организацијом и усваја њену мисију, визију и циљеве као своје.<sup>38</sup> Остваривање личних интереса (као у случају агенцијске теорије) пада у други план.

\* \* \*

У зависности од тога која се теорија примењује, разликоваће се и механизми корпоративног управљања – код агенцијске теорије акценат ће бити на надзору и подстицајима како би се уједначили интереси принципала и агента, док ће код теорије услужности у први план бити ставље-

36 T. Zellweger, N. Kammerlander, 1281-1287.

37 Lloyd P. Steier, James J. Chrisman, Jess H. Chua, "Governance Challenges in Family Businesses and Business Families", *Entrepreneurship theory and practice*, November 2015, 1266. T. Zellweger, N. Kammerlander, 1285. Stephan Wessel, Carolin Decker, Knut S.G. Lange, Andreas Hack, „One size does not fit all: Entrepreneurial families' reliance on family offices“, *European Management Journal*, Vol. 32, 2014, 37.

38 Darko Tipurić, Najla Podrug, „Теоријска концептуализација и емпијска валидација теорије услужности“, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, br. 1/2010. 66-67.

ни механизмима који подстичу сарадњу како би се олашкало остваривање већ уједначених интереса.<sup>39</sup>

## У Посебни механизми управљања у породичним друштвима

Пред породична друштва се постављају три групе изазова: изазови са којима се суочавају сви привредни субјекти, изазови са којима се сва друштва суочавају, али која су додатно тешки за породична друштва (нпр. прибављање средстава за постизање конкурентности), као и изазови који су специфични само за породична друштва – сукоби између породице и пословања, сукоби унутар породице, као и пренос управљања на следећу генерацију (сукцесија).<sup>40</sup> Механизми и стратегије који се користе да се ублаже ефекти традиционалних агенцијских проблема,<sup>41</sup> морају бити, стога, допуњени сетом механизма који треба да одговори на ове посебне изазове.<sup>42</sup> За добро корпоративно управљање у породичном друштву, кључно да се препозна да је управљање у породичним друштвима сложеније од управљања у другим друштвима, јер се поред пословних, мора водити рачуна и о породичним односима.<sup>43</sup>

Осим механизма који су карактеристични за сва друштва, у породичним друштвима постоје и особени механизми управљања који су својствени само породичним компанијам, а које можемо поделити у институционалне и нормативне. У институционалне механизме спадају они који се односе на различита тела која се успостављају у друштву и која су усмерена ка очувању породичних вредности и визије. Другу групу механизма представљају посебни акти који се доносе, а који доприносе

---

39 Kristen Madison, Daniel T. Holt, Franz W. Kellermanns, Annette L. Ranft, „Viewing Family Firm Behavior and Governance Through the Lens of Agency and Stewardship Theories“, *Family Business Review*, No. 1/2016, 67.

40 Irene Mandl, Final Report Overview of Family Business Relevant Issues, 93. V. Ramadani, F. Hoy, 33. Поред изазова са којима се суочавају све компаније, породична друштва се суочавају и са изазовима који су више наглашени него у другим друштвима, или на које је потребно одговорити на другачији начин. Т. Zellweger, 1.

41 За начине решавања агенцијских проблема вид. Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, 5-24. Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми - II део“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/2009, 5-28. В. Радовић, 235-265.

42 B. Villalonga, R. Amit, MA Trujillo, A. Guzman, 645.

43 Adrian Cadbury, Family Firms and their Governance Creating Tomorrow's Company from Today's, 2000, доступно на адреси: <http://www.ecseonline.com/PDF/Cadbury%20-%20Family%20Firms%20and%20their%20Governance.pdf>, 19.04.2019, 5.

бољем раду породичног друштва (нпр. породични устав, споразуми акционара).

Управљање у породичним друштвима састоји се од две компоненте које се међусобно преклапају: пословно управљање које се бави питањем успостављања одговарајући структуре управљања и контроле унутар компаније, и породично управљање које се бави питањем управљања породицом и успостављањем кохезије међу члановима породице.<sup>44</sup> Породично управљање представља скуп добровољних механизма који су установљени од стране породице и првенствено усмерени на управљање и јачање односа између породице и пословања, као и односа између чланова породице.<sup>45</sup> Његове класичне функције обухватају неговање породичне кохезије, координацију утицаја породице на управљање и планирање будућности пословања.<sup>46</sup>

### 1. Институционални механизми

Структура органа у породичном друштву опредељена је његовом формом. Поред скупштине и одбора директора, односно извршног и надзорног одбора у дводомном систему управљања, ова друштва могу формирати и факултативне органе.<sup>47</sup> Која ће њихова функција бити, зависи од мотива оснивања. Улога варира од саветодавне, преко улоге посредника између руководства и акционара до контроле над управом.<sup>48</sup>

Структура породичног управљања зависи од тога ко је власник (оснивач или потомци) и ко управља компанијом (чланови породице или професионални менаџери), као и од величине компаније и њене пословне културе.<sup>49</sup> У почетној фази развоја управљање друштвом може се ослањати на неформалне структуре и моћ оснивача. Међутим, временом, како односи у породици постају сложенији, постоји потреба за формалним структурама управљања.<sup>50</sup> Ово је посебно случај када компани-

44 Alexander Koeberle-Schmid, Denise Kenyon-Rouvinez, Ernesto J. Poza, *Governance in Family Enterprises*, Basingstoke, 2014, 11.

45 Julia Suess, „Family governance – Literature review and the development of a conceptual model“, *Journal of Family Business Strategy*, No. 2/2014, 139.

46 Julia Suess-Reyes, „Understanding the transgenerational orientation of family businesses: the role of family governance and business family identity“, *Journal of Business Economics*, No. 6/2017, 756.

47 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 334.

48 M. Woywode, D. Keese, J. Tänzler, 431. B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 336.

49 A. Koeberle-Schmid, D. Kenyon-Rouvinez, E. J. Poza, 12. IFC, IFC приручник за управљање породичним фирмама, 31.

50 Adrian Cadbury, *Family Firms and their Governance Creating Tomorrow's Company from Today's*, 25.

јом почне да управља трећа генерација.<sup>51</sup> Механизми породичног управљања представљају везу између породице и друштва, представљају породицу у односу са органима друштва, обезбеђују комуникацију и информисање и утичу на друштво са аспекта породице.<sup>52</sup> Типични органи породичног управљања су породична скупштина, породични савет и породична канцеларија, али се могу успоставити и други механизми, нпр. породична фондација, породична банка и сл.

#### а) Породична скупштина

Породична скупштина је формални форум за дискусију о пословним и породичним питањима за све чланове породице.<sup>53</sup> Увођење породичне скупштине је корисно код великих друштава, тј. у ситуацијама када постоји велики број чланова и генерација у породици, када породица постаје хетерогена структура и када чланови живе удаљени једни од других.<sup>54</sup> У породичној скупштини се негује конструктивни дијалог о заједничким вредностима породице, визији и мисији. Ти састанци често укључују и друштвене активности.<sup>55</sup>

#### б) Породични савет

Породични савет је орган кога бира породична скупштина међу својим члановима ради расправљања о питањима од значаја за породично друштво. Савет се обично оснива када породица достигне критичну величину, тј. више од 30 чланова.<sup>56</sup> Његова два основна задатка су стварање и управљање односима између породице и компаније и планирање преноса посла на наредну генерацију, а у оквиру ових општих задатака, одвија се низ мањих, детаљнијих, међусобно повезаних активности.<sup>57</sup> Савет организује породичне састанке, израђује нацрте правила и политика о којима ће породица расправљати на скупштини, стара се о образовању чланова породице.<sup>58</sup> Он унапређује комуникацију међу члановима

---

51 Kelin E. Gersick, John A. Davis, Marion McCollom Hampton, Ivan Lansberg, *Generation to generation: life cycles of the family business*, Boston, 1997, 133.

52 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 362.

53 IFC, IFC приручник за управљање породичним фирмама, 31.

54 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 367.

55 B. Villalonga, R. Amit, MA Trujillo, A. Guzman, 649.

56 IFC, IFC приручник за управљање породичним фирмама, 32.

57 L. Gnan, D. Montemerlo, M. Huse, 359.

58 B. Villalonga, R. Amit, MA Trujillo, A. Guzman, 649.

породице и пружа форум за решавање породичних сукоба,<sup>59</sup> а врши и надзор над поштовањем одредби породичног устава.<sup>60</sup>

### в) Породична канцеларија

Увећање имовине породичног друштва<sup>61</sup> и њена сложена структура захтевају да се управљање имовином повери професионалној организацији – породичној канцеларији.<sup>62</sup> Прве породичне канцеларије јављају се у периоду индустријске револуције у САД, поново добијају на значају током осамдесетих година, а трећи талас везан је за последњу финансијску кризу - пропаст банка, губитак поверења у институционалне инвеститоре и потреба за квалитетним, прилагођеним, а независним саветима.<sup>63</sup>

Породичну канцеларију чини група висококвалификованих стручњака који на себе преузимају старање о породичном богатству.<sup>64</sup> Породична канцеларија може имати различите организационе облике, што зависи од потреба породице и изазова са којима се она суочава.<sup>65</sup> Она може бити саставни део породичног друштва (*embeded family office*) где запосленом у компанији у оквиру структуре компаније поверава управљање породичним средствима,<sup>66</sup> може бити посебан ентитет чије је искључиво задужење управљање породичним богатством једне или више породица (*single family office*, односно *multi family office*), или може бити у

59 A. Koeberle-Schmid, D. Kenyon-Rouvinez, E. J. Poza, 18.

60 Felix Georg Fabis, „Instrumentarien zur Vermeidung und Lösung von Gesellschafterkonflikten in Familienunternehmen“, *Organisationsberatung, Supervision, Coaching*, No. 4/2007, 636.

61 Сматра се да је минимални износ богатства који оправдава успостављање породичне канцеларије у Европи 200-300 милиона евра, док је за оснивање канцеларије која ће служити интересима више породица праг 20 милиона евра. У САД је праг 500 милиона долара за породичну канцеларију која ће служити само интересима те породице, а ако је више породица оснива, потребно је најмање 10 милиона долара, а, изузетно, 5 милиона. S.Wessel, C. Decker, K. S.G. Lange, A. Hack, 42. У Немачкој се почетни трошкови оснивања породичне канцеларије и ангажовање једног или два лица се процењују на 3-3,5 милиона евра, а још најмање 2 милиона годишње је потребно за вођење канцеларије. Carolin Decker, Knut S.G. Lange, „Exploring a secretive organization: What can we learn about family offices from the public sphere?“, *Organizational Dynamics*, Vol. 42, 2013, 303.

62 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 374.

63 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 375.

64 Matthias Papesch, *Corporate Governance in Familienunternehmen: Eine Analyse zur Sicherung der Unternehmensnachfolge*, Wiesbaden, 2010, 150.

65 Raphael Amit, Heinrich Liechtenstein, M. Julia Prats, Todd Millay, Laird P. Pendleton, *Single Family Offices: Private Wealth Management in the Family Context*, доступно на адреси: <http://knowledge.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/09/1354.pdf>, 29.03.2019, 6.

66 T. Zellweger, N. Kammerlander, 1288.

форми траста, односно фондације.<sup>67</sup> Канцеларија обично има форма акционарског друштва (евентуално фондације (*Stiftung*) или траста), а ако је део породичног друштва, онда дели његову правну судбину.<sup>68</sup>

Породичне канцеларије својим клијентима нуде широк спектар услуга које угрубо могу сврстати у три категорије: активности повезане са управљањем богатством (нпр. алокација ресурса, избор директора, надзор, управљање ризиком), административне услуге (управљање финансијама и извештавање, правне и пореске услуге итд.) и активности повезане са породицом (образовање чланова породице, услуге саветовања итд.).<sup>69</sup>

Рад породичних канцеларија карактерише потпуна дискреција,<sup>70</sup> велика флексибилност, услуге прилагођене потребама породице, доступност и посвећеност.<sup>71</sup>

## 2. Нормативни механизам – породични устав

Корпоративно управљање у породичним друштвима може бити уређено низом правних аката и инструмената. Полазну основу чини компанијски закон, а потом оснивачки акти и различити споразуми акционара (нпр. о праву гласа, ограничења преноса, право прече куповине). За породична друштва су посебно значајни кодекси корпоративног управљања. Први овакав кодекс донет је у Немачкој 2004. године и он само набраја питања која би требало регулисати у породичним друштвима, без давања конкретних препорука, јер су ова друштва превише хетерогена

67 T. Zellweger, N. Kammerlander, 1292.

68 Dirk Zetzsche, „Family Offices und Familienvermögen zwischen Recht und Regulierung“, *Der Gesellschafter*, Nr. 6/2016, 372.

69 Raphael Amit, Heinrich Liechtenstein, M. Julia Prats, Todd Millay, Laird P. Pendleton, *Single Family Offices: Private Wealth Management in the Family Context*, 14. B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 378.

70 Стога је тешко проценити колико породичних канцеларија данас постоји у свету. Raphael Amit, Heinrich Liechtenstein, M. Julia Prats, Todd Millay, Laird P. Pendleton, *Single Family Offices: Private Wealth Management in the Family Context*, 4. Нарађа се да број канцеларија расте и да износи између 3000 и 5000 у САД, односно између 200 и 4000 у Европи. У Немачкој је постоји између 400 и 600 породичних канцеларија, од којих је око 50 ангажовано као MFO. Као земља са највише породичних канцеларија у Европи слови Швајцарска (300-400) која се пре свега стара о страним клијентима (међу којима су и најбогатија друштва). B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 376. У Немачкој је велики број канцеларија последица преноса богатства на наредну генерацију, а у Уједињеном Краљевству због богатих породица из Русије, Азије и са Блиског истока које су емигрирале у Лондон. C. Decker, K.S.G. Lange, 300.

71 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 376. Raphael Amit, Heinrich Liechtenstein, M. Julia Prats, Todd Millay, Laird P. Pendleton, *Single Family Offices: Private Wealth Management in the Family Context*, 33.



категорија.<sup>72</sup> Још један слој уређења односа у породичном друштву представља породични устав (статут, протокол).<sup>73</sup>

Породични устав је споразум између чланова породице којим се регулишу економски и професионални односи између чланова породице који су чланови друштва и саме компаније, као и управљање и организација компаније.<sup>74</sup> Он се може разумети као „основа породичног управљања, политике управљања друштвом и процеса одлучивања унутар породице“.<sup>75</sup> Основну садржину устава чине четири групе питања: породична визија и мисија (вредности, циљеви, историја, култура, симболи), модел пословања, пословно управљање (чланство, сукцесија, права и дужности власника, одбор директора, запослење, накнаде и одговорност, дивиденде) и породично управљање (породични савет и менаџер, решавање сукоба, добротворна фондација, породична канцеларија, породична банка, породични састанак итд.)<sup>76</sup> Он се сматра најсвеобухватнијим механизмом породичног управљања, јер ствара или садржи у себи друге механизме породичног управљања као што су породична скупштина, породични савет, споразуми акционара.<sup>77</sup> Иако се доста говори о садржини акта, сматра се да је сâм процес његовог настанка чак и важнији од садржаја.<sup>78</sup>

Позитиван однос између примене породичног устава и пословног успеха компаније је уочиљивији за друштва која имају генералног дирек-

---

72 Данас дванаест земаља има посебне кодексе корпоративног управљања за породична друштва (међу њима су Белгија, Швајцарска, Шпанија, Аустрија, Финска). А. Koeberle-Schmid, D. Kenyon-Rouvinez, E. J. Poza, 202. Србија је ово питање решила тако што се у Кодексу корпоративног управљања Привредне коморе један део посвећује искључиво породичним друштвима.

73 Holger Fleischer, Die Familienverfassung: Vertrag ohne Schwert?, доступно на адреси: [https://www.mpg.de/11089713/\\_jb\\_2017](https://www.mpg.de/11089713/_jb_2017), 11.04.2019. Овај аутор инструменте који уређују корпоративно управљање у породичним друштвима описује као вишеслојну структуру (Zwiebelschalenmodell).

74 Guía para la pequeña y mediana empresa familiar, Madrid, 2008, 57.

75 M. Papesch, 139.

76 A. Koeberle-Schmid, D. Kenyon-Rouvinez, E. J. Poza, 321. R. Arteaga, S. Menéndez-Requejo, 322.

77 R. Arteaga, S. Menéndez-Requejo, 323.

78 Miguel Angel Gallo, Salvatore Tomaselli, “Formulating, implementing and maintaining family protocols”, *Handbook of Research on Family Business* (eds. Panikkos Zata Poutziouris, Kosmas X. Smyrnios, Sabine B. Klein), Cheltenham-Northampton, 2006, 298. Isabel C. Botero, Gonzalo Gomez Betancourt, Jose Bernardo Betancourt Ramirez, Maria Piedad Lopez Vergara, “Family protocols as governance tools”, *Journal of Family Business Management*, No. 2/2015, 225.

тора који потиче изван породице, која имају више власника из једне породице или која контролишу касније генерације.<sup>79</sup>

Породични устав има велики значај за управљање породичним друштвом, али је његово дејство само морално обавезујуће.<sup>80</sup> Мада, како не постоји јединствена форма породичног устава, не се може говорити на глобалном нивоу о његовој правној снази - он осцилира између уговора, моралне обавезе и изјаве о мисији.<sup>81</sup>

Овај акт је жив документ који се мења са променама у породици и породичном друштву,<sup>82</sup> тако да је неопходна његова периодична ревизија.<sup>83</sup>

## VI Закључна разматрања

Породична друштва представљају окосницу привредне активности у бројним европским и светским економијама. Како је свака породица специфична, она своје јединствене вредности, циљеве и визију преноси на механизме и структуре управљања у породичним друштвима. Стога се не може поставити универзална дефиниција овог појма, нити се може створити јединствен модел њихове организације који би био применљив у свим земљама и приликама.

Окренутост ка дугорочним пословним циљевима и опрезна пословна политика учиниле су ова друштва отпорнијим на финансијску кризу. Међутим, њихово постојање обележено је бројним проблемима. Породица која је извор снаге друштва може истовремено да буде и главни узрочник проблема. Са протеком времена и увећањем породичног богатства, породични односи постају сложенији, тако да су могући сукоби унутар саме породице између њених чланова који (не) заузимају различите позиције у друштву (члан друштва, директор, запослени). Овај сукоб додаје нови слој агенцијских проблема на постојеће односе који прате свако привредно друштво, што изискује успостављање посебног механизма управљања који постоји паралелно са класичним механизмима корпоративно управљања. Основна карактеристика ових механизма је да су усмерени ка очувању породичне кохезије и склада, али се пози-

79 R. Arteaga, S. Menéndez-Requejo, 320.

80 B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 387. У неким правним системима, нпр. у Шпанији ако је акт уписан у регистар, може имати и правно обавезујуће дејство. Guía para la requeña y mediana empresa familiar, Madrid, 2008, 61.

81 Holger Fleischer, Die Familienverfassung: Vertrag ohne Schwert.

82 IFC, IFC приручник за управљање породичним фирмама, 24.

83 Сматра се да је оптимално да се то чини на пет година. B. Felden, A. Hack, C. Hoon, 393.,

тивни ефекти добрих породичних односа преносе и ниво корпоративног управљања и доприносе побољшању његовог квалитета. Какве ће бити структуре породичног управљања зависи од карактеристика самог породичног друштва, али им је свима заједничко да су усмерене на очување добрих породичних односа (и последично и пословног успеха компаније) и да прате еволуцију породичног друштва и односа међу његовим члановима.

**Aleksandra VIŠEKRUNA, M.A.**

**Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **PECULIARITIES OF CORPORATE GOVERNANCE IN FAMILY BUSINESS**

### **Summary**

*Paper considers the question of corporate governance in family firms. Family firms are companies in which family has decisive influence on governance and/or ownership. These companies don't have distinctive legal form, but have certain specificities which make them unique. The paper will point to special characteristics of these companies which determine their peculiar corporate governance system – interplay between family and business sphere – which requires the existence of two governance structures: corporate and family.*

**Keywords:** *corporate governance, family business, agency problems.*

Марија ВИЋИЋ<sup>1</sup>

## ПРОБЛЕМИ УЧЕШЋА ЗАПОСЛЕНИХ У ПРОГРАМИМА УЛАГАЊА КОЈЕ НУДЕ ИНОСТРАНЕ КОМПАНИЈЕ

*У овом раду указаћемо на прописе који би морали бити узети у обзир приликом имплементације програма учешћа које иностране компаније нуде домаћим запосленима. Посебан осврт ћемо направити на одредбе Закона о тржишту капитала и Закона о девизном пословању чијим рестриктивним тумачењима овакви програми могу бити веома отежано имплементирани или чак сматрани забрањеним када су у питању српски запослени. Такође бисмо се осврнули и на праксу надлежних органа по овом питању, пре свега Комисију за хартије од вредности, али и Народну банку Србије. Пре него што кренемо у анализу наведених питања, указаћемо на неке од типичних пакета финансијских инструмената који се кроз програме учешћа иностраних (најчешће матичних) компанија нуде запосленима у локалним компанијама – послодавцима најчешће срећу у локалној пракси.*

**Кључне речи:** *учешће запослених у улагању, тржиште капитала, финансијски инструменти, Комисија за хартије од вредности, девизно пословање.*

### Увод

У последњих тридесет година приметан је повећани број програма финансијског учешћа запослених у инвестирању у своје компаније - послодавце или матичне компаније својих компанија – послодаваца изван земље њиховог запослења. То је довело до настанка регулативе уподобљене специфичностима програма и планова финансијског учешћа

---

1 Адвокат у сарадњи са адвокатском канцеларијом Карановић & Партнери о.а.д. и докторант Правног факултета Универзитета у Београду.

запослених у скоро 20 земаља Европске Уније како би се даље ширење оваквих програма подржало.<sup>2</sup>

Међутим, развој посебне регулативе је директно у вези са заступљеношћу ових програма у конкретној земљи при чему се уочава један неравномеран приступ посматрано из географског угла. Наиме, велика је разлика у заступљености ових програма у водећим земљама чланицама Европске Уније и земљама у развоју, па и регулаторни третман програма учешћа запослених доста варира од земље до земље. У вези са тим постоје државе које препознају специфичну регулативу у целости по питању ових планова, док се у случају одређених земаља ови програми и планови третирају кроз опште правне институте што у доста случајева доводи до њихове отежане имплементације будући да општи прописи углавном нису прилагођени овим специфичним аранжманима.<sup>3</sup>

Сматра се да програми улагања односно финансијског учешћа запослених у компанијама могу довести до значајне стабилизације европске економије у целини. Студије које су на ову тему рађене у оквиру Европске Уније показују да су програми улагања мотив за запослене да улажу више и постижу боље резултате током свог рада, као и да су добра „резерва“ за изворе прихода након пензионисања.<sup>4</sup> Такође, неке врсте ових планова доводе и до учешћа запослених у корпоративном управљању компанијом у којој су запослени јер дају и одређена гласачка права. То је додатна погодност и мотив за запосленог да преузме одлучнију улогу у својој компанији и да се више залаже за њен просперитет и пословање будући да то овим путем постаје и његов лични интерес, а не само интерес његовог послодавца. Такође, учешће запослених у оваквим врстама програма доводе и до синергије интереса запослених и послодавца будући да се њихови некад одвојени интереси овим путем доводе у склад. На основу спроведених студија показано је да овакав вид финансијске компензације запосленима има главну улогу у привлачењу запослених на позицијама од виталног значаја за компанију. Нуђење оваквих програма од стране послодавца додатни је сигнал потенцијалним запосленима да конкретна ком-

---

2 European Parliament, Legislative Observatory 2018/2053(INI) – Role of employee financial participation in creating jobs and reactivating the unemployed, доступно на адреси: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/2053\(INI\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2018/2053(INI)&l=en), 21.03.2019, 1-3.

3 European Parliament, Legislative Observatory 2018/2053(INI) – Role of employee financial participation in creating jobs and reactivating the unemployed, 1-3.

4 European Parliament, Legislative Observatory 2018/2053(INI) – Role of employee financial participation in creating jobs and reactivating the unemployed, 1-3.

панија негује интересе запослених омогућавајући им, уз одређене резултате, да остваре више од месечне новчане зараде.<sup>5</sup>

У земљама југоисточне Европе остаци социјалистичких система заснованих на унапред планираним предвидивим зарадама и додатним погодностима који првенствено зависе од арбитрарне воље послодаваца, довели су до хромог и успореног развоја програма учешћа запослених у улагању у компанијама – послодавцима, а тим пре, посебно узевши у обзир рестрикције за прекогранична улагања које су постојале, и у матичним компанијама.<sup>6</sup>

У Србији не постоји посебни законски оквир који се бави програмима улагања запослених. Постоје одређене назнаке постојања ове врсте улагања, на пример у Закону о тржишту капитала<sup>7</sup> који искључује своју примену у погледу лица која пружају инвестиционе услуге које се искључиво баве управљањем програмима учешћа запослених у улагању у земљи, али и у погледу улагања у иностранству кроз Закон о девизном пословању<sup>8</sup> који прокламује слободу улагања резидента, укључујући и резидента – физичко лице, у иностранство, било путе директног или портфолио улагања, било у пословању са финансијским дериватима (за које Закон о девизном пословању прописује одређена ограничења о којима ће бити више речи касније). Међутим, Србија је и даље на веома ниском нивоу када је реч о програмима учешћа запослених у улагањима у земљи – према подацима истраживања око 9% компанија пласира програме за доделу акција запосленима (бесплатно или по повлашћеним условима)<sup>9</sup>, што је делом последица и непрепознатљивости, односно веома мале препознатљивости, овог института у регулаторном оквиру. Упркос непостојању посебног оквира који се бави овом врстом улагања, улагања у компаније-послодавце у земљи нису нарочито спорна, односно њихов третман кроз опште законске категорије не би довео до већих

5 Charles H. Fay, Michael A. Thompson, "Contextual determinants of reward systems' success: An exploratory study", *Human Resource Management Vol. 40, Issue 3*, 213–226.

6 Michael J. Morley, Anges Slavic, Jozsef Poór, Nemanja Berber, "Training practices and organisational outcomes: A comparative analysis of domestic and internationally focused companies operating in the transition economies of Central & Eastern Europe", *Journal of East European Management Studies, Vol. 21/2016*, 406–432.

7 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, чл. 4.

8 Закон о девизном пословању – ЗДП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014, 30/2018, чл. 11, 11а, 13, 16.

9 Michael J. Morley, Anges Slavic, Jozsef Poór, Nemanja Berber, "Management compensation systems in Central and Eastern Europe: a comparative analysis", *The International Journal of Human Resource Management*, 2017, 1661-1689.

проблема или немогућности њихове имплементације. Ситуација је доста другачија када су у питању програми улагања домаћих запослених које нуде иностране компаније које су најчешће, али не по правилу, матичне компаније домаћих послодаваца. Из наведеног разлога а и из разлога све веће присутности намере иностраних компанија да пласирају различите врсте програма улагања и запосленима у Србији (код локалних компанија), фокус овог рада биће управо улагање запослених у иностране компаније и правне препреке са којима могу да се сусретну, односно које морају узети у обзир при одлучивању да крену са улагањем.

### Врсте учешћа запослених у програмима улагања у иностранству

Учешће запослених у програмима улагања у иностранству најчешће се своди на доделу одређеног финансијског инструмента или готовинских новчаних средстава запосленом у локалној компанији. Врста финансијског инструмента који се нуди у склопу конкретног програма опредељује у великој мери третман програма кроз српске прописе. За потребе овог рада разумевање појма „финансијски инструмент“ ћемо ограничити на дефиницију овог појма по европским директивама о тржишту капитала (*Directive 2004/39/EC on markets in financial instruments – MiFiD I*, *Directive 2014/65/EC on markets in financial instruments – MiFiD II*), што у великој мери одговара и дефинисању појма „финансијски инструмент“ према Закону о тржишту капитала који је у овом делу имплементирао решења *MiFiD I*<sup>10</sup>.

---

10 У том смислу (Секција Ц, *MiFiD I*, доступно на линку: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32004L0039>, 15.03.2019. и ЗТК, чл. 2) , финансијски инструменти су: преносиве хартије од вредности; инструменти тржишта новца; јединице институција колективног инвестирања; опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и остали изведени финансијски инструменти који се односе на хартије од вредности, валуте, каматне стопе, принос, као и други изведени финансијски инструменти, финансијски индекси или финансијске мере које је могуће намирити физички или у новцу; опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и остали изведени финансијски инструменти који се односе на робу и који: морају бити намирени у новцу, или, могу бити намирени у новцу по избору једне од уговорних страна, а из разлога који нису у вези са неизвршењем обавеза или раскидом уговора; опције, фјучерси, свопови и остали изведени финансијски инструменти који се односе на робу и могу намирити физички, под условом да се њима тргује на регулисаном тржишту, односно мултилатералној трговачкој платформи (у даљем тексту: МТП); опције, фјучерси, свопови, форварди и остали изведени финансијски инструменти који се односе на робу и могу намирити физички, а нису обухваћени претходном тачком и: немају комерцијалну намену; имају карактеристике изведених финансијских инструмената, имајући у виду, између осталог, да ли се клиринг и салдирање

*MiFiD II* садржи нешто проширенију листу финансијских инструмената, али то проширење није од значаја за планове учешћа запослених. Већина горе наведених финансијских инструмената може бити нуђена запосленом преко програма учешћа у улагању. Најтипичнији инструменти који се нуде запосленима су свакако акције, обичне са правом гласа или преференцијалне<sup>11</sup>, опције за стицање акција након одређеног периода по фиксној цени, уговори за разлике (енгл. *contracts for difference*), итд.

Додела поменутих инструмената може се реализовати кроз различите врсте планова, овде наводимо само неке типичне од њих. План куповине акција је уобичајени често присутан план који омогућава запосленима да купе акције и држе их одређени период остварујући при том своја права као имаоци акција (енгл. *employee share purchase plans*)<sup>12</sup>. Одређени планови дају посебне повластице постојећим запосленима – акционарима омогућавајући да по повлашћеним условима прибаве додатне акције (енгл. *matching shares plans*)<sup>13</sup>. Неки планови признају запосленом право на валоризацију акција, односно да приме износ увећане вредности акција у готовини или у додатним акцијама (енгл. *stock*

---

врше у признатим клириншким кућама или да ли подлежу редовним позивима за доплату; изведени финансијски инструменти за пренос кредитног ризика; финансијски уговори за разлике; опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и други изведени финансијски инструменти који се односе на климатске варијабле, трошкове превоза, стопе инфлације, квоте емитовања или друге службене, економске и статистичке податке, а који се намирују у новцу или се могу намирити у новцу по избору једне од уговорних страна из разлога који нису у вези са неизвршењем обавеза или раскидом уговора, као и други изведени финансијски инструменти који се односе на имовину, права, обавезе, индексе и мере који нису наведени у овој тачки, а који имају одлике других изведених финансијских инструмената, имајући у виду, између осталог, да ли се њима тргује на регулисаном тржишту или МТП, да ли се клиринг и салдирање врше у признатим клириншким кућама и да ли подлежу редовним позивима за доплату; робни деривати су изведени финансијски инструменти који се односе на робу, који морају бити намирени у новцу, или изузетно физички, уколико се њима тргује на регулисаном тржишту, односно МТП; икредитни дериват на основу наступања статуса неиспуњавања обавеза (енгл. *credit default swap*) је врста кредитног деривата којим се пружалац кредитне заштите обавезује да ће кориснику те заштите измирити губитак у случају неизмирења обавеза дужника или неког другог уговореног кредитног догађаја, за шта му корисник кредитне заштите плаћа одговарајућу накнаду.

11 Потреба појмова „обичне (са правом гласа)“ и „преференцијалне“ акције има значење према одредбама Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, чл. 250-252.

12 Објашњење појма доступно на линку: <https://www.investopedia.com/terms/e/espp.asp>, 11.04.2019.

13 Објашњење појма доступно на линку: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-1155?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhpc=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-204-1155?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhpc=1), 11.04.2019.



*appreciation rights plans*)<sup>14</sup>. Такође, како смо поменули, постоје и готовински планови на основу којих запослени добијају одређене погодности у вези са стицањем акција како би се на њих спречио утицај пораста вредности акција (тзв. бонуси за стицање акција, односно на енгл. *employee cash plans*)<sup>15</sup>.

### **Српски прописи које треба размотрити приликом уласка у програме улагања иностраних компанија**

Низ је прописа које би запослени, али и домаћи послодавац и инострана компанија требало да узму у обзир пре почетка реализације улагања запослених у инострану компанију. Одређени прописи садрже само одређене претежно техничке критеријуме који треба да буду испуњени или макар размотрени пре почетка имплементације програма у Србији (на пример, прописи у области радног, пореског права и права заштите података о личности). С друге стране, одређени прописи представљају препреку спровођењу ових планова у пракси. Пре свега мислимо на прописе којима се уређује тржиште капитала и девизно пословање. Како је проблем до кога доводе рестриктивна тумачења ових прописа у пракси препознат, локални органи су подстакнути иницијативама из привреде почели да раде на усавршавању тумачења ових прописа након више година магловите праксе. Посебан значај у том погледу имају мишљења и ставови Комисије за хартије од вредности (у даљем тексту: Комисија) приликом тумачења Закона о тржишту капитала.

### **Примена Закона о тржишту капитала**

Када је у питању примена Закона о тржишту капитала у пракси се поставио низ питања примене конкретних правних института овог закона на програме улагања запослених у иностране компаније. Пре него што отпочнемо са конкретном анализом чланова Закона о тржишту капитала који су стварали проблеме у тумачењу примене на планове улагања, истичемо да за сврху анализе Закона о тржишту капитала искључујемо готовинске подстицаје као и улагања у тзв. нестандардизоване финансиј-

---

14 Објашњење појма доступно на линку: [https://content.next.westlaw.com/Document/10f9fe4e8ef0811e28578f7ccc38dcbec/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1](https://content.next.westlaw.com/Document/10f9fe4e8ef0811e28578f7ccc38dcbec/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhcp=1), 11.04.2019.

15 Објашњење појма доступно на линку: <https://www.investopedia.com/terms/e/employeecontributionplan.asp>, 11.04.2019.

ске деривате (тј. нестандардизоване изведене финансијске инструменте), будући да су оба изван опсега примене Закона о тржишту капитала<sup>16</sup>.

Основна питања која су се поставила у пракси и која су изнета пред Комисију у циљу тумачења одредби Закона о тржишту капитала била су следећа:

1. да ли нуђење финансијских инструмената од стране иностране компаније домаћим запосленима представља нуђење финансијских инструмената у Србији, када би то захтевало јавну понуду у Србији, односно

2. да ли страна компанија која нуди финансијске инструменте домаћим запосленима врши инвестиционе услуге у Србији у смислу Закона о тржишту капитала?

*(а) Да ли нуђење финансијских инструмената од стране иностране компаније домаћим запосленима представља јавну понуду у Србији?*

Пред Комисијом се поставило питање да ли понуда за куповином хартија од вредности (што је ужи појам од финансијског инструмента) листираних на берзи у иностранству без намере нуђења тих хартија на регулисаном тржишту или МТП у Србији тачно одређеном кругу лица, тј. запосленима може бити посматрана као јавна понуда хартија од вредности у смислу чл. 2 ст. 1 тач. 37 Закона о тржишту капитала.

Наиме, поменути члан Закона о тржишту капитала предвиђа да је јавна понуда хартија од вредности свако обавештење датом у било ком облику и путем било ког средства које даје довољно података о условима

16 Када су у питању готовински подстицаји, јасно је да није реч о финансијским инструментима. С друге стране, ЗТК у чл. 5 недвосмислено искључује своју примену на, између осталог, нестандардизоване изведене финансијске инструменте. Овом приликом је згодно напоменути да ЗТК не садржи дефиницију нестандардизованог изведеног финансијског деривата. Значење овог појма до скоро је садржала Одлука о обављању послова са финансијским дериватима, *Службени гласник РС*, бр. 85/2011, 62/2013, дефинишући нестандардизовани финансијски дериват као дериват којим се тргује ван регулисаног тржишта односно МТП, односно на ОТС (енгл. *over the counter*) тржишту. Изменама поменуте одлуке с краја 2018. године, овај појам је изостављен, и сада важећа одлука само упућује на правила која важе за деривате којима се тргује на регулисаном тржишту односно МТП, и деривате којима се тргује на ОТС тржишту. На основу историјског тумачења а узевши у обзир и разумевање овог појма које је уобичајено у пословној пракси, сматраћемо да нестандардизованим дериватима управо оне којима се тргује на ОТС тржишту.

понуде и о хартијама од вредности из те понуде тако да се инвеститору омогући доношење одлуке о куповини или упису ових хартија од вредности.<sup>17</sup>

Такође, Законом о тржишту капитала је предвиђено да се хартије од вредности којима се тргује у Србији изражавају у динарима, те да се депозитне потврде које се односе на хартије од вредности страног издаваоца које се издају или којима се тргује у Србији изражавају и исплаћују у динарима, из чега произлази да на домаћем тржишту капитала не могу бити нуђене хартије страних друштава које гласе на страну валуту, већ само депозитне потврде које се односе на те хартије од вредности страног издаваоца.<sup>18</sup>

Закон о тржишту капитала такође регулише поступак одобрења објављивања јавне понуде у Србији од стране иностраног издаваоца ради трговања на регулисаном тржишту односно МТП у Србији чиме је регулисано и дискреционо овлашћење Комисије приликом третирања оваквих захтева за објављивање јавне понуде<sup>19</sup>.

У иницијалном мишљењу које је Комисија издала 2012. године<sup>20</sup>, истакнуто је да хартије од вредности које су издала страна друштва могу бити нуђена у Србији (тј. запосленима у Србији, прим. аут.) само уз поштовање горе наведених одредби Закона о тржишту капитала.

Ово изузетно конзервативно мишљење Комисије ублажено је већ следећим које је поводом сличних питања издато 2014. године<sup>21</sup>. У другом по реду мишљењу истакнуто је да одредбе Закона о тржишту капитала постају релевантне у случају када „издавалац хартија од вредности има седиште ван Србије а жели да јавно понуди односно укључи у трговање у Србији хартије од вредности већ понуђене у иностранству“<sup>22</sup>. У овом мишљењу истакнуто је и да локални прописи не препознају прекограничне емисије хартија од вредности (укључујући и улагања запослених у њих, прим. аут.), али да постоји донекле „олакшана“ процедура подношења захтева за објаву проспекта уколико су конкретне хартије од вредно-

---

17 ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 37. Наведена дефиниција јавне понуде из ЗТК је преузета из европске *Prospectus* директиве (2003/71/EC *Directive to be published when securities are offered to the public or admitted to trading*) која је с намером поставља доста широко, али без намере да се као таква примењује на програме улагања запослених за које предвиђа посебне изузетке или регулативу.

18 ЗТК, чл. 9.

19 ЗТК, чл. 39.

20 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0-03-103/2-12 од 22. марта 2012. године

21 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0-03-435/2-14 од 2. септембра 2014. године

22 Мишљење (2014), 4.

сти већ биле нуђене у иностранству.<sup>23</sup> Комисија у овом другом мишљењу ставља резерву да „се не може тумачењем Закона о тржишту капитала доћи до одговора да ли би се у конкретном случају (нуђења хартија од вредности запосленом од стране иностране компаније, прим, аут.) радило о издавању или трговању, већ би (страни) издавалац био дужан да у поступку предвиђеном чланом 39 Закона о тржишту капитала дефинише да ли жели да изврши примарну понуду хартија од вредности издавањем додатних хартија исте класе као оне које су понуђене у иностранству, или жели да хартије од вредности већ издате у иностранству укључи у секундарно трговање у Србији“.<sup>24</sup>

У мишљењу које Комисија поводом сличних питања издаје 2017. године<sup>25</sup> иде се корак даље ка прецизирању (не)примене Закона о тржишту капитала у погледу захтева јавне понуде. Закључак који се из овог мишљења може извести је да примене правила о јавној понуди неће бити ако послодавац са седиштем у Србији, матична компаније као издавалац акција, нити иједно треће лице које наступа у њихово име и за њихов рачун не нуди односно промовише на територији Србије иностране програме учешћа запослених у улагању, који подразумевају куповину страних хартије од вредности на начин да активности нуђења односно промоције имају карактер јавне понуде у смислу чл. 2 ст. 1. тач. 37 Закона о тржишту капитала. Ако би постојала намера да се спроведе јавно понуда иностраних хартија од вредности, применила би се правила чл. 9 и 39 Закона о тржишту капитала.<sup>26</sup>

Утисак је да је Комисија на овај начин покушала да ограничи примену дефиниције јавне понуде из Закона о тржишту капитала, али дајући овај у многоме цикличан одговор, практични резултати овог мишљења су изостали и потенцијални ризици којима би сви учесници у програму учешћа запослених били изложени и даље остају макар на нивоу теоретског. Имајући у виду санкцију ништавости јавне понуде коју Закон о тржишту капитала предвиђа у овом случају, овај макар и теоретски ризик, практично није могао бити занемарен.<sup>27</sup>

---

23 Мишљење (2014), 4, у вези са чл. 39 ЗТК. Комисија за хартије од вредности издала је и мишљење бр. 2/0-03-51/4-17 20. фебруара 2017. године поводом питања тумачења чл. 2 Закона о инвестиционим фондовима где је у принципу поновила већ речено по питању јавне понуде из мишљења из 2012. и 2014. године.

24 Мишљење (2014), 4.

25 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0-03-399/3-17 од 13. децембра 2017. године

26 Мишљење (2017), 3.

27 ЗТК, чл. 11.

Након овог, уследило је још једно мишљење Комисије које се већ могло окарактерисати као револуционарно. Наиме, у марту 2018. године, Комисија за хартије од вредности је јасно заузела став да примене Закона о тржишту капитала, па самим тим ни правила о јавној понуди, нема у случају када се хартије од вредности (односно финансијски инструменти) нуде домаћим запосленима без накнаде.<sup>28</sup>

Међутим, и даље је остало отворено питање нуђења финансијских инструмената уз одговарајућу накнаду коју запослени треба да плати. Последње и најзначајније мишљење које излази баш у циљу решавања овог питања, може се сматрати још револуционарнијем јер, уз и даље постојеће ограде Комисије, даје једну мало јаснију слику и путању којом би се могло кретати а да правила Закона о тржишту капитала не буду повређена. Мишљење које је издато у марту ове године базирало се на захтеву у коме је Комисији постављено конкретно питање – да ли би се закон примењивао у случају да сам запослени у домаћој компанији покрене иницијативу за стицање хартија од вредности у иностраној компанији. Иако би се одговор могао тумачити уско и само у погледу постављеног питања, па и иако остаје отворено како би то домаћи запослени покренуо иницијативу, сматрамо да овај став Комисије ипак треба третирати у позитивном светлу и као корак напред у разумевању и подршци развоја оваквих планова у Србији.

*(b) Да ли страна компанија која нуди финансијске инструменте домаћим запосленима врши инвестиционе услуге у Србији?*

Друго питање које се поставило пред Комисијом јесте да ли нуђење финансијских инструмената од стране иностране компаније српским запосленима може бити третирано као пружање инвестиционе услуге у Србији.<sup>29</sup>

---

28 Мишљење Комисије за хартије од вредности, бр. 4/1-102-164/3-18 од 9. марта 2018. године, 3.

29 ЗТК преузима из европских директива (*MiFiD I*) тумачење појма „инвестициона услуга“ и „додатна услуга“, па тако инвестиционим услугама у свом чл. 2. ст. 1. тач. 8. сматра:

8) инвестиционе услуге и активности које се односе на све финансијске инструменте су: пријем и пренос налога који се односе на продају и куповину финансијских инструмената; извршење налога за рачун клијента; трговање за сопствени рачун; управљање портфолиом; инвестиционе саветовање; услуге покровитељства у вези са понудом и продајом финансијских инструмената уз обавезу откупа; услуге у вези са понудом и продајом финансијских инструмената без обавезе откупа; управљање мултилатералним трговачким платформама. Додатним услугама сматра: чување и администрирање финансијских инструмената за рачун клијената, укључујући чување инструмената и са тим повезане услуге, као што је админи-

У свом другом мишљењу, Комисија јасно наводи да изузетак који Закон о тржишту капитала предвиђа када је у питању вршење инвестиционих услуга искључиво у вези са управљањем програмима учешћа запослених у улагању нису примењива на прекогранична пружања оваквих услуга будући да нису у складу са појмом услуга у Закону о спољнотрговинском пословању<sup>30</sup>, а да будући да су питање иностраног права, не могу бити регулисана одредбама Закона о тржишту капитала.<sup>31</sup>

Мишљењем из децембра 2017. године, Комисија истиче да пружање инвестиционих услуга (без обзира да ли се ради о инвестиционом друштву или не) на територији Србије непосредно и без дозволе Комисије за хартије од вредности представља кривично дело неовлашћеног пружања инвестиционих услуга.<sup>32</sup> При том, Комисија за хартије од вредности не иде даље у тумачење појма „непосредно“ као и да ли би се то односило на пружање услуга у иностранству у вези са програмима учешћа запослених. При том, у поменутом мишљењу Комисија за хартије од вредности наглашава да страна инвестициона друштва (стране кастоди банке и други облици организовања) не смеју, без претходне сагласности Комисије за хартије од вредности, а пружају на територији Србије инвестиционе услуге.<sup>33</sup>

Као и по питању јавне понуде, и питање инвестиционих услуга је позитивно решено у случају нуђења финансијских инструмената без накнаде мишљењем Комисије из 2018. године.<sup>34</sup> Коначна потврда, али опет изговорена односно написана на благо индискретан начин, да се Закон о тржишту капитала не примењује (па ни у погледу пружања инве-

---

стрирање новчаним средствима и колатералом; одобравање кредита или зајмова инвеститорима како би могли да изврше трансакције једним или више финансијских инструмената када је друштво зајмодавац укључено у трансакцију; савети друштвима у вези са структуром капитала, пословном стратегијом, спајањем и куповином друштава и сличним питањима; услуге девизног пословања у вези са пружањем инвестиционих услуга; истраживање и финансијска анализа у области инвестирања или други облици општих препорука у вези са трансакцијама финансијским инструментима; услуге у вези са покровитељством; инвестиционе услуге и активности, као и допунске услуге које се односе на основ изведеног финансијског инструмента како је дефинисано у ЗТК у чл. 2 ст. 1. тач. 5, 6, 7 и 10, а у вези са пружањем инвестиционих услуга и активности, као и допунских услуга.

30 Закон о спољнотрговинском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 36/2011, 88/2011, 89/2015.

31 Мишљење (2014), 5-6.

32 Мишљење (2017), 3-4.

33 Мишљење (2017), 3-4.

34 Мишљење (2018), 2-3.

стиционих услуга) , дошла је од Комисије мишљењем из марта 2019. године, али само у ситуацији када иницијатива за куповину финансијских инструмената дође од стране локалног запосленог (највероватније посредством локалне компаније која о томе прикупи податке?), чиме се пренебрегава нуђење финансијских инструмената и са тим повезане услуге у Србији.<sup>35</sup>

### Ограничења у девизним прописима

Закон о девизном пословању и подзаконска акта Народне банке Србије (у даљем тексту: НБС) предвиђају слободно улагање резидената (укључујући и резиденте – физичка лица) у иностранству. Закон о девизном пословању у том смислу разликује директна улагања када улагање доводи до стицања 10% и више гласачких права или учешћа у капиталу, односно портфолио улагања (улагање у власничке хартије од вредности), када наведени праг од 10% није достигнут.<sup>36</sup> Дакле, улагање у власничке хартије од вредности без обзира у ком проценту улагач – запослени стиче гласачка или власничка права јесте дозвољен прописима о девизном пословању, па и у случају улагања запосленог у оквиру програма учешћа запослених у улагању, неће доћи до правних препрека.

Ситуација се разликује када су у питању финансијски деривати као предмети стицања у оквиру програма учешћа запослених у улагању за које девизни прописи предвиђају извесне рестрикције.<sup>37</sup> Наиме, у складу са подзаконским прописима НБС-а који регулишу послове са финансијским дериватима, српским резидентима је дозвољено да улазе само у прекограничне трансакције са дериватима за заштиту од одређеног ризика (енгл. *hedging*), док се трансакције које могу имати шпекулативну природу сматрају забрањеним.<sup>38</sup> Будући да су финансијски деривати често „скривени“ предмет програма учешћа запослених у улагању у иностраним компанијама, о овоме је потребно додатно повести рачуна јер шпекулативност може да се формира од случаја до случаја. Нарочито су честе опције за стицање акција, али оне би требало да доносе корист за запосленог будући да му дају право да акцију стекне по унапред договореној

35 Мишљење (2019), 2.

36 Чл. 11, 11а и 12 ЗДП. Одлука о обавези извештавања у пословању са иностранством, *Службени гласник РС*, бр. 87/2009, 40/2015, НБС-а, предвиђа обавезу извештавања резидента за страна директна улагања. Повреда ове обавезе је прекршајна санкција за резидента, али не би се дотицала нити стране нити домаће компаније – послодавца.

37 Чл. 16 ЗДП.

38 Одлука о обављању послова са финансијским дериватима, *Службени гласник РС*, бр. 76/2018.

цени. Ситуација може бити другачија код уговора за разлике (енгл. *contract for difference*) који могу да доведу и до формирања негативне обавезе за запосленог (тј. да исплати разлику иностраној компанији), што има дозу шпекулативности.

## **Остали релевантни правни аспекти програма учешћа запослених у улагању у иностранству**

### *(a) Радноправни аспекти*

Из угла Закона о раду<sup>39</sup> потребно је обезбедити да програми не доводе до било које врсте дискриминације (националне, верске, полне, старосне, итд.) посредне или непосредне, између запослених одређених као учесници у програму. Такође је неопходно обезбедити да се оваквим програмима не стварају било каква будућа права или обавезе који би проистекли из радног односа. Ово углавном неће бити спорно у пракси нити ће захтевати додатна усклађивања самог програма.

### *(b) Заштита података о личности*

Начелно је неопходна сагласност запослених за употребу и обраду њихових података о личности у склопу програма за учешће запослених у улагању у складу са Законом о заштити података о личности.<sup>40</sup> Сагласност се даје у виду писане изјаве, а може се у било које време опозвати.<sup>41</sup> Ни овај захтев не рађа додатних практичних препрека будући да се сагласности прибављају по аутоматизму.

### *(c) Порески аспекти*

Из пореско правног аспекта додела било које врсте финансијских подстицаја кроз планове улагања третира се и опорезује као зарада по стопи од 10% као порез на доходак грађана, али и као допринос за пензијско и инвалидско осигурање.<sup>42</sup> Пореско правни аспекти свакако треба

---

39 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, 95/2018.

40 Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, 87/2018.

41 Чл. 11 Закона о заштити података о личности

42 Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017, 7/2018, 95/2018, 4/2019 и Закон о пензијском и инвалидском осигу-



да буду узети у обзир приликом доношења одлуке о пласирању програма, али у овом раду о њима неће бити више речи будући да не изазивају практичне препреке у имплементацији програма.

### Закључак

Након дугогодишњег развоја пословне праксе у пласирању иностраних програма учешћа запослених у улагању и навикавања домаћег регулаторног окружења новонасталим околностима, тренутна ситуација у Србији се може оценити као доста позитивна. Главне препреке које је производило дугогодишње тумачење Закона о тржишту капитала у погледу јавне понуде и пружања инвестиционих услуга може се рећи да је сада барем са одређеном дозом сигурности отклоњено. Прописи девизног пословања су такође доста либерализовани, а једини домен у коме и даље постоје материјалне препреке јесте трговина са финансијским дериватима уколико имају шпекулативне сврхе, што је и даље забрањено. Остала регулатива је мање-више на линији европског стандарда.

Остаје да се види да ли ће Србија уложити додатни напор и посебно регулисати ову све учесталију и привредно значајнију појаву – учешће запослених у улагању како у домаће тако и у иностране компаније. До тада инвеститорима а и запосленима не преостаје ништа друго до ослањање на постојеће регулаторне оквире и даље ширење привредне свести о оваквој врсти подухвата.

*Marija VIĆIĆ*

**ISSUES WITH PARTICIPATION OF EMPLOYEES IN INVESTMENT PROGRAMMES OFFERED BY FOREIGN COMPANIES**

*In this paper we will discuss the regulation which should be taken into account during the implementation of the employees investment programmes offered by foreign companies to local employees. Specific view will be made to provisions of Law on Capital Markets and Law on Foreign Exchange Operations which restrictive interpretation may impact negatively implementation of the mentioned programmes. Further, we will take a look to practice of competent authorities with that regard specifically the Securities Commission and the National Bank of Serbia. Before we start with the analysis of the mentioned points, we will point out some typical financial instruments packages generally offered through the participation programmes of foreign (commonly mother) companies to employees in their local subsidiaries – employers in local market practice.*

**Key words:** *participation of employees in investment, capital markets, financial instruments, Securities Commission, foreign exchange operations.*

**Јелена МИЛОСАВЉЕВИЋ, мастер\***

**Огњен БАКМАЗ, мастер\*\***

## **СПОРТСКО ПРИВРЕДНО ДРУШТВО У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

### **Резиме**

*У раду се изучава спортско привредно друштво, као посебан привредни субјект, чије оснивање је код нас омогућено Законом о спорту. Констатоване су одређене специфичности које се огледају у поступку оснивања, у обављању специфичне делатности, финансирању и др.*

*Приликом истраживања коришћен је нормативни метод тако што су анализирана законска и подзаконска решења која се односе на спортско привредно друштво а у мањем обиму и компаративни метод.*

*На крају рада, у закључку, указано је на неке недостатке нормативних решења у Републици Србији из области спортских привредних друштава и потребу да се примене искуства из земаља код којих постоји дуга традиција у овој области.*

**Кључне речи:** *спортско привредно друштво, значај, оснивање, делатност.*

### **I Уводно разматрање**

Спорт, као веома значајна људска активност, представља уставну категорију у Републици Србији,<sup>1</sup> уређен је прописима.<sup>2</sup> Ова област, код нас, дуго није била регулисана на адекватан начин, заправо постојала је

---

\* Војвођанска банка АД, Нови Сад

\*\* Висока школа за услужни бизнис – Источно Сарајево - Соколац

1 Устав Републике Србије - УРС, *Службени гласник РС*, бр.98/2006, чл. 15, ст. 1, тач. 10.

2 Прихваћен је интервенционистички модел уређења спорта, односно опредељење да се област спорта регулише прописима. Види више: Дејан Шупут, „Реформа правног оквира којим уређује спорт“, *Спорт и приватизација*, Београд, 2009, 50.

правна празнина по питању оснивања спортских привредних друштава и њиховог правног статуса.

Овакво стање довело је до разних злоупотреба у спорту, нарочито у делу материјално-финансијског пословања, као и до пропадања спортских организација због недостатка новца за финансирање редовне делатности, напуштању спортских клубова од стране спортиста и др.

Из наведених разлога, а пре свега ради остварења и заштите интереса како спортиста, тако и оних који су уложили или желе да улажу у спорт, као и потребе да се подстакне заинтересованост могућих улагача у домаћи професионални спорт, донети су закон и други прописи са којима је, поред осталог, осмишљен савремен правни оквир за оснивање и пословање спортских привредних друштава.

Наиме, 2016. године, Скупштина Републике Србије усвојила је Закон о спорту.<sup>3</sup> Уставни основ за његово доношење садржан је у члану 68, став 4. Устава Републике Србије, према коме Република Србија помаже развој здравствене и физичке културе, у члану 97, став 1, тачка 10. Устава према коме Република Србија уређује и обезбеђује систем у области спорта.<sup>4</sup>

Закон је резултат потребе да се уреди област спорта у складу са европским стандардима, прописима и спортским правилима међународних спортских савеза.<sup>5</sup> Законом о спорту утврђено је да се ради обављања спортских активности и спортских делатности спортска организација може основати као удружење или као привредно друштво.<sup>6</sup>

Наведеним законом се најрестриктивније утврђују посебна правила са којима се регулише правни положај спортских привредних друштава у односу на друга привредна друштва, те се на питања која нису уређена овим законом примењују општи прописи о удружењима, односно привредним друштвима.<sup>7</sup> Може се констатовати да се у односу на општа правила, на спортска привредна друштва, као специјализована друштва, примењују посебна правила. У наставку рада биће разматрано спортско привредно друштво.

3 Закон о спорту - ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 10/2016.

4 Из образложења предлога Закона о спорту, које је Влада Републике Србије упутила заједно са предлогом Закона Народној скупштини Републике Србије на усвајање, доступно на адреси: [www.claytarget.rs/download\\_2015/Obrazlozenje-nacrt-Zakona-o-sportu.doc](http://www.claytarget.rs/download_2015/Obrazlozenje-nacrt-Zakona-o-sportu.doc), 30.1.2019.

5 Исто.

6 ЗОС, чл. 33, ст. 1

7 ЗОС, чл. 33, ст.1

## II Појам спортског привредног друштва

Уколико говоримо о привредним друштвима одмах помислимо на субјекте који послују у свакодневном привредном животу бавећи се производњом, прометом робе или пружањем услуга на тржишту. Међутим, када је у питању спортско привредно друштво, постоје одређене специфичности у односу на „класично“ привредно друштво, које се огледају у оснивању, пословању, управљању, финансирању и др.

С обзиром на недовољну обрађеност ове теме код нас, у теорији постоји мали број дефиниција спортског привредног друштва. Једна од тих дефиниција гласи да је спортско привредно друштво оно друштво које се региструје у Регистру привредних субјеката ради обављања спортске делатности, које има статус правног лица, а могу га основати физичка и/или правна лица.<sup>8</sup>

У Закону о спорту Републике Србије из 2016. године не постоји дефиниција спортског привредног друштва која би на свеобухватан начин дала његово појмовно одређење. Ово је разумљиво, с обзиром да спортско привредно друштво „сложен организам“, те је покушај његовог дефинисања у једној реченици практично немогуће. До суштине објашњења спортског привредног друштва може се доћи анализом његових битних обележја.

Прво обележје је да је то друштво, односно заједница више лица која је конституисана правним послом ради остварења заједничких циљева и интереса.<sup>9</sup>

Друго обележје је да представља привредно друштво капитала, што указују да се може основати само у форми акционарског друштва или друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>10</sup>

Треће, то је привредно друштво које се бави специфичном делатношћу, која мора бити претежно спортска и која је од посебног значаја за Републику Србију.

Четврта карактеристика јесте да је реч о правном лицу које је творевина правног поретка и коме правни прописи дају способност да буде субјект права (носилац права и обавезе) и има пословну способност.<sup>11</sup>

---

8 Миодраг Мићовић, „Спортско привредно друштво“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр..2/2010, 277.

9 Мирослав Милосављевић, *Право привредних друштава*, Нови Сад, 2013, 110.

10 ЗОС, чл. 92, ст. 2.

11 Илија Бабић, *Привредно право*, Београд, 1998, 40.

Својство правног лица стиче се уписом у одговарајући Регистар привредних субјеката.<sup>12</sup>

Пето, спортска привредно друштво које учествује у спортским такмичењима обавезно у имену садржи назив спортске гране или дисциплине у којој се такмиче.<sup>13</sup>

У упоредном праву решења су разнолика и углавном се спортске организације, које имају професионални статус,<sup>14</sup> организују као привредна друштва капитала. У Италији и Швајцарској се оснивају као акционарска или друштва са ограниченом одговорношћу. У Шпанији и Пољској се оснивају као акционарска друштва, осим ФК Барселона и ФК Реал из Мадрида, који због специфичности њихових оснивача, имају статус удружења. У Француској се спортска удружења формирају као друштва са ограниченом одговорношћу уколико иста учествују у такмичењу а приход од спортских догађаја прелази 1,2 милиона евра или уколико накнаде које се исплаћују спортистима прелазе 800.000 евра.<sup>15</sup> У Бразилу, законом<sup>16</sup> је утврђено да се спортски клубови који се првенствено баве остваривањем профита од спортских догађаја и имају професионалне спортисте су у обавезни да се трансформишу из своје почетне организационе правне форме (удружења) у било који облик корпоративне организације која је предвиђена бразилским Грађанским закоником, као што су општа партнерства, командитна друштва, друштва са ограниченом одговорношћу, акционарска друштва или ограничена партнерства са акцијским капиталом.<sup>17</sup>

---

12 Закона о привредним друштвима - РС-ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 3.

13 Пример: Спортско привредно друштво „Спортска организација фудбалски клуб Карађорђе“, АД, Топола или Спортско привредно друштво Одбојкашки клуб Раднички, ДОО, Крагујевац, *доступно на адреси Агенције за привредне регистре*, 1. 03.2019.

14 ЗОС, чл. 3, ст. 1, т. 16, утврђено је да професионални статус има спортска организација (клуб) која тај статус има у складу са спортским правилима или у којој најмање 50% регистрованих спортиста сениора има статус професионалног спортисте у односу на број регистрованих спортиста сениора регистрованих код надлежног националног гранског спортског савеза за такмичарску сезону.

15 М. Мићовић, 278.

16 Закон бр. 9,615 из 1998. године (познат и као Пелеов закон), *доступно на адреси: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-sports-law-review-edition-4/1177312/brazil>*, 27. 02. 2018.

17 Pinheiro Neto Advogados, „Brazil-Organisation of sports clubs and sports governing bodies“, *The Sports Law Review-Edition 4*, January 2019, *доступно на адреси: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-sports-law-review-edition-4/1177312/brazil>*, 27. 02. 2018.

### III Настанак и регистрација спортског привредног друштва

У Републици Србији прихваћен је нормативни систем настанка спортског привредног друштва, пошто су законом прописани сви услови за његово оснивање и да би исто настало неопходно да су претходно испуњени сви ти услови.

Спортско привредно друштво на територији Републике Србије може настати на више начина. Поједини аутори наводе да спортско привредно друштво може да настане на два начина и то: оснивањем и реорганизацијом, тј, претварањем спортског удружења у спортско привредно друштво.<sup>18</sup>

У суштини, настанак спортских привредних друштава може се поделити на деривативан и оригинаран (изворни) начин, узимајући као критеријум то да ли је друштво настало трансформацијом неке већ постојеће спортске организације, односно да ли је у његовом оснивању учествовала нека спортска организација или је настало изворним оснивањем од стране правних и/или физичких лица.

Прва два наведена начина настанка спортског привредног друштва, могли би се назвати деривативним, док се трећи начин може назвати оригинарним (изворним) начином настанка.

Први начин је када постојеће спортско удружење оснива спортско привредно друштво ради прибављања материјалних средстава која су потребна за остваривање својих спортских циљева. Спортско удружење, као оснивач спортског привредног друштва, мора да користи целу остварену нето добит спортског привредног друштва за остваривање својих спортских циљева који су утврђени статутом. Уколико спортско удружење оснује спортско привредно друштво и на њега пренесе права и обавезе у погледу учешћа у одређеном рангу такмичења и права и обавезе према одређеним спортским и другим ангажованим лицима, новоосновано спортско привредно друштво одговара за обавезе спортског удружења као свог оснивача, настале пре свог оснивања.<sup>19</sup>

Други начин настанка спортског привредног друштва је када спортско удружење промени правни облик у спортско привредно друштво, тако што доноси одлуку о организовању као друштво са ограниченом одговорношћу и што преноси оснивачка права на јединицу локалне самоуправе на чијој територији има седиште, уз претходну сагласност те

18 М. Мићовић, 279.

19 ЗОС, чл. 71, ст. 1. и 2.

јединице локалне самоуправе. Спортско привредно друштво је правни следбеник спортског удружења чијом променом правног облика је настало, те преузима имовину и сва права и обавезе спортског удружења из кога је настало, укључујући и запослене. Спортско привредно друштво које је настало променом правног облика спортског удружења обавезно је да обавља исте спортске активности и спортске делатности као и спортско удружење. Одлуку о промени правног облика доноси скупштина спортског удружења двотрећинском већином од укупног броја чланова скупштине спортског удружења.<sup>20</sup>

Пре доношења одлуке о промени правног облика, спортско удружење је дужно да изврши процену вредности имовине и укупног капитала. Одлука о промени облика мора да садржи и одлуку о оснивачком акту спортског привредног друштва и препуштању јединици локалне самоуправе да изабере прве органе тог друштва. Уписом привредног друштва у регистар привредних субјеката заступник спортског удружења подноси пријаву за брисање спортског удружења из одговарајућег регистра.<sup>21</sup>

Трећи је изворни начин оснивања спортског привредног друштва и могу спровести правна и/или физичка лица. Поставља се питање да ли друштво могу основати, поред домаћих, и страна правна и физичка лица и да ли се и овде мора применити начело реципроцитета, то јест да страни оснивачи могу основати код нас под истим условима, као и наша правна и физичка лица у државама потенцијалних оснивача код нас.

Мишљења смо, да страна правна и физичка лица могу основати спортско привредно друштво у Републици Србији, у складу са законом са којим се уређују улагања,<sup>22</sup> под условом узајамности. Након спровођења свих потребних активности неопходно је да се друштво упише у регистар привредних субјеката кога води Агенција за привредне регистре, како би стекло својство правног лица и сва права и обавезе с тим у вези.

Поступак уписа у регистар врши се подношењем, непосредно или поштом, регистрационе пријаве која представља поднесак са којим се покреће регистрација. Електронска пријава подноси се путем корисничке апликације за пријем електронске пријаве којом се обезбеђује пријем електронских докумената и доказа о уплати накнаде за регистрацију.<sup>23</sup>

---

20 ЗОС, чл. 71, ст. 3-9.

21 ЗОС, чл. 71, ст. 3-9.

22 Закон о улагањима-ЗОСУ, *Сл. гласник РС*, бр. 89/2015.

23 Закона о упису регистар привредних субјеката-ЗОУР, *Сл. гласник РС*, бр. 99/2011 и 83/2014, чл. 11.



Приликом оснивања и пријаве уписа новоизабраног заступника или ликвидационог управика, прилаже се одговарајућа документација и изјава изабраног односно именованог лица овлашћеног за заступање, дата под кривичном и материјалном одговорношћу, да не постоји сукоб интереса и повреда конкуренције.<sup>24</sup>

Пошто се утврди постојање услова за регистрацију друштва, Агенција доноси решење са којим усваја пријава, у противном пријава се одбацује и утврђује који услови за регистрацију нису испуњени.<sup>25</sup> Уколико Агенција не одлучи о пријави у законском року, сматраће се да је пријава усвојена, о чему доноси решење и тражену регистрацију спроводи у регистар.<sup>26</sup>

Одлука о регистрацији се објављује, као и регистровани подаци и документи на основу којих је донета одлука о регистрацији. Регистрација производи правно дејство према трећим лицима наредног дана од дана објављивања, тј. правно дејство за убудуће.<sup>27</sup>

#### IV Оснивачки акт

Спортско привредно друштво има оснивачки акто који представља изјаву воље једног или више лица за оснивање друштва.

Оснивачки акт друштва, као акт са највишом правном снагом са којим сви остали акти друштва морају бити у сагласности, може бити у форми уговора уколико спортско привредно друштво оснива више оснивача, или у форми одлуке, уколико је један оснивач. Оснивачки акт је конститутивни акт и сачињава се у писаној форми, исти се потписује од стране оснивача и потписи оверавају код надлежног органа, у складу са законом са којим се уређује овера потписа.<sup>28</sup>

**Оснивачки акт** спортског привредног друштва, било да је реч о акционарском друштву или о друштву са ограниченом одговорношћу, односно да је у питању уговор или одлука о оснивању, садржи нарочито: лично име и пребивалиште, односно пословно име и седиште чланова-акционара друштва; пословно име и седиште друштва; претежну делат-

24 ЗОС, чл. 33, ст. 2. и чл. 99, ст. 5.

25 ЗОС, чл. 17.

26 ЗОС, чл. 19.

27 ЗОС, чл. 22.

28 Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа. ЗОПРП, *Сл. гласник РС*, бр. 93/2014 и 22/2015.

ност друштва; укупан износ основног капитала друштва; износ новчаног улога, односно новчану вредност и опис неновчаног улога сваког члана-акционара друштва; време уплате, односно уношења улога у основни капитал друштва; удео сваког члана-акционара друштва у укупном основном капиталу изражен у процентима; одређивање органа друштва и њихових надлежности, изјаву оснивача да оснивају друштво и преузимају обавезу уплате односно уноса улога по основу уписаних удела-акција.<sup>29</sup> Уколико је спортско привредно друштво основано у правној форми акционарског друштва, тада исто мора имати и статут.

**Статут** акционарског друштва садржи нарочито: пословно име и седиште акционарског спортског друштва; претежну делатност друштва; податке о висини уписаног и уплаћеног основног капитала, као и податке о броју и укупној номиналној вредности одобрених акција, ако постоје; битне елементе издатих акција сваке врсте и класе у складу са законом којим се уређује тржиште капитала; поступак сазивања скупштине; одређивање органа друштва и њиховог делокруга, броја њихових чланова, ближе уређивање начина именовања и опозива тих чланова, као иначина одлучивања тих органа; друга питања за која је законом одређено да их садржи статут акционарског друштва.<sup>30</sup>

## V Основни капитал друштва

Спортско привредно друштво, има свој капитал (материјални супстрат) са којим обавља своју делатност и са којим одговара за преузете обавезе у правном промету са трећим лицима.<sup>31</sup> Основни капитал спортског привредног друштва се састоји од улога чланова који може да се унесе при оснивању друштва (тада се назива оснивачки капитал) или накнадно у току постојања друштва, новим улагањем постојећих или нових чланова друштва приликом приступања друштву или самог друштва из добити коју оствари својим пословањем (тзв. акумулација).<sup>32</sup>

Дакле, основни капитал друштва је збир вредности улога свих његових чланова. Члан друштва се не може ослободити обавезе уношења улога, што је разумљиво, пошто се у том случају не би прикупио капитал који је неопходан за рад и пословање друштва. Члан губи улог у својој

---

29 ЗПД, чл. 141. и 265

30 ЗПД, чл. 246.

31 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, 56.

32 Мирослав Милосављевић, „Друштво са ограниченом одговорношћу-привредни субјект у Републици Српској“, *Анали пословне економије*, бр. 8/2013, Бања Лука, 133

имовини (губи део своје имовине) његовим уношењем у капитал друштва (када уложи неку своју ствар губи својину над њом пошто својину стиче друштво). На име свог улога члан друштва добија удео у основном капиталу друштва и сва права које имају чланови у друштву сразмерно том уделу.<sup>33</sup>

Уколико је спортско привредно друштво основано као акционарско друштво исто мора имати оснивачки капитал у новчаном облику од најмање 3 милиона динара, док уколико је основано као друштво са ограниченом одговорношћу тада мора имати 100 динара на име оснивачког капитала.<sup>34</sup>

Неновчаним улозима сматрају се улози у стварима и правима, уделима и акцијама у другим друштвима, као и у раду и услугама. Вредност неновчаних улога спортског привредног друштва утврђују споразумно чланови, а уколико то они не ураде, тада процену вредности тог улога могу да повере овлашћеном процењивачу, као што су: судски вештак, ревизор или друго стручно лице које је од стране надлежног државног органа Републике Србије овлашћено да врши процене вредности одређених ствари или права.<sup>35</sup>

## VI Делатност

Спортско привредно друштво се оснива ради првенственог и претежног обављања спортске делатности а поред ње може да обавља и друге делатности у мањем обиму.<sup>36</sup> Овакво законско решење треба да онемогући злоупотребе и то да спортска организација послужи као покриће за обављање других послова и остварују интереси супротни спорту, што би имало за последицу промену намене спортских објеката.<sup>37</sup> Спортском привредном друштву претежна делатност је спортска активност и спортска делатност које су одређене шифром 93.12 - Уредбом о класификацији делатности.<sup>38</sup>

Спортске активности су сви облици физичке и умне активности који, кроз неорганизовано или организовано учешће, имају за циљ изра-

---

33 М. Милосављевић, 133.

34 ЗОПД, чл. 145. и 293.

35 ЗОПД, чл. 50. и 51.

36 ЗОС, чл. 92, ст. 2.

37 Злоупотреба путем промене намена спортских у трговачке центре, паркиралишта, ресторана и сл, што нема везе са спортом.

38 Уредба о класификацији делатности - УОКД, *Сл. гласник РС*, бр. 54/2010,

жавање или побољшање физичке спремности и духовног благостања, стварање друштвених односа или постизање резултата на такмичењима свих нивоа.<sup>39</sup>

Под **спортском делатношћу** подразумевају се делатности којима се обезбеђују услови за обављање спортских активности, односно омогућава њихово обављање, а нарочито: организовање учешћа и вођење спортских такмичења, укључујући и међународна такмичења, обучавање за бављење спортским активностима и планирање и вођење спортских активности; спортско суђење; организовање спортских припрема и спортских приредаба; обезбеђење и управљање спортском опремом и објектима; стручно образовање, оспособљавање, усавршавање и информисање у области спорта; научноистраживачки и истраживачко-развојни рад у спорту; пропаганда и маркетинг у спорту; саветодавне и стручне услуге у спорту; спортско посредовање и организовање пословања организација у области спорта.<sup>40</sup>

Уколико би се појавила дилема да ли нека активност, односно делатност спада у спортску активност, односно спортску делатност и којој спортској дисциплини и спортској грани, односно области припада, исту би морало, својим тумачењем, да разреши Министарство омладине и спорта, а на основу претходно прибављеног стручног мишљења Спортског савеза Србије, Олимпијског комитета Србије и Параолимпијског комитета Србије.<sup>41</sup>

Привредна друштва могу обављати спортску делатност ако имају обезбеђен одговарајући **простор**, односно објекат, одговарајућу **опрему**, одговарајуће спортске **стручњаке** у зависности од врсте делатности, ако испуњавају услове у погледу **безбедности** за обављање делатности и ако имају одговарајућу унутрашњу **организацију**, односно службе.<sup>42</sup> Испуњење ових услова је нарочито битно за спортска привредна друштва која се баве професионалном спортском делатношћу. Овде се ради о проширењу домена привредног права и привредних послова преко ширења појма привредних делатности, које су се некада сматрале делатностима грађанског права.<sup>43</sup>

---

39 ЗОС, чл. 1, ст. 1, тач. 1.

40 ЗОС, чл. 1, ст. 1, тач. 2.

41 ЗОС, чл. 3, ст. 4.

42 Правилник о ближим условима за обављање спортских активности и спортских делатности - УОБУ, *Службени гласник РС*, бр. 42 од 4. маја 2017, чл. 2.

43 Виш. М. Васиљевић, 26.

## VII Разлика између спортског удружења и спортског привредног друштва

Спортско привредно друштво се разликују од спортских удружења по томе што:<sup>44</sup> - друштво може да буде основано и од стране једног оснивача, који је потпуно пословно способно физичко лице или од стране правног лица а за настанак удружења потребно је да постоји најмање три оснивача;<sup>45</sup>

- друштво се оснива, првенствено, ради остварења економског циља у области спорта, а удружења ради остварења заједничког циља из области спорта;

- друштва су профитне организације, а удружења непрофитне;

- уношење улога у друштво је обавезно, а у удружење факултативно, пошто удружење средства потребна за остваривање својих активности прибавља путем прилога, чланарина, донација, преко маркетиншких и пословних активности друштва које удружење може да оснује;

- у случају престанка друштва имовина која преостане по измирењу обавеза расподељује се члановима друштва, а када се ради о удружењу, као прималац његове имовине, статутом се може одредити само непрофитна организација у области спорта.<sup>46</sup>

## VIII Управљање друштвом

На спортска привредна друштва аналогно и сходно примењују се правила из Закона о привредним друштвима у недостатку одговарајућих правила у Закону о спорту, што је у области управљања случај. Чланови управе спортског привредног друштва, укључујући и заступника и ликвидационог управника спортске организације не могу бити следећа лица:<sup>47</sup>

- оснивачи, власници удела или акција, заступници, ликвидациони управници, запослени или чланови спортске организације која се такмичи у истом рангу такмичења;

- чланови управе и службена лица надлежног спортског савеза, односно службена лица организације у области спорта која управља спортском лигом;

---

44 Виш. М. Васиљевић, 24.

45 ЗОС, чл. 38.

46 ЗОС, чл. 88.

47 ЗОС, чл. 33, ст. 2.

- лице које врши јавну функцију, као ни лице које врши функцију у органу политичке странке;

- власници и чланови органа спортских кладионица, као ни запослени у спортској кладионици;

- спортски посредници у одговарајућој грани спорта;

- која су осуђена за кривична дела против привреде, имовине и службене дужности, као и за кривична дела: тешко убиство, тешка крађа, разбојничка крађа, разбојништво, утаја, превара, неосновано коришћење кредита и друге погодности, изнуда, уцена и зеленаштво, омогућавање употребе допинг средстава, неовлашћена производња и стављање у промет допинг средстава, насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу и договарање исхода такмичења, док трају правне последице осуде;

- која не могу бити чланови органа привредних друштава у складу са законом којим је уређен сукоб интереса у обављању јавних дужности.

### **IX Правила са којима се штити спортско привредно друштво и његове активности**

Да би се заштитило спортско привредно друштво и његове активности, Законом о спорту утврђено је више заштитних клаузула, поред примене општих правних правила која важе и за остала привредна друштва.<sup>48</sup> У случају несагласности одредаба општег акта спортске организације са одредбама закона или спортским правилима надлежног националног спортског савеза, непосредно се примењују одредбе закона, односно спортских правила.<sup>49</sup> Оваквим решењем је проблематично пошто се оставља могућност да се мимо Уставног суда утврђује несагласност одредби општег акта са законом.

Правна правила намећу обавезу члановима друштва, запосленима, заступницима, да се понашају лојално према друштву, односно да раде у његовом интересу. Та правна правило примењује се и на спортска друштва, а то даље значи да заступник или чланови органа друштва не могу да буду ангажовани у другом конкурентском друштву, односно чла-

---

48 На повреду конкуренције при обављању спортских делатности сходно се примењују прописи којима се уређује заштита конкуренције, осим ако то није супротно самој природи спортских активности и спортских делатности.

49 ЗОС, чл. 34.

нови друштва немају право гласа када се одлучује о питањима поводом којих имају интерес противан интересу друштва.<sup>50</sup>

Да би се спречила злоупотреба, сукоб интереса, превладавање појединачног над општим интересом спортског друштва, ограничена је висина капитала и број спортских привредних друштава у којима једно лице може бити власник капитала, тако да:<sup>51</sup>

- лице не може директно, посредно или преко повезаних лица, у смислу Закона о привредним друштвима,<sup>52</sup> бити власник, односно имати уделе или акције у више од једног спортског привредног друштва у истом степену такмичења, а у оквиру исте гране спорта може имати уделе или акције на које отпада највише 5% основног капитала спортског привредног друштва само у још једном спортском привредном друштву.

- уделе, односно акције спортског привредног друштва не могу, директно, посредно или преко повезаних лица да имају лица<sup>53</sup> чији послови и активности могу непосредно да утичу на такмичење у одговарајућој грани спорта, односно степену такмичења, као и власници спортских кладионица и запослени у спортским кладионицама. Ова клаузула је изузетно значајна ради спречавања малверзација, утицаја на спортске резултате на недозвољен начин, те се потпуно се забрањује наведеним категоријама лица да стичу капитал одређених спортских привредних друштава.

- уколико лице стекне уделе, односно акције супротно прописима, мора без одлагања да свој удео отуђи, односно акције које је стекло иако није на то имало право, и све док то не учини не може да остварује права из стечених удела, односно акција ни у једној спортској организацији. До отуђења удела, односно акција, права из удела, односно акција остварује повереник кога именује надлежни национални грански спортски савез.

- лице које има уделе или акције у спортском привредном друштву, а буде изабрано или именовано на јавну функцију или на функцију у органу политичке странке у обавези је да у року од 30 дана од дана избора или именовања управљачка права по основу удела или акција пренесе на правно или физичко лице које није са њим повезано лице, да их оно, у своје име, а за рачун функционера, врши до престанка јавне

---

50 Миодраг Мићовић, „Клаузула сукоба интереса и забране конкуренције“, *Зборник радова: У сусрет новим правним решењима*, Крагујевац, 2005, 45. и даље.

51 ЗОС, чл. 92, ст. 11 .

52 ЗОПД, чл. 62.

53 Мисли се на: спортске судије, спортске посреднике, спортисте, тренере и др.

функције, односно функције у органу политичке странке и да о овом преносу обавести спортско привредно друштво. Стицање удела, односно акција супротно ништаво је.<sup>54</sup>

Да би се унапредила спортска делатност, спортска привредна друштва имају обавезу да од нето добити коју у текућој години остваре, најмање 70% реинвестирају у спортску делатност тог друштва.<sup>55</sup> У спортској организацији не може бити запослено лице које је запослено у спортској кладионици или је власник или члан органа спортске кладионице.<sup>56</sup>

На решавање спорова насталих у вези са обављањем спортских активности и делатности спортског привредног друштва са другим учесницима у систему спорта сходно се примењују одредбе о спортској арбитражи.<sup>57</sup>

## Х Закључак

Доношењем Закона о спорту омогућено је оснивање и пословање спортских привредних друштава у Републици Србији и утврђена су специфична правила са којима се уређује њихов правни положај у односу на друга привредна друштва, док се на питања која нису уређена овим законом примењују општа правила из Закона о привредним друштвима.

Спортско привредно друштво може настати на више начина. Први начин је када постојеће спортско удружење оснива спортско привредно друштво ради прибављања материјалних средстава која су потребна за остваривање својих спортских циљева. Други начин настанка спортског привредног друштва је када спортско удружење промени правни облик у спортско привредно друштво. Трећи начин је оснивање спортског привредног друштва од стране правних и/или физичка лица.

Спортско привредно друштво има оснивачки акт који представља изјаву воље једног или више лица за оснивање друштва. Оснивачки акт може бити у форми уговора, уколико спортско привредно друштво оснива више оснивача, или у форми одлуке, уколико је један оснивач. Спортско привредно друштво се уписује у регистар привредних субјеката

---

54 „Пословање спортског привредног друштва“, доступно на адреси: <https://www.mojafirma.rs/baza-znanja/sportske-organizacije-sportsko-privredno-drustvo>, 19.02.2019.

55 ЗОС, чл. 92, ст. 4.

56 ЗОС, чл. 33, ст. 3.

57 Агенција за привредне регистре, „Привредни субјекти у систему спорта“, доступно на адреси: [www.apr.gov.rs](http://www.apr.gov.rs), 17.02.2019



кога води Агенција за привредне регистре, како би стекло својство правног лица и сва права и обавезе с тим у вези.

Уколико се спортско привредно друштво оснива као акционарско друштво исто мора имати оснивачки капитал у новчаном облику од најмање 3 милиона динара, док уколико је основано као друштво са ограниченом одговорношћу тада мора имати 100 динара на име оснивачког капитала.

Спортско привредно друштво се оснива ради првенственог и претежног обављања спортске делатности а поред ње може да обавља и друге делатности у мањем обиму.

Да би се заштитило спортско привредно друштво и његове активности, Законом о спорту утврђено је више заштитних клаузула, поред примене општих правних правила која важе и за остала привредна друштва.

Сматрамо да је у Републици Србији створен солидан правни оквир за оснивање и функционисање спортских привредних друштава, међутим да у даљој доградњи прописа из ове области треба више користити искуства из правне и пословне праксе спортских привредних друштава земаља са дугом и успешном традицијом. Ово треба посебно размотрити у делу који се односи на управљање и приватизацију.

**Jelena MILOSAVLJEVIĆ, M.A.**  
**Vojvođanska banka SD, Novi Sad**

**Ognjen BAKMAZ, M.A.**  
**High Business School, Istočno Sarajevo – Sokolac**

## **SPORTS COMMERCIAL SOCIETY IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*In this paper, the authors study the sports company, as a separate economic entity, whose establishment is enabled by the Law on Sports. Certain specificities were noted that are reflected in the process of establishment, performance of specific activities, financing, etc.*

*The research uses primarily the normative method by analyzing the legal and bylaws related to the sports company and to a lesser extent the comparative method.*

*At the end of the work, in conclusion, it pointed out some shortcomings of normative solutions in the Republic of Serbia in the field of sports companies and the need to apply experiences from countries with a long tradition in this field.*

**Key words:** *sports company, importance, establishment, activity, cessation.*

Стефан ЈОВАНОВИЋ\*

## ПРЕТВАРАЊЕ ЗАТВОРЕНИХ ДРУШТАВА У ЈАВНО АКЦИОНАРСКО ДРУШТВО – PRO ET CONTRA\*\*

### Резиме

Аутор у раду анализира позитивне и негативне аспекте претварања затворених форми привредних друштава у јавно акционарско друштво, кроз претежну анализу правне регулативе РС која уређује различите врсте привредних друштава, а која може *de facto* да определи власнике да ли ће да се одлуче за отварање друштва или не. Истиче се колика је важност овог питања због унапређења и развоја српског тржишта капитала које је тренутно на веома ниском нивоу због релативно скорог враћања на институције и механизме оваквог тржишног уређења, али и велике финансијске кризе која је додатно успорила развој. Постоје знатне разлике у прописима релевантног законског оквира који уређују различите врсте привредних друштава, а у раду се посвећује пажња оним најзначајнијим, са критичким аргументима њиховог повољног и неповољног ефекта на одлуку власника затворених друштава за трансформацију. Осим тога, указује се и на неке системске проблеме који постоје, а који делују неповољно на повећање броја отворених друштава. Аутор на крају закључује да ли, поред свих неповољних последица правних разлика и системских проблема, власник друштва треба да искористи право избора и трансформише затворено друштво у јавно акционарско друштво.

**Кључне речи:** јавно акционарско друштво, затворена друштва, промена правне форме, иницијална јавна понуда, позитивни и негативни аспекти, тржиште капитала, берза.

### І Уводна разматрања

Највеће компаније света, у свом правном облику, већински су јавна акционарска друштва. Владавина капитала, отворено тржиште и

---

\* студент четврте године Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Најбољи рад на конкурс Фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2019. годину.

тржишна привреда отворили су пут дисеминацији оваквог специфичног облика привредног друштва, које у социјалистичким системима није могло функционисати. Као прва асоцијација на јавно акционарско друштво врло редовно и јесте, управо – капитал, односно његова кумулација. Најпрофитабилнија и највећа привредна друштва изабрала су ту форму свог организовања и правног уређивања због свих предности које оно са собом обезбеђује, али и поред тога, у Србији постоји мали број јавних акционарских друштава, а пословање берзе, као логични след такве реалности, још није довољно заживело.

Затворена привредна друштва су она друштва код којих не постоји слободан прелаз акција и удела на друга лица. То су, у нашем праву: ортакчко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво. Ипак, када говоримо о преласку неког од затворених друштава у јавно акционарско друштво, примарно мислимо на друштво са ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво, јер су то, пре свега, облици привредних друштава која су најподобнија за трансформацију.<sup>1</sup>

Наш закон који регулише привредна друштва, не прави законску поделу на јавна и затворена акционарска друштва. Ипак, она у суштини, па и систематским тумачењем закона, итекако постоји. Оно што је очигледно јесте да Закон о привредним друштвима<sup>2</sup> (у даљем тексту: ЗОПД) не регулише настанак јавног акционарског друштва, већ као главни (делује и једини, мада је то погрешан став) поступак оснивања поменутог облика јесте прелазак већ основаног затвореног акционарског друштва у јавно, јавном продајом акција.<sup>3</sup>

Србија је гранично тржиште капитала (*frontier market*) и такозвано тржиште у развоју (*emerging market*) које карактерише рана фаза развита, слабо поштовање правила корпоративног управљања, недовољно одређена и поштована регулатива и значајно учешће страних портфолио инвестиција у промету.<sup>4</sup> У првом кварталу 2018. године Београдска берза, у сарадњи са Европском банком за обнову и развој (*European Bank for*

1 Поред наведеног, не постоји формална сметња да и ортакчко и командитно друштво, без обзира на начелни статус друштва лица, не добију интенцију проширења и масовног умножавања капитала, и прерасту у акционарско друштво. Ипак, то се дешава изузетно, и у таквим ситуацијама потребно је испунити знатно другачије услове који се траже за то друштво.

2 Закон о привредним друштвима - ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.

3 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 10. измењено и допуњено издање, Београд, 2017, 254.

4 Rade Rakočević, „Uticaj stranih investitora na srpsko tržište kapitala“, *Bankarstvo*, br. 3/2016, 14-15.

*Reconstruction and Development*) и познатом консултантском компанијом PwC покреће пројекат за привлачење приватних компанија на тржиште капитала, односно на берзу. Напомиње се колика је важност за привреду једне земље да има функционално и развијено регулисано тржиште и активно тржиште капитала. Финансијско тржиште, односно тржиште хартија од вредности је „кључна полука савременог глобализованог економског система“.<sup>5</sup>

У раду ћемо се бавити *pro et contra* аргументима преласка из затворених привредних друштава у јавно акционарско друштво, на основу воље власника друштва. Овом приликом занемарујемо ситуације у којима по сили закона (*ex lege*) долази до промене правне форме и посвећујемо се разлозима због којих власници треба или не треба да се својеволјно одлуче за трансформацију. Истиче се и да се слобода избора не сме угрожавати због економских ефеката који произилазе из избора отворене или затворене правне форме привредног друштва јер избор правне форме компаније, избор управљачке структуре, емитованих финансијских инструмената за прибављање капитала и избор других правила за пословање друштва, дефинише његове трошкове и одређује да ли ће друштво моћи да привуче инвеститоре.<sup>6</sup> Прво ћемо сагледати основне врсте привредних друштава према ЗОПД уз компаративни осврт и укратко их појаснити ради указивања на њихове базичне разлике, а потом прелазимо на анализу негативних и позитивних аспеката претварања затворених привредних друштава у јавно акционарско друштво, односно на анализу кључних разлика које ће одредити власнике затворених привредних друштава да се одлуче за трансформацију у јавно акционарско друштво.

## II Основна објашњења врста привредних друштава

Почетна подела друштава увек полази од њихове диференцијације на друштва лица и друштва капитала. Друштва лица су она у којима доминирају лични (*intuitu personae*) елементи, поверење између чланова и веома значајна – неограничена одговорност чланова за обавезе друштва. Друштва капитала су компаније у којима доминира интерес капи-

5 Вук Огњановић, „Стање тржишта хартија од вредности – озбиљно ограничење за рационално пословање привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2016, 17.

6 Александра Јовановић, „Затворена и отворена привредна друштва и економски аспекти иницијалног јавног отварања (и обрнуто)“, *Право и привреда*, бр. 5-87/2005, 140-141.

тала и које превазилазе те личне елементе, те су стога акције (удели), у начелу, преносиви.<sup>7</sup>

У праву Велике Британије постоји подела на *company* (*corporation*) и *partnership* (*unincorporated association of individuals*), са веома значајним правним последицама ове поделе. Тако се прави разлика *exempli causa* између личне одговорности чланова за обавезе друштва, система управљања друштвом од стране професионалних директора или од стране самих чланова и тако даље. Такође, значајно је поменути да код *partnership* облика организовања имовина и права припадају члановима, а не друштву, што подразумева да се код било које промене чланства, имовина и права морају пренети на нове чланове (партнере).<sup>8</sup> Наравно, и у британском праву су регулисане ситуације када и код облика организовања оличеног у раздвојености правне личности долази до примене изузетака и чланови постају одговорни за обавезе друштва.<sup>9</sup>

У руском праву имамо сличну поделу коју регулишу федерални закони, као и изузетке у којима долази до непримене правила о раздвојености правних личности. Тако, на пример, уколико су инсолвентност или банкрот друштва проузроковани активностима (или пропуштањима) власника акција или других лица која имају право да дају обавезујуће инструкције, поменута лица су супсидијарно одговорна за обавезе друштва (уколико су била свесна да ће акције или пропуштања произвести инсолвентност или банкрот друштва).<sup>10</sup>

У српском праву ЗОПД прави разлику у одговорности између друштва лица и друштва капитала. Тако, чланови ортачког и командитног друштва (осим командитора) одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва, док чланови и акционари не одговарају за обавезе друштва (изузетак приликом злоупотребљавања правне личности друштва – пробијање правне личности<sup>11</sup>). ЗОПД примарно путем одређења одговорности ортака, комплементара, командитора, чланова и акционара дефинише сваку појединачну врсту привредних друштава чиме се указује на приоритет те карактеристике. Управо је то и главни критеријум приликом одлучивања оснивача на који начин ће да организују будуће дру-

---

7 М. Васиљевић, 53.

8 Robert R. Pennington, *Company Law*, London, 1985, 3.

9 Вид. R. R. Pennington, 53-63.

10 William E. Butler, Maryann E. Gashi-Butler, *Russian Company Law: Basic Legislation*, Hague, 2000, 292.

11 Вид. ЗОПД чл. 18 који уређује пробијање правне личности.

штво. Уколико имају за циљ велике пословне подухвате, које у сваком случају прате и велики пословни ризици, определиће се за друштва капитала јер ће се на тај начин заштити да пословни неуспех не угрози и њихову приватну имовину. Поред ове кључне разлике, постоје још многе које ће определити осниваче да изаберу одговарајући облик организовања (као што је, *exempli causa*, минимални основни капитал), али у даљем обрађивању теме издвајамо неке због значаја које имају приликом избора власника затворених привредних друштва да изврше трансформацију у јавно акционарско друштво и изађу на берзу. Свакако да су друштва са ограниченом одговорношћу она која представљају најпримеренија друштва за процес трансформације из разлога што је и велики број успешних српских компанија изабрало управо овај облик организовања.

### III Негативни и позитивни аспекти претварања затворених привредних друштава у јавна акционарска друштва

Иницијална јавна понуда (*Initial Public Offering – IPO*) представља трансакцију путем које привредно друштво из неког од затворених облика прелази у отворено акционарско друштво, односно прво јавно емитовање акција.<sup>12</sup> Закон о тржишту капитала<sup>13</sup> (у даљем тексту: ЗОТК) подробно регулише поступак иницијалне јавне понуде, а све то у складу са своја три циља: заштита инвеститора, обезбеђење праведног, ефикасног и транспарентног тржишта капитала и смањење системског ризика на тржишту капитала.<sup>14</sup> Као што ЗОТК прописује у свом првом циљу, заштита инвеститора постављена је као примарно начело приликом руковођења правилима овог закона и његовим тумачењем. Наиме, приликом сваког интерпретирања норми овог закона, потребно је водити рачуна да се интерес инвеститора постави на прво место. То већ на почетку може да створи страх код власника привредних друштава, с обзиром на то да су њихови интереси и интереси њиховог друштва потчињени интересима лица која улажу у друштво, или речено језиком акционарског друштва, интересима лица која купују акције друштва. И друга два циља такође служе заштити инвеститора у привредно друштво, предвиђајући обезбеђење праведног, ефикасног и транспарентног тржишта капитала и смањење системског ризика на тржишту капитала, како

12 Београдска берза а.д., Иницијална јавна понуда, Београд, доступно на адреси: [https://www.belex.rs/trzista\\_i\\_hartije/ipo](https://www.belex.rs/trzista_i_hartije/ipo), 17.11.2018.

13 Закон о тржишту капитала - ЗОТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

14 ЗОТК, чл. 1 ст. 2.

би се додатно заштитили интереси улагача у привредна друштва, односно интереси акционара.

Као почетну тешкоћу и проблем на који затворена привредна друштва наилазе јесте објава проспекта. Наиме, ЗОТК предвиђа да је ништава свака јавна понуда хартија од вредности и да није допуштено укључење хартија од вредности на регулисано тржиште, односно МТП, ако се врши без претходног објављивања валидног проспекта,<sup>15</sup> осим у случајевима прописаним одредбама овог закона<sup>16</sup> (изузети од обавезе објављивања проспекта за одређене јавне понуде прописани у чл. 12 ЗОТК). Валидан проспект представља највећи извор сигурности потенцијалних инвеститора и нужни инструмент којим се постиже остварење циљева Закона о тржишту капитала. Тако, поменути закон предвиђа да проспект мора да садржи све информације које, с обзиром на посебне карактеристике издаваоца и хартије од вредности које се јавно нуде или укључују у трговање на регулисано тржиште, односно МТП омогућавају инвеститорима да изврше објективну процену имовине и обавеза, финансијског стања, пословних добитака и губитака, потенцијалних пословних резултата издаваоца и гаранта уколико постоји, као и права из тих хартија од вредности. Информације у проспекту морају бити тачне, потпуне, а проспект доследан. Проспект мора бити прегледан и разумљив, а информације у проспекту морају бити приказане на начин који омогућаује њихову једноставну анализу.<sup>17</sup> Из претходног примећујемо да привредно друштво које нуди или укључује своје хартије од вредности на регулисано тржиште, односно МТП мора да прецизно, потпуно и веродостојно прикаже стање своје имовине и пословног успеха, као и све остале информације, које ће потенцијалном инвеститору бити од значаја да процени исплативост своје инвестиције.<sup>18</sup> Комисија за хартије од вредности има доминантну улогу у објави валидног проспекта, с обзиром на то да је потребно њено одобрење како би се хартије од вредности укључиле на организовано (регулисано) тржиште, а Комисија се том приликом руководи интересима инвеститора, проверава законитост издавања акција од

---

15 Проспект је валидан 12 месеци од дана објављивања према чл. 22 ЗОТК.

16 ЗОТК, чл. 11, ст. 2 и 3.

17 ЗОТК, чл. 15, ст. 1, 2 и 3.

18 ЗОТК регулише више врста проспекта, као што су основни проспект, скраћени проспект, јединствени и подељени проспект, основни проспект (ЗОТК чл. 16, 17 и 18), али на овом месту их нећемо додатно анализирати, с обзиром на то да се позитивни и негативни аспекти овог института за одлучивање о трансформацији привредних друштава виде и на генералном и уопштеном сагледавању овог питања.



стране емитента и да ли постоји слободна преносивост емитованих хартија.<sup>19</sup> Поступак израде и објаве проспекта, као и целокупан процес иницијалне јавне понуде, подразумева велике напоре привредног друштва и високе трошкове. Друштво мора да ангажује консултанте и адвокате који ће га спровести кроз цео овај поступак и израдити одговарајуће различите врсте дју дилиџенса (*due diligence*). Ипак, истиче се да извештаји ревизорских кућа представљају значајан фактор за одлучивање потенцијалних инвеститора, а да они некада нису довољно јасни, потпуни и изричитии поводом предмета ревизије, чиме онемогућавају потпуно поуздан основ инвеститорима за доношење одлуке, а све је то резултат недовољно развијеног финансијског тржишта.<sup>20</sup> До сада се радило о регистрованим хартијама које се налазе на општем финансијском тржишту, а за пријем хартија од вредности на берзанско тржиште постоје строжи услови. Тако, поступак пријема хартија од вредности на листинг регулисаног тржишта Београдске берзе спроводи Комисија за листинг Београдске берзе. Комисија за листинг доноси решење о пријему хартије од вредности на један од следећих сегмената листинга регулисаног тржишта, руковођен захтевом издаваоца: *Prime Listing*,<sup>21</sup> *Standard Listing*, *SMart Listing*. Акције које не испуњавају услове за укључивање у један од ова три листинга, укључују се на *Open Market*, а оне које не испуњавају услове ни за *Open Market*, прелазе на МТП (мултилатералну трговачку платформу).<sup>22</sup> Цела ова процедура код Комисије за хартије од вредности и Комисије за листинг Београдске берзе спроводи се ради заштите инвеститора. Привредно друштво заинтересовано за укључивање дужно је да прикаже јавности резултате свог пословања и да допусти да правила и инструменти тржишта искључиво вреднују њихов успех. Да ли ће се акције индивидуално посматране компаније наћи на листингу Берзе са најфинијим хартијама од вредности или на платформи где се налазе акције које не испуњавају услове да се нађу на другој листи – зависи искључиво од испуњавања услова од стране посматраног привредног друштва. Само укључивање на берзанско тржиште и касније опстајање на њему најтранспарентнији су инструмент за сагледавање рада привредног друштва. То има сво-

19 М. Васиљевић, 255 и 256.

20 Добросав Миловановић, „Активности за превазилажење проблема на финансијском тржишту“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2015, 21.

21 На *Prime listing* Београдске берзе налазе се само акције четири издаваоца (Aerodrom Nikola Tesla a.d., Energoprojekt a.d, Fintel energija a.d., NIS a.d.) Вид. Београдска берза а.д., Акције, Београд, доступно на адреси: [https://www.belex.rs/trzista\\_i\\_hartije/trzista/prime/akcije](https://www.belex.rs/trzista_i_hartije/trzista/prime/akcije), 3.01.2019.

22 Београдска берза а.д., Процедура пријема на тржиште, Београд, доступно на адреси: [https://www.belex.rs/trzista\\_i\\_hartije/procedura](https://www.belex.rs/trzista_i_hartije/procedura), 1.12.2018.

је *de facto* добре и лоше стране. Наиме, резултат рада привредног друштва постаје потпуно видљив и лако мерљив сваком заинтересованом лицу (било потенцијалном инвеститору у друштво, било конкуренту) јер цена акције најпрецизније то исказује. Супротно, транспарентност коју омогућава исказана цена акције има и велике предности. Привредно друштво које послује добро нема потребе да спроводи додатне напоре како би доказивало колико вреде чланска права у њему (имовинска – дивиденда и управљачка).

У складу са претходном анализом, цена акције исказане тржишним мерним инструментима којима располаже Београдска берза представљају најбољу вагу успешности рада и способности управе привредног друштва (која је у акционарским друштвима одвојена од власништва). Зато је потребно раздвојити ова два интереса као различита и потенцијално колидирајућа. У складу са тим, један од најефикаснијих контролора рада директора у привредном друштву јесте цена акције на тржишту, чиме се омогућава власницима компанија да лако оцене резултате изабране управе и да је по потреби промене. Управо из тога примећујемо да то може да не иде у корист самом менаџменту компаније и да они могу да буду заинтересовани да привредно друштво не изврши промену у јавно акционарско друштво. Ипак, власници привредних друштва су лица која доносе ову одлуку и спроводе трансформацију, тако да интересе директора не би требало узимати у обзир.

Претварањем друштва у јавно акционарско друштво и изласком на берзу, приватни власник се одриче дела свог власништва и својих досадашњих 100% удела смањује на мањи проценат акција. Његов је избор колики ће му после трансформације бити проценат власништва, али то и даље остаје његово највеће одрицање. Практична последица јесте што је власник друштва који је самостално доносио одлуке, сада ограничен правима других власника, односно акционара. Постоје одлуке које доноси скупштина друштва које захтевају минималан проценат гласова акционара како би биле усвојене. Осим тога, од великог је значаја институт права мањинских акционара, којима се омогућава лицима са малим капитал учешћем у друштву (5%, 10%) да сазивају скупштину, предлажу тачке дневног реда,<sup>23</sup> постављају питања и добијају одговоре,

---

23 У теорији се истиче да би непостојање овог права свело улогу акционара само на право блокирања усвајања одлука на седници, без права да креативно утичу на предмет расправљања и гласања. Више о томе вид. Вук Радовић, „Права акционара у вези са дневним редом скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда*, број 4-6/2011, 162-186.

захтевају посебну или ванредну ревизију и тако даље. Од посебног је значаја право мањинских акционара на подношење захтева за ликвидацију друштва. Тако ЗОПД омогућава да по тужби акционара који поседују акције које представљају најмање 20% основног капитала друштва надлежни суд може одредити престанак друштва или друге мере, под законски прописаним условима.<sup>24</sup> То би у практичном смислу значило да ако акционари који поседују најмање 20% основног капитала друштва сматрају да, на пример, директори, односно чланови надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно делују противзаконито, непоштено или преварно, а противно интересима акционара који подnose тужбу, могу поднети тужбу суду да се друштво ликвидира. Власник који је у прошлости сваку одлуку доносио сам и који је одлучивао о судбини друштва, сада долази у ситуацију да друга лица могу одлучивати о судбини компаније, ако осете озбиљну злоупотребу права већине (и поред *ultima ratio* карактера овог института).<sup>25</sup>

Транспарентност отвореног акционарског друштва јесте једна од његових најзначајних карактеристика и представља чињеницу која има и свој негативни и позитивни аспект. Обраћамо посебну пажњу на дужност извештавања (пре свега значајну за инвестициону јавност – акционаре или потенцијалне акционаре) акционарских друштава, која је другачије и знатно оштрије регулисана у односу на друге облике привредних друштава.<sup>26</sup> ЗОТК прописује да јавно друштво издавалац власничких хартија од вредности којима се тргује на регулисаном тржишту, односно МТП је обавезно да обезбеди да су доступни сви начини и информације потребни акционарима за остваривање њихових права, уз одговарајућу заштиту целовитости тих података.<sup>27</sup> Јавно друштво има обавезу да обавештава јавност о битним догађајима, годишњим, полугодишњим, али и кварталним извештајима, објаву битних прагова капитал учешћа (подаци о значајним учешћима<sup>28</sup>), о стицању сопствених акција и тако даље. Посебно истичемо дужност сачињавања и објављивања јавно-

24 Вид. ЗОПД, чл. 469.

25 М. Васиљевић, 334.

26 Надзор над извештавањем врши Комисија за хартије од вредности.

27 ЗОТК, чл. 65 ст. 1.

28 Када физичко или правно лице непосредно или посредно достигне, пређе или падне испод 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% и 75% права гласа истог акционарског друштва чијим се акцијама тргује на регулисаном тржишту, односно МТП дужно је да о томе обавести Комисију, то друштво и регулисано тржиште, односно МТП на коме су акције тог друштва укључене у трговање. (ЗОТК, чл. 57 ст. 1.)

сти финансијских извештаја на годишњем, полугодишњем и кварталном<sup>29</sup> нивоу. Ово представља дужност, али уједно и погодност јавног акционарског друштва. Наиме, истина је да се трошкови друштва повећавају, да транспарентност омогућава велику екстерну контролу, да ће и конкуренција бити свесна појединости рада тог привредног друштва, али насупротив томе, присутни су и бројни ефекти у корист извештавања. Пре свега, друштво на тај начин шаље поруку да послује законито (јер власници који послују на основу закона немају разлога да се прибојавају екстерне контроле) и успешно, а то свакако омогућава велику сигурност инвестиционе јавности да ће улагање капитала бити исплатива инвестиција. Једноставно смањује се ризик уложене инвестиције. Такође, јавно акционарско друштво постаје толико велико да ће у највећем броју случајева за конкуренте имати иста таква друштва. На тај начин увид у извештаје постаје узајамна активност конкурентата и тиме аргумент везан за тржишне противнике губи смисао.

Сама структура органа управљања другачија је код друштва са ограниченом одговорношћу и акционарских друштава, а прави се и разлика између нејавног и јавног акционарског друштва. Код јавних друштава нарочито се јавља тзв. агенцијски проблем (однос акционара и управе, однос контролних и мањинских акционара и тако даље). Питање корпоративног управљања постало је велики проблем јер је пракса показала да у односу акционара, управе и ревизора, не преовлађује интерес акционара као власника акционарског друштва. У јавном акционарском друштву постоји вишеслојност интереса, као што су интереси акционара,<sup>30</sup> интереси поверилаца, интереси управе, интереси запослених, самог друштва и други.<sup>31</sup> Генерално, акционарска друштва представљају скуп различитих и сукобљених интереса различитих категорија чиниоца овог унутрашњег, уговорног односа. Бројне категорије лица са различитим интересима имају улогу у доношењу одлука и усмеравању пословања друштва, а сви они теже задовољењу искључиво својих, појединачних интереса (акционарско друштво апсолутно нема за свој циљ опште

---

29 Јавно друштво чијим се хартијама од вредности тргује на листингу регулисаног тржишта дужно је да састави, објави јавности и достави Комисији и организатору тржишта квартални извештај, најкасније 45 дана након завршетка сваког од прва три тромесечја текуће пословне године, као и да обезбеди да овај извештај буде доступан јавности најмање пет година од дана објављивања. (ЗОТК, чл. 53 ст. 1.)

30 Мањинских и већинских, који могу имати међусобно различите интересе.

31 Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање: од проблема до решења“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008а, 3 и 14.

добро, већ доминира идеологија индивидуализма и неограничености приватне својине).<sup>32</sup> Проблем балансирања различитих циљева и јесте један од разлога што компанијски закони уводе институт независних директора, као могуће средство за решење или ублажавање овог проблема.<sup>33</sup> Из свега горе реченог, на пример, један власник друштва са ограниченом одговорношћу, претварањем друштва мораће да се сусретне са потенцијално супротним интересима, којима ће донекле морати да се прилагоди и да се посвети остваривању интересне равнотеже. Пре свега се поставља питање на који начин акционари могу да обезбеде да изабрана управа делује у њихову корист. Један од начина је давањем пакета акција чиме се постиже да управа буде непосредно заинтересована за успех компаније (с обзиром на то да њихови приходи зависе од пословања друштва). Свакако да решавању проблема корпоративног управљања доприноси Кодекс корпоративног управљања<sup>34</sup> који предвиђа да корпоративно управљање омогућава привредном друштву да привуче људски и финансијски капитал, да ефикасно води пословање и обезбеди дугорочни и одрживи развој, узимајући у обзир и интересе власника и интересе других страна које имају легитимне интересе у пословању друштва, уз истицање више директних користи корпоративног управљања (бољи учинак, лакши приступ тржишту капитала и слично). Не треба занемарити ни систем судске заштите путем тужби у компанијском праву. Тако, на пример, колективна тужба може бити значајно средство као метод одвраћања лица која управљају друштвом од повреде права (мада приметна су мишљења да овај тип тужби не делује одвраћајуће јер досуђене накнаде плаћа друштво, а не лица која имају дужности према друштву, а скривљеним понашањем су проузроковали штету).<sup>35</sup> Генерално посматрано, у складу са принципима и стандардима компанијског права фидуцијарна активност директора има две димензије: интерно поступање према компанији и екстерни поступак вођења послова и заступања компаније. Приликом доношења одлука од стране директора од кључне важности је деловање у складу са принципом лојалности према друштву.<sup>36</sup>

32 Мирко Васиљевић, „Акционарско друштво - друштво акционара и/или носилаца других интереса/ризика – призма судске праксе“, *Правни живот*, бр. 12/2008b, 7.

33 М. Васиљевић (2008b), 8.

34 Кодекс корпоративног управљања, *Службени гласник РС*, бр. 99/2012.

35 Јелена Лепетић, „Механизми колективне заштите у компанијском праву и праву тржишта капитала“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 151-152.

36 Miodrag Mićović, „The Interest of a Commercial Company and the Liability of its Management in Serbia“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, no. 3/2012, 148.

Што се тиче *M&A* (*mergers and acquisitions*) трансакција, поставља се питање да ли постоје различита правила за различите типове компанија. У кинеској јурисдикцији, прави се разлика у регулацији за *public companies* и *non-listed public companies*, где су прве уређене правилима од стране CSRC (*China Securities Regulatory Commission*) и специфичним правилима за тај облик компаније у односу на други тип. Такође, специфично за Кину јесте то што се за прекограничне (*cross-border*) *M&A* трансакције претежно примењује регулација и захтева одобрење од Министарства привреде (*MOFCOM*).<sup>37</sup> У Хрватској специјална правила су предвиђена за јавно акционарско друштво која укључују правила о понуди за преузимање, њеном објављивању, процес иницијалне јавне понуде и проспект, забрану заједничких активности у циљу спречавања преузимања, правила о одређивању цене, правила за управљачка тела циљног друштва, права мањинских акционара, надзорни ауторитет од стране државних тела и слична правила која указују на појачану регулацију оваквог типа организовања компаније,<sup>38</sup> а која могу да делују одвраћајуће. У Црној Гори ова трансакција уређена је Законом о привредним друштвима, али ако је циљна компанија акционарско друштво, специфична додатна правила се примењују и регулисана су у Закону о преузимању акционарских друштава и Закону о хартијама од вредности. Такође, трансакције у којима су укључена акционарска друштва морају бити извршене преко Берзе Црне Горе (*Montenegroberza a.d.*), стога оне подлежу њеној регулацији.<sup>39</sup> У Србији статусне промене регулисане су, као што је и очекивано, најстроже за акционарска друштва. Тако, на пример, да би се усвојила одлука о статусној промени код друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, прописани су различити минимуми гласова. За друштво са ограниченом одговорношћу потребна је већина од 2/3 укупног броја гласова чланова друштва, ако оснивачким актом није предвиђена другачија већина, али не мања од обичне већине од укупног броја гласова чланова друштва који имају право гласа по одређеном питању.<sup>40</sup> У случају акционарског друштва одлука о статусној промени друштва доноси се трочетвртинском већином гласова присутних акционара, ако статутом није одређена већа већина.<sup>41</sup> Из овога

---

37 Global Legal Group, *The International Comparative Legal Guide to: Mergers & Acquisitions*, 12th Edition, London, 2018, 87.

38 Global Legal Group, 94.

39 Global Legal Group, 235.

40 ЗОПД, чл. 211.

41 ЗОПД, чл. 498 ст. 2.

закључујемо да власник друштва са ограниченом одговорношћу треба да буде свестан да ће око статусних промена након отварања друштва спроводити тежу и захтевнију процедуру. Наравно, с обзиром на све бенефите које отварање друштва носи са собом, онда када (и ако) друштво буде заинтересовано за статусне промене, биће у убедљиво повољнијој позицији за преговарање у овом поступку.

Значајно је споменути и диспозитивност деловања чланова и акционара у различитим типовима привредних друштава. У том смислу, законодавац много више слободе оставља затвореним привредним друштвима, што примећујемо у великом броју диспозитивно прописаних правила у Закону о привредним друштвима за друштво са ограниченом одговорношћу и супротно, велики број императивних правила за акционарско друштво (пре свега јавно). Отворено акционарско друштво издаје акције као власничке хартије од вредности и под надзором је Комисије за хартије од вредности, има обавезе према берзи као издавалац акција којима се на берзи тргује, као и према Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности у вези са отварањем и вођењем емисионог рачуна и укњижавањем својих акција (одговарајуће обавезе су постојале и према старом Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената).<sup>42</sup> Затворено акционарско друштво и друштво са ограниченом одговорношћу нема обавезе ни према Комисији за хартије од вредности ни према берзи, и на њих се не примењује целокупан строг режим у погледу услова за дистрибуцију и издавање акција и извештавање и надзор Комисије за хартије од вредности.<sup>43</sup> Свакако да је разлог оваквом диференцирању то што постоји највећи јавни и приватни интерес да се јавна акционарска друштва ставе у што сигурнији законски оквир, како се не би злоупотребили огромни акумулисани капитал, високи ризици великих пословних подухвата, разгранати канали управљања и доношења одлука и друге последице овакве форме организовања. Ово је терет који власници отвореног акционарског друштва, ради свих предности које овај облик друштва доноси, морају да понесу.

Највећи разлог да се затворено привредно друштво претвори у јавно акционарско јесте велики капитални потенцијал. Наиме, оног момента када друштво постане отворено прелази се у нови ниво немерљивих граница. Од тада сваки пословни подухват и улагања у компанију

---

42 Владимир Поповић, „Отворено или затворено акционарско или неко треће друштво?“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2005, 284.

43 В. Поповић, 285.

(као што су послови истраживања и развоја) постаје остварив и друштво добија могућност за велику капиталну инјекцију. Затворене компаније финансирање базирају из сопствених извора и на задуживању. Без обзира на историјски ниске камате, средства добијена на тај начин су и даље само дуг, што би значило да из оствареног успеха треба отплатити исти, са све нарастим каматама (пример хрватске компаније „Агрокор“ показује да компанија може да послује успешно, али уколико је велики проценат екстерног финансирања заснованог на дугу, систем не може да опстане).<sup>44</sup> Српске компаније се прво ослањају на своја унутрашња средства, позајмљују када је то потребно и издају хартије од вредности само као крајње средство, а инвестиције (нпр. у фиксна средства) се радије финансирају из интерних фондова компаније (који су настали задуживањем).<sup>45</sup> Екстерно финансирање од стране инвеститора куповином акција друштва јесте одрживо решење. На тај начин финансирано друштво повећава свој сопствени капитал, а према акционарима има имовинску обавезу да исплаћује дивиденду. Ипак уколико друштво и даље буде желело да се окрене додатном финансирању задуживањем, претварањем у јавно акционарско друштво камата постаје још нижа, јер су у очима банака ови типови друштва знатно мање ризични. Самим тим, дуг према банци је нижи, премија код издавања нових емисија акција већа.<sup>46</sup> Капитализацијом путем продаје акција, више је гарантована сигурност у функционисању друштва и постављена је јака препрека за проблеме који проистичу из могућих унутрашњих или спољашњих нестабилности. Једноставно речено, нови велики извор финансирања и транспарентност коју одликује једно отворено друштво имају низ повољних ефеката и за власнике, и за инвеститоре, повериоце, државу и друштво у целини (поред великих повољних микроекономских ефеката, отворена друштва омогућавају развитак тржишта капитала и тржишне привреде која имају велике макроекономске ефекте).

Као посебно питање које може занимати власника привредног друштва јесте ко све може улагати у друштво куповином његових акција. На ово питање одговор даје Закон о улагањима који уређује општи правни оквир улагања у Републици Србији и за циљ има унапређење инвести-

---

44 Paragraf, Siniša Krneta (direktor Beogradske berze), Beograd, 2018, доступно на адреси: <https://www.paragraf.rs/intervju/sinisa-krneta.html>, 14.12.2018.

45 Sašo Arsov, „Capital Structure in Emerging Markets: The Case of Serbian Joint-Stock Companies“, *Economic Analysis: journal of emerging economics*, 2016, 12.

46 Paragraf, Siniša Krneta (direktor Beogradske berze).



ционог окружења у држави.<sup>47</sup> Иако закон за претежан циљ има подстицање директних улагања, не може се занемарити ни значај који индиректна улагања имају у једној земљи. Власника који треба да донесе одлуку за отварање друштва занима да ли су приликом стицања акција у привредном друштву страна физичка и страна лица изједначена са домаћим. Наиме, због величине потенцијалног капитала за индиректно улагање, није исто уколико власник може да очекује искључиво домаћи капитал куповином акција, уколико може знатно теже да очекује страни капитал због поштених услова или под једнаким околностима и истом могућношћу, може да очекује и један и други. У начелу постоји слобода улагања, у складу са Уставом и законом.<sup>48</sup> Закон о улагањима прописује национални третман страних улагања, односно да улагачи који су страна правна или физичка лица, у погледу свог улагања у свему уживају једнак положај и имају иста права и обавезе као и домаћи улагачи, ако овим или другим законом није другачије уређено.<sup>49</sup> Без дубљег тумачења одредби овог закона, очигледно је да се хоризонти потенцијалног капитала који власници могу да очекују никако не задржавају на домаћем простору.

Сматрамо да је веома важно поменути утицај правне сигурности, конзистентне судске праксе (у неким ситуацијама може се рећи да је судска пракса извор права<sup>50</sup>) и компетентног суда на питање претварања затворених облика привредних друштава у јавно акционарско друштво. Наиме, ако очекујемо да власници затворених компанија, као што су друштва са ограниченом одговорношћу, одлуче да своје друштво отворе екстерним инвеститорима и тиме знатно прошире свој капитал, али и ограниче многа своја права, нужно је да се осећају сигурно да су, у границама закона, апсолутно заштићени од стране уређених и ауторитативних државних институција, а пре свега суда. Да би власник привредног друштва изашао из зоне комфора коју му омогућава затворен облик организовања, мора бити сигуран да ће се закони једне државе у потпуности поштовати и спроводити. За то није довољно само спровођење института владавине права, потребно је да и пракса судова буде уједначена и да суд буде довољно компетентан да решава веома сложена питања у привреди. Законски инструментаријум који уређује привредна друштва и њихово функционисање (и остала питања која их се тичу) представља један изу-

47 Закон о улагањима, *Службени гласник РС*, бр. 89/2015 и 95/2018, чл. 1 и 2.

48 Закон о улагањима, чл. 4.

49 Закон о улагањима, чл. 7.

50 Небојша Јовановић, „Очигледно незаконите пресуде – незнање, улизиштво или нешто друго?“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2017, 26-27.

зетно комплексан скуп прописа, чије тумачење и разумевање често није једноставно.<sup>51</sup> Због тога је кључна адекватна обука судија и њихова уска специјализација у најкомплекснијим корпоративним и привредним питањима. У том смислу, истичемо одличне резултате и поверење које постиже специјализовани *Court of Chancery* у америчкој држави Делавер (*Delaware*) који се састоји од специјализованих судија који су признати експерти у комплексним корпоративним питањима. Наравно, странке незадовољне одлукама овог суда, обраћају се једнако стручном Врховном суду (*Supreme Court*) ради адекватног и правовременог преокрета.<sup>52</sup> Многе америчке компаније су основане у овој федералној јединици, а један од главних разлога јесте управо правна сигурност за привредна друштва.<sup>53</sup> Такође, као веома значајан чинилац у овој тржишној игри, Комисија за хартије од вредности мора да буде опремљена адекватним људским кадром, самосталношћу и независношћу. Наиме, Комисија за хартије од вредности је самостална и независна државна организација и представља регулатора тржишта капитала у Републици Србији. Основни задатак Комисије за хартије од вредности је законито, правично, и транспарентно функционисање тржишта капитала и заштита инвеститора.<sup>54</sup> Правилно остваривање функција Комисије не би било могуће уколико држава не омогући њену самосталност и независност, а то би се такође одразило и на осећај сигурности власника привредних друштава и инвеститора, како страних, тако и домаћих.

Осим горе наведених институција, битно је нагласити и питање поверења у берзанско тржиште Републике Србије, односно колико је поверење „привредне јавности“ (предузетника, инвеститора, директора, адвоката, саветника и тако даље) у Београдску берзу.<sup>55</sup> Таман након настајања тржишта капитала у Републици Србији, свет је задесила велика финансијска криза која је још више онеспособила нашу државу, као земљу у транзицији. Може се рећи да је највећи губитник те кризе управо српско тржиште акција. У земљи која је у периоду од 2002. до 2008. годи-

---

51 Закон о тржишту капира је, по мишљењу многих стручњака, један од најтеже написаних закона у српском легислативном систему.

52 Global Legal Group, 7.

53 Eric Engle, *The Company Law of the United States of America*, Great Britain, 2012, 5.

54 Republic of Serbia Securities Commission, Legal Position, Powers and Authorities, Belgrade, доступно на адреси: <http://www.sec.gov.rs/index.php/en/about-us/general-information/legal-position,-powers-and-authorities>, 20.12.2018.

55 У том смислу се за Београдску берзу у јавности употребљава назив „Казино“, што свакако показује негативно мишљење оличено у самој негативној конотацији оваквог назива.

не била још увек на прекретници друштвених, политичких и економских односа и са неколико година транзиционог искуства, тржиште капитала и Београдска берза су могли да имају веома важну улогу, као што се то десило у Пољској, Чешкој и Румунији. Финансијска криза је веома утицала на српско тржиште капитала јер је прекинула могући развитак и оспособљавање домаћих инвестиционих фондова који су тек почели са пословањем, недовољно едукованих малих инвеститора, слабе корпоративне културе листираних компанија, недовољно оспособљених берзанских посредника и омогућила опстанак присутне инсајдерске трговине.<sup>56</sup> Осим тога, светска економска и финансијска криза одразила се и на смањење потражње за извозом роба и услуга домаћих компанија, умањена је воља страних инвеститора за инвестирањем у Србији и отежани су услови приступа финансијским средствима.<sup>57</sup> Последице транзиције и финансијске кризе се осећају и данас, стога Србија и даље нема развијене институције тржишта капитала, нити „привредну свест“ која је велики чинилац тога. Због тога је потребно уложити велике напоре од стране државе, привредника, стручне јавности и осталих грађана да се препозна значај овог питања и да се напори Београдске берзе да оствари велике макроекономске и микроекономске циљеве олакшају.

#### IV Закључак

За привредни развој Србије неопходно је здраво тржиште капитала, односно развој берзанског тржишта. Како би се то постигло, потребно је да већи број друштава у Србији буде претворено у јавно акционарско друштво и да изађе на берзу. Анализирали смо бројне разлоге зашто се то и даље у највећем броју случајева не чини, а насупрот томе, који су позитивни аспекти таквог решења примарно за индивидуалне интересе самог власника друштва, јер доношење одлуке првенствено зависи од њега. Критички смо се осврнули на неповољне карактеристике нашег тржишта и анализу релевантног *corpus*-а правне регулативе на аргументе за и против који опредељују власника да се одлучи за трансформацију (или да је избегне), а све то инспирисани пројектом Београдске берзе који је поменут у уводним разматрањима рада и циљевима који се на тај начин желе постићи.

Из свега до сада изложеног закључујемо да дисеминација јавних акционарских друштава у једној држави има огромне предности. С обзи-

---

56 R. Rakočević, 32.

57 Д. Миловановић, 19.

ром на то да право избора пада на власника, напоменули смо бројне погодности које ће се остварити за њега и друштво уколико се донесе одлука о отварању. Наравно да у циљу побољшања и напретка немерљивих граница морају да постоје и одређена одрицања, али стављањем на вагу аргумената *pro et contra*, несумњиво произилази да су користи јавних акционарских друштава велике за све учеснике. Велики број појединачно постављених питања показују да исти захтеви могу имати и позитивне и негативне утицаје, у зависности од тога на који начин и у односу на који период се посматрају. Ипак, можемо приметити да повољни ефекти преовлађују, поготово уз сагледавање шире и дугорочне слике.

На крају, предвиђамо да ће на српском тржишту бити све више отворених компанија јер постоје актери који учествују на ширењу ове идеје и образовању привредне јавности који указују на све погодности овакве одлуке. Ипак, улога државе је немерљива и због тога мора бити далеко већа него што сада у реалности јесте, не само ради ширења идеје и информисања јавности, него (чак и примарно) ради решавања системских проблема који представљају главне разлоге неопредељивања власника за трансформацију из затворених облика друштва у јавно (отворено) акционарско друштво.

**Stefan JOVANOVIĆ**  
student at the Faculty of Law University of Belgrade

## **TRANSFORMATION OF CLOSED FORMS OF COMPANIES INTO PUBLIC JOINT COMPANY - PRO ET CONTRA**

### **Summary**

*The author in the paper analyzes the positive and negative aspects of the transformation of closed forms of companies into a public joint stock company, through a primary analysis of the legal regulations of the Republic of Serbia for different types of companies, which can de facto determine the owners to opt for the opening of a society or not. The topic is very important because of the improvement and development of the Serbian capital market, which is currently at a very low level due to the relatively recent return to institutions and mechanisms of the capital market as well as a major financial crisis that further slowed down the development. There are significant differences in the regulations of the relevant legal framework for different types of companies, and the paper focuses on*

*the most important ones, with critical arguments for their favorable and adverse effect on the decision of the owners for transformation. Furthermore, it points to some systemic problems that exist and which are acting unfavorably to increase the number of public companies. Nevertheless, the author answers the question whether the owner of the company should use the right to choose and transform the closed company into a public joint stock company.*

**Key words:** *public joint stock company, closed company, change of legal form, initial public offering, positive and negative aspects, capital market, stock exchange.*

---

# "ПРАВО И ШВАЈЦАРЦИ"

---

**Борис БЕГОВИЋ<sup>1</sup>**

## **ТРИЈУМФ ИДЕЈЕ НАД РАЗУМОМ: ПРАВНОЕКОНОМСКИ КОМЕНТАР ПРАВНОГ СХВАТАЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА О ПУНОВАЖНОСТИ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ<sup>2</sup>**

### *Резиме*

*Врховни касациони суд је својим правним схватањем о пуноважности валутне клаузуле, супротно закону, условио правну ваљаност те клаузуле, да би потом de facto прогласио ништавом одредбу уговора која садржи валутну клаузулу у швајцарским францима. Упутство о конверзији кредита који садрже такву валутну клаузулу у кредите са валутном клаузулом у еврима јесте прецизно и ставља у исти положај дужнике*

---

1 Др Борис Беговић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду (begovic@ius.bg.ac.rs).

2 Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду. Срдачно захваљујем Глигорију Брајковићу, Марку Ђурђевићу, Милошу Живковићу, Николи Илићу, Лепосави Карамарковић, Марији Караникић Мирић, Бошку Мијатовићу, Ани Одоровић, Марку Пауновићу, Даници Поповић и Душану Поповићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, одговорност за евентуалне преостале грешке или за изнете вредносне судове сноси искључиво аутор овог рада. Ставови изнети у овом раду не морају да буду ставови Управног одбора *UniCredit Bank* Србија чији сам независан члан, нити су условљени тим чланством, за које примам фиксне принадлежности, па стога моја примања не зависе од правног схватања о којем се расправља у овом раду. Такође, чињеница да сам био корисник хипотекарног кредита индексираним у швајцарским францима, који сам отплатио, не мора да значи да су изнети ставови истоветни ставовима било ког пређашњег или садашњег дужника те врсте, нити њихових удружења, а моји расходи не зависе од поменутог правног схватања и његових последица.

кредита у швајцарским францима са онима који су добровољно изабрали кредите у еврима. Моделска анализа хипотетичког случаја који је раније коришћен за поређење ове две врсте кредита показала је да ће корисници кредита у швајцарским францима при конверзији онаквој какву предвиђа Врховни касациони суд морати да доплате значајан износ, па ће им се главница увећати за око 8,5%. Будућа рата тог кредита биће већа од претходне за све вредности швајцарског франка у односу на евро које су забележене у протеклом двадесетогодишњем периоду. Правно схватање уноси велику дозу правне несигурности у пословање банака и финансијски систем, а неповољне последице те несигурности осетиће не само постојећи већ и сви будући корисници услуга тог система, што ће имати негативне ефекте на инвестиције и привредни раст.

**Кључне речи:** Врховни касациони суд, валутна клаузула, ништавост, конверзија уговора о кредиту, економске последице, доток капитала.

## I Пролог

Почетак правне контроверзе у погледу кредита индексираних у швајцарским францима везан је за пресуду Апелационог суда у Новом Саду (Гж. бр. 1781/16), од 1. септембра 2016. године, којом је, први пут, за разлику од ранијих пресуда апелационих судова, пресуђено да институт *rebus sic stantibus* треба да се примени у једном конкретном случају таквог кредита, тиме што је та пресуда потврдила првостепену пресуду о раскиду уговора са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности које су се односиле на пораст курса швајцарског франка током рочности кредита.

Ту пресуду Апелационог суда у Новом Саду прате три одлуке Врховног касационог суда (у даљем тексту ВКС) у предметима Рев. 321/2016 од 25. јануара 2017. године, Прев. 60/2016 од 27. априла 2017. године и Рев. 2278/2017 од 22. фебруара 2018. године који су сви везани за кредите индексираних швајцарским францима.

У четвртак, 21. марта 2019. године, започиње протест корисника кредита индексираних у швајцарским францима испред зграде ВКС. То исто вече, челници опозиције упућују се до зграде Врховног касационог суда како би, „подржали грађане задужене у швајцарским францима који штрајкују испред те институције“.<sup>3</sup>

---

3 <https://vesti-online.com/Vesti/Drustvo/731191/Protest-u-Beogradu-Dnevnik-ispred-RTS-a-i-podrska-strajkacima-ispred-VKS-FOTO-VIDEO>, последњи приступ 10. 4.2019.

Већ у уторак, 26. марта, у јутарњим часовима, председник државе појављује се пред зградом ВКС, апелује на кориснике кредита да прекину штрајк и најављује да ће „држава решити проблем до следећег петка“.<sup>4</sup>

Истог дана, судија Драгомир Милојевић, вршилац дужности председника ВКС, најављује да ће 2. априла те исте године ВКС „заузети став у вези са споровима грађана и банака поводом задуживања у швајцарским францима“, нагласивши “да ће тог дана Грађанско одељење ВКС на седници донети став који ће бити упутство и путоказ нижестепеним судовима шта треба утврђивати и како поступати у предметима око задуживања у швајцарским францима”.<sup>5</sup>

Правно схватање „Пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија“ усвојено је на седници Грађанског одељења ВКС, одржаној 2. априла 2019. године, и одмах потом је обнародовано.<sup>6</sup>

Циљ рада је правноекономска анализа тог правног схватања ВКС. Сваки од одељака који следе посвећен је по једном од ставова наведеног правног схватања. Прати се редослед ставова онако како су изнети у Правном схватању. Будући да последња два става Правног схватања нису подобна за правноекономску анализу, изостављено је њихово разматрање. Следи анализа могућих економских последица оваквог правног схватања, заснована, између осталог, и на политекономском контексту доношења овог правног схватања, коју прати закључак рада.

## II Допуштеност валутне клаузуле

Први став Правног схватања гласи: „Валутна клаузула се може правно ваљано уговорити у циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра“.

Тај став ВКС није утемељен у закону. Валутна клаузула се, без икаквих ограничења, може правно ваљано уговорити на основу три закона:

---

4 [https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=03&dd=28&nav\\_category=11&nav\\_id=1523259](https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=03&dd=28&nav_category=11&nav_id=1523259), последњи приступ 11. 4.2019.

5 [https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=03&dd=28&nav\\_category=11&nav\\_id=1523416](https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=03&dd=28&nav_category=11&nav_id=1523416), последњи приступ 11. 4.2019

6 <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/pravno-shvatanje-%E2%80%99Epunova%C5%BEnost-valutne-klauzule-kod-ugovora-o-kreditu-u-%C5%A1vajcarskim-francima-i>, последњи приступ 11. 4.2019.



ЗОО (члан 395),<sup>7</sup> ЗДП (члан 2 тачка 24 којим се дефинише валутна клаузула и члан 34, став којим се она изричито допушта),<sup>8</sup> као и ЗЗКФУ (члан 19 став 5), који предвиђа садржај уговора о кредиту „индексираних у страниј валути”. Нити један од тих закона не наводи сврху валутне клаузуле, нити даје било какву основу за ограничавање њеног циља, односно сврхе. Сви ови закони предвиђају валутну клаузулу, безусловно је допуштају, а члан 2 ЗДП јасно је дефинише и прецизно одређује све њене елементе, како би се она спроводила без правних дилема.

Но, такав погрешан став ВКС не изненађује. Постојали су и раније у домаћој стручној расправи и судској пракси покушаји да се примена валутне клаузуле услови њеним циљем или на неки други начин. Отуда је, на пример, судија Драгиша Слијепчевић у другој половини 2016. године устврдио да је „примена валутне клаузуле правно допуштена само у случају када је стварно обезвређена тржишна – реална вредност динарског износа кредита у односу на примљена средства”.<sup>9</sup> У литератури је већ примећено да се оваквим ставом крше члан 2 и члан 34 ЗДП јер динарски износ кредита у случају валутне клаузуле не постоји, будући да динар није валута обавезе, већ је то она валута коју су, закључивањем уговора о кредиту индексираним страном валутом, слободном вољом изабрале уговорне стране.<sup>10</sup>

Такође, Привредни апелациони суд (у даљем тексту ПАС) у поступку по жалби из 2016. године, у предмету 6 Пж 3826/2015, својом одлуком упутио је нижестепени суд да испита „допуштеност уговарања валутне клаузуле”.<sup>11</sup> Уз то му је дао смернице да „[...] јасно образложи у погледу

7 „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе”.

8 „Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици, с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)”, члан 2 тачка 24 Закона о девизном пословању Републике Србије (ЗДП), *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014; „Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима”, члан 34 став 8 ЗДП.

9 Драгиша Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту”, *Привредни саветник*, 16/2016, стр. 64.

10 Видети: Борис Беговић, Никола Илић, „Корак напред, четири корака назад: Врховни касациони суд још једном о валутној клаузули”, *Право и привреда*, бр. 10–12/2017, 2017 стр. 11. За шири преглед радова којима је тема била валутна клаузула у швајцарским францима видети: Милош Д. Жиковић, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији”, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

11 Видети: Борис Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули”, *Правни живот* 11/2017, стр. 409.

битне чињенице, да ли је у години у којој је тужиоцу кредит одобрен тужена банка реално (у фактицитету), а не само књиговодствено, располагала девизним средствима (CHF) потребним за пласирање конкретног кредита, као и да ли су таква девизна средства била прибављена и довољна за укупно одобрење кредита (и са истом клаузулом) у истом (релевантном) периоду“. Том судском одлуком се, без икакве законске основе, допуштено уговарања валутне клаузуле условљава валутном структуром извора које банка користи за пласмане у швајцарским францима.

До преокрета, испоставља се привременог, на плану разматрања допуштености валутне клаузуле долази одлуком ВКС у предмету Прев. 60/2016, у којој се цитира члан 2 ЗДП и, уз позивање на њега, констатује да су нижестепени судови правилно оценили да нису ништаве одредбе уговора које се односе на уговарање валутне клаузуле. Ипак, буну то што је у истој одлуци ВКС установио да је „изостала [у пресудама нижестепених суда] оцена навода тужиоца да је раст курса довео до дуплирања његове кредитне обавезе...“. Буну због тога што члан 2 ЗДП, на који се ВКС у овој својој одлуци позва, јасно ставља до знања да је валута обавезе страна валута, а да је динар само валута исплате, па је јасно да раст курса швајцарског франка у односу на динар никако није могао да доведе до дуплирања дужникове кредитне обавезе, будући да је кредитна обавеза уговором о кредиту, а у складу за ЗДП, утврђена у швајцарским францима, које су уговорне стране слободно изабрале за валуту обавезе.<sup>12</sup>

Конечно, приликом одбацивања Захтева за решавање спорног правног питања Привредног суда у Нишу, предмет 3 П 474/18, ВКС на седници Грађанског одељења одржаној 11.12.2018. године, одлуком Спп 12/19, устврдио је да је „Врховни касациони суд кроз бројне одлуке исказао неспоран став о дозвољености уговарања валутне клаузуле“. Проблем је, међутим, што та тврдња, једноставно, није тачна, будући да анализа одлука ВКС у овом погледу показују знатна колебања.

Грађанско одељење ВКС убрзо се, мало више од три месеца касније, одрекло само себе, будући да је управо то одељење на својој општој седници усвојило Правно схватање у коме се тврди нешто потпуно супротно, а то је да је валутна клаузула допуштена само под одређеним условима, дефинисаним другим делом првог става Правног мишљења, у коме се тврди да је валутна клаузула допуштена једино у „циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексира-

---

12 Исту грешку ВКС чини и у одлуци у предмету Рев. 321/2016.

њем курса евра“. Дакле, ВКС допуштеност валутне клаузуле сада тражи у примени начела једнакости давања (члан 15 ЗОО). Проблеми са оваквим начином оспоравања валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним швајцарским францима су вишеструки.

Прво, при разматрању начела једнакости давања потребно је успоставити јединицу мере – у којој мери се исказују та међусобна давања? У уговорима о кредиту то је валута обавезе – обавезе повериоца да дужнику на почетку уговора уступи главницу, а дужника да ту главницу уредно врати. Према члану 2 ЗДП, валута обавезе у случају примене валутне клаузуле јесте страна валута, а уговорне стране ту валуту слободно бирају и о њој се, закључивањем уговора, саглашавају. Сходно свему наведеном, та валута је у случају кредита индексираних у швајцарским францима управо – швајцарски франак. Дакле, једино релевантно питање јесте да ли је дошло до нарушавања једнакости давања у валути обавезе једне и друге стране – у швајцарским францима, као изабраној валути обавезе. Ако је одговор негативан, ако то, бар засад, нико не спори, расправа о једнакости давања је завршена. Динарски износи, једноставно, нису релевантни за ово разматрање, будући да је, у складу са чланом 2 ЗДП, динар валута исплате, а не валута обавезе – није валута у којој се исказује главница кредита.

Други проблем става 1 Правног схватања произлази из тога што ВКС једнакост давања посматра у тржишној вредности динарског износа „пласираних и враћених кредитних средстава“.<sup>13</sup> Тиме ВКС не поштује члан 2 ЗДП који јасно ставља до знања да је у случају примене валутне клаузуле валута обавезе изабрана страна валута, а не динар. Према томе, ВКС греши када говори о „вредности динарских израза пласираних и враћених кредитних средстава“. Занимљива је противречност између наслова овог правног схватања ВКС „Пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима...“ и става 1 тог документа, који разматра уговор о кредиту у динарима, будући да разматра „тржишне вредности динарских износа“. Или су ово уговори „у швајцарским францима“, како каже наслов, па се онда једнакост давања разматра у тој валути, или су ово уговори у динарима, што произлази из разматрања изнетих у ставу 1, па се онда једнакост давања самерава управо у динарима, али онда треба променити наслов овог правног схватања.<sup>14</sup> Једноставно, инкомпатибилно је раз-

13 Под овом формулацијом ВКС вероватно подразумева корисника позајмљене и отплаћене главнице кредита.

14 Такође је занимљиво да ВКС употребљава термин „уговор о кредиту у швајцарским францима“, уместо уобичајеног „уговор о кредиту индексирани у швајцарским францима“, који

матрати уговоре о кредиту у швајцарским францима, а једнакост давања самаравати у динарима. Да ли је дискрепанција између наслова и првог става само последица алкавости с којом је написано ово правно схватање или је у питању фундаментално неразумевање правног института валутне клаузуле? Једно, нажалост, не искључује друго.

Трећи проблем става 1 Правног схватања лежи у томе што је израз „тржишна вредност динарског износа“, који употребљава ВКС, потпуно бесмислен. Одређени износ валуте једнозначно је одређен без обзира на то да ли се појављује на тржишту или не. Тржиште не утиче на тај износ. Десет милиона динара јесте управо то – десет милиона динара. Насупрот томе, промене неког новчаног износа могу да буду номиналне или реалне. На пример, номинални пораст неке монетарне величине већи је од реалног у условима инфлације, што значи већи од пораста куповне моћи тог монетарног износа. Такође, економској науци позната је и дистинкција између номиналне и реалне промене девизног курса домаће валуте у односу на изабрану страну. Надање, у условима административних забрана трговином валутама или фиксирања девизног курса разликују се званични и тржишни девизни курс. Ништа од тога, међутим, не даје сми-сао бесмисленом исказу „тржишна вредност динарског износа“.

Четврти проблем става 1 овог правног схватања јесте то што се „тржишна вредност“ динарског износа утврђује индексирањем у еврима. Не постоји никаква законска основа за такво индексирање, будући да су уговорне стране слободно закључиле уговор са валутном клаузулом у швајцарским францима, па је овакво правно схватање подривање слободе уговарања и представља правно насиље над слободном вољом уговорних страна. ВКС *ex post* намеће евро као меру вредности главнице, без тражења било какве сагласности уговорних страна које су се слободно определиле за швајцарски франак, и то потврдиле закључењем уговора са валутном клаузулом у швајцарским францима. После оваквог правног насиља, следећи корак ВКС би могао да буде, на пример, универзална индексација свих кредита америчким доларом. Да ли би такво обавезујуће правно схватање правно било смислено? Не мање од овог које се управо разматра.<sup>15</sup>

---

познаје и Закон о заштити корисника финансијских услуга (ЗЗКФУ), *Сл. гласник РС*, бр.36/2011 и 139/2014. Наравно, ова два термина имају исто значење. Као концесија ВКС, у овом тексту се надаље употребљава формулација коју је он прихватио.

15 Додатни проблем чини то што се став 1 овог правног схватања не ограничава на кредите, већ се односи на институт валутне клаузуле. То значи да се овим отвара питање правне ваљаности сваке валутне клаузуле која није у еврима, без обзира на то о каквом је уговору,

Независно од тога, остаје нејасно зашто је ВКС изабрао и наметнуо евро као валуту индексације. Може се само наслутити позадина ове погрешне одлуке. Њен извор можда лежи у две распрострањене грешке. Прва је та што се стално ниподаштава дефиниција валутне клаузуле из члана 2 ЗДП, на основу које је јасно да су обавезе уговорних страна исказане у страној валути – у случају кредита у швајцарским францима, управо у швајцарским францима, а не у динарима. Због ове грешке стално се погрешно говори о динарским износима обавеза и стално се непотребно брине о томе како да се ти износи валоризују или заштите. Друга грешка је међу правницима веома распрострањена заблуда да је сврха валутне клаузуле заштита динарске главнице од ризика куповне моћи, а не заштита повериоца од валутног ризика.<sup>16</sup> Па када се те две грешке у закључивању преклопе, онда је сасвим могуће да је ВКС евро изабрао као механизам заштите наводне динарске главнице кредита у швајцарским францима од инфлације. Проблем, наравно, лежи не само у свим почињеним грешкама у закључивању, него у томе што курс евра у односу на динар не прати неминовно домаћу инфлацију, мерену индексом потрошачких цена.<sup>17</sup>

Укратко, став 1 Правног схватања ВКС не поштује закон, не обазире се на основне налазе економске науке, као ни на начела доброг банкарског пословања и слободе уговарања, тако да никако не представља допринос ширењу законитости и здравог економског разума.

### III Ништавост одредбе о индексирању

Став 2 Правног схватања гласи: „Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса СНФ која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска

---

односно финансијском инструменту реч. На пример, на основу овог правног става следи да валутна клаузула у фјучерсима која није у еврима није правно ваљано уговорена.

16 Више о пореклу те заблуде видети у: Борис Беговић и Никола Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали Правног факултета у Београду*, Vol. LXV, 2/2017, 26–42.

17 Од увођења евра у оптицај, дакле од почетка 2002. године, закључно са крајем 2018. године, јачање евра у односу на динар није било онолико снажно колики је било обезвређивање динара услед инфлације: курс евра у односу на динар је порастао за 95%, док је куповна моћ динара ослабила за 239%. Стога би, чак и да се индексација еврима употребљава за заштиту реалне вредности динарске главнице, њене куповне моћи, та заштита била недовољна. Овакав исход није неочекиван, будући да се за заштиту динарске вредности главнице користи њено индексирање растом потрошачких цена у земљи. Извор података: <https://www.nbs.rs/internet/latinica/80/index.html>, последњи приступ 11. 4.2019.

средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“.

У овом ставу свог правног схватања ВКС понавља грешку из првог става, када, супротно члану 2 ЗДП, указује на то да је реч о динарском дугу и његовом индексирању у швајцарским францима. Независно од тога, у овом ставу износе се, без било какве законске основе, кумулативни услови потребни да кључна одредба уговора, валутна клаузула у швајцарским францима, буде правно дозвољена, то јесте да не буде ништава. Први се односи на валуту извора средстава које банка пласира као главницу кредита, а други на обавештавање корисника кредита пре закључења уговора. Дакле, ни један ни други потребан услов за признавање ваљаности валутне клаузуле у швајцарским францима немају никакву везу са начелом једнакости давања, које се у ставу 1 Правног схватања помиње као основа за правну ваљаност валутне клаузуле. Заиста, какве везе са једнакошћу давања имају валутна структура извора банке или начин на који је банка комуницирала са дужником пре закључивања уговора? Штавише, из овог става се у потпуности губи евро као нова, наметнута валута индексирације главнице. Дакле, не постоји никаква веза става 1 и става 2 овог правног схватања.

Но, свакако треба, из правноекономског угла, размотрити та два кумулативна услова за допуштеност валутне клаузуле. Први је услов успостављање пуне валутне усклађености извора и пласмана банке. У литератури је већ указано на то да односи једне уговорне стране са трећим лицима (начин на који је банка прибавила средства која је пласирала дужнику) немају никакве везе са једнакошћу давања две уговорне стране, па стога не постоји никаква веза између једнакости давања и валутне структуре извора.<sup>18</sup> Тешко је ући у размишљање на основу којег је ВКС формулисао овај услов, иако српско судство има својеврсну традицију што се тиче захтева да постоји потпуна валутна усклађеност извора и пласмана, додуше само у случају швајцарског франка.<sup>19</sup> Можда је то само

---

18 Б. Беговић, *Правни живот*, бр. 11/2017, стр. 409 и даље.

19 Ту традицију ВКС не напушта, будући да у свом правном схватању пуну усклађеност тражи искључиво у случају швајцарски франка, а не тражи у случају других страних валута – захтев за пуним усаглашавањем валутне структуре не односи се на остале валуте. Можда је ова традиција последица некритичког прихватања тврдњи удружења корисника кредита и адвоката који заступају те кориснике у споровима са банкама да се „банке нису задуживале у швајцарцима“. У сваком случају, опседнутост ВКС и генерално српског правосуђа потребом

погрешно разумевање питања валутног ризика и погрешно читање економских радова у којима се валутна клаузула објашњава као механизам којим се банка, потпуно у складу са законом, може штити од валутног ризика. Дакле, кључна ствар је да банка има право да, применом валутне клаузуле, усклађује валутну структуру својих пласмана и извора, али нема законску обавезу да то ради, а на то је управо својим правним схватањем обавезује ВКС, додуше искључиво у случају швајцарског франка.

Другим речима, не постоји правна основа да се од банака тражи да у потпуности ускладе валутну структуру својих пласмана са изворима. Нема закона, нити било ког другог прописа који тражи тако нешто. Нити начела доброг банкарског пословања, изведена из налаза економске науке, захтевају тако нешто.<sup>20</sup> Сходно томе, банка може да, у складу са својом пословном политиком, има неусклађену валутну структуру, која се исказује постојањем нето отворене девизне позиције, која је индикатор валутног ризика којим је банка изложена, па сама банка има подстицај да затвара ту позицију, како би минимизирала валутни ризик којим је изложена, будући да његово активирање има негативне последице на пословне резултате, што значи неповољне последице по стабилности финансијског система. Због тога, на основу релевантних подзаконских општих аката, Народна банка Србије (у даљем тексту НБС) надгледа нето отворену девизну позицију и тражи њено релативно, у односу на капитал банке, а не апсолутно усклађивање.<sup>21</sup>

---

да се успостави пуна валутна усклађеност између пласмана и извора у швајцарским францима може се видети из неколико судских одлука. За српско правосудје недопуштена је свака, ма колико била мала, отворена девизна позиција у швајцарским францима, и то само кратка – дуга отворена валутна позиција их не интересује.

20 Више о начинима на које се банка штити од валутног ризика видети у: Barbara Casu, Claudia Girardone, Philip Molyneux, *Introduction to Banking*, 2nd Edition, Pearson, London & New York, 2015, Ђорђе Ђукић, *Управљање ризицима и капиталом у банкама*, четврто допуњено издање, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.

21 Банка нема никакву правну обавезу да усклађује валутну структуру извора и пласмана на нивоу појединачног пласмана. Међутим, постоји обавеза таквог усклађивања на нивоу целокупног портфеља пласмана банке, и то на основу две одлуке НБС: Одлуке о управљању ризицима банке, *Сл. гласник РС* 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013, 33/2015 и 61/2015, и Одлуке о адекватности капитала банке, *Сл. гласник РС* 46/2011, 6/2013, 51/2014 и 85/2016. При томе, не тражи се апсолутно усклађивање већ је само прописана граница која не сме да се пређе – нето отворена девизна позиција не сме ни у једном тренутку да буде изнад 20% вредности капитала банке, што се у условима нивоа адекватности капитала какав сада постоји у Србији своди на 5% укупног пласмана. Уколико нето отворена валутна позиција пређе тај праг, НБС од банке захтева валутно реструктурирање пласмана и извора, што се своди на купопродају девиза, како би се нето отворена девизна

Овим постаје јасно да ВКС својим правним схватањем ниподаштава позитивне прописе којим надлежна установа контролише ризике у банкарском систему, чиме обезбеђује стабилност финансијског система земље. Тврдња да онај који задовољава захтев ВКС задовољава и позитивне прописе, применом начела „ко може више, може и мање“, једноставно не стоји, будући да се таквим приступом нарушава дух прописа НБС о контроли нето отворене валутне позиције, односно валутног ризика. Реч је о томе да се тражи релативна, а не апсолутна валутна усклађеност извора и пласмана, како би се добила флексибилност потребна за нормално банкарско пословање. Захтев за апсолутном валутном усклађеношћу би био својеврсна „лудачка кошуља“ – знатно би отежао, ако не и онемогућио банкарско пословање у оним деловима у којима је оно везано за страну валуту.

Надаље, захтев који је у свом правном схватању изнео ВКС, иза којег стоји жеља да се ништавост валутне клаузуле повеже са непотпуном валутном усклађеношћу пласмана у швајцарским францима са њиховим извором, једноставно не обезбеђује добру информацију о тој усклађености. Наиме, „поуздани писани доказ“ о прибављању средстава у одређеној валути не значи да су сва та средства у тој валути била на страни пасиве биланса стања банке у тренутку када је део тих средстава пласиран као кредит у тој валути. Поуздани писани доказ представља само информацију о приливима банке у одређеној валути, али не пружа никакву информацију о одливима (банка мора да испуњава своје уговорне обавезе према повериоцима), нити о пословним потезима банке на девизним тржишту, тј. мењању валутне структуре пасиве свог биланса стања. Коначно, за валутну структуру пласмана, онако како је замишља ВКС, битна је информација само о „слободним“ средствима на страни пасиве, а не о укупним, укључујући она која су већ пласирана. На основу „поузданог писаног доказа“ ништа се не може сазнати о овим, за валутну структуру извора веома битним стварима.<sup>22</sup>

---

позиција ускладила са траженом. Подаци које објављује НБС указују на то да су нето отворене девизне позиције банкарског сектора у Србији далеко испод максимално дозвољених. Максимална нето отворена девизна позиција забележена је крајем 2008. године и износила је 7,4% капитала банака, што се своди на око 1,5% укупних пласмана. Видети: <http://www.nbs.rs/internet/latinica/18/18index.htm>, последњи приступ 11. 4.2019.

- 22 Основни методолошки проблем лежи у томе што извори банке у одређеној валути представљају фонд (који се исказује у једном тренутку), „поуздани писани избор“ о прибављању средстава у одређеној валути даје информацију о токовима, и то само информацију о само једном току, без икаквог упутства суда на који се период тај ток односи.



Штавише, ВКС не само да не даје никакву смислену смерницу о томе како испитати ту валутну усклађеност извора и пласмана него не даје ни информацију о томе како поступити када се она испита и када се дође до неког закључка о томе. Другим речима, остаје нејасно шта је правна последица евентуалне валутне (не)усклађености извора и пласмана. На пример, да ли то значи да уколико се испостави да не постоји пуна валутна усклађеност да су ништаве одредбе у валутној клаузули у свим уговорима о кредиту у швајцарским францима или само у неким. На пример, уколико укупни пласмани банке путем уговора о кредиту износе 15 милиона швајцарских франака, а банка поднесе „писмене доказе да је прибавила“ само 14 милиона франака, да ли то значи да је недозвољена валутна клаузула у свим уговорима о кредиту у швајцарским францима (15 милиона) или само онима за које недостају извори (један милион)? Уколико је одговор ово друго, како онда између свих уговора о кредиту у швајцарским францима пробрати оне чије је валутна клаузула ништава, сходно ставу 2 Правног схватања ВКС?

Срећом, ВКС се, додавањем другог кумулативног услова, побригнуо да банке никако не могу да испуне услове потребне за то да валутна клаузула не буде ништава. Мала је вероватноћа да у било ком случају, у било ком уговор о кредиту у швајцарским францима буде испуњен услов „да је [банка] пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“. Но, тај услов треба поближе анализирати и размотрити у којој мери је он заснован на закону. Занимљиво је да тај услов садржи два тачке. Једна је „потпуна писана информација о свим пословним ризицима“, а друга је информација о „економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“. Обе тачке су, наравно, кумулативни услови.

Што се прве тачке тиче, тешко је пронаћи законску основу за такав захтев ВКС, будући да у тренутку закључења уговора о кредиту у швајцарским францима таква основа није постојала. Она је створена тек ступањем на снагу ЗЗКФУ 2011. године, који у члану 17 став 2 наводи да су при давању понуде „Банка и давалац лизинга су дужни да кориснику у писменој форми укажу на ризике које преузима кад се услуга пружа у динарској противвредности стране валуте, односно у страниој валути“. Оваквим својим условом, ВКС ретроактивно примењује члан 17 ЗЗКФУ, при чему као последицу његовог кршења предвиђа проглашавање валутне клаузуле у уговору о кредиту ништавом, док сам ЗЗКФУ предвиђа искључиво новчане казне у случају његовог кршења.

Занимљива је друга тачка коју наводи ВКС да су банке биле у обавези да информацију о „економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“, нарочито чињеница да је ВКС употребио футур, а не кондиционал – дакле, није написано „које би могле настати“. Наравно, тривијално је указивати на то да је будућност неизвесна, па да стога нико не може *ex ante* знати шта ће се догодити. Важније је упозорити на тезу која је распрострањена у српском правосуђу, вероватно под утицајем удружења корисника кредита и њихове тврдње да су „банке знале да ће курс швајцарског франка порасти“. Отуда, на пример, одлука ВКС у предмету Прев. 60/2016 садржи упутство нижестепеном суду да испита „да ли је друга уговорна страна – банка могла предвидети раст курса швајцарског франка“.<sup>23</sup> Будући да банке, наравно, нису могле *ex ante* да знају шта будућност доноси, онда је потпуно јасно да нису могле да упозоре на „економско-финансијске последице које ће настати“. Да ли је употреба футура тамо где му није место последица алковости писања овог правног схватања или лоше намере оних који су га писали? Једно не искључује друго.

Две напомене на крају правноекономског разматрања става 2 Правног схватања. Прво, стиче се утисак да је овај став писан како би се поставили услови за које је веома вероватно да банке, односно уговори о кредиту у швајцарским францима неће моћи да испуне. Због тога је, за сваки случај, првом, економски бесмисленом захтеву, придодат и други, у нади да овај други никако неће моћи да буде испуњен. Овакав поступак подсећа на метод којим је писан аустроугарски ултиматум Србији јула 1914. године – у очекивањима и нади да неће бити прихваћен.

Друга напомена јесте да се став 2 Правног схватања, односно услови који се у њему износе, односи искључиво на кредите у швајцарским францима. Дакле, наведени услови у погледу усклађености валутне структуре и обавештавања корисника кредита пре закључења уговора важе само за ове кредите, а не за остале, на пример кредите у еврима. С једне стране посматрано, овакво решење је било изнуђено, будући да би у супротном за ништаву била проглашена валутна клаузула у свим другим уговорима о кредиту, на пример уговорима у еврима, а то би довело до подривања домаћег финансијског система. С друге стране посматрано,

---

23 Видети: Б. Беговић, Н. Илић, „Корак напред, четири корака назад: Врховни касациони суд још једном о валутној клаузули“, Право и привреда, бр. 10–12/2017, стр. 14. Ова напомена ВКС изречена је у контексту утврђивања да ли је страна која захтева раскид уговора била дужна да узме у обзир дате околности, у складу са чланом 133, став 2 ЗОО. Будући да банка не покреће захтев за раскид уговора, ирелевантно је да ли је она могла да предвиди те околности или не.

гротескно је да се оштри услови постављају за опстанак валутне клаузуле у уговорима са једном, а не у уговорима са свим осталим валутама.

#### IV Конверзија уговора о кредиту

Став 3 тачка 1 гласи: „Уговор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса CHF“.

Став 3 тачка 2 гласи: „У том случају, уговор ће се извршити конверзијом уз очување једнакости узајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курса евра на дан закључења уговора, и исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом курса евра“.

Кад се систематизује садржај ове тачке Правног схватања и тиме претвори у смислени текст,<sup>24</sup> да се закључити да је реч о томе да се:

а) главница уговора о кредиту у швајцарским францима *ex post* конвертује у главницу у еврима, по курсу швајцарског франка у односу на евро на дан закључења уговора;

б) на тако установљену главницу примењује каматна стопа за кредите у еврима исте рочности која је важила у тренутку закључивања уговора, тј. она каматна стопа по којој су камату плаћали они корисници кредита који су тог дана у тој банци закључили уговор о кредиту у еврима исте рочности.

Очигледно је да је ВКС водио рачуна о томе да једнако третира кориснике кредита у швајцарским францима и кориснике кредита у еврима, оне које су слободном вољом изабрали валутну клаузулу у еврима, знајући да правно не би био одржив њихов неједнак третман. Такође је водио рачуна о томе да се при конверзији примењују оне каматне стопе, независно од тога што их погрешно назива каматом, које су биле понуђене у тренутку закључивања уговора о кредиту, а не касније вредности каматних стопа, како за кредите у швајцарским францима, тако и у еврима.

---

24 ВКС, очигледно, не прави разлику између камате, као одлива дужника, односно прилива повериоца, која је апсолутна величина и именовани је број (у динарима, швајцарским францима, еврима итд.) и каматне стопе, као цене позајмљене главнице, која је релативна величина, најчешће исказана у процентима, па је стога неименовани број.

Примена наведених начела за конверзију уговора о кредиту у швајцарским францима у уговор о кредиту у еврима на тај начин неминовно значи да ће морати да се сачини нови план отплате (амортизациони план) са истоветним месечним ратама које, за исти износ главнице исказане у еврима, представљају обавезу корисника кредита који су у том истом тренутку изабрали кредиту у еврима.

Следећи корак у конверзији јесте кориговање таквог плана отплате износом одлива средстава дужника кредита у швајцарским францима који је испуњавао своје уговорне обавезе одређене у швајцарским францима, који је једнак приливу средстава банака на том основу. Наравно, те динарске одливе, односно приливе којима је отплаћивана главница и плаћана камата треба конвертовати у евро по оном курсу који је важио на дан реализације тих прилива, на дан извршења обавезе, па онда њихову вредност у еврима треба одузети од износа месечне рате кредита у еврима. Ово треба учинити све до дана конверзије кредита, како би се установило да ли је и у којој мери корисник кредита у швајцарским францима који се конвертује у кредит у еврима испунио оне уговорне обавезе које би имао да је његов кредит од почетка био у еврима.

Када се на тај начин установи салдо прилива и одлива исказаних у еврима, тај салдо се онда прикључује неотплаћеној главници у еврима и на основу тога се формулише нови план отплате конвертованог кредита. Начелно посматрано, тај салдо може бити позитиван или негативан, што значи да вредност обавезе (неотплаћене главнице) корисника конвертованог кредита може и да се увећа и да се умањи. Стога одговор на питање шта ће бити исход примене упутства из става 3 тачка 2 Правног схватања ВКС треба потражити у анализи конкретних случајева.

За такву анализу може послужити пример кредита који је изнело удружење „Ефектива“ средином јануара 2015. године. Реч је о кредиту у швајцарским францима који је закључен 1. јула 2008. године, чија је главница 70.000 швајцарских франака, рочност 25 година (300 месеци), а каматна стопа 5,38%, док је каматна стопа на кредит исте рочности у еврима била 9,42%. Месечна рата кредита у швајцарским францима, истоветна током целе рочности кредита, којом дужник враћа главницу и плаћа камату износи 425 швајцарских франака. Исплатом последње рате почетком јула месеца 2033. године, дужник у потпуности испуњава своје уговорен обавезе.

Конверзија главнице тог кредита у евре по курсу на дан закључивања уговора доводи до износа главнице од 43.519 евра. Дакле, ово је вредност обавезе за банку, а уз припадајућу камату и вредност обавезе кори-

сника кредита. Банка је пуштањем кредита у течај већ испунила своју обавезу у овом износу. Корисник кредита своје обавезе испуњава у складу са одговарајућим планом отплате у месечним ратама које износе 378 евра.

Следећи корак је поређење месечне обавезе дужника у еврима са његовим стварним одливима, односно са приливима повериоца до момента конверзије. Због тога те одливе номиниране у швајцарским францима, а исплаћене у динарима, треба претворити у евре по курсу који је важио на дан отплате, па тако добијене износе одбити од месечне рате кредита у еврима. Ово треба учинити за све рате које су досад плаћене, што значи за све одливе до тренутка конверзије кредита у швајцарским францима у кредит у еврима. Сабирањем тих разлика, које могу бити позитивне или негативне, у зависности од курса швајцарског франка у односу на евро, добија се износ који треба придружити новој главници, главници кредита у еврима и на основу те главнице, дате рочности и каматне стопе треба направити нови план отплате, сада конвертованог кредита.

Уколико се за дан конверзије кредита у швајцарским францима у кредит у еврима одреди 1. мај 2019. године, онда је салдо корисника кредита у швајцарским францима са наведеним параметрима негативан, и то за 3.678 евра, односно 8,45% главнице.<sup>25</sup> За толико су мањи били одливи корисника кредита у швајцарским францима у односу на одливе корисника истоветног кредита у еврима закљученог истог дана.<sup>26</sup> Стога, управо за тај износ, 3.678 евра треба да се увећа неотплаћена главница кредита у еврима који је настао конверзијом према упутству ВКС о конверзији, па на основу тога треба направити нови план отплате.<sup>27</sup>

---

25 Реч је о номиналном износу салда. Методолошки коректно би било да се уместо номиналног износа користи његова садашња вредност, будући да су сабирци салда настали у прошлости, па стога треба користити негативну дисконтну стопу, што значи да би садашња вредност негативног салда била већа од номиналне. Једноставности ради, у тексту се користи само номинална вредност салда, која је, неминовно, повољнија по дужника од садашње вредности. То је показао и једноставан тест. Уколико се разлика између одлива дисконтује, а за дисконтну стопу се користи просечна каматна стопа на девизне депозите у посматраном периоду од 4%, садашња вредност салда износи 5.439 евра. Више о потреби израчунавања садашње вредности у оваквим ситуацијама видети: Zvi Bodie, Alex Kane, Alan J. Marcus, *Investments*, 7th Edition, McGraw Hill, New York, 2008.

26 Табела са свим одливима на основу овог хипотетичког примера кредита у швајцарским францима и његове конверзије у кредит у еврима налази се у додатку овом раду.

27 Веродостојност добијеног резултата проверена је на два начина. Прво, уместо овог хипотетичког примера, узети су стварни подаци о каматним стопама из једне велике домаће банке у страном власништву за кредит чија је главница била 70.000 швајцарским франка са истом рочношћу. Потом су на основу варирања датума закључења уговора (1. јули 2006, 2008. и

Када се наведени износ придружи неотплаћеној главници исказаној у еврима, па се на основу тога сачини нови план отплате са истом рочношћу, добија се да месечна рата у овом случају износи 421 евро, што је више од износа месечне рате кредита у швајцарским францима исказаног у еврима по курсу с почетка априла 2019. године. Штавише, све док је курс такав да се за швајцарски франак добија мање од 0,9905 евра, нова месечна рата конвертованог кредита у еврима биће виша од месечне рате изворног кредита у швајцарским францима који је конвертован.<sup>28</sup> Дакле, све док не буде испуњен тај услов, конверзија коју је прописао ВКС довести ће данашње кориснике кредита у швајцарским францима у гори положај него онај у којем су сада.<sup>29</sup>

Међутим, корисници кредита у швајцарским францима неће имати могућност да бирају да ли ће задржати кредит у швајцарским францима или га конвертовати у кредит у еврима. ВКС је *de facto*, постављањем два поменута услова који ће мало вероватно бити испуњени, прогласио ништавом валутну клаузулу у уговорима о кредиту у швајцарским францима, па за опстанак тог уговора он мора, независно од воље дужника, бити конвертован у кредит у еврима.

## У Могуће економске последице Правног схватања

Економске последице размотреног правног схватања треба посматрати у две равни. Једну раван чине последице по садашње уговорне

---

2010. године) добијени износи који би примерном Правног схватања ВКС требало да се придодају главници: 9.567, 5.766 и 13.715 евра. Показало се, дакле, да је резултат добијен коришћењем поменутог хипотетичког примера тачан у том погледу да ће дужникова главница да се увећа за одређени износ, али је тај износ био потцењен. Та потцењеност је последица тога што је у стварности била већа разлика између каматних стопа на кредите у швајцарским францима и еврима: уместо 5,38% и 9,42%, што је изнето у хипотетичком примеру, у стварности су те стопе у случају наведене банке, биле 4,45% и 8,94%. Дакле, разлика је између каматних стопа била 449 базичних поена, а не 404.

28 У посматраном периоду, почев од 2005. године када су први пут понуђени кредити у швајцарским францима, закључно са априлом 2019. године, никада се није догодило да буде испуњен тај услов. Највиши курс швајцарског франка у односу на евро у том периоду био је 0,958 евра за швајцарски франак.

29 Вероватно да је извршна власт дошла до истог закључка, будући да је непосредно после објављивања Правног схватања започела рад на формулисању *lex specialis*, којим ће, по свему судећи, заиста да се умање обавезе корисника кредита у швајцарским францима. У тренутку предаје овог рада у штампу, средином априла 2019. године, закон још увек није био усвојен, али је јасно да ће на основу овог закона да се у одређеном износу умањи неотплаћени део главнице кредита у швајцарским францима.

стране: банке, с једне стране, и кориснике кредита, с друге. Укратко, краткорочне последице. Другу раван чине сви привредни субјекти, сва правна и физичка лица у земљи и сви они који разматрају могућност да послују у нашој земљи, будући да ово правно схватање шаље веродостојне сигнале, па тиме и подстицаје за њихово будуће понашање, то јест за одређена чињења или нечињења. Укратко, дугорочне последице.

Прва краткорочна економска последица овог правног схватања изложена је у претходном одељку овог рада: увећаће се оптерећење корисника кредита у швајцарским францима.

Друга краткорочна последица везана је за то што је овим правним схватањем питање раскида и измене уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима скинуто са дневног реда, али то не значи да је тиме искључена могућност да се због промењених околности покрену тужбе за судски раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у другим валутама.

А у погледу раскида уговора због промењених околности, ВКС иза себе оставља невеселу ситуацију. Основни проблем лежи у томе што ВКС инсистира на термину „енормна промена курса“, па онда такву промену курса користи као образложење због чега није испуњен став 2 члана 133 ЗОО који наводи да се не може захтевати раскид уговора „ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности“. Међутим, ВКС није дефинисао шта је то „енормна промена курса“, још мање на основу којих критеријума се у сваком конкретном случају одређује да ли је нека промена курса енормна, односно да ли је могла да се „узме у обзир“ у смислу става 2 члана 133 ЗОО. За уједначену судску праксу потребан је стандард који се може применити на сваки потенцијални спор чији је предмет судски раскид уговора услед промењених околности.<sup>30</sup> Управо је питање које је у већ поменутом захтеву за решавање спорног правног питања поставио Привредни суд у Нишу напоменувши да „претходно треба дефинисати – колики је то раст вредности стране валуте у односу на домаћу валуту и у ком временском периоду – потребно да буде остварен, да би представљао промењену околности у смислу члана 133 ЗОО“. Одбивши овај разборити захтев, ВКС је одговорио да „у зависности од начина на који је опредељен тужбени захтев, разматра се могућност судског раскида због промењених

---

30 Такав стандард је понуђен у литератури ставом да оно што се догодило у прошлости, и то у временском хоризонту рочности дужничко-поверилачког односа, може да се очекује у будућности. Видети: Беговић 2016.

околности, као и могућност измене уговора ради његовог остваривања на суду, а што све зависи од околности и утврђеног чињеничног стања у сваком конкретном случају“. Укратко, ВКС отворено признаје да нема никакве смернице и никакав стандард на основу којих би се на уједначен начин долазило до судске одлуке да ли је раст курса неке валуте „енорман“ и да ли се стога стичу услови за примену члана 133 ЗОО. Веома речито признање ВКС, који има законску обавезу да „обезбеђује јединствену судску примену права“, <sup>31</sup> да не ради свој посао.

Што се дугорочних последица овог правног схватања ВКС тиче, веома битна информација за све привредне субјекте јесте да је за утицај на одлуке ВКС делотворна стратегија која се заснива на масовном притиску на правосуђе, деловањем добро организованих интересних група, протестима испред зграде ВКС, као и одговарајућој медијској покривености свих ових догађања, што је и резултовало укључивањем политичких челника у цео поступак и њиховим надметањем на овом терену. Примена такве стратегије доводи до попуштања ВКС под притиском и доношења ургентне одлуке која, макар на први поглед, иде у корист интересних група које су примениле ову стратегију.

Делотворност наведене стратегије може се видети из следећих чињеница. Своју последњу одлуку у погледу предмета које чине кредити у швајцарским францима ВКС је донео 22. фебруара 2018. Напрасно, 28. марта 2019. године судија Драгомир Милојевић, вршилац дужности председника ВКС, најавио је, као што је већ наведено на почетку текста, да ће 2. априла 2019. године ВКС „заузети став у вези са споровима грађана и банака поводом задуживања у швајцарским францима“, нагласивши “да ће тог дана грађанско одељење ВКС на седници донети став који ће бити упутство и путоказ нижестепеним судовима шта треба утврђивати и како поступати у предметима око задуживања у швајцарским францима”. Дакле, истог дана када је председник државе корисницима кредита у швајцарским францима окупљеним испред зграде ВКС обећао да ће “држава до следећег петка понудити решење”. Истог дана је председник државе додао, приликом разговора са новинарима, и то да су “људи који су задужени у ’швајцарцима’ пристојни и разумни”.<sup>32</sup>

Дакле, реакција ВКС је била ургентна, будући да је решење испостављено три дана пре (председничковог) рока. Поставља се питање како

31 Члан 31 Закона о уређењу судова.

32 [https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2019&mm=03&dd=26&nav\\_id=1522431](https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2019&mm=03&dd=26&nav_id=1522431), последњи приступ 11.4.2019.



објаснити овај след догађаја. Једна хипотеза јесте да се ВКС још од последњег оглашавања у погледу кредита у швајцарским францима, дакле пре више од годину дана, марљиво бавио овим питањем, дошао до одговарајућих закључака, па се управо почетком априла спремао да обзнани своје правно схватање, игром случаја само неколико дана после најаве председника државе да ће се наћи решење за кредите у швајцарским францима. Друга, алтернативна хипотеза јесте да је ВКС подлегао политичком притиску и да је брже-боље, снисходљиво схвативши обећање председника државе као радни налог, удворички саставио своје правно схватање у рекордном року, после више од годину дана паузе у бављењу питањем кредита у швајцарским францима. Посредни доказ у прилогу ове друге хипотезе јесте аљкавост с којом је написан овај документ, на коју је указано више пута у самом тексту.

Независно од тога што наведене хипотезе никада неће бити емпиријски верификоване, будући да судије ВКС, као рационални појединци, немају подстицај да искажу истину, велика је вероватноћа да ће огромна већина привредних субјеката прихватити другу хипотезу као веродостојну, што ће знатно оборити репутацију ВКС као независне установе, а то ће имати ефеката на све спорове, не само ове о кредитима у швајцарским францима. Када се кредибилитет неке установе обара, онда се обара за установу у целини, не за неки конкретан случај. Такође, сви привредни субјекти су примили к знању који су то елементи успешне стратегије за наметање сопственог интереса, па треба очекивати да ће се понављати ситуације попут оне која је довела до правног схватања које се разматра у овом раду. Све наведено условљава умањење правне сигурности, и то свих привредних субјеката, не само оних који планирају организовање оваквих акција него и оних који знају да би такве акције биле усмерене против њих.

Све то се појачава све већом дозом популизма на домаћој политичкој сцени. Додуше, раст популизма није ништа специфично за Србију,<sup>33</sup> али се показало да је од кључне важности то да се популистички таласи задрже у политичком животу и да се не приливају на друге сегменте друштвеног живота. Кључна брана те врсте јесте независно судство, оно које не подлеже политичким притисцима. Разматрано правно схватање, његов садржај и, нарочито, начин како се до њега дошло показали су да ВКС не представља такву брану.

---

33 Вид. Barry Eichengreen, *The Populist Temptation: Economic Grievance and Political Reaction in the Modern Era*, Oxford University Press, Oxford 2018.

Што се садржаја самог правног схватања тиче, и он доводи до умањења правне сигурности. Наиме, легитимно је размишљати да је ставом 1 овог правног схватања „спасена“ валутна клаузула у еврима, да је она овим схватањем проглашена правно ваљаном, па је то добра страна свега што се догодило, прецизније речено, да то умањује штету која је настала оваквим правним схватањем. Међутим, овим правним схватањем ВКС је показао да не поштује закон, који експлицитно и безусловно допушта валутну клаузулу, а једна одлука којом се не поштује закон представља само увод и увећава вероватноћу следеће одлуке исте врсте. Као што је ниподаштавањем закона ВКС прогласио валутну клаузулу у швајцарским францима *de jure* условно дозвољеном, а *de facto* недозвољеном, сутра, исто тако ниподаштавајући закон може и валутну клаузулу у еврима да прогласи недозвољеном. Када се први пут прекрши закон, сваки следећи пут је далеко лакше. Стога је преурањен закључак да су кредити у еврима сигурни, нарочито имајући у виду какав политекономски сценарио даје резултате.

Правна сигурност банака у Србији додатно је умањена тиме што је ВКС овим својим правним схватањем поткопао положај НБС као надлежног секторског регулатора, задуженог за доношење подзаконских прописа и њихово спровођење. Пример за то јесте судско ниподаштавање прописа НБС о условној допуштености и контроли нето отворене девизне позиције. Овако поткопавање ставља банке у незавидан положај, будући да испуњавање услова које је поставила НБС више није довољно, а може да буде и контрапродуктивно са становишта захтева које им, мимо закона, поставља правосуђе.

Све наведено знатно погоршава услове пословања банака у Србији, односно увећава регулаторни ризик са којим се банке суочавају. То може да има три врсте последица. Прва је одлазак банака у страном власништву из Србије, које би, у том случају, своје постојеће пласмане продавале домаћим правним лицима. Ту последицу прати одустајање од доласка оних страних банака које у овом тренутку размишљају о доласку у Србију. Друга последица је промена извора финансирања (структуре пасиве) оних банака које остају. Реч је о томе да ће се банке све више ослањати на домаће депозите, а све мање на прекограничне (стране) кредите, позајмљене на међународном тржишту капитала. Данас ти кредити чине око 40% пасиве (извора) банака, исто онолико колико и домаћи депозити.<sup>34</sup> Умањење пре-

---

34 Управо су ове последице утврђене у случају земаља, попут Мађарске, у којима су снажни удари популистичке политике довели до реструктурирања банкарског система. Више о томе видети у: Erik Bergloef, „Financial prey for the populist”, *Project Syndicate*, 2nd April 2019.

кограничних кредита значи да ће се смањити кредитни потенцијал банака, па ће тиме да се умањи њихова кредитна активност. То је нарочито опасно за земље попут Србије, у којима ниска стопа штедње није довољна за финансирање инвестиција које су неопходне за одрживи привредни раст. Трећа последица, раст каматних стопа, делимично је везана за другу, будући да умањење понуде при датој тражњи неминовно доводи до увећања равнотежне цене – каматне стопе. Само делимично, због тога што се може очекивати, у условима увећаног регулаторног ризика, и раст премије на ризик као компоненте каматне стопе.

## VI Закључак

Из изјаве председника државе да су “људи који су задужени у ’швајцарцима’ пристојни и разумни” да се закључити да је цела ова епизода била намењена помоћи корисницима кредита у швајцарским францима, како би се олакшао њихов положај у погледу испуњења обавеза проистеклих из уговора о кредиту који су закључили. Основна идеја је, дакле, да ти пословно способни дужници не треба да испуњавају оне обвезе које су слободно прихватили, бирајући између више доступних опција.

Политичка прокламација председника државе, настала у његовом популистичком надметању са челницима опозиције, о томе да држава треба да уради нешто „до следећег петка“ пала је на плодно тло, будући да је истог дана први човек ВКС обећао да ће тај суд свој део посла урадити још и раније, демонстрирајући сервилност највише инстанце судске власти према извршној и отклањајући било какве илузије о независности судства у Србији које су можда код неког посматрача још увек постојале. Куд’ извршна власт оком, судска скоком!

Исход реализације наведене идеје је такође забрињавајући. ВКС је у свом правном схватању показао не само да не поштује закон него да има амбицију законодавца, да на посредан начин уводи потпуно нова правила, попут обавезе о пуној валутној усклађености извора и пласмана у швајцарским францима. ВКС према закону треба да обезбеди јединствену судску примеру права, а не да ствара право. То је посао законодавне, а не судске власти.

Последице по банкарски и финансијски систем земље вишеструко су негативне, нарочито оне дугорочне које могу довести до повлачења банака из земље и смањења дотока капитала из иностранства, уз пораст равнотежне каматне стопе. За земљу ниске стопе домаће штедње, са

потребама за великим инвестицијама, ове промене могу знатно да поткопају привредни раст.

Најзанимљивије је то да, уз све ове негативне ефекте, а ниједан позитивни, ово правно схватање, конверзијом кредита у швајцарским францима у евре, дужнике тог кредита ставља у тежи положај него онај у којем су били, уз велике изгледе да им до краја рочности тог кредита износ рате буде виши од садашњег. Очигледно да ово правно схватање ВКС представља тријумф идеје над разумом.

### Додатак

#### Поређење новчаних токова кредита у швајцарским францима и конвертованог кредита у еврима

Датум	Месечна рата CHF кредита (одлив)	Месечна рата конвертованог кредита EUR	Курс EUR/CHF	Месечна рата CHF кредита у EUR (одлив)	Разлика у корист корисника CHF кредита
05/08/2008	424,86	377,87	0,6130	260,46	117,41
05/09/2008	424,86	377,87	0,6294	267,41	110,46
05/10/2008	424,86	377,87	0,6437	273,50	104,36
05/11/2008	424,86	377,87	0,6644	282,28	95,59
05/12/2008	424,86	377,87	0,6502	276,24	101,62
05/05/2009	424,86	377,87	0,6640	282,11	95,75
05/02/2009	424,86	377,87	0,6703	284,78	93,09
05/03/2009	424,86	377,87	0,6773	287,75	90,12
05/04/2009	424,86	377,87	0,6559	278,65	99,21
05/05/2009	424,86	377,87	0,6617	281,12	96,74
05/06/2009	424,86	377,87	0,6583	279,68	98,19
05/07/2009	424,86	377,87	0,6580	279,55	98,32
05/08/2009	424,86	377,87	0,6529	277,40	100,47
05/09/2009	424,86	377,87	0,6598	280,31	97,56
05/10/2009	424,86	377,87	0,6622	281,33	96,54
05/11/2009	424,86	377,87	0,6616	281,10	96,76
05/12/2009	424,86	377,87	0,6639	282,05	95,81
05/05/2010	424,86	377,87	0,6731	285,98	91,88

Датум	Месечна рата CHF кредита (одлив)	Месечна рата конвер- това-ног кредита EUR	Курс EUR/CHF	Месечна рата CHF кредита у EUR (одлив)	Разлика у корист корисника CHF кредита
05/02/2010	424,86	377,87	0,6811	289,37	88,49
05/03/2010	424,86	377,87	0,6834	290,36	87,50
05/04/2010	424,86	377,87	0,6981	296,59	81,28
05/05/2010	424,86	377,87	0,6981	296,59	81,28
05/06/2010	424,86	377,87	0,7168	304,54	73,33
05/07/2010	424,86	377,87	0,7505	318,84	59,02
05/08/2010	424,86	377,87	0,7236	307,42	70,44
05/09/2010	424,86	377,87	0,7651	325,06	52,80
05/10/2010	424,86	377,87	0,7492	318,29	59,57
05/11/2010	424,86	377,87	0,7382	313,64	64,22
05/12/2010	424,86	377,87	0,7643	324,72	53,15
05/05/2011	424,86	377,87	0,7926	336,74	41,13
05/02/2011	424,86	377,87	0,7720	327,98	49,89
05/03/2011	424,86	377,87	0,7692	326,81	51,05
05/04/2011	424,86	377,87	0,7639	324,54	53,32
05/05/2011	424,86	377,87	0,7855	333,75	44,12
05/06/2011	424,86	377,87	0,8173	347,25	30,62
05/07/2011	424,86	377,87	0,8188	347,87	29,99
05/08/2011	424,86	377,87	0,9219	391,68	-13,82
05/09/2011	424,86	377,87	0,9000	382,38	-4,51
05/10/2011	424,86	377,87	0,8153	346,40	31,47
05/11/2011	424,86	377,87	0,8185	347,76	30,10
05/12/2011	424,86	377,87	0,8078	343,21	34,66
05/05/2012	424,86	377,87	0,8205	348,62	29,25
05/02/2012	424,86	377,87	0,8287	352,08	25,78
05/03/2012	424,86	377,87	0,8291	352,26	25,61
05/04/2012	424,86	377,87	0,8316	353,31	24,55
05/05/2012	424,86	377,87	0,8324	353,64	24,23
05/06/2012	424,86	377,87	0,8326	353,75	24,11

Датум	Месечна рата CHF кредита (одлив)	Месечна рата конвер- това-ног кредита EUR	Курс EUR/CHF	Месечна рата CHF кредита у EUR (одлив)	Разлика у корист корисника CHF кредита
05/07/2012	424,86	377,87	0,8325	353,70	24,17
05/08/2012	424,86	377,87	0,8324	353,67	24,20
05/09/2012	424,86	377,87	0,8324	353,64	24,23
05/10/2012	424,86	377,87	0,8256	350,78	27,09
05/11/2012	424,86	377,87	0,8290	352,20	25,66
05/12/2012	424,86	377,87	0,8245	350,31	27,55
05/05/2013	424,86	377,87	0,8270	351,36	26,51
05/02/2013	424,86	377,87	0,8131	345,44	32,42
05/03/2013	424,86	377,87	0,8145	346,06	31,80
05/04/2013	424,86	377,87	0,8225	349,45	28,42
05/05/2013	424,86	377,87	0,8143	345,98	31,89
05/06/2013	424,86	377,87	0,8083	343,43	34,43
05/07/2013	424,86	377,87	0,8098	344,07	33,79
05/08/2013	424,86	377,87	0,8096	343,96	33,91
05/09/2013	424,86	377,87	0,8071	342,91	34,96
05/10/2013	424,86	377,87	0,8149	346,23	31,63
05/11/2013	424,86	377,87	0,8132	345,50	32,37
05/12/2013	424,86	377,87	0,8155	346,48	31,38
05/05/2014	424,86	377,87	0,8118	344,88	32,98
05/02/2014	424,86	377,87	0,8182	347,62	30,25
05/03/2014	424,86	377,87	0,8206	348,65	29,22
05/04/2014	424,86	377,87	0,8173	347,25	30,62
05/05/2014	424,86	377,87	0,8214	348,99	28,88
05/06/2014	424,86	377,87	0,8197	348,25	29,62
05/07/2014	424,86	377,87	0,8224	349,39	28,47
05/08/2014	424,86	377,87	0,8214	348,96	28,90
05/09/2014	424,86	377,87	0,8289	352,17	25,69
05/10/2014	424,86	377,87	0,8251	350,54	27,32
05/11/2014	424,86	377,87	0,8304	352,79	25,08
05/12/2014	424,86	377,87	0,8319	353,43	24,43

Датум	Месечна рата CHF кредита (одлив)	Месечна рата конвер- това-ног кредита EUR	Курс EUR/CHF	Месечна рата CHF кредита у EUR (одлив)	Разлика у корист корисника CHF кредита
05/05/2015	424,86	377,87	0,8322	353,58	24,29
05/02/2015	424,86	377,87	0,9446	401,30	-23,44
05/03/2015	424,86	377,87	0,9348	397,18	-19,31
05/04/2015	424,86	377,87	0,9580	407,03	-29,17
05/05/2015	424,86	377,87	0,9638	409,46	-31,60
05/06/2015	424,86	377,87	0,9544	405,48	-27,61
05/07/2015	424,86	377,87	0,9595	407,66	-29,79
05/08/2015	424,86	377,87	0,9383	398,63	-20,76
05/09/2015	424,86	377,87	0,9226	391,97	-14,11
05/10/2015	424,86	377,87	0,9142	388,43	-10,56
05/11/2015	424,86	377,87	0,9231	392,19	-14,32
05/12/2015	424,86	377,87	0,9189	390,42	-12,56
05/05/2016	424,86	377,87	0,9219	391,68	-13,82
05/02/2016	424,86	377,87	0,9008	382,72	-4,86
05/03/2016	424,86	377,87	0,9176	389,85	-11,99
05/04/2016	424,86	377,87	0,9181	390,07	-12,20
05/05/2016	424,86	377,87	0,9076	385,60	-7,74
05/06/2016	424,86	377,87	0,9049	384,45	-6,59
05/07/2016	424,86	377,87	0,9228	392,05	-14,18
05/08/2016	424,86	377,87	0,9215	391,50	-13,64
05/09/2016	424,86	377,87	0,9153	388,89	-11,02
05/10/2016	424,86	377,87	0,9125	387,68	-9,82
05/11/2016	424,86	377,87	0,9282	394,34	-16,47
05/12/2016	424,86	377,87	0,9262	393,50	-15,63
05/05/2017	424,86	377,87	0,9342	396,92	-19,05
05/02/2017	424,86	377,87	0,9372	398,18	-20,32
05/03/2017	424,86	377,87	0,9351	397,29	-19,42
05/04/2017	424,86	377,87	0,9339	396,77	-18,90
05/05/2017	424,86	377,87	0,9226	391,97	-14,11

Датум	Месечна рата CHF кредита (одлив)	Месечна рата конвер- това-ног кредита EUR	Курс EUR/CHF	Месечна рата CHF кредита у EUR (одлив)	Разлика у корист корисника CHF кредита
05/06/2017	424,86	377,87	0,9211	391,36	-13,49
05/07/2017	424,86	377,87	0,9132	388,00	-10,13
05/08/2017	424,86	377,87	0,8700	369,64	8,23
05/09/2017	424,86	377,87	0,8767	372,45	5,41
05/10/2017	424,86	377,87	0,8717	370,34	7,52
05/11/2017	424,86	377,87	0,8626	366,48	11,39
05/12/2017	424,86	377,87	0,8567	363,97	13,90
05/05/2018	424,86	377,87	0,8506	361,37	16,50
05/02/2018	424,86	377,87	0,8621	366,29	11,58
05/03/2018	424,86	377,87	0,8659	367,88	9,99
05/04/2018	424,86	377,87	0,8477	360,17	17,69
05/05/2018	424,86	377,87	0,8368	355,53	22,33
05/06/2018	424,86	377,87	0,8684	368,96	8,90
05/07/2018	424,86	377,87	0,8611	365,85	12,02
05/08/2018	424,86	377,87	0,8686	369,03	8,84
05/09/2018	424,86	377,87	0,8859	376,38	1,48
05/10/2018	424,86	377,87	0,8747	371,61	6,26
05/11/2018	424,86	377,87	0,8744	371,48	6,39
05/12/2018	424,86	377,87	0,8828	375,05	2,81
05/05/2019	424,86	377,87	0,8884	377,45	0,41
05/02/2019	424,86	377,87	0,8744	371,51	6,35
05/03/2019	424,86	377,87	0,8818	374,62	3,24
05/04/2019	424,86	377,87	0,8923	379,10	-1,24
Сума добитка корисника CHF кредита					<b>3.678,09</b>



**Dr Boris BEGOVIĆ**  
**Full professor**  
**School of Law, University of Belgrade**

**A TRIUMPH OF IDEA OVER REASON: LAW AND ECONOMICS  
COMMENT OF THE LEGAL UNDERSTANDING OF THE SUPREME  
COURT OF CASSATION ON LEGAL VALIDITY  
OF FOREIGN EXCHANGE CLAUSE**

***Abstract***

*The Supreme Court of Cassation, on its legal understanding violated the law by conditioning foreign exchange clause and then de facto proclaimed null and void contract provisions with the Swiss francs foreign exchange clause. Instruction about conversation of the Swiss francs' loans to Euros' loans is precise and equals the position of the Swiss francs' debtors to those debtors who voluntarily opted for the euros' loans. Model analysis of the previously used hypothetical case demonstrated that the conversion stipulated by the Supreme Court of Cassation means that the Swiss francs' debtors will have to pay a substantial amount to the creditor, so the principle will increase for 8.5%. Future instalment of the concerted loan will be bigger than the previous one for the exchange rates of the Swiss franc to Euro recorded in the two last decades. The legal understanding creates substantial legal uncertainty in banking business and financial system, and adverse consequences of this uncertainty will be generated for not only incumbent clients of the financial system, but also future ones, creating bad effects to investments and economic growth.*

**Key words:** *The Supreme Court of Cassation, foreign exchange clause, null and void, conversion of loan contracts, economic consequences, capital inflow.*

Милош ЖИВКОВИЋ\*

## КРАТКА ПРАВНА АНАЛИЗА ПРАВНОГ СХВАТАЊА ВКС О ПУНОВАЖНОСТИ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА И КОНВЕРЗИЈИ\*\*

### Резиме

После скоро десет година од настанка проблема с уговорима о кредиту индексираним у швајцарским францима, почетком априла ове године о пуноважности у њима садржане валутне клаузуле изјаснио се правним схватањем Врховни касациони суд. Према схватању ВКС, валутна клаузула у еврима је пуноважна јер само тада служи заштити начела еквиваленције узајамних давања, а у швајцарским францима је ништава, осим ако банка докаже да се и сама задужила у швајцарским францима да би одобрила кредит, те да је унапред писмено упозорила корисника кредита на све ризике и правноекономске последице уговарања валутне клаузуле у CHF. Уговори у кредиту с CHF валутном клаузулом, међутим, конвертирају у дозвољене уговоре о кредиту с EUR валутном клаузулом, и то од самог почетка, а док се не примени конверзија судови треба да усвајају правна средства усмерена на онемогућавање реализације средстава обезбеђења. Анализа показује да је став о пуноважности валутне клаузуле у еврима исправан, али да садржи некоректну логичку редуцију, да став о ништавости CHF клаузуле по свему судећи није правнологички добро заснован и не може да успешно издржи критику, те да су ставови о конверзији и привременој суспензији извршења, мање-више исправни. Образложење правног схватања објављено је 15 дана после самог става, и написано је на методолошки недопустив начин, уз бројне мањкавости, како у техничком смислу (упућивање на погрешне одредбе и некоректно навођење судских одлука) тако, што је још важније, у правнологичком и уопште логичком смислу.

---

\* Проф. др Милош Живковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

\*\* Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

*Закључак анализе је да је, упркос несумњивим мањкавостима и нелогичностима у самом правном схватању, његова највећа мањкавост, заправо, начин на који је оно образложено, односно начин на који Врховни касациони суд сматра да може да усваја и образлаже своја правна схватања која имају огроман практичан значај и домаћај.*

**Кључне речи:** Правно схватање ВКС – валутна клаузула – индексација швајцарским францима – ништовост.

### 1. Увод – о проблему кредита индексираних швајцарским франком

Проблем кредита индексираних швајцарским францима данас је општепознат, имајући у виду да се скоро десет година у јавним медијима говори о проблемима у којима су се нашли дужници који су узели овакве кредите, пре свега стамбене али и све друге. У најкраћем, проблем би се дао описати овако: средином протекле деценије,<sup>1</sup> пословне банке у Србији (и не само у Србији, али тиме се у овом чланку нећемо бавити) понудиле су грађанима и привреди кредите који су били индексирани (везани) за швајцарске франке. Ови кредити имали су ту повољност што је каматна стопа била значајно нижа од каматне стопе која се уговарала за кредите индексирани у валути евро, што је за грађане значило да, због мањег износа рате, са истим кредитним потенцијалом могу подићи већи кредит (већу главницу кредита). Отуд су се грађани и привреда у значајном броју задуживали посредством оваквих кредита (око 22.000 кредитних партија). Проблем је настао када је, услед дејстава светске економске кризе с краја протекле деценије, курс швајцарског франка значајно порастао не само у односу на динар, већ и у односу на друге валуте (напосе, евро), а нарочито услед наглог раста курса швајцарског франка који се догодио после 15. јануара 2015. године, када је Национална банка Швајцарске одлучила да престане да интервенцијама на девизном тржишту брани унапред максимизирани однос швајцарског франка према евр (у односу 1,20:1). Раст курса швајцарског франка, разуме се, довео је до тога да су се не само камата, већ и главница кредита индексираних у швајцар-

---

1 Кредити индексирани швајцарским франком су најављени крајем септембра 2005. године, а први су одобрени у последњем тромесечју те године. Иначе, при појави ових кредита тадашњи гувернер Народне Банке Србије Радован Јелашић обратио јавности и јасно је упозорио да „...треба имати у виду да се кредити везани за швајцарски франак не могу поредити са сличном стамбеним кредитима чија је основа кретање курса евра. Пошто се курс динара утврђује према евр, кредити у швајцарским францима подразумевају већи ниво ризика...“. Наведено према Време, бр. 768, 22. септембар 2005. године.

ским францима, у динарским износима драстично повећали. Услед тога, велики број корисника тих кредита, који су зарађивали у динарима или еврима, нашао се у проблему услед релативног повећања рата кредита. Увидевши тај потенцијални проблем, Народна банка Србије је још у јуну 2011. године забранила даље одобравање кредита с валутном клаузулом у било којој страниој валути осим евра (што је ступило на снагу почев од јула 2011. године), и у више наврата је реаговала својим одлукама и препорукама пословним банкама како да се носе с проблемима дужника задужених у швајцарским францима.<sup>2</sup> Само је мали број дужника нашао интерес да искористи могућности које је својим актима створила Народна банка Србије 2015. године.<sup>3</sup> Већина преосталих дужника је покренула

- 
- 2 В. Препоруку БАН 001/13 од 31. маја 2013. године у вези са стамбеним кредитима индексираним у швајцарским францима, [http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/preporuke\\_20130531/preporuka\\_BAN01\\_20130531.pdf](http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/preporuke_20130531/preporuka_BAN01_20130531.pdf), последњи приступ 20.4.2019; Одлуку о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниој валути, *Службени гласник РС* бр. 21/2015 и 51/2015.
- 3 Тачка 3. Одлуке о мерама за очување стабилности финансијског система... из 2015. предвидела је следеће обавезе пословних банака: *„Банка је дужна да, најкасније 30 дана од дана ступања на снагу ове одлуке, корисницима стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, уз задржавање постојећих инструмената обезбеђења и у складу са актима из тачке 6. ове одлуке, понуди следећа четири модела закључења анекса уговора којим би се изменили услови отплате кредита:*
- 1) *кредит индексиран у швајцарским францима конвертује се у кредит индексиран у еврима по курсу који је за 5% нижи од средњег курса евра према швајцарском франку израчунатог на основу званичног средњег курса динара према еврима и званичног средњег курса динара према швајцарском франку који важе на дан закључења анекса уговора, уз даљу примену каматне стопе коју банка примењује на кредите индексираних у еврима, уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година;*
  - 2) *кредит индексиран у швајцарским францима конвертује се у кредит индексиран у еврима по курсу евра према швајцарском франку израчунатом на основу званичног средњег курса динара према еврима и званичног средњег курса динара према швајцарском франку који важе на дан закључења анекса уговора, а каматна стопа коју банка примењује на кредите индексираних у еврима на годишњем нивоу снижава се за 1 п. п., при чему не мора бити нижа од 3%, уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година.*
  - 3) *каматна стопа на годишњем нивоу снижава се за 1 п. п., при чему не мора бити нижа од 3% (ако би каматна стопа након примене тачке 4. ове одлуке била већа од 3%), уз могућност продужења рока отплате кредита, у складу са захтевом корисника, најдуже за пет година;*
  - 4) *износ месечног ануитета израженог у швајцарским францима снижава се за 20% уговореног износа у периоду од 36 месеци од дана закључења анекса уговора; по истеку тог периода, корисник наставља да отплаћује уговорени износ ануитета; укупан износ за који су месечни ануитети умањени отплаћује се у дванаест једнаких месечних рата након истека првобитног рока доспећа кредита; на потраживања чија је наплата одложена у складу са овом*

велики број судских поступака у којима су тражили правну заштиту, било тако што су захтевали да се уговори о кредиту индексирани у швајцарским францима прогласе ништавим (из разних разлога), или да се ти уговори раскину применом клаузуле *rebus sic stantibus*.<sup>4</sup> Број ових спорова повећао се и услед организовања дужника по кредитима индексираним у швајцарским францима (Ефектива, Удружење СНФ Србија...). Овај повећани број спорова, поготово после валутног удара из јануара 2015. године, довео је до различите судске праксе,<sup>5</sup> као и до повећаног интересовања правне доктрине за проблем кредита индексираних у швајцарским францима.<sup>6</sup> Најпосле, сасвим недавно, 2. априла 2019. године, ради

---

*одредбом банка не обрачунава нити наплаћује камату; уговореним износом у смислу ове одредбе сматра се план отплате из тачке 2. став 5. ове одлуке.*"

- 4 Корисници кредита су масовно тужили банке и по другим основама: ништавост једностране измене каматне стопе, забрањеност разлике у курсевима по којима је кредит пуштан у течај и враћан, ништавост накнаде за обраду трошкова кредита, ништавост накнаде за осигурање кредита код НКСОК... Поменута два основа су специфично везани за уговоре о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима.
- 5 Релативно исцрпан преглед судске праксе закључно с 2017. годином в. у В. Козар, Н. Алексић, Н. Пантелић, *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Пословни биро, Београд 2017, стр. 116 и даље.
- 6 Пажњу је пре свега изазвао реферат тадашњег судије Уставног суда, а сада Врховног касационог суда, Драгише Слијепчевића, в. Д. Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник* 16/2016, стр. 62 и даље = *Правни живот* 11/2016, стр. 407 и даље. После тог реферата, чијој посебној тежини је свакако допринела функција коју је обављао њен аутор, наступила је права „поплава“ написа о овој проблематици, в. Б. Беговић, „Валутна клаузула, сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда* 10-12/2016, стр. 24 и даље; П. Ћатић, „Валутна клаузула, раскид и последице раскида уговора о кредиту с валутном клаузулом“, *Правни живот* 11/2016, стр. 423 и даље; Небојша Пантелић, „Природа задуживања банке у страниој валути“, *Правни живот* 11/2016, стр. 443 и даље; В. Козар, Н. Алексић, „Правне последице раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности“, *Право и привреда* 1-3/2017, стр. 81 и даље; В. Козар, Н. Алексић, Н. Пантелић, нав. дело (у фусноти 4); Б. Беговић, Н. Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали ПФБ* 2/2017, стр. 26 и даље; Б. Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни живот* 11/2017, стр. 409 и даље; П. Ћатић, „Валутна клаузула у уговорима о кредиту између два сусрета правника Копаоничке школе природног права“, *Правни живот* 11/2017, стр. 425 и даље; Г. Трнавци, „Валидност валутних клаузула деноминираних у швајцарским францима у БиХ и региону“, *Правни живот* 11/2017, стр. 439 и даље; Д. Мартиновић, „Могућности престанка обавезе коју је преузео дужник закључењем уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима“, *Правни живот* 11/2017, стр. 455 и даље; В. Врховшек, В. Козар, „Материјалне и процесне претпоставке за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у швајцарским францима због промењених околности“, *Правни живот* 11/2017, стр. 469 и даље. На Копаоничкој школи 2016. године био је одржан и посебан округли сто насловљен „Банкарски кредити и промењене околности“, чији је целокупан ток, заједно с рефератима, објављен у *Правни живот* 3-4/2017.

уједначавања судске праксе, своје правно схватање изнело је и грађанско одељење Врховног касационог суда, чија прелиминарна правна анализа је предмет овог рада.

После објављивања овог правног схватања започео је интензиван рад на посебном закону којим би се извршила конверзија уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима у такве уговоре индексиране у еврима. Током рада на овом чланку, 16. априла 2019, Влада Србије усвојила је нацрт посебног закона и проследила га, као предлог, на усвајање Народној скупштини, тако да се може претпоставити да ће поље примене правног схватања бити суженије него што се чинило у тренутку кад је објављено.

## 2. Правно схватање ВКС

Правно схватање грађанског одељења Врховног касационог суда донето је у складу са одредбом члана 43. Закона о уређењу судова,<sup>7</sup> који предвиђа да седница одељења Врховног касационог суда разматра питања из делокруга судских одељења, да се ова седница сазива и ако између појединих већа настане несагласност у примени прописа или ако једно веће одступи од правног схватања прихваћеног у својој пракси или од правног схватања које су прихватила сва већа, као и да правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења. Иако је формално правно обавезујуће само за већа у саставу грађанског одељења ВКС (за које, дакле, представља извор права у формалном смислу), а не и за ниже судове, правно схватање грађанског одељења ВКС представља тзв. фактички извор права, због тога што се може претпоставити да ће се нижи судови, у жељи да им одлука не буде укинута пред ВКС, придржавати овог става као да је он обавезујући.<sup>8</sup>

У тренутку настанка овог рада објављен је само диспозитив овог схватања, не и његово образложење,<sup>9</sup> што анализу која предстоји чини нешто комплекснијом него што би иначе била, имајући у виду да ће предмет анализе бити не само оне правне норме на којима је грађанско одељење ВКС одиста засновало своје правно схватање (а што ће се видети из образложења), већ оне норме на којима је то правно схватање, по

7 Службени гласник РС бр. 116/2008, последње измене у бр. 88/2018.

8 В. О. Станковић у О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996, стр. 39-41; В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, ПФУУ и Службени гласник, Београд 2014, стр. 120 и даље.

9 По објављивању образложења, 17. априла 2019, у рад је унет посебан одељак који се односи на његову кратку анализу.

свему судећи, могло да буде засновано, јер тренутно не знамо на којима од њих је ВКС уистину засновао свој став.

Правно схватање грађанског одељења ВКС које ће бити предмет анализе гласи:

*„1. Валутна клаузула се може правно ваљано уговорити у циљу очувања једнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра.*

*2. Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса CHF која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.*

*3. Уговор о кредиту производи правно дејство и након утврђења ништавости клаузуле о индексацији дуга применом курса CHF.*

*У том случају, уговор ће се извршити конверзијом уз очување једнакости узајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курса евра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом курса евра.*

*4. У парничном поступку у коме се одлучује о правној ваљаности уговора о кредиту, односно уговорне клаузуле о индексацији дуга у CHF, суд ће на предлог тужиоца одредити привремену меру којом се даваоцу кредита забрањује реализација средстава обезбеђења и извршење уговорне обавезе корисника кредита, уколико већ није покренуто извршење ради реализације средстава обезбеђења.*

*5. У случају када је поступак извршења ради реализације средстава обезбеђења дуга из кредита већ покренут, суд односно јавни извршитељ ће на захтев извршног дужника одложити извршење без полагања јемства.“*

Пре него што се упустимо у анализу, покушаћемо да разјаснимо значење наведеног правног схватања нешто мање стручним речником.

Прва тачка говори о томе да је валутна клаузула начелно дозвољена ако је индексација извршена валутом евро, јер у том случају она служи

очувању еквиваленције узајамних давања уговорних страна. Прва тачка не ограничава се само на уговоре о кредиту. Она садржи у себи три тврдње: прво, да валутна клаузула служи очувању еквиваленције узајамних давања, друго, да ако је валута индексације евро у том случају је остварен циљ (очување еквиваленције) и треће, последично, да је валутна клаузула у еврима дозвољена.

Друга тачка, међутим, каже да је валутна клаузула у уговорима у кредиту, у случају да је индексација вршена у швајцарским францима, начелно ништава, осим ако банка докаже, „поузданим писменим доказом“, да се ради одобравања кредита и сама задужила у швајцарским францима, те ако докаже да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама индексације уговора у овој валути. Ова се тачка односи само на уговоре о кредиту. У себи садржи више тврдњи, од којих је основна да је валутна клаузула индексирана у швајцарским францима ништава. Изузетно, ова клаузула може бити пуноважна ако банка докаже да је динаре које је исплатила кориснику кредита прибавила сопственим задужењем у швајцарским францима, те ако докаже да је унапред писмено упозорила корисника кредита на све ризике задуживања уз индексацију кредита у швајцарским францима. Уз то, у погледу доказа о задужењу банке у швајцарским францима, правно схватање садржи и допунско доказно правило, јер се тражи „поуздан писмени доказ“. У погледу дужности давања писмене информације о ризицима пре закључења уговора, ваља приметити да, према правном схватању, ова дужност није ограничена само на потрошачке уговоре о кредиту, већ на све уговоре о кредиту индексирани у швајцарским францима, дакле и оне са привредним субјектима као корисницима кредита.

Трећа тачка прво садржи став да ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима не чини цео уговор о кредиту ништавим, већ ништавим чини само валутну клаузулу, како је уговорена, док остатак уговора остаје на снази (чини се да се мисли на делимичну ништавост, а заправо се ради о судској конверзији ништавог посла). Потом је у овој тачки изнет став да се ништава валутна клаузула у швајцарским францима, односно уговор о кредиту који је садржи, претвара (конверзира) у уговор о кредиту који садржи дозвољену валутну клаузулу у еврима, и то *ab initio*, од тренутка закључења уговора о кредиту, уз све последице те конверзије, а пре свега уз обрачун каматне стопе коју је банка тада, у време закључења и у досадашњем току трајања кредита индексираних у еврима, обрачунавала на те, евро кредитне. Другим речима, корисници



кредита индексираних у швајцарским францима стављени су на овај начин у ситуацију као да су од почетка узели кредит индексирани у еврима, и све њихове досадашње отплате рата треба обрачунати као да је кредит од почетка био одобрен у еврима, те сравнити биланс по свакој кредитној партији, односно утврдити колико сваки корисник кредита дугује по обављању овог обрачунског сравњивања.

Четврта тачка правног схватања упућује парничне судове пред којима су поступци по захтеву корисника кредита да се утврди ништавост уговора или валутне клаузуле у швајцарским францима да усвајају предлоге тужилаца за издавање привремене мере којом би се спречила реализација средстава обезбеђења и покретање поступка принудног извршења, ако тај поступак већ није покренут, а пета тачка упућује извршне судове и јавне извршитеље да покренуте поступке реализације средстава обезбеђења одложе без обавезе полагања јемства.

Најкраће говорећи, ВКС је својим правним ставом изнео решење које сматра уравнотеженим и „соломонским“ – валутна клаузула у еврима неупитно важи,<sup>10</sup> валутна клаузула у швајцарским францима је у суштини ништава, јер ће бити тешко, ако не немогуће прибавити доказе који се траже за њену изузетну пуноважност. Ипак, ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима не чини цео уговор о кредиту ништавим, већ је ништава само тако уговорена валутна клаузула, која се претвара у (дозвољену) валутну клаузулу у еврима, и то од тренутка закључења уговора. Тиме повериоци задржавају сва средства обезбеђења дата уз постојећи уговор (у случају ништавости то би могло бити упитно).<sup>11</sup> С друге стране, док се не спроведе сравњивање дуга у складу с тачком 3. правног схватања и не утврди се колика је преостала главница дуга и камата, парнични судови треба да усвајају привремене мере којим се спречава иницирање поступка принудне реализације средстава обезбеђења, а ако је поступак принудне реализације већ започет, извршни судови и јавни извршитељи треба да одложе извршење без обавезе полагања јемства. Оно што се чини јасним јесте да став о ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима и став о спречавању и одлагању реализације средстава обезбеђења иде у корист корисника кредита (дужника), а став о томе да уговор у целини остаје на снази иде у

10 Овај став практично је веома битан, јер су судске спорове почели да покрећу и дужници из уговора о кредиту индексираних у еврима, тврдећи да је валутна клаузула као таква ништава без обзира на валуту индексације, као и уговори о кредиту који је садрже.

11 В. о томе за залог Д. Хибер, М. Живковић, *Учвршћење и обезбеђење потраживања*, ПФБ, Београд 2015, стр. 85 (пара. 105) и стр. 91-92 (пара 112).

корист банака. За став о конверзији валутне клаузуле у швајцарским францима у валутну клаузулу у еврима сада није сасвим јасно у чију корист иде, јер све зависи од тренутка узимања кредита и досада исплаћених рата отплате кредита. По свему судећи у једном броју случајева и то ће ићи у корист корисника кредита, али није искључено да у значајном броју случајева буде и у корист банке, што ће се све извесније знати када банке обаве неопходне обрачуне и сравњивања сваке поједине партије кредита.<sup>12</sup>

Једна од реакција на правно схватање ВКС било је и да је оно непотпуно, јер се не бави могућношћу раскида уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима због промењених околности. По мом мишљењу, ова теза не стоји, бар не у потпуности, јер у свим случајевима у којима се испостави да је, према критеријумима из правног схватања ВКС, валутна клаузула у швајцарским францима ништава, о раскиду уговора услед промењених околности не може бити речи, јер је промењена околност на којој се ти захтеви заснивају раст курса швајцарског франка, што ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима у потпуности отклања. Раскид уговора због промене околности у вези с клаузулом која је ништава није могућ, јер се раскинути могу само пуноважни уговори. Само у оним случајевима у којима би, изузетно, валутна клаузула у швајцарским францима била пуноважна, могло би да дође у обзир раскидање таквог уговора због промењених околности, наравно ако су испуњени сви законом предвиђени услови за то. Мени се чини да не би било могуће ни тражити раскид „конвертованог“ уговора о кредиту с валутном клаузулом у еврима због промењених околности, свакако не за период који је већ протекао.

### 3. Анализа правног схватања ВКС

У овом делу биће анализирано правно схватање грађанског одељења ВКС с тачке гледишта могућих основа за ставове који су у њему изнети.

#### 3.1 Прва тачка

Као што је речено, суштина прве тачке правног схватања јесте у томе да је валутна клаузула,<sup>13</sup> када је као валута индексације предвиђен

---

12 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

13 Под валутном клаузулом се подразумева њена законска дефиниција, садржана у члану 2. тачка 24 Закона о девизном пословању из 2006. године: „Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплатање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).“

евро, правно дозвољена, односно пуноважна. Овај став поткрепљен је тврдњом да, у том случају, валутна клаузула служи очувању начела еквиваленције узајамних давања. Став о дозвољености валутне клаузуле дво-струко је заснован у српском праву: прво, од измена 1993. године, валутна клаузула је посредно дозвољена Законом о облигационим односима (даље: ЗОО),<sup>14</sup> који у члану 395. предвиђа да, ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење може да се захтева у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе,<sup>15</sup> и друго, Закон о девизном пословању,<sup>16</sup> у свом члану 34 став 8 изричито каже: „Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима“. Овим двама одредбама јасно је и изричито изражен став законодавца да валутна клаузула **није забрањена**, пошто је **изричито дозвољена** Законом о девизном пословању, посредно и одредбом ЗОО.

Веза валутне клаузуле и начела еквиваленције узајамних давања је нешто што се, у правним написима, узима као саморазумљиво, и што, уосталом, није могуће порећи правним аргументима, јер је валутна клаузула само један од уступака начелу монетарног валоризма, насупрот монетараном номинализму.<sup>17</sup> Посредством валутне клаузуле уговорне стране договарају да ће вредност узајамних давања одмеравати према курсу одређене стране валуте, а не према номиналном динарском износу који ће служити за међусобна плаћања. Измена члана 395. ЗОО, за коју се везује промена става према валутној клаузули у нашој земљи и дозвољавање, односно поспешивање њеног уговарања, била је изазвана хиперинфлацијом из 1992. године, јер је у условима галомирајуће хиперинфлације једино везивање вредности узајамних престација за страну валуту могло да, колико-толико, успостави еквиваленцију узајамних давања (јер хиперинфлација је значајно погодовала дужницима, чија је номинална обавеза у динарима дневно губила и више од половине своје вредности, мере-

14 Службени гласник СФРЈ бр. 29/1978, 39/1985, Службени лист СРЈ бр. 31/1993.

15 До измена из 1993, ова одредба није предвиђала ништавост, већ је такође омогућавала плаћање у домаћој валути, али по курсу који је важио у тренутку настанка обавезе. Уп.: „Ако новчана обавеза противно посебном савезном закону гласи на плаћање у злату или некој страниј валути, њено испуњење се може захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе.“ Измена је била директна последица хиперинфлације која је погодила државу почетком деведесетих година прошлог века, и представљала је позакоњење судске праксе оличене у тадашњим ставовима Врховног суда Србије. В. о томе Б. Беговић, Н. Илић, стр. 35-38.

16 Службени гласник РС бр. 62/2006, последње измене у 30/2018.

17 В. о томе прегледно Б. Беговић, Н. Илић, стр. 29 и даље.

не куповном моћи новца). Истини за вољу, заштити од инфлације као опадања куповне моћи новца прворедно служи индексирање коефицијентом раста потрошачких цена, јер се на тај начин и мери инфлација,<sup>18</sup> али није спорно да је, поготово у околностима хиперинфлације, и валутна клаузула могла имати (и у нас је и имала) такву сврху.<sup>19</sup> Иако је, економски посматрано, некоректно говорити о томе да је сврха валутне клаузуле заштита повериоца од инфлације, правно није некоректно рећи да валутна клаузула, између осталог, може да служи заштити начела еквиваленције узајамних давања, поготово у случају инфлације. Модерна економска теорија сврху валутне клаузуле види првенствено у преваљивању валутног ризика с кредитора (банке) на дужника. Захтев за тзв. валутном усклађеношћу банака такође је узрокован валутним ризиком.<sup>20</sup>

Ипак, чини се да сврха валутне клаузуле, штагод она била, не би требало да утиче на њену пуноважност. С једне стране, било би посве необјашњиво да пуноважност валутне клаузуле зависи од постојања инфлације, а с друге стране, једнако би било несувисло забрањивати валутну клаузулу кад је зајмодавац неко лице које није банка, па нема потребу за валутном усклађеношћу и не потпада под прописе НБС о управљању ризицима и адекватности капитала. Другим речима, оно чему валутна клаузула служи или треба да служи, начелно не треба да утиче на пуноважност њеног уговарања, већ би могло утицати да даљу судбину пуноважно закљученог уговора с валутном клаузулом. Једино ако би побуда (мотив) уношења валутне клаузуле у уговор био недозвољен, те ако би друга страна знала за такву побуду (јер у том случају побуда чини

18 В. Б. Беговић (2016), стр. 29 и даље.

19 В. Б. Беговић, Н. Илић, стр. 37, где се каже: „... законодавац је заштиту од тада већ галопирајуће хиперинфлације видео у њеном мерењу променом девизног курса динара у односу на, пре свега, немачку марку као тада већ резервну валуту у Србији. Такво решење може се оценити као једино могуће у ситуацији која је владала средином 1993. године. *Иако се, начелно посматрано, инфлација мери индексом потрошачких цена (у то време индексом цена на мало), ниво инфлације је већ био толико висок да би, чак и да се израчунавао тај индекс, он био објављен са таквим закашњењем да од њега више не би било никакве користи. Стога је слободно формиран тзв. црни девизни курс био једини начин да се инфлација мери на одговарајући начин и да се номинална потраживања ефикасно ревалоризују.* То су били разлози за увођење валутне клаузуле и законодавцу вероватно тада није стајало на располагању нити једно алтернативно решење које би једнако ефикасно заштитило робноновчану привреду и поспешило тржишну размену“ (наглашавање моје).

20 О томе детаљније В. Беговић (2016), стр. 26 и даље.

саставни део основа/каузе теретних уговора), онда би могло бити речи о ништавости услед недозвољене каузе.<sup>21</sup>

У том смислу, чини се да редукција става о дозвољености валутне клаузуле само на ситуације у којима је она уговорена у циљу заштите еквиваленције узајамних давања није правнолошки коректна. Можда је клаузула уговорена јер дужник има изворе прихода у валути коју предвиђа уговорена клаузула, па хоће да буде сигуран да му је обавеза увек одређена према валути у којој зарађује; можда се ради о банци која преваљује валутни ризик на корисника кредита или жели да постигне бољу валутну усклађеност; можда поверилац хоће да исплате по том уговору троши у држави чију валуту је предвидео валутном клаузулом... У свим овим случајевима валутна клаузула може али не мора да служи заштити начела еквиваленције, а не би требало да њена дозвољеност буде упитна. Једино ако се валутна клаузула уговара у циљу који је забрањен могло би бити речи о њеној ништавости, али опет само под условима који су предвиђени за утицај побуда (циља) уговорача на основ (каузу) уговора. Једнако би правнолошки некоректно било користити циљну везаност валутне клаузуле за очување еквиваленције узајамних давања као основ њене непуноважности посредством начела забране злоупотребе права (противциљно вршење права, чл. 13. ЗОО), јер се код питања пуноважности валутне клаузуле уопште не говори о субјективном праву и његовом вршењу, што је поље примене доктрине о злоупотреби права. Дакле, валутна се клаузула најчешће користи ради заштите начела еквиваленције узајамних давања, али то није услов њене дозвољености, јер се она може уговорити и у било ком другом циљу. Изузетак би могао бити само забрањен циљ (побуда), познат другој страни у моменту закључења (теретног) уговора, који би онда чинио каузу, па тиме и сам уговор, недозвољеним и последично ништавим.

Најпосле, најтеже је правно објашњив трећи став садржан у првој тачки правног схватања ВКС, а тај је да је валутна клаузула која предвиђа евро као валуту индексације пуноважна јер кад је уговорен евро валутна клаузула увек служи одржавању еквиваленције узајамних давања. Могло би се претпоставити да овакав третман евро ужива због тога што је курс динара суштински везан за евро, који је *de facto* наследио од немачке марке својство резервне валуте у Републици Србији,<sup>22</sup> а да се однос динара и

21 В. чл. 53. ЗОО.

22 Тако је у пословној пракси већ годинама уобичајено да се цене вредније робе и непокретности изражавају у еврима.

осталих валута израчунава посредством евра, или због тога што, имајући ово управо речено у виду, Народна банка Србије својим интервенцијама на девизном тржишту утиче на курс евра, спречавајући велике дневне осцилације тог курса, односно вредности евра према динару. Такође, највећи део девизне штедње грађана је у еврима. Ипак, није јасно због чега само евро чини да валутна клаузула служи очувању еквиваленције узајамних давања, а не нека друга валута. Чини се да је Врховни касациони суд желео да експлицитно реши питање пуноважности валутне клаузуле у еврима, и то тако што би заузео став да је таква валутна клаузула пуноважна (за разлику од валутне клаузуле у другим валутама), па да је због тога прва тачка правног схватања формулисана онако како је формулисана.

У сваком случају, став да је у српском праву валутна клаузула у еврима дозвољена, односно пуноважна, неспорно је исправан и заснован је на закону. О ништавости валутне клаузуле више ће бити речи у предстојећем делу, посвећеном анализи друге тачке правног схватања.

### 3.2 Друга тачка

Суштина друге тачке правног схватања ВКС јесте да је валутна клаузула индексирана у швајцарским францима ништава, уз изузетну могућност да она ипак, под одређеним условима, буде пуноважна. Мени се, као професору грађанског права, овај став ВКС чини најспорнијим, односно најмање заснованим или, другим речима, најтеже одбрањивим. Да бих образложио овакав свој суд, потребно је да укратко резимирам основне поставке института ништавости правних послова, посебно уговора.

Пре свега, треба напоменути да се питање пуноважности неког правног посла цени у тренутку његовог настанка, у случају уговора, у тренутку његовог закључења.<sup>23</sup> Уговор је већ у том тренутку или пуноважан или непуноважан, и кад се ради о ништавости није могуће да уговор у тренутку закључења буде пуноважан, па да накнадно постане ништав.<sup>24</sup> Непуноважни уговори уобичајено се деле на ништаве и рушљиве (који обухватају и тзв. храмајуће послове). Ништави су они послови којима се вређа јавни интерес, и они представљају, како се уобичајено каже, тежи

---

23 То је тренутак кад понудилац прими прихват понуде, в. чл. 31. ЗОО.

24 Супротно је могуће, у случају конвалидације ништавог уговора, која у нашем праву може наступити испуњењем у целини или претежном делу (в. чл. 73. и 107. ЗОО), или смањењем обавезе на захтев оштећеног код зеленашких уговора (чл. 141. ЗОО).

облик непуноважности и погођени су строжијим санкцијама.<sup>25</sup> Случајеви ништавости обично се деле на тзв. текстуалну ништавост, односно ситуације у којима сам закон изричито предвиђа да је поједини уговор, или правни посао, ништав (примера ради, зеленашки уговор или делимични индосамент), и случајеве недопуштених (забрањених) послова, чија је ништавост предвиђена на општи начин. Тако, ЗОО. предвиђа да је уговор ништав ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, осим ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају предвиђа шта друго.<sup>26</sup> Недопуштеност уговора увек се рефлектује било на његов предмет, било на његов основ (каузу), и њихова је недопуштеност санкционисана ништавошћу.<sup>27</sup> На ништавост суд пази по службеној дужности, свако заинтересовано лице може да се позове на ништавост, а утврђење ништавости може да захтева и јавни тужилац.<sup>28</sup> Право на истицање ништавости се не гаси, односно оно није временски ограничено.<sup>29</sup> Последњих неколико деценија у упоредном праву је посебно развијено право заштите потрошача, које такође садржи значајан број случајева ништавости, пошто се као санкција за повреду права потрошача предвиђа ништавост уговора, односно уговорне одредбе којим је та повреда извршена.<sup>30</sup>

25 В. од уџбеничке и монографске литературе о ништавости: А. Гамс, Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1991, стр. 246 и даље; Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, стр. 334 и даље (занимљиво да у ништаве послове убраја и прекомерно оштећење, иако је ту посредни рушљивост); О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, стр. 171 и даље; Радмила Ковачевић-Куштримовић, *Грађанско право, општи део*, Ниш 1997, стр. 193 и даље; Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2001, стр. 310-311; Д. Попов, *Грађанско право, Општи део*, Београд 2005, стр. 269 и даље; В. В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014, стр. 468 и даље; С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, стр. 228; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981, стр. 450 и даље; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, стр. 290 и даље; Ј. Радишић, *Облигационо право, општи део*, Београд 1990, стр. 166 и даље. В. и М. Јанковић, „Ништави уговори и последице ништавости“ у *Уговорно и одштетно право према Закону о облигационим односима, зборник радова*, Београд 1979, стр. 121 и даље.

26 В. чл. 103. ЗОО.

27 В. чл. 47. и 52. ЗОО.

28 В. чл. 109. ЗОО.

29 В. чл. 110. ЗОО.

30 В. чл. 3. Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС* бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018). Још 1978. године, кад је донет ЗОО, постојале су одредбе које су представљале претечу модерног права заштите потрошача, примера ради одредба чл. 544. ст. 2 ЗОО према којој купопродаја на рате, ако је купац физичко лице (чл. 542. ст. 2 ЗОО), исправа о уговору под претњом ништавости мора садржати одредбу о праву купца да одустане од уговора писме-

У случају валутне клаузуле држим да је немогуће бранити став да је она ништава због тога што је недопуштена (забрањена) у смислу одредбе члана 103. ЗОО, пре свега због изричите одредбе члана 34. ст. 8 Закона о девизном пословању која, подсетићу, гласи: „Дозвољено је уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима“. Налаз да је валутна клаузула у швајцарским францима ништава зато што није дозвољена био би потпуно отворено и изричито *contra legem*. Имајући у виду правно схватање ВКС, чини се да би ваљало поћи од у њему садржаних услова који се траже за (изузетну) пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима, па обрнутом анализом покушати утврдити који су то разлози које је грађанско одељење ВКС узело за темељ своје тврдње да је оваква валутна клаузула, мимо испуњења тих услова, ништава.

Први услов који се по правном схватању ВКС тражи за пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима тиче се потребе да се суду достави поуздан писани доказ да се банка, ради пласирања кредита, и сама задужила у швајцарским францима. Ако се изузме (необичан) захтев да доказ буде „поуздан писани“, што је доказно правило које задире у одредбе Закона о парничном поступку (даље: ЗПП)<sup>31</sup> о слободном судијском уверењу и брижљивој и савесној оцени свих доказа,<sup>32</sup> и што вероватно има за циљ да онемогући банкама да дају доказ о задужењу у швајцарским францима сопственом рачуноводственом документацијом која сведочи о степену валутне неусклађености пласмана (нето отворена девизна позиција), односно изложености валутном ризику, овај услов се своди на захтев да банка докаже одакле јој новац који је позајмила свом клијенту, те да само ако је банка ради одобрења кредита индексираним у швајцарским францима и сама морала да се задужи у швајцарским францима, онда валутна клаузула у тој валути може бити пуноважна (уз испуњење и додатних услова, о чему ће бити речи убрзо). Овај „услов пуноважности“ вероватно је последица написа у доктрини, чији је циљ био да објасне да сврха валутне клаузуле није заштита даваоца кредита од инфлације (у смислу раста потрошачких цена) већ да је циљ постизање валутне усклађености у билансима банке као зајмопримца и заштита од валутног ризика на страни даваоца кредита.<sup>33</sup> Грађанско одељење ВКС

---

ним саопштењем продавцу у року од 3 дана од дана потписивања те исправе, од ког се права купаца не може унапред одрећи.

31 Службени гласник РС бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 и 87/2018.

32 Чл. 8. ЗПП.

33 Б. Беговић (2016), *passim*, Б. Беговић, Н. Илић, *passim*, Б. Беговић (2017), *passim*.



тима је, додуше у посве редукованом обиму и тражећи нешто што се у банкарском пословању нигде не тражи, а могло би се назвати потпуна валутна усклађеност,<sup>34</sup> прихватило да валутна клаузула може да служи и заштити од валутног ризика, па је у случају да је постојала потпуна равнотежа задужења и пласмана банке у швајцарским францима на нивоу сваке поједине кредитне линије прихватило могућност да валутна клаузула у швајцарским францима буде пуноважна.

Оваквом ставу могла би се упутити како иманентна, тако и трансцедирајућа критика. С тачке гледишта иманентне критике, није исправно захтевати као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима стопроцентну валутну усклађеност на страни банке, јер се то не захтева ни одговарајућим одлукама регулатора пословања пословних банака, Народне банке Србије, о ризицима и адекватности капитала, већ се дозвољавају извесна одступања.<sup>35</sup> Такође, није јасно зашто се потпуна валутна усклађеност тражи само код индексације валутном клаузулом у швајцарским францима, а не и у еврима. Трансцедирајућа критика иде за тим да постави питање какве везе има структура извора финансирања, порекла новца који банка или било који други зајмодавац позајмљује са пуноважношћу валутне клаузуле. Као што је горе, у анализи прве тачке правног схватања, речено, мотив, побуда због које нека уговорна одредба бива унета у уговор не утиче на његову пуноважност, па тако ни сврха уношења валутне клаузуле у швајцарским францима нема утицаја на њену пуноважност, осим ако би се радило о недозвољеној побуди за коју, у време закључења уговора, друга уговорна страна зна или мора знати (пошто је уговор о кредиту теретан). Уговарање валутне клаузуле, понављам, није вршење права, па да се онда путем сврхе неког права и његовог противциљног вршења изведе закључак да је посреди злоупотреба права која не ужива правну заштиту. Чини се да је логика грађанског одељења ВКС, заправо, негирање да се у случају ових уговора о кредиту уопште ради о валутној клаузули, јер се чини да им ВКС прилази као уговорима у којима је валута испуњења, динар, у ствари и валута обавезе, па како је динарски износ уговором везан за швајцарски франак, а како је курс швајцарског франка према динару неочекивано порастао онда је обавеза дужника, рачунато у динарима, неочекивано и значајно порасла.

34 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи)..

35 В. о томе детаљније Б. Беговић (2016), стр. 28. Види и Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

Наиме, једино у ситуацији потпуне валутне усклађености ова промена курса не би никако утицала на промену динарске еквиваленције вредности међусобних престација (у смислу да би и дуг банке, а не само њено потраживање, растао у динарима), па би онда и у таквом сценарију било „неправедно“ сматрати индексацију швајцарским францима ништавом. Међутим, иако је јасно да би у оваквом резонувању постојало неколико очигледних логичких и правних грешка, јер је код валутне клаузуле реч о томе да је валута обавезе страна валута, конкретно швајцарски франак, а да је обавеза дужника у швајцарским францима практично остала непромењена, чак и кад би се прихватило то резонување оно не би могло да води ништавости јер, као што је речено, ништавост постоји или не постоји у тренутку закључења уговора, и не може зависити од будућих околности попут раста курса или изостанка инфлације. Подсетимо се, ништавост се цени у тренутку закључења уговора, он је тад или пуноважан или непуноважан (ништав/непостојећи или рушљив), и накнадне околности не могу утицати на закључак о пуноважности уговора (а могу довести у питање његов опстанак или измену, примера ради кроз институт промењених околности). Отуд је овај „услов пуноважности“ валутне клаузуле у уговорима о кредиту индексираним у швајцарским францима потпуно правно нелогичан и, усуђујем се рећи, погрешан, односно, прецизније речено, последица је погрешног приступа и разумевања смисла валутне клаузуле у свим уговорима, па и у уговорима о кредиту. Наше право садржи законску дефиницију валутне клаузуле, и она, подсетимо, гласи: „*Валутна клаузула је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)*“ (члан 2, тачка 24 Закона о девизном пословању из 2006. године). Пуноважност уговарања валутне клаузуле у српском праву ни на који начин није законски везана за изворе финансирања зајмодавца, и било би економски нелогично и погрешно ако би закон у будућности успоставио такву везу.

Други услов који се правним схватањем тражи за пуноважност валутне клаузуле у швајцарским францима у уговору о кредиту јесте „*да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле*“. Ако се изузме извесна језичка непрецизност, јер пре закључења уговора ниједна страна, па ни давалац кредита, није могао знати последице које „*ће настати*“, већ само оне које би могле настати, па је само о њима могао да информише корисника кредита, већ на први поглед се постављају бар два питања

у вези с овим условом. Прво питање јесте на основу које законске одредбе грађанско одељење ВКС налази да је давалац кредита имао овакву предуговорну обавезу према кориснику кредита у време које је претходило закључењу уговора, а друго, под претпоставком да је наведена обавеза заснована на прописима о заштити потрошача (јер је за њих типична), због чега у случају уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима важи и кад корисник кредита није потрошач?

Одредба која обавезује банку или другог пружаоца финансијске услуге да, пре закључења уговора о кредиту, кориснику кредита доставе писану информацију (упозорење) о ризицима које преузима уговарањем валутне клаузуле налази се у члану 17. Закона о заштити корисника финансијских услуга из 2011. године,<sup>36</sup> и то у ставу 3. изворног текста тог закона, који је гласио: *„Ако се кредит уговори у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути - банка и давалац лизинга су дужни да кориснику укажу на ризике које преузима у том случају“*, односно у другој реченици садашњег става 2. по изменама из 2014. године, који гласи: *„Банка и давалац лизинга су дужни да кориснику услугу понуде у динарима, осим ако корисник не захтева да му се услуга понуди у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути, у складу с прописима којима се уређује девизно пословање. Банка и давалац лизинга су дужни да кориснику у писменој форми укажу на ризике које преузима кад се услуга пружа у динарској противвредности стране валуте, односно у страниј валути“*. Проблем с овим одредбама у контексту уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима јесте да је изворни текст Закона о заштити корисника финансијских услуга ступио на снагу 4. јуна 2011, а почео је да се примењује од 5. децембра 2011. године, док је, као што је већ наведено, НБС забранила валутну клаузулу у швајцарским францима јуна 2011. године и то с почетком примене од 1. јула 2011. године. Другим речима, сви уговори с банкама у којима је коришћена валутна клаузула у швајцарским францима закључени су пре ступања на снагу, односно почетка примене овог закона, а прелазним и завршним одредбама овог закона није предвиђено ретроактивно дејство цитиране одредбе члана 17, из посве разумљивих разлога. Поред тога, Закон о заштити корисника финансијских услуга није изреком предвидео санкцију ништавости за непоштовање наведене одредбе, већ је предвидео, и то тек изменама из 2014. године, да је повреда дужности предвиђених чланом 17. тога закона санкционисана новчаном казном

---

36 Службени гласник РС бр. 36/2011 и 139/2014.

(члан 50 тога закона, који се односи на банке). Ипак, сматрам да се санкција ништавости у случају непоштовања могла засновати на одредби о сходној примени општег прописа о заштити потрошача садржаној у члану 4. изворне верзије Закона о заштити корисника финансијских услуга, и већ цитираној одредби члана 3. важећег Закона о заштити потрошача из 2014. године о ништавости уговорних одредби којима се повређују права потрошача.<sup>37</sup> Иначе, за период када су закључивани уговори о кредиту индексирани у швајцарским францима, извори права заштите потрошача су били, за највећи број уговора, Закон о заштити потрошача из 2005. године<sup>38</sup> а, за уговоре закључене после 1. јануара 2011. године, Закон о заштити потрошача из 2010. године.<sup>39</sup> Закон о заштити потрошача из 2005. има два члана који се односе на уговоре о кредиту (чл. 29. и 30.), при чему о предуговорној обавези обавештавања говори члан 29. став 2, који гласи: „Давалац потрошачког кредита дужан је да, пре закључења уговора, у писменој форми обавести потрошача о највишем износу потрошачког кредита, о годишњој каматној стопи и условима под којима се она може променити, о трошковима кредита који се наплаћују у време закључења уговора и условима под којима се они могу променити, као и о условима и поступку раскида уговора“. Из ове се одредбе тешко може извући дужност даваоца кредита која је правним схватањем ВКС предвиђена као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима. Поред тога, овај законски текст не предвиђа изричито ништавост као санкцију за непоштовање права потрошача предвиђених тим законом, а повреду предуговорне обавезе обавештавања даваоца кредита не предвиђа чак ни као привредни преступ нити прекршај. Закон о заштити потрошача из 2010. године на општи начин, у свом члану 3, предвиђа ништавост уговорних одредаба или уговора који су закључени супротно његовим одредбама, а на штету потрошача, а предвиђа и право на информисаност као једно од основних права потро-

---

37 И чл. 3. Закона о заштити потрошача имао је сличну одредбу о ништавости уговора, односно уговорне одредбе. Ипак, од измена Закона о заштити корисника финансијских услуга из 2014. године његов члан 4. више не предвиђа супсидијарну примену закона којим се уређује заштита потрошача, па од тада није неспоран закључак да непоштовање дужности предвиђених тим законом води ништавости уговора или појединих његових одредби (мада би по мом мишљењу упркос недостатку изричите упућујуће одредбе било могуће применити одредбу Закона о заштити потрошача која чини ништавим оне уговорне одредбе којима се ускраћују права потрошача). У сваком случају, због временског важења прописа, ово питање је ирелевантно за питање пуноважности валутне клаузуле.

38 Службени гласник РС бр. 79/2005.

39 Службени гласник РС бр. 73/2010.

шача, али не садржи одређеније одредбе које би се односиле на уговоре о кредиту уопште, а посебно с валутном клаузулом. Имајући све то у виду, чини се да наведене одредбе не дају основ за захтев који је правно схватање ВКС предвидело као услов пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима, те да, у време закључења спорних уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, ниједан важећи закон, па ни они о заштити потрошача, нису предвиђали обавезу банке „да пре закључења уговора кориснику кредита достави потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“.<sup>40</sup>

Најпосле, пошто ВКС у свом правном схватању није везао овај захтев за уговоре о кредиту закључене с потрошачима, могуће је да је основ за његово изношење нашао у општем уговорном праву. Мени се чини да не би било исправно покушати заснивање ове обавезе непосредно на неким најопштијим начелима, попут начела савесности и поштења из члана 12. ЗОО, пре свега због тога што непосредна примена најопштијих начела, у одсуству конкретнијих правних норми којима се такво начело разрађује, није исправна (јер, у том случају, начела и слободно судијско уверење били би довољни, па би остатак законских текстова био вишак), и погубно би деловала на правну сигурност (суд би да је тако, начелно, сваку уговорну одредбу за коју се накнадно покаже да је довела до резултата које суд не сматра праведним могао прогласити ништавом јер је супротна савесности и поштењу; то би заправо значило да суд суди по правичности, а не по закону). С друге стране, извући постојање опште обавезе предговорног обавештавања и упозоравања на ризике само из начела савесности и поштења било би, у најмању руку, некоректно.<sup>41</sup> Осим тога, ако би се узело да је и пре усвајања Закона о заштити корисника финансијских услуга постојала дужност банке да упозори корисника кредита о ризицима валутне клаузуле заснована на општој дужности

40 Чини се да је суд приликом усвајања правног схватања имао у виду и став Европског суда правде, исказан у његовој пресуди бр. С-186/16 од 20. септембра 2017, али ваља имати на уму да се та пресуда тиче тумачења европске Директиве 93/13/ЕЕС која важи само за потрошаче, која не важи у Србији нити је важила у време закључивања уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, и која није била „транспонована“ у наш Закон о заштити потрошача из 2005, који се примењује на већину тих уговора. В. пресуду ЕСЈ на <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194645&doclang=EN>, последњи приступ 20.4.2019.

41 В. о општој обавези обавештавања и њеним могућим основима у важећем праву недавно с одликом одбрањену докторску расправу С. Дабић, *Дужност обавештавања при закључењу уговора*, Београд 2018, *passim*, а о дужности упозорења посебно стр. 353-357.

обавештавања, последица повреде такве дужности, по правилу, не би била ништавост, већ било рушљивост (услед „преваре ћутањем“) било обавеза накнаде штете, а некада и могућност да се уговор раскине.

Због свега наведеног чини се да је друга тачка правног схватања ВКС, које иде за тим да валутну клаузулу која предвиђа швајцарски франак као валуту обавезе прогласи ништавом, нема добро упориште у важећем праву у Србији. Ствари ће, разуме се, бити јасније кад ВКС објави и своје образложење,<sup>42</sup> али чини се да, од свих упоришта за које се може претпоставити да би ВКС могао да их узме као основ свог схватања у овој тачки, ниједно није довољно добро, односно ниједно не пружа довољан основ за изнети став.

### 3.3 Трећа тачка

Трећа тачка правног схватања ВКС предвиђа конверзију (претварање) уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима у уговор о кредиту с валутном клаузулом у еврима. Иако се из формулације ове тачке може закључити да се ради о примени института делимичне ништавости из члана 105. ЗОО, детаљнија анализа показује да је ВКС заправо применио чл. 106. ЗОО, односно институт (судске) конверзије.

Члан 105. ЗОО, чији је рубрум „Делимична ништавост“, гласи: „(1) Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен. (2) Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње“. Прва реченица треће тачке правног схватања грађанског одељења ВКС на први поглед упућује на примену овог института, пошто се каже да упркос ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима уговор остаје на снази. Такав закључак би, међутим, био погрешан. Делимична ништавост би, наиме, значила да уговор о кредиту опстаје без валутне клаузуле у швајцарским францима, што би га претворило у динарски кредит с каматном стопом примењивом на швајцарске франке, и што свакако не би било оно што је банка, у време закључења уговора, желела и на шта би пристала. Валутна клаузула је, наиме, битан услов уговора о кредиту који је садржи, и њена ништавост нужно води ништавости целог тог уговора. Отуд трећа тачка,

---

42 После објављивања образложења, 17. априла 2019, извесно је шта је ВКС имао у виду при доношењу правног схватања, али ствари на жалост нису тиме постале нимало јасније.

заправо, представља примену члана 106. ЗОО и института конверзије. Тај члан гласи: „*Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора*“. Ако се пође од тога да ВКС сматра валутну клаузулу у швајцарским францима ништавом (што сматрам погрешним) а у еврима пуноважном (што сматрам исправним), онда су заправо испуњени услови за примену института судске конверзије.<sup>43</sup> Конверзија је могућа ако су обе уговорне стране савесне, што значи да нису знале да је посао који предузимају ништав (непостојећи и рушљиви послови не могу конвертирати).<sup>44</sup> Услови за конверзију<sup>45</sup> морају да постоје у часу предузимања ништавог посла. Конверзија наступа *ex lege* кад су за њу испуњени услови, за њу није потребно наступање додатних правних чињеница, она наступа истовремено с ништавим правним послом; други посао заузима место ништавог *ab initio*, од самог тренутка закључења, и дејство тог другог посла (које је исто или битно слично као дејство ништавог посла) наступа одмах, од момента закључења ништавог посла. Ово је од значаја и за средства обезбеђења, која настављају да обезбеђују потраживање из посла насталог конверзијом. У том смислу, судска одлу-

---

43 О институту конверзије види од домаће литературе најдетаљније, В. В. Водинелић (2014), стр. 471-474. Конверзија се теоријски дефинише овако: „*Конверзија је преобраћење (претварање, преображај) непуноважног правног посла у пуноважан. Наместо оног правног посла којим су стране хтеле да произведу правна дејства, а који је ништав, ступа ex lege у часу његовог предузимања један други правни посао друге врсте или исте врсте а друге садржине, који је пуноважан а који производи иста или слична правна дејства, и који су стране подредно хтеле или би било разумно да га хоће да су знале за ништавост посла који су предузеле*“ (наглашавање моје).

44 За супротан став в. Л. Карамарковић, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2002, стр. 13-14. Према схватању Карамарковићеве, конвертирати могу само непостојећи послови, а апсолутно ништави не могу, иако признаје да чл. 106. ЗОО, чији је узор чл. 83 Константиновићеве Скице за Законик о облигацијама и уговорима, прописује друкчије. Ипак, генеза института конверзије и његова упоредноправна еволуција и примена показују да се он примењује управо на ништаве уговоре, и то оне забрањене, који чине срж појма ништавих уговора, а никако на непостојеће, па је овај став у доктрини остао усамљен.

45 Да је посао ништав, да у себи садржи важеће састојке који одговарају и довољни су за пуноважност неког другог посла, да пуноважности тог другог посла не сметају узроци ништавости предузетог посла, да су дејства тог другог посла иста или битно слична дејствима која су се желела ништавим послом, те да су стране подредно хтеле други посао ако је предузети ништав (уговорна конверзија) или да би га разумне странке хтеле да су знале за ништавост предузетог посла (судска конверзија) или да је конверзију предвидео закон (законска конверзија). В. В. В. Водинелић (2014), стр. 472.

ка којом се признаје конверзија је декларативна. Конверзија може бити законска, судска и уговорна. Конверзија предвиђена правним схватањем ВКС јесте судска конверзија,<sup>46</sup> а грађанско одељење ВКС је очигледно мишљења да би разумни банка и корисник кредита, да су у моменту закључења знали да је уговор о кредиту индексан швајцарским францима ништав (*quod non*, по мом ставу), оптирала за (пуноважан) уговор о кредиту индексан евром и закључили такав уговор. Чињеница да неки од корисника кредита, у моменту закључења уговора, нису били кредитно способни да исту главницу узму у еврима (јер је, због веће каматне стопе, рата отплате била већа), по схватању ВКС очигледно није од значаја за спровођење конверзије.

У сваком случају, иако не искључујем могућност да би детаљнија анализа могла да покаже неке слабости у резонувању ВКС у погледу конверзије,<sup>47</sup> чини се да је сама операција конверзије учињена у складу с чл. 106. ЗОО и смислом и условима примене овог института. Разуме се, то не мења мој став да је полазна премиса за ову операцију, а то је ништавост уговора о кредиту с валутном клаузулом у швајцарским францима, погрешна, што погрешним чини и примену конверзије у овом случају. Оно што желим да истакнем јесте да је институт конверзије, да су полазне премисе биле исправне, примењен коректно.

### 3.4 Четврта и пета тачка

Као што је речено, последње две тачке правног схватања грађанског одељења ВКС иду за тим да онемогуће да, пре наступања конверзије предвиђене трећом тачком банка, односно давалац кредита принудно оствари потраживање реализацијом средстава обезбеђења. Четврта тачка предвиђа усвајање привремене мере такве садржине на предлог корисника кредита (дужника), у случају да још није покренут извршни поступак, а пета тачка одлагање извршења на захтев извршног дужника без обавезе полагања јемства, ако је извршни поступак у току.

---

46 „Суд, на основу опште одредбе закона о могућности конверзије и општег овлашћења садржаног у тој могућности (чл. 106. ЗОО), утврђује да ли су у конкретном случају непуноважног посла испуњен и општи услови за конверзију, као и то да ли постоји неки други посао у који би предузети могао да се претвори с обзиром на опште услове за конверзију, а посебно с обзиром на то да ли му је дејство истоветно или битно слично предузетом послу...“. В. В.Водинелић (2014), стр. 473.

47 Накнадна анализа образложења то је и показала.



Што се тиче привремене мере у парничном поступку којим се тражи утврђење ништавости уговора о кредиту индексираног у швајцарским францима, односно валутне клаузуле, она се темељи на члановима 447, 449. и 460. Закона о извршењу и обезбеђењу (даље: ЗИО 2015),<sup>48</sup> којима је предвиђено да привремена мера може да се тражи и уз тужбу за утврђење (чл. 447. ст. 2), да, „да би се одредила привремена мера за обезбеђење неновчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (опасност по потраживање)“ (чл. 449. ст. 3), те да „ради обезбеђења неновчаног потраживања може да се одреди свака мера којом се постиже сврха обезбеђења“ (чл. 460). Чланом 327. ЗПП предвиђена је могућност да суд доношењем решења одлучи о привременој мери ван рочишта за главну расправу. У конкретном случају могло би бити упитно да ли су испуњени наведени услови из члана 449. ЗИО 2015, али се чини да би постојећа доктрина оправдала ову могућност.<sup>49</sup>

Одлагање извршења на предлог дужника уређено је чланом 122. ЗИО 2015, који гласи: „(1) Извршни дужник може једном у току извршног поступка да предложи јавном извршитељу да се одложи извршење. (2) Извршење може у том случају да се одложи ако извршни дужник учини вероватним да би услед извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, која је већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац, и ако одлагање оправдавају нарочити разлози које извршни дужник докаже јавном или по закону овереном исправом. (3) На предлог извршног повериоца, који је могућ до доношења решења о предлогу извршног дужника, јавни извршитељ условљава одлагање полагањем јемства од стране извршног дужника, изузев ако би полагање јемства довело извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу. (4) Сматра се да је предлог за одлагање повучен ако извршни дужник не положи јемство у року који је одредио јавни извршитељ“. Чини се да пета тачка правног схватања ВКС није у супротности с овом одредбом, поготово имајући у виду да се у пракси најчешће односи на принудну продају непокретности у којој дужник станује. Проблем би могао бити ако је

48 Службени гласник РС бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење.

49 В. Н. Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Београд 2012, стр. 353 и даље; Н. Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, стр. 530 и даље; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, стр. 561 и даље.

извршни дужник већ једном предложио одлагање (јер, по слову закона, то је могуће тражити само једном), те ситуација у којој нема јавне или по закону оверене исправе којом би се доказали нарочити разлози који оправдавају одлагање<sup>50</sup> (што је такође законски услов за одлагање извршења на предлог дужника).<sup>51</sup>

Проблем са последње две тачке би, такође, могао бити у томе што, у овом делу, правно схватање грађанског одељења ВКС одиста не представља извор права, ни у фактичком смислу, јер против решења о привременој мери, као ни против решења о одлагању извршења, нису дозвољени правни лекови који би довели до одлучивања ВКС.<sup>52</sup> Због тога је овај део правног схватања само препорука нижестепеним судовима, у пуном смислу речи. Другим речима, ако нижи суд одлучи да не следи одредбе ове две тачке правног схватања, нема начина да незадовољна страна доведе одлучивање до ВКС, за који су те одредбе обавезне, па нижи суд не мора да страхује од могућег пада својих одлука о привременој мери и одлагању извршења пред ВКС. Ипак, ваља приметити да је, само дан након објављивања правног схватања ВКС, већ дошло до првог одлагања извршења (продаја непокретности у Нишу), додуше на предлог извршног повериоца (банке),<sup>53</sup> тако да се може рећи да став ВКС ипак врши значајан утицај на праксу.

#### 4. Образложење<sup>54</sup>

Образложење правног схватања грађанског одељења ВКС објављено је неких 15 дана после диспозитива тог схватања, а пошто су изнад наведени делови ове анализе већ били написани. У основи, у образложењу се ВКС позива управо на резоне и аргументацију који су у овом тексту подвргнути анализи, уз један став који је за мене био изненађујући и који

---

50 О овом потоњем в. разматрање и приказ судске праксе у Н. Бодирога (2017), стр. 280-281. Суд је у том случају преиначио одлуку јавног извршитеља да одбије дужников захтев за одлагање извршења и усвојио је захтев, иако извршни дужник није јавном или по закону овереном исправом доказао постојање разлога за одлагање.

51 В. о одлагању извршења по Закону о извршном поступку из 2004. Б. Познић, В. Ракић Водинелић, стр. 505-507; по ЗИО 2011, који је искључио, односно сасвим ограничио могућност одлагања, Н. Бодрога (2012), стр. 268-271.

52 Чл. 27. ЗИО 2015.

53 В. <https://www.danas.rs/ekonomija/siguran-u-pobedu-ali-spreman-i-za-strazbur/>, последњи приступ 20.4.2019.

54 Образложење Правног схватања грађанског одељења ВКС објављено је на сајту ВКС дана 17. априла 2019. године. Због рока за предају текста остало ми је само времена да се на њега осврнем у посебном делу овог рада.

нисам узео у обзир у анализи пре објављивања образложења. Иако ћу бити кратак, ваља кренути редом.

Прво, образложење је писано тако да су у његовом првом одељку побројани прописи на основу којих је правно схватање усвојено, али на врло необичан начин, методом „насумичног гомилања“. Поменут је чл. 1065. ЗОО, те чланови 12, 13, 14, 15 и 16 ЗОО који садрже одредбе о најопштијим начелима, потом чл. 3. став 1. тачка 2, 11, чл. 17. ст. 1. и 2. и чл. 18. Закона о заштити потрошача из 2005. године (не и чл. 29. и 30. који се односе на потрошачке кредите!), чл. 41, 42. и 43. сада важећег Закона о заштити потрошача, те чл. 13 и 15. Закона о заштити корисника финансијских услуга (не и члан 17. тог закона, који се непосредно односи на валутну клузулу!), те на крају чл. 105. и 103. ЗОО. На страну то што су неки од ових бројева погрешно наведени (примера ради, Закон о заштити потрошача из 2005. говори о праву на информисаност потрошача у чл. 3. став 1 тачка 3, а не тачка 2), ниједна од ових норми није посебно анализирана ни у смислу садржине и значења ни у смислу временског важења (што се пре свега односи на данас важећи Закон о заштити потрошача и Закон о заштити корисника финансијских услуга). Иако је констатовао да су уговори о кредиту закључени посредством општих услова, није ни поменут ни члан 142. ни, посебно, члан 143. ЗОО који говори о ништавости неких одредаба општих услова и могућности суда да неким одредбама пружи правну заштиту. Једноставно, грађанско одељење ВКС је пред нас „просуло“ низ чланова закона као да нам је рекло да је основ за њихово правно схватање ту негде, међу тим члановима, па кога занима може да потражи тај основ и сам.

Слично би се могло рећи и за други одељак образложења, који би требало да повеже дозвољеност валутне клаузуле (поменути су чл. 34. став 8 Закона о девизном пословању и чл. 395. ЗОО) и начело еквиваленције узајамних давања (чл. 15. ЗОО), али ту везу и ексклузивност те сврхе ничим није заснована. Једна је ствар навести да валутна клаузула може да служи очувању еквиваленције узајамних давања, а посве друга рећи да мора да служи томе и да једино томе може да служи. Из чињенице да се плаћање у Србији врши у динарима као валутом исплате није могуће логички извући закључак да валутна клаузула служи одржавању еквиваленције узајамних давања, и то у динарима, сасвим напротив: начело еквиваленције говори о еквиваленцији обавеза, а обавезе су изражене у изабраној валути обавезе, а не у динарима као валути плаћања. Још мање смисла има помињање интервенција НБС на међубанкарском девизном тржишту и одлука о стопи циљане инфлације у контексту тврдње да само

индексација евром служи очувању начела еквиваленције. Ради се о „неподношљивој лакоћи образлагања“, која је лишена сваког смисла и логичке везе између тврдњи (премиса) и закључака.

Трећи део образложења је контрадикторан другом – други каже да је валутна клаузула дозвољена само ради заштите начела еквиваленције, а трећи да је валутна клаузула дозвољена и ради преваљивања валутног ризика банке на корисника кредита. ВКС помиње члан 25. Закона о девизном пословању,<sup>55</sup> који говори о томе када се кредитирање може вршити непосредно у девизама, што се онда без објашњења доводи у везу с валутном клаузулом и плаћањем противвредности у динарима. У сваком случају, захтев за потпуном валутном усклађеношћу као услову пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима заснива се у овом образложењу на чл. 25. Закона о девизном пословању, који говори о томе кад банке могу да кредитирају клијенте непосредно у девизама.

Четврти део образложења, који се односи на други „услов пуноважности“ валутне клаузуле у швајцарским францима, поред поновног набрајања чланова о најопштијим начелима ЗОО, као и чланова Закона о заштити потрошача, из 2005. године и оног данас важећег, као и Закона о заштити корисника финансијских услуга (уз све грешке и пропуштања као у првом делу образложења, осим придодавања члана 29. Закона о заштити потрошача из 2005. који се заиста односи на потрошачки кредит), садржи и оно једно „изненађење“ о коме је било речи у уводу овог одељка овог рада. Ради се о следећој тврдњи: *„Стога је очито да су банке даваоци кредита индексираних применом курса швајцарског франка могле и морале предвидети енормни раст курса те валуте. Шта више, оне су имале извесно сазнање да ће нагли скок курса швајцарског франка наступити током 2008. године“*. Да је овај закључак имало тачан, све би тадашње банке и њихови службеници били милионери, па и они који сада туже своје бивше послодавце да пониште или раскину уговоре о кредиту индексираних у швајцарским францима. Оваква тврдња равна је тврдњи да неко зна којих 7 бројева ће у извлачењу у одређеном периоду бити извучено на лотоу. Извесно сазнање да ће нека валута драстично ојачати у односу на неку другу током једне године навело би банке да сав свој расположиви капитал, независно од његове валутне структуре, пласирају искључиво у тој валути за коју знају да ће порасти, будући да би на тај начин остварили велику једнократну добит (а то се није догодило). Олако рећи да то чини валутну клаузулу у швајцарским францима непре-

---

55 Службени гласник РС бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

вичном, без анализе временске примене члана 43. Закона о заштити потрошача из 2014, као и у њему садржаних општих и посебних критеријума по којима се нека уговорна одредба у потрошачком уговору може прогласити неправичном, заиста је недопустиво (чак и у случају да би *lege artis* спроведена анализа потврдила тврдњу да је одредба неправична и отуд ништава). Таква лакоћа закључивања и прескакање било какве анализе ствара утисак да грађанско одељење ВКС не осећа потребу да темељно и методично образлаже своје ставове, као да сматра да је за заснованост и ауторитет сопствених ставова довољно већ то што је став усвојио ВКС, без обзира на образложење. Овај део садржи и позивање на праксу Суда правде Европске Уније, али уз погрешно навођење броја и датума одлуке, и без икаквог образложења како је и на који начин став тог суда релевантан за српско право, имајући у виду да се Уредба ЕУ бр. 93/13/ЕЕС из 1993. године о чијем се чл. 4. наводно говори у тој одлуци не примењује у Србији (или се примењује, али из образложења не видимо како и на основу чега).<sup>56</sup> ВКС није погрешно навео став Европског суда правде о тумачењу члана 4(2) Уредбе 93/13/ЕЕС у погледу захтева да одредба у потрошачком уговору буде јасна и разумљива, али није коректно навео судску одлуку нити објаснио правну обавезност (ако је има) такве одлуке за ВКС и правне субјекте у Србији, ако се узме да се наведена Уредба није примењивала у Србији у време закључења спорних уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима.

Последњи, пети део образложења, тиче се највећма треће тачке правног схватања, односно конверзије, уз покушај да се она изведе хибридном применом института делимичне ништавости из чл. 105. ЗОО и института конверзије из чл. 106. ЗОО, што није исправно јер се ради о два међусобно искључива, мада сродна института. Верујем да је суд овако учинио јер је желео да сачува постојећа средства обезбеђења дата даваоцима кредита, а држао је да би ништавост целог уговора нужно довела до ништавости средстава обезбеђења, што код конверзије, и без уплитања

---

56 У образложењу се помиње одлука број 22853/15 од 27.11.2018. године. Одлука под овим бројем не може се наћи у бази судске праксе Европског суда правде, а не помиње се у контексту одлука које се тичу проблема кредита индексираних у швајцарским францима. Одлуке које су доступне и које се помињу су, хронолошки, C-26/13 од 30.4.2014, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* (она се тиче члана 4(2) наведене Уредбе); потом C-186/16 од 20.9.2017, *Ruxandra Paula Andriciu and Others v Banca Românească SA* (такође се тиче члана 4(2) наведене Уредбе); потом C-51/17 од 20.9.2018, *OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. v Teréz Ilyés, Emil Kiss* (такође се односи на чл. 4(2) те Уредбе); те C-118/17 од 19.3.2019, *Zsuzsanna Dunai v ERSTE Bank Hungary Zrt* (која се не односи на члан 4(2) наведене Уредбе).

делимичне ништавости, не би био случај, јер би сва обезбеђења важила и за „конвертовани“ уговор.<sup>57</sup> Најпосле, препорука у погледу привремене мере и одлагања извршења образложена је у овом делу сасвим лапидарно, навођењем чл. 327. ЗПП и 122 ЗИО.

Најпосле, ваља истаћи да грађанско одељење ВКС, иако је у првом делу образложења истакло да се код уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима ради о формуларним уговорима који се закључују по приступу, уз примену општих услова, ни на који начин није разматрао могућност примене члана 143. ЗОО у контексту евентуалног утврђивања ништавости одредбе о валутној клаузули у швајцарским францима.

### 5. Закључак

На основу извршене анализе чини се да је грађанско одељење ВКС при усвајању правног схватања више ишло за тим да усвоји решење које сматра правичним, уз избегавање неких евентуалних нежељених ефеката таквог решења, него да се бави применом важећих прописа. Фигуративно говорећи, ВКС је поступио као арбитражни трибунал који су стране овластиле да одлучи *ex equo et bono*, а не као суд који треба и мора да суди по закону. У којој мери је то и успео, засад је још увек упитно, а као што је речено прелиминарне калкулације показују да би у великом броју случајева примена правног схватања ВКС онако како гласи, и конверзија у уговоре о кредиту индексираних евром, била неповољнија за кориснике кредита него постојећа ситуација.<sup>58</sup> Анализирајући ово правно схватање тешко је било отети се утиску да је грађанско одељење ВКС имало унапред одабрано решење које је морало да испуни неколико услова (да потврди пуноважност валутне клаузуле у еврима; да утврди ништавост валутне клаузуле у швајцарским францима, јер би њена пуноважност обесмислила и раскид уговора због промењених околности чија би последица била враћање износа у швајцарским францима плативо у динарима, да сачува средства обезбеђења која су дата банкама за кредите индексираних швајцарским францима упркос ништавости, да заустави принудна извршења до конверзије), па је онда накнадно настојало да нађе основе у прописима за такво, жељено решење. Начелно, овакав след закључивања приликом судовања није ни неуобичајен ни априори лош, и

57 Ради се о погрешном разумевању начела акцесорности, односно једном од иманентних изузетака од дејстава тог начела, који проистиче из смисла института конверзије ништавог посла.

58 Б. Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, 2019. (у штампи).

често суд прво одлучи како треба пресудити а доцније тражи законско упориште за такву своју одлуку. Невоља је, међутим, кад такво упориште не успева да нађе, јер онда суд напушта закон и „дезира“, импровизује с образложењем и, по мом суду, прави много већу будућу штету од могуће садашње користи, јер ствара правну несигурност и нарушава репутацију земље у том погледу.

По мом суду, „најтањи“ део правног схватања је став о ништавости валутне клаузуле у швајцарским францима, поготово имајући у виду начин на који је то образложено, односно на који је предвиђена изузетна пуноважност те клаузуле. Недостатак испитивања пуноважности валутне клаузуле с тачке гледишта правила ЗОО о општим условима пословања само доприноси негативној оцени рада ВКС приликом усвајања овог правног схватања. У најкраћем, разлог за мој став је у томе што „нагли скок курса швајцарског франка“ не може да буде основ за утврђивање ништавости те одредбе јер није постојао у време закључења уговора, а без тог наглог скока питање се не би ни поставило. По мом суду, не би било незамисливо да измена курса буде основ за примену неких других института попут промене или раскида уговора због измењених околности, али о ништавости не може бити ни речи. Ретроактивна примена потрошачког права на све уговоре о кредиту индексиране швајцарским францима, и потрошачке и непотрошачке, није добар пут за одбрану става о ништавости, јер да је законодавац желео да се та правила примењују ретроактивно, он би тако и предвидео. Још мање је то проналажење и учитавање смисла које нико разуман у време закључења уговора не би учитао у одредбе тада важећих прописа о заштити потрошача. Поред ове основне замерке, неоснованим сматрам и редукцију става да је валутна клаузула дозвољена само на ситуације у којима она служи заштити начела еквиваленције и само ако је валута индексације евро. Примена института конверзије, иако би се образложењу дало штошта замерити јер брка два сродна али различита и међусобно искључива института (делимична ништавост и конверзија), спроведена је на мање-више исправан начин, а, упркос мањим замеркама, и став о привременој мери и одлагању извршења није, по мом суду, неисправан, и логично произлази из претходних тачака.

Питање уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима у међувремену је постало предмет посебног закона,<sup>59</sup> чију припрему је „најавило“ правно схватање ВКС које је овде анализирано, а којим је, уз

---

59 Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, који је у тренутку предаје овог рукописа још увек предлог и у поступку је усвајања у Народној Скупштини.

конверзију у евро, предвиђен и отпис одређеног процента преостале главнице потраживања.<sup>60</sup> Иако сам скептичан у погледу става да ће усвајање овог закона коначно решити све аспекте проблема и спорове који су овим уговорима створени, може се претпоставити да ће, у непосредној будућности, олакшати живот бројним корисницима таквих кредита који се буду одлучили за конверзију уз отпис, што, без обзира на све околности, ипак сматрам добрим. Додуше, можда је било боље донети такав закон пре него што се грађанско одељење ВКС, дозволићу себи да и тако кажем, показало у лошем светлу усвајањем онаквог образложења свог правног схватања.

Наиме, оно што држим да посебно забрињава је недопустива неметодичност у погледу образложења изнетог правног схватања. Врховни касациони суд, као највиша судска инстанца у Србији, не би смео да доноси одлуке „јер је тако у могућности“, чак и кад јесте у таквој могућности. Врховна судска инстанца мора да даје пример свим другима, а пример који је дала начином на који је образложила ово правно схватање свакако није добар. Од ВКС би требало очекивати да озбиљна питања, која дотичу како судбине хиљада грађана тако и стабилност финансијског система државе и свеопшту правну сигурност и владавину права, анализира на много озбиљнији и методолошки утемељенији начин, те да у образложењима својих ставова покаже ток извођења једне такве анализе. Когод је икад читао иједну пресуду немачког *BGH*, аустријског *OGH*, француског *CCass.* или швајцарске *BGE* зна о чему овде говорим: из свих тих одлука се види темељан, озбиљан и детаљан рад који је претходио изношењу коначног закључка и одлуке суда. У тим одлукама суд јасно показује след сопственог резоновања и даје пун преглед аргумената како за став за који се одлучио тако и за супротан став. Манир према коме је довољно набацати у образложењу неколико најопштијих начела из ЗОО, а потом и низ чланова разних закона о чијем временском важењу, примењивости на конкретне случајеве о којима се одлучује, нема ни речи, **недопустив је** и потребно му је **што пре стати на пут**. Исто важи и за некоректно и нејасно цитирање међународне праксе, чија правна релевантност за доношење одлуке у вези са српским правом уопште није објашњена, те за изостављање из анализе многих одредби које би, можда, знатно боље послужиле за одбрану заузетог става. Такво поступање гура српски правни систем и српско правосуђе у друштво земаља за које смо навикли да су у том погледу далеко иза нас, а још увек живе правници који памте период у којем је наше правосуђе било у златној европској

---

60 За детаљнију анализу предлога овог закона у овом раду није било ни времена ни места.



средици, и у којем су наше судије највиших судова могле да на равној нози стручно дискутују са својим колегама из западних земаља, бар кад је о грађанском судовању реч. Другим речима, мене толико не брине то што је мој став о пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима друкчији од става грађанског одељења ВКС, то није необично и сасвим је легитимно. Оно што ме, међутим, веома брине је начин на који је грађанско одељење ВКС дошло до свог става, односно начин на који га је образложило. За будућност права и правосуђа у нашој земљи то је много опасније од било каквог решавања, укључујући и нерешавање, проблема с уговорима о кредиту индексираним швајцарским францима.

**Miloš ŽIVKOVIĆ**

**A SHORT LEGAL ANALYSIS OF THE LEGAL OPINION  
OF THE SUPREME COURT OF CASSATION ON VALIDITY  
OF THE FOREIGN CURRENCY CLAUSE IN CREDIT AGREEMENTS  
IN SWISS FRANCS AND CONVERSION**

**Abstract**

*After nearly a decade from the outbreak of the problem related to credit agreements indexed in Swiss francs, in early April of this year the Supreme Court of Cassation took position on the issue of validity of the foreign currency clause contained therein. According to the SCC opinion, the foreign currency clause related to Euros is valid, because only in case of Euros it serves to protection of the principle of equal value of mutual obligations, and in Swiss francs it is null and void, except in case the bank proves that it has itself taken a loan in Swiss francs in order to grant a credit, and that it has warned the credit user, in writing and in advance, on all risks and legal and economic consequences of contracting the CHF foreign currency clause. Credit Agreements with currency clause in CHF, however, convert in the valid credit agreements with currency clause in EUR, and from the very beginning, and until this conversion is applied the courts should grant legal remedies aimed at delaying the collection of the security rights. The analysis shows that the position on the validity of EUR foreign currency clause is correct, but that it contains an incorrect logical reduction, that the position on nullity of CHF clause seems not to be well grounded in the sense of legal reasoning and that it cannot survive a critical analysis, and that the positions on conversion and temporary suspension of enforcement are more*

*or less correct. The reasoning of the legal opinion was published 15 days after the opinion itself, and it was written in a methodologically unacceptable manner, with many deficiencies, both in technical (errors in quoting statutory provisions and case law) and, which is even more worrying, in the sense of legal and general logic. The conclusion of the analysis is that, despite obvious deficiencies and illogicalities in the legal opinion, its bigger deficiency is, in fact, the manner in which it was justified (the reasoning), respectively the manner in which the Supreme Court of Cassation considers it is entitled to adopt and justify its legal opinions that have an immense practical significance and outreach.*

**Keywords:** *Legal opinion of SCC – foreign currency clause – Swiss francs indexation – nullity.*

Милан ЈОВАНОВИЋ\*

## АНАЛИЗА ПРАВНИХ И ЕКОНОМСКИХ АСПЕКТАТА СТАВА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА О ПУНОВАЖНОСТИ ВАЛУТНЕ КЛАУЗУЛЕ КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА

### Резиме

*Предмет разматрања аутора у овом чланку јесу садржина и правно-економске последице правног схватања Врховног касационог суда, заузетог на општој седници Грађанског одељења 02.04.2019. године, као и разматрање правних института примењивих на питање пуноважности валутне клаузуле у уговорима о кредиту. Имајући у виду актуелност, значај овог питања за правну сигурност у Републици Србији, аутор је настојао да укаже на недостатке заузетог становишта, као и поједине противречности са позитивноправним нормама које уређују ову област, ради очувања правне сигурности свих учесника на домаћем финансијском тржишту.*

**Кључне речи:** Врховни касациони суд; валутна клаузула; кредити у швајцарским францима.

### І Увод

Врховни касациони суд (у даљем тексту: ВКС и/или Суд) је, на седници свог грађанског одељења 02.04.2019. године, заузео дуго очекивано и дуго најављивано правно схватање о пуноважности валутне клаузуле код уговора у швајцарским францима и конверзији тог дуга. Дугоочекивани, из разлога што је питање пуноважности валутне клаузуле актуелизовано током 2017. и 2018. године, у поступцима за раскид уговора због промењених околности, услед ап्रेसијације курса швајцарског франка, као валуте обавезе, у односу на динар, као валуте плаћања, и/или

---

\* Привредни суд у Нишу, судијски приправник

за утврђење ништавости одредбе уговора којом је предвиђена валутна клаузула. Након спроведеног првостепеног и другостепеног поступка, странке су иницирале поступак ревизије и посебне ревизије, сагласно овлашћењима из чл. 403 и 404 Закона о парничном поступку.<sup>1</sup> Врховни касациони суд је у овим случајевима,<sup>2</sup> изричито прихватио пуноважност валутне клаузула, и то без икаквих назнака да би, скоро непуне две године касније, општа седница Грађанског одељења Врховног касационог суда могла да заузме дијаметрално супротан став – да је валутна клаузула, индексирана у швајцарским францима ништава, те да је потребно извршити конверзију обавезе дужника – корисника кредита у евро. Због великог броја кредита индексираних у CHF валути, у решавање овог питања су се укључила и удружења корисника банкарских услуга, од којих су се корисницима и домаћој јавности наметнула удружења Центар за заштиту корисника банкарских услуга „CHF Србија“ и Удружење Банкарских Клијената „ЕФЕКТИВА“. С обзиром да одлуке домаћих судова, укључујући и Врховни касациони суд, до средине 2018. године нису одговорице на проблеме кредита индексираних у швајцарским францима у складу с очекивањима корисника тих кредита, Центар за заштиту корисника банкарских услуга „CHF Србија“ је 04.06.2018. године најавио протест корисника кредита за 06.06.2018. године, као и штрајк глађу корисника, уколико Врховни касациони суд и даље „игнорише“ ову тему.<sup>3</sup> Међутим, након одржаног протеста 06.06.2018. године, штрајк је обустављен, услед обећања Председника Врховног касационог суда „да ће до 01.10.2018. године Врховни касациони суд све предмете у вези са кредитима грађана задужених у швајцарским францима примљене до данашњег дана решити до 1. октобра 2018. године“. Том приликом је Председник суда посебно нагласио да „Врховни касациони суд не може унапред заузимати правне ставове, већ ће одлучивати само у конкретним предметима а што је и у складу са европским стандардима“. <sup>4</sup> Иако обећање решавања спорних питања није, и не би требало да буде учестало од стране носилаца судске власти, исто је умирило незадовољне грађане и

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

2 Видети одлуке Врховног касационог суда - Прев 60/2016 од 27.04.2017. године и Рев 2373/2016 од 21.06.2018. године.

3 Вест доступна на <http://rs.n1info.com/Biznis/a393577/Zaduzeni-u-svajcarcima-najavili-strajk-gladju.html>, 19.04.2019. године.

4 Видети саопштење Врховног касационог суда од 06.06.2018. године на: <https://www.vk.sud.rs/sr/sastanak-sa-predstavnicima-udruzeha-za-zastitu-korisnika-bankarskih-usluga-CHF-srbija>, 19.04.2019. године.

пружио наду ка окончању проблема дужника. Међутим, Врховни касациони суд није у обећаном року решио све примљене предмете, нити заузео став о спорним правним питањима која се јављају код уговора о кредиту, као што су накнаде за обраде кредитних захтева, накнаде за НКОСК<sup>5</sup>, пуноважност валутне клаузуле и испуњеност услова за раскид уговора о кредиту због промењених околности и др. С тим у вези, Привредни суд у Нишу је, на основу чл. 180 ЗПП, 05.07.2018. године упутио Врховном касационом суду захтев за решавање спорног правног питања – да ли је валутна клаузула у уговорима о банкарском кредиту пуноважна. Поступајући по овако поднетом захтеву, ВКС је одлуком Спп 12/18 од 11.12.2018. године одбио захтев за решавање овог спорног правног питања, уз образложење да је „... Врховни касациони суд кроз бројне одлуке исказао неспоран став о дозвољености уговарања валутне клаузуле“.

Ипак, на општој седници Грађанског одељења одржаној 02.04.2019. године Врховни касациони суд јеусвојио правно схватање о ништавости валутне клаузуле у уговорима индексираним у швајцарским францима, који ће бити предмет даље анализе. Наведено схватање је заузето супротно саопштењу овог суда од 06.06.2018. године да ВКС не може унапред заузимати правне ставове, ставу суда исказаном у поменутој одлуци Спп 12/18 од 11.12.2018. године, као и досадашњој судској пракси овог суда.<sup>6</sup>

## II Анализа правног схватања

Ставом првим објављеног правног схватања, Врховни касациони суд је заузео мишљење да се валутна клаузула може правно ваљано уговорити у циљу очувањаједнакости узајамних давања – тржишне вредности динарског износа пласиранихи враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра.Наизглед, ВКС је само афирмисао до сада устаљену праксу о пуноважности валутне клаузуле, што не би ни требало бити спорно, с обзиром да је иста нормирана чл. 395 Закона о облигационим односима<sup>7</sup>, као и чл. 2 ст. 1 тач. 24 и чл.34 ст. 8 Закона о девизном пословању<sup>8</sup>.

5 Национална корпорација за осигурање стамбених кредита.

6 Видети одлуке Врховног касационог суда - Прев 60/2016 од 27.04.2017. године, Рев 2357/2016 од 31.05.2017. године, Рев 2373/2016 од 21.06.2018. године и Рев 2134/17 од 17.10.2018. године.

7 Закон о облигационим односима –ЗОО,*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*<sup>а</sup>, бр. 1/2003 - Уставна повеља)

8 Закон о девизном пословању – ЗДП, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018).

Међутим, део овог става: „...која се утврђује индексирањем курса евра“ упућује на закључак да се односи на валутну клаузулу, односно да се валутна клаузула може правно ваљано уговорити једино индексирањем курса евра, док то *argumentum a contrariis* значи да уговарање швајцарског франка, или пак друге валуте, није правно ваљано. Чак и ако би се у недоумици узело да се цитирани део првог става односи на „тржишну вредност динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава“, остајене-јасно због чега би суд био дужан да утврђује тржишну вредност динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава индексирањем курса евра, када се тржишна вредност динара дневно одређује у складу с девизним тржиштем, о чему Народна банка Србије свакодневно сачињава курсну листу, за различите валуте. Нејасно је и због чега је ВКС одредио да се индексирање врши курсем евра, а не неке друге валуте подобне за очување вредности, као што је на пример долар, као светска резервна валута,<sup>9</sup> нарочито имајући у виду да је у периоду од 2006. године до данас апресирала вредност евра у односу на домаћу валуту.

Овде бих указао на још једну нелогичност овако заузетог става – ако се валутна клаузула може правно ваљано уговорити у циљу очивања тржишне вредности динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава која се утврђује индексирањем курса евра, намеће се крајње логично питање, како уговорне стране могу, у моменту закључивања уговора, предвидети будућу тржишну вредност динарског износа пласираних и, нарочито, враћених кредитних средстава, с обзиром да је вредност враћених кредитних средстава немогуће утврдити у моменту закључења уговора, нарочито јер се углавном ради о дугорочним кредитима. Не треба изгубити из вида и то да се из овако неспретно формулисаног става не може установити начин како се то тржишна вредност динарског износа пласираних и враћених кредитних средстава утврђује индексирањем курса евра, с обзиром да је кредитна обавеза уговором већ индексирана у швајцарским францима, сагласно аутономији воље уговорних страна, те остаје непознато на основу које правне норме Суд накнадно мења вољу уговорних страна, штавише, условљавајући пуноважност валутне клаузуле индексирањем курса евра. Самим тим, успоставља се неправилна судска пракса, да је за утврђење ништавости валутне клаузуле довољна ап्रेसијација валуте.

---

9 Проф. др Радован Ковачевић, „Долар као светска резервна валута – изазови и перспективе“, *Банкарствобр.* 6/2014, 18;

На овај начин, усвојеним правним схватањем ВКС сужава примену одредбе члана 395 ЗОО, тачније условљава правну ваљаност валутне клаузуле искључиво индексирањем, односно везивањем за евро, као валуту обавезе у уговорима о кредиту.<sup>10</sup> Како је већ напред поменуто, остаје непознаница на основу које правне норме Суд прописује услове који нису предвиђени законом, нити тренутно важећим, нити евентуално законом који је био на снази у време закључења уговора, нарочито из разлога ретроактивности оваквог схватања.

Другим ставом свог схватања, Суд је заузео становиште да је ништава одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса CHF која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле. Изнето становиште је проблематично из више разлога, а најпре из разлога што уводи неке до сада непознате категорије и институте, као и обавезе уговорних страна, које нису постојале у домаћем законодавству на дан закључења уговора, и које, истине ради, не постоје ни на дан заузимања овог правног схватања.

Најпре, суд условљава пуноважност индексирања динарског износа дуга применом курса CHF „утемељењем у поузданом писаном доказу да је банка пласирала динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути“. Оно што се одмах јавља као спорно, јесте наводна обавеза банке да пласирана динарска средства прибавља посредством сопственог задужења у CHF валути. Наиме, као што би већ требало бити познато, банка кориснику кредита ставља на располагање уговорени износ у домаћој валути, који је корисник кредита дужан да банци врати у време и на начин како је утврђено уговором, такође у домаћој валути, увећан за уговорену камату, сагласно, сада већ чувеном, члану 1065 ЗОО. Притом, уговорне стране само уговарају индексирање курса CHF, тако да се обавеза у CHF валути испуњава плаћањем у домаћој валути, према курсу у време испуњења. Самим тим, несхватљив је став Суда због

---

10 Поменути чланом 395 ЗОО је прописано да ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе, док је чланом 34 став 8 Закона о девизном пословању прописано да је дозвољено уговарање у девизама у Републици, с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима.

чега би банка имала обавезу задуживања у СНФ валути, кад банка уопште кориснику кредита и не врши пренос, односно плаћање у тој валути, већ у динарима. На овом месту се мора приметити и то да на овај начин Врховни касациони суд *de facto* преузима ингеренције Народне банке Србије, нормиране чланом 4 Закона о Народној банци Србије.<sup>11</sup> Сагласно члану 63 став 3 овог закона, Народна банка Србије може донети прописе којима се утврђују стандарди стабилног и сигурног пословања субјеката које контролише. Управо у том циљу је и донета Одлука НБС о адекватности капитала,<sup>12</sup> која уређује валутно усклађивање извора и пласмана банкарских средстава, а коју ВКС у својој одлуци није ни ценио. Штавише, иако Суд валутну клаузулу посматра као инструмент очувања реалне вредности узајамних давања, правилности ради, треба истаћи да се управо валутном клаузулом усклађују валутне структуре извора и пласмана, имајући у виду да су готово сви извори средстава за кредитне пласмане девизни,<sup>13</sup> и то тако да се валутни ризик коме је изложена банка смањује, и исти преноси на дужника, који нема доходак у валути обавезе, услед чега номинално расте његов ануитет у динарима.<sup>14</sup>

Имајући у виду напред наведено, правила пословања субјеката из надлежности НБС могу се утврдити једино прописом, односно општим правним актом, који обавезује убудуће, сагласно члану 197 став 1 Устава, а не правним схватањем постојећих норми са ретроактивним дејством, ма какво то схватање било. С тим у вези, оцењујући нацрт пољског закона о реструктурирању дуга у страним валутама, који је садржински веома сличан домаћем предлогу закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, који се на дан израде овог рада налази у скупштинској процедури, Европска централна банка је у свом мишљењу од 29.06.2016. године, између осталог, навела да увођење мера са ретроактивним дејством угрожава правну сигурност, као и да није у складу с принципом легитимних очекивања, да примена оваквих одредби може проузроковати финансијске губитке у финансијском сектору, нарочито применом предложене конверзије валуте кредита, која нужно дово-

11 Закон о Народној банци Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 - др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 - одлука УС и 44/2018.

12 Одлука о адекватности капитала банке Народне банке Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2011, 6/2013 и 51/2014.

13 Вања Серјевић, Предраг Ћатић, „Судска и арбитражна пракса у банкарским споровима“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2018, 689.

14 Проф. Др Борис Беговић, „Правно-економска анализа финансијског посредовања банкарског сектора у србији: случај уговора о кредиту“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 324-327.



ди до трошкова замене валута и трошкова затварњања отворених позиција, као и да предложене мере могу имати значајан утицај на стабилност пољског банкарског сектора.<sup>15</sup> Наведени ставови из мишљења Европске централне банке од 29.06.2016. године су наведени и у поменутом захтеву за решавање спорног правног питања, које је Врховном касационом суду упутио Привредни суд у Нишу, а који захтев је ВКС одлуком од 11.12.2018. године одбио да разматра и заузме став.

У погледу сада заузетог правног схватања ВКС-а, потпуно је остало у домену непознатог шта представља „поуздан писани доказ“, нарочито из разлога што се тиме отвара читав низ практичних проблема, недоумица и препрека, почевши од тога да се банке, по правилу, не задужују за сваки појединачно одобрени кредит, те не могу пружити доказ о прибављању искључиво тих средстава, већ износа за које се банке задужују сагласно обиму свог пословања и својој пословној политици. Тиме би, примера ради, банка, која се у одређеном временском периоду задужила за износ од 1.000.000,00 CHF, и то у више транши, доказом о задуживању у само једној транши, практично могла да „поуздано“ доказује да се задужила у тој валути, при чему поступајући судија у конкретној парници не би имао никакав механизам да утврди да ли је тачно одређени новчани износ и искоришћен за реализацију конкретног кредита, или неког другог, или више њих. Супротно томе, суд би ову околност „поуздано“ могао да утврди једино у случају увида у целокупно пословање банке, супротно одредбама о пословној тајни, и то у веома дугом временском периоду, што би нужно изискивало и цео тим експерата – вештака, а то би, на крају, био енорман трошак који би корисник морао да сноси у поступку, сагласно правилима о терету доказивања из члана 231 Закона о парничном поступку.

Притом, заузетим схватањем ВКС, супротно правилима о терету доказивања, преноси терет доказивања пуноважности одредбе уговора са тужиоца, као лица које тврди да је ова одредба ништава, на тужену банку, која на овај начин мора да доказује и сопствену савесност. Иако није експлицитно одређено на коме лежи терет доказивања „утемељености“ неке одредбе, језичким и циљним тумачењем овог става, долази се до закључка да је управо на туженој банци да то докаже, с обзиром да доказ о прибављању пласираних средстава у некој валути може пружити једино бан-

---

15 Мишљење Европске централне банке од 29.06.2016. године доступно на [https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en\\_con\\_2016\\_39\\_f\\_sign.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2016_39_f_sign.pdf), 19.04.2019. године.

ка, као и да би корисник кредита – тужилац у томе *apriori* био осуђен на неуспех у доказивању.

Иако није пресудно у конкретном случају, сматрам важним за да укажем и на извесну нелогичност овог дела схватања, и то става да је „ништава одредба уговора која нема утемељења у позданом писаном доказу...“. Наиме, аутору није познат други случај, било аналогни овом или не, у коме нека одредба уговора, односно правна норма, мора имати утемељење у било ком писаном или неписаном доказу. Тачније, сагласно правној теорији и самом ЗОО, правне норме имају своје „утемељење“ у сагласности воља уговорних страна и у самом Закону, а не у доказима, какви год они били, и на коју год околност се односили. Ово, нарочито, из разлога што се доказивањем утврђују чињенице у неком поступку,<sup>16</sup> док питање пуноважности неке одредбе уговора представља питање материјалног, а не процесног права.

У наставку другог става овог схватања се додатно истрајава да пуноважност одредбезависи и од утемељења у доказу да је банка, пре закључења уговора, кориснику кредита доставила потпунописану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле. С обзиром на учесталост овог аргумента, нарочито је важно истаћи да обавеза обавештавања клијента проистиче из члана 17 став 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга<sup>17</sup> али да се та обавеза односи на указивање на ризике које корисник преузима кад се услуга пружа у динарској противвредности стране валуте, али не и о „економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле“. Овде не може остати непримећено да ВКС формулацијом „које ће настати“ узима за извесно да самим уговарањем валутне клаузуле долази до негативних и неповољних економско-финансијских последица по корисника, иако је реч о ризику који може, али и не мора наступити, нарочито ако се има у виду да вредност валуте у којој је индексирана обавеза корисника кредита може бити и умањена, а не само увећана. С тим у вези, треба истаћи и чињеницу да уговарањем промене каматне стопе, везивањем за референтну каматну стопу на међубанкарском тржишту за CHF (LIBOR, EURIBOR) долази до компензације негативног ефекта апresiasi CHF у односу на корисника кредита, супротним и истовременим ефектом пада каматне стопе, услед

---

16 Чл. 228 и 229 ЗПП.

17 Закона о заштити корисника финансијских услуга - ЗЗКФУ, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

негативне вредности каматне стопе за швајцарски франак на међубанкарском тржишту.<sup>1819</sup>

Притом, санкција за поступање противно обавези обавештавања о ризицима од стране банке јесте казненоправна, а не грађанскоправна, и то сагласно одредби чл. 50 ст. 1 т. 20 у вези чл. 45 ст. 2 ЗЗКФУ, према којима Народна банка Србије новчано кажњава банку која поступи противно својој обавези.

Нарочито важним сматрам и околност да је ЗЗКФУ ступио на снагу 04.06.2011. године, а да је огромна већина спорних кредита у швајцарским францима закључена раније, када оваква обавеза није постојала на страни банке,<sup>20</sup> те и на овај начин ВКС ретроактивно намеће обавезу која није постојала у време закључења спорних уговора, и то на начин да пуноважност одредби зависи од постојања доказа о извршењу обавезе која није ни била нормирана у спорном периоду.

С тим у вези, неопходно је истаћи и неспорну чињеницу, да су кредити индексирани у CHF у време њиховог закључења имали повољнију, односно нижу каматну стопу,<sup>21</sup> што је и био стимуланс за све кори-

18 Захтев за решавање спорног правног питања Привредног суда у Нишу 3 П 474/18 од 05.07.2018. године.

19 Хрватска народна банка: „Приопћење за јавност, 21. сижечња 2015.“, тачка 4 – „Дужници с обавезама у францима уз постојеће увјете, у просјеку, до сада нису плаћали веће рате него што би плаћали да су се иницијално задужили у еурима“, доступно на: <https://www.hnb.hr/documents/20182/123487/hp21012015.pdf/157fb1fa-911d-48d7-9a10-3ec0c92b8efa> 19.04.2019. године.

20 Закон о заштити потрошача („Сл. Гласник РС“ бр. 79/05) у свом чл. 3 ст. 1 т. 3 и чл. 46 ст. 1 установљава право потрошача на информисаност, односно обавезу пружаоца услуге да информације и подаци о својствима производа и услуга или условима продаје морају бити тачне, потпуне, основане, недвосмислене, јасне и благовремене, док Закон о заштити потрошача („Сл. Гласник РС“ бр. 73/10) у свом чл. 16 прописује о чему је пружалац услуга дужан да обавести потрошача пре закључења уговора о пружању услуга, при чему ниједан од побројаних не захтева обавештење о пословним ризицима или економским последицама које могу настати након закључења предметног уговора.

21 Народна банка Србије, Каматне стопе банака на кредитеодобрене становништву и нефинансијском сектору по валутамаи по постојећим пословима у % на годишњем нивоу, табела 1.6.3, ажурирана 01.04.2019. године на сајтуНародне банке Србије, доступне на <https://www.nbs.rs/internet/cirilica/80/index.html#i1y> 2010. години, као најранијој години за коју је дат упоредни приказ, каматна стопа на кредите у ЕУР и динарске кредите индексиране у тој валути износила је 9,38% за кредите пласиране становништву, док на кредите у CHF и динарске кредите индексиране у тој валути износила 5,20% на годишњем нивоу, при чему је и у периоду пре 2010 године постојао сличан однос висина каматних стопа у овим валутама, док касније долази и до увећања ове разлике, где је однос каматних стопа ЕУР-CHF у 2011. години био 8,34% према 3,89%, затим 7,04% према 3,79% у 2012. години итд.

снике ових кредита даиницијално изаберу управо кредите чија је обавеза индексирана у CHF валути, уместо оних индексираних у еврџ, за које је каматна стопа била значајно виша, као и да упркос континуираном расту динарског ануитета не прихвате измену услова отплате кредита на основу Одлуке НБС о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниој валути.<sup>22</sup>Притом, корисници кредита су неспорно били свесни да се динарски износ ануитета мења континуирано, те да оваква промена није наступила одједном, већ у дужем временском периоду.<sup>23</sup>

Трећим ставом свог схватања, Судје заузео став да делимична ништавост валутне клаузуле не утиче на пуноважност уговора о кредиту, као и да ће се такав уговор извршити конверзијом уз очување једнакостузајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курсаевра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговоримао кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у евримаизмеђу истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговањеутврђује применом курса евра. Слично претходно наведеном, и овај став одликују језичке непрецизности, уз проблематичну позитивноправну основаност оваквог схватања.

Најпре, иако је очигледно да је став да делимична ништавост валутне клаузуле не утиче на пуноважност самог уговора заснована на чл. 105 ст. 2 ЗОО, поставља се питање оправданости оваквог решења, с обзиром да је валутна клаузула у CHF била одлучујућа побуда због које је уговор закључен, имајући у виду напред наведени однос каматних стопа код ових уговора и уговора индексираних у еврџ. Међутим, како чл. 105 ст. 2 ЗОО оставља могућност да ће уговор остати на снази и у том случају, кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе, такво решење није само по себи проблематично. Ипак, у том случају уговор би морао важити без те одредбе, односно без валутне клаузуле, чиме би исти заправо био динарски кредит, јер би обавезе обе уговорне стране гласиле на динаре. С друге стране, ВКС даље одређује да ће се уговор извршити конверзијом, уз очување једнакостузајамних давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу курсаевра на дан закључења уговора и исплату камате у висини одређеној уговоримао кредиту исте

22 Одлука Народне банке Србије о мерама за очување стабилности финансијског система у вези с кредитима индексираним у страниој валути, *Сл. гласник РС*, бр. 21/2015 и 51/2015.

23 Народна банка Србије, Курсеви динара према страним валутама – просек периода, табела 1.3.14, ажурирана 01.04.2019. године на сајту Народне банке Србије, доступне на <https://www.nbs.rs/internet/cirilica/80/index.html#i1>, 19.04.2019. године.

врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврмаизмеђу истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом курса евра. Овим се намећу као спорна два питања.

Прво, по ком основу сада Суд сматра да треба извршити конверзију, када се конверзија ништавих уговора врши применом одредбе чл. 106 ЗОО, којом је предвиђено да кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора. Међутим, напред наведено важи када је утврђена ништавост уговора о целини, а не поједине његове одредбе. Такође се примена ове одредбе намеће као директно супротна чл. 105 ст. 2 ЗОО, с обзиром да је она основ за утврђену ништавост одредбе уговора јер је ништавост установљена да би важио без те одредбе, али не и да би уместо ње важила нека друга одредба, применом правила о конверзији. С тим у вези, на први поглед је јасно да у конкретном случају нису ни испуњени услови за конверзију из чл. 106, јер је ништава само одредба уговора, а не сам уговор, затим јер се не ради о испуњавању услова за пуноважност другог уговора, с обзиром да уговор о кредиту остаје уговор о кредиту, као и из разлога што се ни у ком случају не може узети да би стране закључиле такав уговор да су знале за ништавост свог уговора, односно валутне клаузуле. Односно, и ако се узме да би стране такав уговор и закључиле, јасно је да он не би био закључен под истим условима као и уговор о кредиту са валутном клаузулом у СНФ.

То нас доводи до другог спорног питања код овог става, а то је питање правне норме коју Суд овде примењује када одређује да ће се уговор извршити уз исплату камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, али (*sic!*) закљученим са валутном клаузулом у еврима истог даваоца и других корисника. Сходно напред наведеном, како суд није утврдио ништавост самог уговора о кредиту, већ само одредбе о валутној клаузули, јасно је да одредба уговора којим је одређена висина камате остаје на снази. Самим тим, потпуно је непримерено да Суд мења садржину пуноважне одредбе уговора, и то упркос чињеници да нико од корисника кредита и не истиче захтев за измену те одредбе.

Различито од напред наведених ставова, ставовима 4 и 5 свог схватања, Врховни касациони суд заузима становиште о процесним питањима која се јављају у судским поступцима у којима се одлучује о пуноважности уговора о кредиту, одређујући притом да ће суд, на пред-

лог тужиоца, одредити привремену меру којом се даваоцу кредита забрањује реализација средстава обезбеђења и извршење уговорне обавезе корисника кредита (став 4), као и да ће суд или јавни извршитељ, у ситуацијама када је поступак извршења ради реализације средстава обезбеђења дуга из кредита већ покренут, одложити извршење, без полагања јемства (став 5).

Иако је овде реч о процесним, а не материјалним питањима као у прва три става свог схватања, ВКС и у овим ставовима изражава став који није у складу с одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу.<sup>24</sup>

Наиме, чл. 122 ЗИО је уређено одлагање извршења на предлог извршног повериоца, на основу које одредбе је суд и заузео схватање изражено у ставу 5 своје одлуке. Из садржине става ВКС произилази да ће суд, односно јавни извршитељ, одложити без полагања јемства, без изузетка. Међутим, чл. 122 ст. 3 ЗИО је предвиђено да се одлагање може условити полагањем јемства, на предлог извршног повериоца, осим ако би полагање јемства довело извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу. Из цитиране одредбе произилази да је извршни дужник дужан да учини вероватним околност довођења у тешку оскудицу. С друге стране, усвојеним схватањем ВКС заправо даје инструкцију поступајућим јавним извршитељима, односно судовима, да могу одложити извршење, без полагања јемства, у било ком случају, односно да је довољно да се ради о извршењу извршењу ради реализације средства обезбеђења дуга из уговора о кредиту, без икакве потребе за доказивањем опасности од тешке оскудице, и то за све извршне дужнике, без изузетка. На овај начин ВКС заправо *de facto* модификује законску одредбу чл. 122 ст. 3 ЗИО, супротно својим овлашћењима и супротно начелу поделе власти уопште.

### III Закључак

Питање пуноважности валутне клаузуле код уговора у швајцарским францима је ставило домаћи правосудни систем на испит, који, по свему судећи, није успешно положен. Почевши од првобитног оклевања да се прелиминарно заузме став о питању које ће се, сасвим сигурно, појавити у великом броју судских предмета, преко изузетно неуједначене судске праксе, све до коначно заузетог става у нередовним околностима, домаћи правосудни систем није овом питању посветио дужну пажњу, у

---

24 Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење).

циљу заштите законитости и правне сигурности. Целокуна аргументација овим поводом је, чини се, скренула с терена правног, при чему се истрајава на аргументу да су банке знале да ће доћи до „енормног“ раста курса СНФ, што према ставу ВКС-а валутну клаузулу чини неправичном уговорном одредбом. Међутим, уколико би се утврдило да је то случај, што у конкретном случају нити је ко доказивао, нити је то утврђено, то бизаправо представљало превару, и у грађанскоправном,<sup>25</sup> и у кривичноправном смислу,<sup>26</sup> што нико од заинтересованих лица није ни покушао да докаже, што довољно, само по себи говори о основаности овог аргумента. С друге стране, Врховни касациони суд је приликом доношења овог схватања неправилно ценио норму домаћег права, чијом је применом и утврдио ништавост ове одредбе, утврђујући да се ради о неправичној уговорној одредби. Међутим, Врховни касациони суд је пропустио да цени околност да институт неправичних уговорних одредби није уопште нормиран Законом о заштити потрошача,<sup>27</sup> који је био на снази у време кад је највећи број оваквих уговора закључен. Иако се ВКС позива на касније донети ЗЗП,<sup>28</sup> чл. 4 ст. 6 овог закона је одређено да се исти не примењује на питања заштите корисника финансијских услуга. С друге стране, иако ЗЗКФУ регулише питања неправичних уговорних одредби, чл. 41 овог закона прописује да Народна банка Србије може утврђивати да ли је давалац финансијске услуге уговарао неправичне одредбе, а не Врховни касациони суд, и чија је санкција новчана казна, а не ништавост.<sup>29</sup> На овакав начин, ВКС је више допринео остваривању, истини за вољу легитимних, социјално-политичких циљева, него принципима законитости и правне сигурности као и уједначавању домаће судске праксе. Овако неуједначеном судском праксом, неповољно се утиче на стабилност банкарског система и правну сигурност, стварајући за банке повећани ризик пословања, што неминовно води поскупљењу банкарских услуга, што ће се неповољно одразити и на привредни раст и несметано функционисање привреде, с обзиром на неспорни утицај који банкарски систем има у остваривању ових циљева.

---

25 Чл. 65 ЗОО.

26 Чл. 208 Кривичног законика, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

27 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005.

28 Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 – др. закон и 44/2018 – др. закон.

29 Чл. 50 ст. 1 тач. 41 ЗЗКФУ.

*Milan JOVANOVIĆ*

Commercial Court Niš, judicial assistant

**ANALYSIS OF LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS  
OF THE SUPREME COURT'S STANDING ON LEGALITY  
OF CURRENCY CLAUSE IN THE LOAN CONTRACTS INDEXED  
IN SWISS FRANCS**

**Summary**

*The paper's subject are the content and legal and economic consequences of the Supreme court's standing on legality of currency clause in the loan contracts indexed in Swiss francs established at the general session of the Civil Department on 2 April 2019. Bearing in mind the actuality, the significance of this issue for legal security in the Republic of Serbia, the author has tried to point out the shortcomings of this standing, as well as certain contradictions with the positive legal norms regulating this area, in order to preserve the legal certainty of all participants in the domestic financial market.*

**Key words:** *Supreme Court of Cassation; Currency clause: Swiss francs loans;*



Никола ИЛИЋ, LL.M.\*

## КРЕДИТИ ИНДЕКСИРАНИ ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА И ИНВЕСТИЦИОНА АРБИТРАЖА: СЛУЧАЈ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ\*\*

### Резиме

У раду се разматра регулатива коју држава уводи у циљу заштите корисника уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у контексту правне заштите банака на основу билатералних инвестиционих споразума. Прво се разматрају случајеви Хрватске и Црне Горе јер те државе имају сличне прописе у погледу уговарања валутне клаузуле и заштите страних улагања, као што има Србија. Затим се посебно разматра случај Србије, а пре свега Правно схватање ВКС и *lex specialis* из априла 2019. године, како би се дошло до закључка да ли те мере нарушавају правне гаранције које су дате банкама на основу билатералних инвестиционих споразума и да ли би могле да доведу до покретања арбитражних поступака против државе, као што је недавно учињено у Хрватској и Црној Гори.

**Кључне речи:** уговори о кредиту, валутна клаузула, швајцарски франак, *lex specialis*, правно схватање ВКС, инвестициона арбитража.

### I Увод

Уговори о кредиту са валутном клаузулом индексирани швајцарским францима постали су предмет интересовања у многим европским

---

\* Аутор је асистент на Правном факултету Универзитета у Београду, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

\*\* Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“. Захваљујем Борису Беговићу, Јелени Безаревић Пајић, Глигорију Брајковићу, Милошу Вукотићу, Ани Одоровић и Андреи Радоњанин на корисним коментарима и сугестијама. Одговорност за преостале грешке и изнете вредносне судове сноси искључиво аутор чланка.

државама након промене курса те валуте.<sup>1</sup> Међу тим државама су и државе Југоисточне Европе, укључујући Словенију, Хрватску, Босну и Херцеговину, Црну Гору и Србију. Свака од тих држава је покушала, углавном под растућим притиском незадовољних корисника и других интересних група, да на јединствен начин реши проблем који је настао услед промене курса швајцарског франка. Спас за кориснике кредита до сада је углавном долазио тумачењем постојећих законских одредби на штету банака, доношењем посебних мишљења и уредби, а нису стране ни идеје о доношењу посебних закона (*lex specialis*) којима би проблем коначно био решен.<sup>2</sup> Независно од тога да ли ће и у којој мери проблем бити решен, у овом раду се поставља питање граница државне интервенције на финансијском тржишту, односно – које мере држава може да предузме у циљу решавања проблема у вези са уговорима о кредиту који су индексирани швајцарским францима а да при томе не угрози заштићена улагања банака које послују на њеној територији?

Како би се одговорило на постављено питање, у првом делу рада ће се размотрити правна заштита страних улагања на основу билатералних инвестиционих споразума у контексту банкарског пословања и одобравања кредита. Након тога, могуће је детаљније изложити случајеве Хрватске и Црне Горе, у којима су покренути арбитражни поступци против држава пријема на основу закључених билатералних инвестиционих споразума. Коначно, у трећем делу рада ће бити изложене мере које су предузете у Србији у вези са уговорима о кредиту индексираним швајцарским францима, као и могуће последице тих мера, пре свега у контексту инвестиционе арбитраже, по повериоце, дужнике, и по саму Републику Србију. Следе закључна разматрања.

## II Заштита банака на основу билатералних инвестиционих споразума

Билатерални инвестициони споразуми (БИТ) који државе најчешће потписују у циљу промовисања и заштите страних улагања, углавном садрже дефиниције основних појмова као што су заштићено улагање и

---

1 Термин „валутана клаузула“ употребљава се у смислу члана 2 Закона о девизном пословању Републике Србије (ЗДП), *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014.

2 На пример, вид. црногорски *Zakon o konverziji kredita u švajcarskim francima CHF u EUR*, „*Sl. list CG*“, бр. 46/2015 и 59/2016; Влада Републике Србије је усвојила предлог сличног закона 15. априла 2019. године.

страни инвеститор.<sup>3</sup> Те дефиниције су обично широко постављене, тако да обухватају различите категорије имовине, као и правна и физичка лица која потичу из једне државе потписнице БИТ-а (држава порекла), а улажу у другу државу потписницу (држава пријемница). У конкретном случају, посебно је важно напоменути да стране банке у државама Југоисточне Европе најчешће оснивају ћерке компаније или преузимају домаће банке које су ту пословале од раније – и у првом и у другом случају, та улагања би потенцијално могла да се квалификују као заштићена страна улагања, а у складу са одредбама конкретног БИТ-а.<sup>4</sup> Што се тиче појма страног инвеститора, он се углавном дефинише на основу његове припадност држави порекла. Још прецизније, национална припадност инвеститора се одређује на основу његовог држављанства и/или инкорпорације и пословног седишта у држави порекла. Штавише, поједини билатерални инвестициони споразуми изричито предвиђају да се страним инвеститором сматрају и домаћа правна лица која су под ефективном контролом лица из државе порекла.<sup>5</sup> Досадашња пракса је показала да је у одређеним околностима могуће квалификовати као заштићена улагања чак и зајмове страних банака које немају физичко присуство у држави пријема.<sup>6</sup>

У случају када су испуњене све процесно-правне претпоставке, БИТ омогућава супстанцијалну заштиту страних улагања на основу више правних стандарда. Фер и правичан третман (*fair and equitable treatment*) је један од правних стандарда на који се страни инвеститори често позивају и који би могао банкама да обезбеди добру правну основу у случају спора у вези са уговорима о кредиту који су индексирани швајцарским францима. Тај правни стандард је карактеристичан за велику већину БИТ-ова и може бити

---

3 Вид. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University press, Oxford 2012, 46–60; Catherine Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford 2010, 3–37;

4 На пример, БИТ који су потписале Аустрија и Хрватска у члану 1 дефинише заштићено улагање као: „сва средства (assets) везана за пословне активности и посебно, али не и искључиво: а) покретну и непокретну имовину као и друга права на ствари као што су хипотека, залога, плодуживање и слична права; б) акције и други типови учешћа у правним лицима; в) потраживања у новцу који је дат у циљу стварања економске вредности или потраживања у чињењу која имају економску вредност итд.“.

5 Вид. БИТ закључен између Србије и Холандије чл. 1; БИТ закључен између Србије и Белгије чл. 1 и сл.

6 Вид. *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, од 11. јул, 1997. године, пара. 31–37; Услед циљног тумачења одредби БИТ-а, трибунал је закључио да термин заштићена инвестиција подразумева зајмове и друге кредитне аранжмане.

повређен актима државе (или пропуштањима да се дати акти предузму) којима се нарушавају легитимна очекивања која је страни инвеститор имао у тренутку доношења одлуке да инвестира у државу пријемницу.<sup>7</sup> Легитимна очекивања се могу заснивати на датом правном оквиру тј. законским прописима у тренутку инвестирања,<sup>8</sup> закљученим уговорима,<sup>9</sup> и/или на актима које је држава пријемница експлицитно или имплицитно преузела у контексту заштите страних улагања.<sup>10</sup> У том смислу, одређене, а посебно драстичне, промене правног оквира се могу квалификовати као повреда легитимних очекивања инвеститора (а тиме и као повреда фер и равноправног третмана) уколико се њима значајно умањују гаранције које је држава давала инвеститору у тренутку улагања. Тако, на пример, ретроактивна примена закона који се односи на принудну конверзију уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у Хрватској, по мишљењу Европске Централне Банке (ЕЦБ): „[...] поткопава правну сигурност и није у складу са принципом легитимних очекивања [...]“.<sup>11</sup> Поред фер и равноправног третмана, на основу потписаног БИТ-а, држава пријемница углавном има обавезу да инвеститорима и/или заштићеним улагањима обезбеди и потпуну заштиту и сигурност (*full protection and security*). Традиционално се та врста заштите односила искључиво на физичку заштиту инвеститора и његових улагања али је правни стандард у међувремену еволуирао, тако да може да обухвата и правну заштиту улагања.<sup>12</sup> У том смислу, промене правног оквира могу имати за последицу повреду правног стандарда потпуне заштите и сигурности уколико доведе до нарушавања пословања банака и њихових заштићених улагања. Уз то, посебно је важна одредба коју садржи већина савремених БИТ-ова – забрана експропријације. Наиме, забрањено је експроприсати улагања инвеститора или их изложити мерама које су по последицама изједначене са експропријацијом. Свакако, изузетак од тог правила је када је експропријација извршена у јавном интересу и када је инвеститор обештећен за експроприсано улагање (обично пре спровођења било каквих мера и по тржишним ценама). На крају, поједини БИТ-ови изричито садрже и такозвану кишобран клаузулу (*umbrella clause*) која

7 Rumana Islam, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Springer, Singapore 2018, стр. 140–144.

8 Нпр., закони који изричито предвиђају пуноважност валутне клаузуле и индексирање.

9 Нпр., пуноважни уговори о кредиту које је банка закључила у складу са законом.

10 Нпр., изјава министра финансија да је валутна клаузула добра опција.

11 Вид. Мишљење Европске Централне Банке од 18. септембра 2015. године у вези конверзије уговора о кредиту индексираних швајцарским францима у Хрватској, CON/2015/32, пара. 3.2.2.

12 Вид. *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, од 14. јула, 2006. године, пара. 408, где је закључено да „потпуна сигурност подразумева више од физичке сигурности“.

додатно проширује одговорност државе пријема, тако да она може да одговара не само на основу правних стандарда које БИТ изричито предвиђа, већ и на основу стандарда и обавеза из других правних послова.<sup>13</sup>

Поред значајних процесних предности, које се пре свега огледају у неутралном форуму са специјализованим и непристрасним арбитрама, инвестициона арбитража суштински има велики број предности за стране банке. Уколико се утврди повреда неког од правних стандарда из БИТ-а, инвеститорима се може досудити новчана накнада која у неким случајевима, поред износа инвестиције увећаног за камате и трошкова, може да укључи и измаклу добит.<sup>14</sup> Уз то, као што је познато, арбитражне одлуке су обавезујуће и већина држава их добровољно спроводи. Чак и у случају противљења једне од страна у спору, арбитражне одлуке се могу извршити принудним путем.<sup>15</sup>

### III Арбитражни поступци у Хрватској и Црној Гори

Арбитражни поступци које су банке покренуле против Хрватске и Црне Горе у вези са кредитима који су индексирани швајцарским францима могу бити релевантни за случај Србије из неколико разлога. Прво, те земље имају сличне законске одредбе које се односе на валутну клаузулу као што има Србија. Друго, у њиховим јурисдикцијама су углавном присутне идентичне стране банке као и у Србији, и треће, те две земље имају закључене исте или сличне билатералне инвестиционе споразуме са државама порекла страних банака као и Србија. На концу, на основу предузетих мера у Хрватској и Црној Гори, може се видети и како би банке у Србији могле да реагују на поједине мере државе у вези са кредитима који су индексирани швајцарским францима.

#### 1. Измена правног оквира и арбитражни поступци против Хрватске

Исто као у Србији, хрватски *Zakon o obveznim odnosima* дозвољава уговарање валутне клаузуле и индексирање уговорне обавезе швајцарским

---

13 Вид. Christopher Schreuer, „Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in The Road”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, No. 2, 2004, стр. 231–235.

14 Вид. Hilary Heilbron, “Assessing Damages in International Arbitration: Practical Considerations”, *Journal of Damages in International Arbitration*, Vol.1 No. 1, 2014, стр. 45–46.

15 Вид. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža u ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 172–183.

францима.<sup>16</sup> Међутим, за разлику од Србије, судство у Хрватској није доводило у питање пуноважност валутне клаузуле у уговорима у кредиту. Напротив, хрватски судови су заузели јасно становиште да је уговарање валутне клаузуле дозвољено. Као спорно питање, судови у Хрватској су покренули питање обавештавања тј., да ли су хрватске банке: “[...] по редовном тијеку ствари могле, односно морале знати, какав ће у будућем уговореном раздобљу трајања тих кредита бити смјер кретања течаја швицарског франка и осталих валута уз које су уговорени кредити уз примјену валутне клаузуле?”<sup>17</sup> Након постављеног питања, суд је даље констатовао: „Ако су банке знале, односно морале знати, а такве информације су ускратиле својим клијентима при склапању уговора о кредитима са валутном клаузулом у швицарском франку, онда би такво њихово поступање могло утјецати на оцијену о јасноћи и разумљивости одредби уговора са валутном клаузулом у швицарском франку, а о којима се није појединачно преговарало, а тим у свези и њиховом подлијегању оцјени (не) поштености“.<sup>18</sup> Дакле, хрватски судови су стали на страну закона установљавајући да валутна клаузула није забрањена, уз допуштање могућности да би уговор о кредиту евентуално могао да буде измењен или поништен ако би се доказала несавесност банака. Како је у литератури већ објашњено да банке, у било којој држави, па тако и у бившим југословенским државама, као и сви остали смртници, не могу да предвиде будућност,<sup>19</sup> може се закључити да би највиша судска инстанца у Хрватској вероватно одржала на снази уговоре о кредиту који су индексирани швајцарским францима.

Међутим, поред законских норми, чини се да Хрватска има и друге сличности са Србијом. У том смислу, популизам се може видети као најбитнији разлог због кога је хрватска политичка елита, и поред јасних законских норми и недвосмислених судских пресуда, предузела неколико мера: Прво је допунама Закона замрзнут курс за кредите у швајцарским францима, у периоду од годину дана, на 6,39 HRK за један CHF, док је тржишни курс у то

---

16 Вид. *Zakon o obveznim odnosima RH*, „*Narodne novine*“, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, чл. 22, ст. 1: „Допуштена је одредба уговора према којој се вриједности уговорне обавезе у валути Републике Хрватске израчунава на темељу цијене злата или течаја валуте Републике Хрватске у односу према страном валути“.

17 Вид. Решење Врховног суда Републике Хрватске од 03.10.2017. године, Revt. 575/16-5, стр. 16.

18 *Ibid.* стр. 16–17.

19 Вид. Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016, 35–39.

време био 6,88 HRK за један CHF.<sup>20</sup> Након тога, у септембру 2015. године, хрватска влада је предложила измену Закона о потрошачким кредитима,<sup>21</sup> како би била извршена принудна конверзија кредита индексираних швајцарским францима у кредите индексираних еврима. Те измене су ступиле на снагу већ крајем септембра исте године а према новим одредбама, банке би требало да сnose све трошкове конверзије, уз могућност делимичне компензације у виду пореских одбитака.<sup>22</sup> Уз то, одлучено је да се нове одредбе Закона примењују ретроактивно – на пуноважне уговоре о кредиту који су закључени пре ступања на снагу наведених измена.

Како би се размотрило да ли су уведене мере у складу са правним гаранцијама које је Хрватска дала страним инвеститорима потписујући БИТ, чини се релевантним мишљење ЕЦБ: " [...] сврха Закона [о потрошачким кредитима] је да кориснике кредита индексираних у швајцарским францима стави у позицију у којој би били да су њихови уговори од самог почетка били у еврима или кунама".<sup>23</sup> Поред тога, ЕЦБ наглашава да: "[...] ретроактивна примена закона није у складу са општим циљем и начелом Директиве 2014/17/EУ, која дозвољава државама чланицама да регулишу кредите у страниој валути, под условом да се таква регулатива не примењује ретроактивно".<sup>24</sup> На крају, као што је већ поменуто, ЕЦБ констатује да ретроактивна примена закона: „[...] поткопава правну сигурност и није у складу са принципом легитимних очекивања“.<sup>25</sup>

Ако се увођење принудног курса CHF, конверзија пуноважних уговора о кредиту, приморавање банака да сnose трошкове те конверзије, ретроактивност и „поткопавање правне сигурности“ ставе у контекст инвестиционе арбитраже и посматрају упоредо са стандардима фер и

---

20 Вид. Jasmina Kuzmanovic, "Banks Prepare to Sue Croatia Over Swiss Franc Loans Law," *Bloomberg Business*, 14. септембар, 2015; *Izmene Zakona o potrošačkom kreditiranju, Narodne Novine*, бр. 9, 26.01.2015.

21 Вид. *Zakon o potrošačkom kreditiranju, Narodne Novine*, бр. 143/13, 147/13, 09/15, 78/15, 102/15, 52/16, чл. 11а – 11d; Измењени текст закона је на снази од 30. септембра 2015. године.

22 Процењује се да трошкови конверзије који су настали услед изненадне промене Закона о потрошачком кредитирању у Хрватској износе око једну милијарду америчких долара. Уз то, поједини аутори наводе да је Влада одлучила да заштити кориснике кредита непосредно пред парламентарне изборе који су били заказани за 8. новембар 2015. године. Вид. Игор Илић, „UPDATE 2 – Croatia's top court rejects banks' call to assess franc-loan conversion law“, *Reuters*, [www.reuters.com](http://www.reuters.com), последњи приступ 16.04.2019.

23 Мишљење ЕЦБ од 18. септембра 2015. године, CON/2015/32, пара. 1.2.

24 *Ibid.*, пара. 3.2.1.

25 *Ibid.*, пара. 3.2.2.

равноправног третмана, потпуне заштите и сигурности, као и забране експропријације, не би требало да чуди иницирање следећих поступака:

- UniCredit Bank and Zagrebačka Banka v. Croatia (ICSID Case No. ARB/16/31);

- Raiffeisen v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/34);

- Addiko Bank v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/37);

- Erste & Steiermärkische Bank and others v. Croatia (ICSID Case No. ARB/17/49).

Практично да нема банке у Хрватској која је (у складу са законом) одобравала кредите индексиране швајцарским францима, а да није покренула арбитражни поступак због мера које је та држава преузела. Како у тим поступцима и даље нема пресуда или мишљења која су доступна јавности, остаје да се види коначан исход. Ипак, делује мало вероватно да би популизам и подилажење бирачком телу могли бити прихваћени као основ за искључење одговорности државе за штету проузроковану уведеним мерама.<sup>26</sup>

Посебно је занимљиво да су сви наведени поступци против Хрватске покренути на основу БИТ-а који је Хрватска закључила са Аустријом. То може бити од значаја за даљу анализу јер Србија има потписан сличан БИТ са Аустријом и планира предузимање сличних мера као што је предузела Хрватска.

## **2. Измена правног оквира и арбитражни поступци против Црне Горе**

Закон о облигационим односима Црне Горе садржи сличне одредбе као хрватски и српски закони и изричито дозвољава уговарање валутне клаузуле.<sup>27</sup> Уз то, ситуација у Црној Гори је прилично једноставна јер је само једна банка одобравала кредите који су индексирани швајцарским францима – аустријска Addiko Bank. Ипак, показало се да ни мање државе нису отпорне на популизам, па је тако у Црној Гори, под притиском

---

26 Више о правном основу за искључење одговорности државе у контексту инвестиционе арбитраже, вид. Марко Јовановић, *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, стр. 258–299.

27 *Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore*, „Sl. list CG“, бр. 47/2008, 4/2011 – др. закон и 22/2017; чл. 404 гласи: „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе“.



малог броја (очигледно веома утицајних) корисника кредита у швајцарским францима, донет посебан Закон о конверзији кредита у швајцарским францима у евре (*lex specialis*).<sup>28</sup> Тај закон садржи свега шест чланова који предвиђају лаконско, али не и солмонско решење. Тако члан 2 Закона прописује: „Комерцијалне банке даваоци кредита су дужни у року од 30 дана, од дана ступања на снагу овог закона, извршити конверзију свих кредита одобрених у страниј валути швајцарским францима – CHF, конвертовати у званичну валуту која се користи у Црној Гори – EUR, по званичном курсу који је важио на дан склапања Уговора, који објављује Централна банка Црне Горе“. Као да принудна измена пуноважних уговора није довољна, члан 3 истог закона предвиђа: „Комерцијалне банке су дужне да након конверзије кредита у EUR, изврше обрачун кредита са урачунатом фиксном каматном стопом од 8,2%“. На самом крају, поред наведених лаконских, могу се уочити и драконска решења у члану 5: „Новчаном казном у износу од 20.000,00 еура до 40.000,00 еура казниће се за прекршај комерцијална банка или треће лице, ако: 1) не изврши нови обрачун кредита, односно потраживања; 2) не врати више уплаћени износ средства од обавезе утврђене по овом закону по основу кредита који су у редовном или принудном наплатом отплаћени; 3) у прописаном року не достави трећем лицу податке и документацију; 4) у прописаном року не достави дужнику предлог о регулисању дуга; 5) од ступања на снагу овог закона, не обустави све радње које се односе на принудно извршење ради намирења потраживања дужника“.

На основу изложених законских решења, делује да је Црна Гора ефикаснија од Хрватске. Она је доношењем једног *lex specialis* успела да уради оно за шта је Хрватима требало неколико измена и допуна постојећих закона, а то су: принудна измена уговора који су пуноважни (закључени у складу са законом), приморавање банака да сnose све трошкове те конверзије, ретроактивно дејство *lex specialis*-а које је супротно европским стандардима, поткопавање правне сигурности и повреда легитимних очекивања.

Као и у случају Хрватске, не чуди чињеница да је једина банка која је одобравала кредите индексираних швајцарским францима покренула инвестициону арбитражу:

- Addiko Bank v. Montenegro (ICSID Case No. ARB/17/35)

---

28 Zakon o konverziji kredita u švajcarskim francima CHF u eure EUR, „Sl. list CG“, бр. 46/2015 и 59/2016.

Посебно је значајно да је тај арбитражни поступак покренут на основу БИТ-а који је потписан између Црне Горе и Аустрије. То може бити од значаја за анализу која следи јер Србија има закључен идентичан БИТ са Аустријом,<sup>29</sup> а од недавно има и *lex specialis* који је сличан црногорском.

#### IV Измена правног оквира и ризик од потенцијалних арбитражних поступака против Србије

У Србији је било доста лутања у погледу пуноважности и сврхе валутне клаузуле и поред тога што је, као што је већ поменуто, уговарање валутне клаузуле предвиђено законом.<sup>30</sup> Тако су поједини аутори погрешно истицали да је сврха валутне клаузуле: „у функцији очувања реалне тржишне вредности пласираних динарских средстава“<sup>31</sup>, док је судство заузело став да је то: „чување реалне вредности главнице дуга и обезбеђивање повериоца од могуће инфлације, која би обезвредила обавезу дужника [...]“.<sup>32</sup> Када је коначно постало јасно да сврха валутне клаузуле није алокација ризика куповне моћи, већ валутног ризика,<sup>33</sup> и да је као таква валутна клаузула предвиђена законом, судови су почели да разматрају могућности за примену института *rebus sic stantibus*.<sup>34</sup> Међутим, ако се има у виду наведена сврха клаузуле, јасно је да су обе уговорне стране имале у виду могућност измене курса валуте у будућности јер су управо због тога и уговориле клаузулу (наравно, то не важи само за уговоре индексираних швајцарским францима већ и за уговоре у свим другим валутама). Другим речима, било би практично немогуће доказати да уго-

29 Споразум између СБ СР Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и изаштити улагања, *Сл. лист СРЈ-МУ*, бр. 1/02 је на снази од 01.08.2002. године и данас је обавезујући за Србију и Црну Гору.

30 Вид. Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 395.

31 Драгиша Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Привредни саветник*, 16/2016, стр. 64.

32 Део одговора на питања постављена на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, одржаној 30.11.2016. године. Вид. Билтен судске праксе Привредних судова, 4/2016, 87–88.

33 Вид. Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, 10–12/2016, стр. 24.

34 Уз доста логичких недоследности и грешака у закључивању, на промене околности се позива ВКС у три предмета која се односе на уговоре о кредиту индексираних швајцарским францима: Рев. 321/2016 од 25.01.2017. године, Прев. 60/2016 од 27.04.2017. године и Рев. 2278/2017 од 22.02.2018.

ворне стране нису имале у виду могућност промене курса валуте при закључивању уговора са валутном клаузулом. Евентуално би се могло доказивати да је промена курса валуте већа од промене коју је једна од уговорних страна очекивала у тренутку закључења уговора. Међутим, домаћи судови нису дали било какве смернице у том погледу, осим једног недефинисаног и самим тим потпуно бескорисног правног стандарда „енормна промена курса“.<sup>35</sup>

Последња реч судства у вези кредита индексираних швајцарским францима у Србији је оличена у Правном схватању Врховног касационог суда (ВКС) од 2. априла 2019. године – „Пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзија“.<sup>36</sup> Две седмице касније, своју последњу реч је дала и извршна власт тако што је предложила дуго најављивани *lex specialis* који би требало да реши све проблеме у вези валутне клаузуле и швајцарског франка. Имајући у виду да ранији ставови суда нису могли озбиљно да угрозе законитост валутне клаузуле и пуноважност уговора о кредиту, у даљем тексту ће бити размотрене само „последње речи“ судске и извршне власти у контексту заштите страних улагања у Србији.

### 1. Правно схватање ВКС и заштита страних улагања

Правно схватање ВКС умногоме потврђује да судови у Србији и даље не схватају у потпуности која је сврха валутне клаузуле и како та клаузула утиче на уговорни однос између дужника и повериоца.<sup>37</sup> Ипак, са становишта заштите страних улагања посебно је значајан други став тог схватања који гласи: „Ништава је одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса CHF која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључе-

---

35 Чак и уколико се претпостави да је могуће дефинисати „енормну промену курса“ у проценти-ма, то би створило огромну правну несигурност за све уговорне стране које су индексирале уговорну обавезу било којом страном валутом. Увођење било каквог правила те врсте, као и његова ретроактивна примена, могли би да буду подједнако штетни за заштићена страна улагања као и оглашавања ништавом валутне клаузуле која је изричито предвиђена законом.

36 Правно схватање ВКС је доступно на: <https://www.vk.sud.rs/sr>, последњи приступ 15.04.2019.

37 За више детаља вид. Борис Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар Правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, у штампи, 2019; Милош Живковић, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и привреда*, у штампи, 2019.

ња уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско-финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“

Тим ставом, ВКС условљава пуноважност законом прописане валутне клаузуле посебним условима који се односе искључиво на једну валуту – швајцарски франак. При томе, није јасно на кога пада терет доказивања да је тај посебни услов испуњен и посебно није јасно шта би се догодило ако, на пример, банка пружи писане доказе да је задужена у иностраној валути али не у идентичном износу као што је износ одобрених средстава.<sup>38</sup> Уз то, изузетно је забрињавајућа ретроактивна примена наведеног услова, која подсећа на примену прописа у Хрватској и Црној Гори, о којој је ЕЦБ већ изнела свој став. На тај начин се умањују правне гаранције које су банке имале приликом доношења одлуке о инвестирању и умањује се правна сигурност (и то не само у погледу уговора о кредиту индексираним швајцарским францима, већ и у погледу других улагања која почивају на валутној клаузули). Ако се банкама намећу додатни трошкови у виду доказивања које се може поредити са *probacio diabolica* и ако се започне са праксом оглашавања ништавим пуноважних и законом предвиђених валутних клаузула, може се очекивати да ће банке тврдити повреду неког од правних стандарда у БИТ-овима који су тренутно на правној снази. Пре свега, могло би се очекивати позивање банака на повреду фер и равноправног третмана, потпуне заштите и сигурности, као и на забрану експропријације. Једино што може да поштеди Србију и помогне јој да избегне судбину Хрватске и Црне Горе, јесте чињеница да ће доследном применом Правног схватања ВКС, дужници бити у лошијој позицији него што би били да наставе да отплаћују дуг у швајцарским францима.<sup>39</sup>

## 2. *Lex specialis* и заштита страних улагања

Да правна несигурност буде још већа, само две седмице након што је објављено Правно схватање ВКС, извршна власт у Србији је одлучила

38 Беговић наводи сликовит пример: „уколико укупни пласмани банке путем уговора о кредиту износе 15 милиона швајцарских франака, а банка поднесе „писмене доказе да је прибавила“ само 14 милиона франака, да ли то значи да је недозвољена валутна клаузула у свим уговорима о кредиту у швајцарским францима (15 милиона) или само онима за које недостају извори (1 милион)? Уколико је одговор ово друго, како између свих уговора о кредиту у швајцарским францима пробрати оне чија је валутна клаузула ништава, сходно ставу 2 Правног схватања ВКС.“ Ibid., стр. 8–9.

39 Беговић је то егзактно показао на нумеричком примеру који је конструисало удружење „Ефектива“. Вид. Ibid., стр. 12–13.

да реши проблеме грађана који су задужени у швајцарским францима. Тако је министар финансија 15. априла 2019. године обнародовао да је припремљен предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, док је текст предлога објављен дан касније.<sup>40</sup> Према том предлогу, између осталог, све банке ће бити дужне да понуде конверзију преосталог дела дуга из швајцарских франака у евре, при чему ће укупан износ дуга који је тако добијен бити умањен за 38% (чл. 4), док је фиксна каматна стопа ограничена на 4 % (чл. 4). Уз то, већину трошкова који ће настати услед конверзије мораће да сносе банке (чл. 11). На крају, важно је поменути и један детаљ процедуралне природе – *lex specialis* се доноси по хитном поступку и примењиваће се ретроактивно – на пуноважне уговоре о кредиту који су закључени пре ступања на снагу новог Закона (чл.3).

Већ на основу неколико чланова, јасно је да *lex specialis* има много сличности са прописима који су претходно донети у Хрватској и Црној Гори: нови закон се примењује ретроактивно – на пуноважне уговоре који су закључени пре ступања на снагу тог закона, задире се у права банака, приморавају се банке да сносе трошкове конверзије, поткопава се правна сигурност и нарушавају се легитимна очекивања банака.

За детаљнију анализу, поред одредби закона, потребно је размислити и конкретан БИТ којим се штите улагања одређене банке. Тако, на пример, БИТ који су закључиле Србија и Аустрија у члану 1 предвиђа да заштићено улагање, између осталог, чине: „[...] акције, обвезнице и било која друга врста учешћа у компанији; потраживања у новцу, потраживања у чињењу или било која друга потраживања из уговора који има економску вредност“. Даље, у члану 2 тај исти БИТ прописује да ће „[...] инвестиције и приходи од инвестиција имати фер и правичан третман и уживати пуну заштиту у складу са Споразумом“. Између осталог, та заштита подразумева и гаранције из члана 4 истог БИТ-а који гласи: „Улагања неће бити експроприсана, национализована или подвргнута мерама које имају ефекте еквивалентне експропријацији [...] осим у јавне сврхе, на основу прописаног поступка на недискриминаторној основи и уз компензацију“.<sup>41</sup>

---

40 Предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима је доступан на интернет адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2019/1496-19.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1496-19.pdf), последњи приступ 16.04.2019.

41 Сличне одредбе о заштити од експропријације постоје и у БИТ-овима које је Србија потписала са другим државама. Вид. нпр., БИТ који Србија има потписан са Италијом (чл. 5),

Имајући у виду да нови *lex specialis* по начину доношења и примене не одговара правним стандардима XXI века,<sup>42</sup> као и да умањује дугове корисника кредита, одређује каматне стопе и приморава банке да снесу трошкове које нису проузроковале, делује да би постојеће чињенично стање генерално могло да се супсумира под класичне стандарде заштите у БИТ-овима (у зависности од конкретне одредбе БИТ-а у питању и конкретног чињеничног стања).

У случају Србије, постоји и једна посебна околност када су у питању могућности за покретање поступака против државе. Наиме, нови Закон о улагањима из 2018. године је изједначио домаће и стране инвеститоре,<sup>43</sup> и изричито предвиђа у члану 4 да се: „јемчи заштита улагања извршених у складу са Законом“ и у члану 5 да: „Улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем“. Уз то, Закон о улагањима детаљно прописује и забрану експропријације на коју би могле да се позову не само стране већ и домаће банке чије је пословање угрожено услед мера које предузима држава. У том смислу, члан 6 Закона јасно прописује да: „Улагање неће бити предмет експропријације било непосредно или посредно мерама које имају за циљ ефекат који је једнак експропријацији.“

## V Закључна разматрања

Имајући у виду сличности законских прописа који постоје у државама региона и сличности чињеничних стања у вези са уговорима о кредиту индексирани швајцарским францима, делује да би било целисходно да законодавац у Србији не усвоји *lex specialis*. Предлог Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима не би требало усвојити барем до првих одлука у поступцима који су, због сличних или истих предузетих мера, покренути против Хрватске и Црне Горе, на основу сличних или истих споразума. Уз то, свакако нема потребе за доношењем закона по хитном поступку јер је „проблем“ уговора о кредиту настао пре више година и од тада до данас се ништа битно није променило (осим чињенице да треба донети одлуку о расписивању избо-

---

Немачком (чл. 7), Грчком (чл. 4) и сл. Исто важи и за одредбе споразума којима се дефинише заштићено улагање, фер и правичан третман и потпуна заштита и сигурност.

42 Негативан став о предложеној ретроактивној примени Закона заузео је и Фискални савет Србије. Вид. <http://www.fiskalnisavet.rs/latinita/ocene-i-misljenja.php>, последњи приступ, 18.04.2019.

43 Вид. Закон о улагањима, *Сл. гласник РС*, бр. 89/2015 и 95/2018, чл. 3. и чл. 7.

ра), а још мање има потребе за ретроактивном применом *lex specialis*-а, о којој је ЕЦБ већ изнела јасан и недвосмислен став.

Уколико Влада истраје у намери да на овај начин заштити кориснике кредита и законодавна власт то подржи, са економског становишта, не могу се очекивати повољне последице. Наиме, банке могу имати основа за покретање арбитражног поступка против државе због доношења и начина примене *lex specialis*-а и биће додатно подстакнуте на то ако банке из региона барем делимично успеју у својим захтевима. Када су поступци покренути због угрожености улагања и нарушавања правне сигурности (што се не може оспорити, барем када је у питању ретроактивност у примени закона), без обзира на коначан исход спора, потенцијалним новим инвеститорима се шаље веома лош сигнал. Уколико би дошло до смањења активности и инвестиција у банкарском сектору, то би неминовно утицало на пораст равнотежне каматне стопе, а у држави са ниском стопом штедње и са израженом потребом за инвестицијама, то би даље могло битно да утиче на привредни раст.

Због свега наведеног, из правних и економских разлога, не би требало присилно конвертовати пуноважно закључене уговоре и приморавати банке да сносе трошкове те конверзије. На једној страни су право и економија а на другој популизам и прикупљање политичких поена – да ли ће *lex specialis* ступити на снагу или не, питање је сад?

Исто питање може да се постави и на други начин. Ако се има у виду да су мере у Хрватској предузете непосредно пред парламентарне изборе у новембру 2015. године, а у Црној Гори непосредно пред изборе за посланике у парламенту 2016. године – да ли ће бити избора у Србији или не, питање је сад?

**Nikola ILIĆ, LL.M.**

**Teaching Assistant at University of Belgrade Faculty of Law**

**CHF LOANS AND INVESTMENT ARBITRATION:  
CASE OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

*This paper considers the regulation introduced by the Serbian state in order to protect the consumers of the CHF loans in the context of the legal protection of the banks' investments provided by bilateral investment treaties (BIT). The first part of the paper deals with the cases of Croatia and Montenegro because these countries have similar regulation in comparison with Serbia regarding the contracting of the foreign currency clause and the protection of foreign investments. In the third part, the Legal opinion of the Serbian Supreme Court and the *lex specialis* as of April 2019 are particularly considered to determine whether these measures violate the legal guarantees given to banks and could that lead to the initiation of arbitration proceedings against the state, as recently done in Croatia and Montenegro.*

**Keywords:** *loan agreements, currency clause, *lex specialis*, investment arbitration.*



Др Ранко СОВИЉ\*

## ПРАВНИ ОКВИР ПОСЛОВАЊА ИСЛАМСКИХ БАНАКА – МОГУЋНОСТ ПРИМЕНЕ БАЗЕЛСКИХ СТАНДАРДА<sup>1</sup>

### Резиме

*У свету се последњих деценија интензивно развија концепт исламског банкарства, да би свој замах доживео у претходној деценији, након светске економске кризе. Насупрот конвенционалном банкарству које је првенствено усмерено на стицање профита, концепт исламског банкарства утемељен је у исламском верозакону – шеријату, и његовом тумачењу, према којем је строго забрањена употреба камате (рибе). С обзиром на то да исламске банке такође послују у циљу стицања профита, развијени су сопствени модели пословања, засновани на принципима солидарне поделе добити и губитка. Имајући у виду особеност пословања исламских банака, аутор отвара питање могућности примене Базелских стандарда и праксе конвенционалних банака у управљању ризицима у исламским банкама. Стога ће се научни допринос рада темељити на анализи (не)могућности примене правила Базелских споразума о адекватности капитала и управљању ризицима у исламским банкама, не одступајући од основних исламских принципа. Напошетку, отворићемо питање допуштености оснивања исламских банака у правном поретку Републике Србије.*

**Кључне речи:** исламско банкарство, конвенционално банкарство, банке, Базелски споразуми

### І Увод

Последњих деценија у свету се интензивно развија исламско банкарство, као специфична врста банкарства, поред конвенционалног банкар-

---

\* истраживач сарадник, Институт друштвених наука, Београд

1 Чланак представља резултат рада на пројекту бр. 179023 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

ства, као преовлађујућег концепта пословања банака широм света. Исламско банкарство присутно је не само у муслиманским земљама, већ и у они земљама у којима ислам није владајућа религија.<sup>2</sup> У свету данас послује преко 350 исламских банака. Премда је већина њих основана и послује у арапским земљама, приметан је тренд оснивања и у другим државама.<sup>3</sup>

Иако тренутно чини свега један одсто светског банкарског тржишта, исламско банкарство привлачи глобалну пажњу последњих година. Светска економска криза 2008. године допринела је већем интересовању за исламске финансије, имајући у виду отпорност исламских банака на тадашњу кризу. Предвиђања да ће у догледној будућности исламске банке остварити рапидан раст наспрам конвенционалних банака, услед све значајнијег тржишног учешћа, чине нам се реалним.<sup>4</sup> Имајући у виду да исламске банке послују у више од 100 земаља широм света, довољан је аргумент да је финансијски свет препознао овај начин пословања атрактивним, просперитетним и крајње, сигурним.<sup>5</sup>

Узимајући у обзир истакнуту верску и идеолошку основу, као и потенцијал и годишње стопе раста имовине и вредности пословних операција, научна и стручна јавност сматра га својеврсним феноменом. Идеолошка утемељеност у исламској вери и интерпретацији шеријатских закона, према којима је строго забрањена употреба камате (рибе), намеће обавезу исламским банкама да своје пословање ускладе по принципу солидарне поделе добити и губитка.<sup>6</sup>

2 Небојша Јовановић, „Исламско банкарство према ЕУ (западном) банкарству (настанак и правне основе исламског банкарства)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 224.

3 Тако на пример, у САД-у регистровано је 38, на Бахамима 6, у Аустралији 2, у Немачкој и Шварцској послује по 5 исламских банака, у Данској и Ирској по једна исламска банка, у Луксембургу 4, док су у Великој Британији регистроване 23 исламске банке. У региону постоје две исламске банке чије је пословање усклађено са шеријатом, и то: *United Bank of Albania (UBA)* основана 1992. године, и *Bosna Bank International* са седиштем у Сарајеву, која је основана 2000. године. Адмир Дудић, „Исламско банкарство – нови концепт банкарства“, *Економски изазови*, Vol. 1, бр. 2/2012, 106.

4 Inwon Song, Carel Oosthuizen, „Islamic Banking Regulation and Supervision: Survey Results and Challenges“, *IMF Working Paper*, WP/14/220, 2014, 5.

5 У прилог томе наводимо податак да је у Великој Британији само у току једне године (2005-2006) број клијената порастао за 120%, број отворених рачуна 200%, број штедних улога 76%, чиме Лондон претендује да постане финансијски центар исламског банкарства у Европи. Антонија Радић, *Исламско банкарство*, мастер рад, Економски факултет Свеучилиште у Сплиту, 2016, 11.

6 Жељко Радовановић, *Исламско банкарство – Теорија и пракса*, Службени гласник, Београд, 2018, 17.

## II Пословање исламских банака – основни принципи

Исламско банкарство је концепт финансијског посредовања који се темељи на исламском праву, а ово на исламској вери. Основни принцип исламског банкарства, те самим тим и главна разлика исламских и конвенционалних банака је забрана камате (рибе).<sup>7</sup> Наиме, забрана коришћења камате била је саставни део пословања банака столећима пре појаве ислама. Тако да осим недвосмислене забране у Курану, камата је била строго забрањена и у хришћанству, али и у другим религијама. С обзиром да је забрана камате онемогућила коришћење конвенционалних начина финансирања, учени исламски правници и финансијски стручњаци развили су алтернативне начине финансијског пословања. Стога су креирани финансијски уговори по принципу поделе добити и губитака.<sup>8</sup>

Кључно обележје исламских банкарских послова јесте да банка нема положај повериоца као у конвенционалном банкарству, него положај инвеститора или партнера, у зависности од врсте уговора. Инвестирајући новац у одређени финансијски пројекат, исламске банке стичу учешће у том пројекту, али и преузимају ризик пословног неуспеха. Добит коју исламска банка може очекивати у датом подухвату није загарантована и унапред одређена, већ зависи од реализованог добитка из финансираног пројекта.<sup>9</sup>

Узимајући у обзир врсте инвестирања у пословне подухвате, као начин финансирања у свом пословању, исламско банкарство изложено је додатним проблемима. Као прво, инвестирања банке у послове трећих

---

7 Исламски правници разликују две врсте рибе: *риба ал-наси'ах* која се односи на камату коју поверилац наплаћује од дужника, имајући у виду време које за које дужник треба да врати позајмљена средства, и *риба ал-фадл* која се односи на размену робе, при чему се иста роба размењује у неједнаким износима. Према Исламу, роба исте врсте може се размењивати једино promptly, у истим количинама и квалитету. Срђан Маринковић, Ахмедин Лекпек, „Може ли Исламски концепт финансирања бити делотворан у превенцији економских криза?“, *Теме*, бр. 1/2013, 54.

8 Ахмедин Лекпек, „Исламски банкарски уговори“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, 301. Исламски финансијски уговори који се темеље на начелу сразмерне поделе профита и ризика (послови мудареба и мушарека) представљају најзначајније уговоре исламског банкарства. Поменуто начело није својствено само исламском банкарству, с обзиром да је постојало још у доба Вавилонског царства. Тек са ширењем исламске државе на просторе Блиског истока, Северне Африке и Шпаније, током 10. и 11. века, принцип сразмерне поделе добити и губитака добија на значају. Ахмедин Лекпек, „Проблеми имплементације исламских банкарских уговора у савременим условима пословања“, *Страни правни живот*, бр. 1/2016, 136.

9 А. Лекпек (2013), 301.

лица дужа су него обавезе повраћаја улога њеним депонентима. Овај проблем се манифестује из разлога што су улагања клијената у исламску банку краћег трајања, наспрам улагања банке у пословне подухвате трећих лица, па јој дугови раније доспевају него њена потраживања, чиме се излаже ризику ликвидности, односно могућности да постане неликвидна. Овај проблем додатно се продубљује сазнањем да исламске банке нису креирале међубанкарско тржиште за краткорочне бескаматне позајмице, на којем би банке, које послују са суфицитом, могле позајмити потребна средства банкама у дефициту.<sup>10</sup>

Осим забране коришћења камате, исламским банкама, такође је забрањено да у свом пословању преузимају активности које укључују прекомеран шпекулативни ризик (гарар). Гарар подразумева ситуације у којој једна од уговорних страна располаже информацијама које нису доступне или су непознате другој уговорној страни, односно ситуације када уговорне стране преговарају о предмету уговора, а да при том, тај предмет не поседује ниједна од уговорних страна.<sup>11</sup> Тиме је исламским банкама онемогућено учешће на тржиштима финансијских деривата, с обзиром да им је недопустиво да тргују фјучерсима, опцијама, форвард уговорима.<sup>12</sup> Ова забрана чини нам се контрадикторна, с обзиром да су поменути финансијски деривати креирани за отклањање и ублажавање прекомерних ризика којима су изложене банке на традиционалном тржишту.

Из гарара проистиче и забрана коцкања, као и свих шпекулативних послова са хартијама од вредности. Самим тим, онемогућена је употреба хеџинга. Овом одредбом, ислам забрањује да се кредити обезбеђују хипотеком дужника, с обзиром да би се целокупни ризик пословања превалио на дужника, док би с друге стране банка била ослобођена ризика за исход кредитирања. Такође, у исламском праву није допуштено осигурање кредита банкарским гаранцијама.<sup>13</sup> Забраном гарара, исламско право је забранило бројне уговоре о размени, сматрајући да су подложни пре-

---

10 Небојша Јовановић, „Исламско банкарство према ЕУ (западном) банкарству (послови исламског банкарства)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 94.

11 Abdul Awwal Sarker, „Islamic Business Contracts, Agency Problems and the Theory of the Islamic Form“, *International Journal of Islamic Financial Services*, Vol. 1, No. 2/1999, 13.

12 Жељко Радовановић, *Политичко-економска својства исламског банкарског система – корпоративна анализа*, докторска дисертација, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2015, 59.

13 Иван Миленковић, Драгана Миленковић, „Камата и гарар у исламском банкарству“, *Банкарство*, бр. 1/2016, 68.

комерној несигурности, или да су једна или обе уговорне стране недовољно информисане, што води правној несигурности и ствара неправду и непотребне спорове. Неретко се у литератури наводе ставови да је забрана гарара, заправо начин управљања ризицима у исламским банкама, будући да присиљава уговорне стране да избегавају уговоре са високим степеном информационе асиметрије и екстремним исплатама.<sup>14</sup>

### III Примена Базелских стандарда у исламском банкарству

Исламско банкарство не посматра се само са теоретског аспекта. Циљеви исламских банака истоветни су циљевима банака у традиционалним финансијским системима. Они се односе на мобилизацију и алокацију финансијских ресурса потребних за финансирање националних и регионалних развојних пројеката. Иако су им истоветни циљеви, институције, инструменти и механизми реализације циљева исламских банака разликују се од конвенционалних банака.<sup>15</sup> Раст конкуренције и све учесталије присуство конвенционалних банака у сегменту исламског банкарства натерало је исламске банке да своје пословање прилагоде глобалној тржишној утакмици, истовремено се удаљавајући од изворних начела пословања. Неопходност ваљаног управљања ризицима условила је исламске банке да у пословању користе савремене хибридне и изведене финансијске инструменте, који су у суштини у супротности са начелима шеријата.<sup>16</sup> Стручњаци за исламско право ова новоформирана правна средства називају „фикцијама“, „довијањима“, „лукавствима“, док их Мухамед Акрам Кан назива „смицалицама“, односно „триковима“.<sup>17</sup>

Регулаторни оквир у Европској унији не представља ограничење за оснивање и пословање исламских банака. Већина истакнутих исламских правника и економиста наводи да законодавство ЕУ не препознаје особености пословања исламских банака, те су исламске банке, при оснивању, дужне да своје пословање ускладе са законским прописима ЕУ, у оквиру којих морају пронаћи моделе реализовања својих пословних циљева.<sup>18</sup>

Имајући у виду особеност исламског финансијског система и послова које обављају исламске банке, постављамо питање да ли су Базелски стандарди и пракса конвенционалних банака у управљању

---

14 И. Миленковић, Д. Миленковић, 68.

15 И. Миленковић, Д. Миленковић, 60.

16 Ж. Радовановић, 17.

17 Muhammad Akram Khan, *What is wrong with Islamic Economics?*, Edward Elgar, London, 2013, 337.

18 Ж. Радовановић, 85.

ризицима и примереношћу капиталом примењиви у исламском банкарству. Базелски стандарди су првенствено пројектовани потребама пословања конвенционалних банака, те не препознају особеност пословања исламских банака. С обзиром да не постоје изворни прописи којима се регулише адекватност капитала и управљање ризицима, исламске банке су приморане да прилагођавају пословање сходно прописима које примењују конвенционалне банке. На овом месту отварамо питање могућности примене Базелских стандарда у исламским банкама у изворном облику, односно њиховој противречности шеријатским принципима.<sup>19</sup>

### 1. Примереност (адекватност) капитала исламских банака

Препоруке Базелског комитета за надгледање банака намењене су првенствено традиционалном банкарском систему. Међутим, поменуте препоруке постале су правно обавезујуће и за исламске банке децембра 2005. године. Тада је Исламски одбор за финансијске услуге (*Islamic Financial Services Board – IFSB*) донео сет препорука под називом Стандард адекватности капитала за институције које пружају исламске финансијске услуге,<sup>20</sup> чиме су имплементирана правила Базела II. Сходно најновијим препорукама које је Базелски комитет усвојио током 2010. године, у већини земаља у којима је банкарски систем утемељен на принципима исламског права, спроводи се имплементација Базела III,<sup>21</sup> на основу Ревидираног споразума усвојеног децембра 2013. године.

Поменути споразум дефинише само Стуб 1 – адекватност капитала (минимални износ обавезног капитала), док Стубови 2 и 3 који се односе на спровођење надзора над примереношћу капитала и тржишну дисциплину, нису предмет анализе. Одређивање примерености капитала заснива се на дефинисању регулаторног капитала и ризиком пондерисане активе. Исламски одбор за финансијске услуге прописује да регулаторни капитал чини збир Нивоа 1 и Нивоа 2 капитала. Ниво 1 састоји се од акционарског капитала и додатног капитала, док Ниво 2 садржи поједине резерве и специфичне инструменте допуштене Шеријатом. Такође,

---

19 Ахмедин Лекпек, „Примењивост Базелских стандарда у исламском банкарству“, *Банкарство*, бр. 1/2017, 68-70.

20 Islamic Financial Services Board, *Capital Adequacy Standard for Institutions (other than Insurance Institutions) offering only Islamic Financial Services*, December 2005.

21 Нпр. Централна банка Малезије донела је сет препорука које предвиђају потпуну имплементацију Базела III у периоду од 2013. до 2019. године. Тиме је остављен истоветан прелазни рок за имплементирање поменутих правила као и у европском законодавству. Ж. Радовановић, 80.

Одбор одређује минималну стопу капитала за исламске банке у износу од 8%, док је ниво 2 капитала ограничен на 100% нивоа 1 капитала.<sup>22</sup>

Анализа структуре регулаторног капитала у појединим исламским банкама (Abu Dhabi Islamic Bank, Al Rajhi Bank, Bahrain Islamic Bank, Dubai Islamic Bank, Qatar Islamic Bank) указује да ниво 1 капитала, уз незнатна одступања, има истоветне елементе код свих посматраних исламских банака. С друге стране, структура нивоа 2 капитала разликује се код наведених исламских банака, при чему банке не наводе примењену структуру овог нивоа капитала, што указује на несклад између регулаторних прописа и праксе исламских банака у различитим земљама. Осим тога, у структури Нивоа 2 капитала исламских банака не налазимо поједине елементе који су дефинисани Базелским стандардима, попут каматонских зајмова, преференцијалних акција, с обзиром да су у супротности са исламским верозаконом.<sup>23</sup>

Исламски одбор за финансијске услуге одредио је минималне захтеве за капиталом за кредитне и тржишне ризике за исламске финансијске и инвестиционе инструменте: 1. мурабеку и мурабеку за наручиоца куповине; 2. робну мурабеку трансакцију; 3. селем и паралелни селем уговор; 4. истисна и паралелни истисна уговор; 5. иџару и иџару са откупом; 6. мушареку укључујући и умањујућу мушареку; 7. мударебу; 8. кард хасан; 9. вакала.<sup>24</sup>

Обилато учешће мударебе и мушареке у укупном пословању исламских банака утиче на већу изложеност кредитном ризику наспрам конвенционалних банака.<sup>25</sup> Забрана камате предвиђена исламом онемогућила је банке да учествују у конвенционалним кредитним пословима, те су исламске банке биле приморане да своје пословање усагласе шеријатски прихватљивим пословима. Кредитни ризик исламских банака може се остварити уколико: купац не исплати уговорене рате (мурабека); купац не исплати договорене ренте или се раније повуче из посла (иџара); продавац не испо-

---

22 Islamic Financial Services Board, *Revised Capital Adequacy Standard for Institutions Offering Islamic Financial Services (Excluding Islamic Insurance (Takaful) Institutions and Islamic Collective Investment Schemes)*, December 2013, 6.

23 А. Лекпек (2017), 72.

24 Islamic Financial Services Board, *Revised Capital Adequacy Standard for Institutions Offering Islamic Financial Services (Excluding Islamic Insurance (Takaful) Institutions and Islamic Collective Investment Schemes)*, December 2013, 4.

25 Више о управљању ризицима у конвенционалним банкама видети: Ранко Совиљ, „Управљање кредитним ризиком у банкама са становишта судске праксе“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, Vol. LVI, бр. 75/2017, 95-106.

ручи робу на време или купац не плати договорену цену (селем); извођач радова не испоручи тражену активу у договорено време или купац не плати договорену цену (истисна); финансирани пројекат не донесе очекивани профит (мудареба и мушарека).<sup>26</sup> Посматрано са становишта испуњавања строгих Базелских прописа за минималним и потребним износима капитала, исламске банке су у предности на супрот конвенционалним банкама.<sup>27</sup> Узимајући у обзир слабу заступљеност класичних тржишних финансијских инструмената, пре свега финансијских деривата, исламске банке су мање изложене тржишном ризику. Знатно учешће истисне и салама, који у себи садржи робу или услугу подложну тржишним осцилацијама, утиче на повећање изложености исламских банака тржишном ризику, што се манифестује вишим износима потребног капитала, израчунатог на основу стрес тестова и методологије вредности под ризиком (*Value at Risk – VaR*). Недовољно присуство савремених финансијских инструмената, као и недовољна утрживост традиционалних исламских банкарских инструмената представљају ограничавајуће факторе ваљаног управљања ликвидношћу исламских банака.<sup>28</sup> Исламски одбор одредио је минималне захтеве за капиталом за оперативни ризик<sup>29</sup>, предвиђајући да исламске банке могу управљати оперативним ризиком применом основног показатеља или стандардизованог приступа, при чему се као показатељ изложености користи бруто добитак.<sup>30</sup>

---

26 Ахмедин Лекпек, „Управљање кредитним ризиком у исламском банкарству“, *Банкарство*, Vol. 47, бр. 1/2018, 34.

27 Ж. Радовановић (2015), 118.

28 Ж. Радовановић, 81-82.

29 Посматрано са становишта усклађености пословања исламских банака, највећи изазов је изложеност њиховог пословања оперативном ризику. Заправо, правни ризик, који је Базелски комитет препознао као део оперативног ризика, представља додатни проблем за исламске банке. Проблем изложености исламских банака правном ризику је вишеструк. Као прво, донације учињене од стране исламских банака могу представљати правни и морални хазард, уколико су уручене организацијама сумњиве репутације. Друго, правна несигурност која је могући извор правног ризика, представља кључно обележје пословања исламских банака. Стога се примећује да је неопходно уложити додатни напор развијањем стратегије, која би имала за циљ смањење оперативног и правног ризика, у ситуацији када пословање исламских банака пати од правне несигурности. Abdul Karim Aldohni, *The Legal and Regulatory Aspects of Islamic Banking – A comparative look at the United Kingdom and Malaysia*, Routledge, London, New York, 2011, 180-181.

30 Исламски одбор за финансијске услуге одређује бруто добитак као збир нето добитка од активности финансирања, нето добитка од инвестиционих активности и прихода по основу накнада и провизија, умањен за износ удела у профиту власника инвестиционих депозита. Такође, Одбор препоручује да се захтеви за капиталом за тржишни и оперативни ризик помноже са 12,5. А. Лекпек (2017), 74.



Осим дефинисања регулаторног капитала, следећи корак у одређењу примерености капитала је утврђивање ризиком пондерисане активе. Управо примена метода утврђивања ризиком пондерисане активе, предвиђене Базелским прописима, представља озбиљан проблем са којим се суочавају исламске банке. Наиме, готово све кредитне рејтинг агенције користе конвенционалне методе при одређењу ризиком пондерисане активе, не узимајући у разматрање особеност пословања исламских банака и инструмената. С обзиром на то да искључиве карактеристике исламских инструмената не одражавају кредитни рејтинг, врло је вероватно да би узимањем у разматрање ових инструмената, кредитни рејтинг исламских банака био много бољи. Стога су исламске банке приморане да користе рејтинге одређене од стране кредитних рејтинг агенција, које запостављају исламски начин рејтинговања. Свакако, Међународна исламска рејтинг агенција (*International Islamic Rating Agency*) требало би да има знатно већу улогу у томе, посебно директним ангажовањем истакнутих исламских стручњака.<sup>31</sup>

Коришћење напредних метода за израчунавање и управљање ризицима тренутно је готово немогуће због недостатака база података у већини земаља у којима исламске банке послују (регион Блиског истока, Југоисточна Азија). Такође, исламским банкама отежана је употреба сопствених метода мерења ризика, с обзиром да не располажу одговарајућим историјским подацима о вероватноћи неизвршења обавеза од стране дужника.<sup>32</sup>

## 2. Спровођење надзора у исламским банкама и тржишна дисциплина

У исламском банкарству тренутно не постоје општеприхваћена правила којима се уређује надзор над примереношћу капитала исламских банака. Регулаторни оквир исламског банкарства разликује се од земље до земље, премда у свету преовладавају два система исламског банкарства, у зависности да ли у одређеној земљи допуштено конвенционално банкарство поред исламског банкарства. У систему чистог исламског банкарства, државе допуштају на својој територији пословање само

31 Muhammad Al-Bashir Muhammad Al-Amine, "Sukuk Market: Inovations and Challenges", *Islamic Economic Studies*, Vol. 15, No. 2/2008, 14-15.

32 Abul Hassan, Jumping Hurdless: Adopting Basel II standards in Islamic Banks, доступно на адреси: [http://www.islamic-foundation.org.uk/IslamicEconomicsPDF/Hassan\\_Basel\\_April1.pdf](http://www.islamic-foundation.org.uk/IslamicEconomicsPDF/Hassan_Basel_April1.pdf), 20.03.2019, 6.

исламским банкама, и таква је ситуација у Ирану, Пакистану и Судану.<sup>33</sup> У осталим државама у којима је Ислам званична религија, исламске банке послују у конкуренцији са конвенционалним банкама.<sup>34</sup> Дакле, систем мешовитог исламског банкарства постоји не само у земљама са већинским муслиманским становништвом (нпр. Египат, Индонезија, Јордан, Катар, Либан, Малезија, Саудијска Арабија, Турска, УАЕ), већ и у земљама западне хемисфере са значајном муслиманском мањином (Велика Британија, Француска, Швајцарска, САД). Крајњи исход је да у немуслиманским земљама, исламске банке послују као небанкарски финансијски посредници или инвестициони фондови.<sup>35</sup> Тиме се и организација контроле пословања исламских банака, надзор над примереношћу капитала, као и овлашћења надзорних органа у чијој је надлежности контрола пословања исламских банака, разликује од земље до земље.<sup>36</sup> Интересантно је да Исламски одбор за финансијске услуге приликом доношења Стандарда адекватности капитала 2013. године, није предвидео спровођење контроле и надзора над адекватношћу капитала. Тиме је изостављена имплементација Стуба 2, II Базелског споразума којим се регулише надзор над адекватношћу капитала, чиме се оставља исламским банкама довољно простора за креирање правила надзора сходно сопственим потребама. У недостатку истих, отвара се простор за бројне злоупотребе, што води правној несигурности.

Даље, Исламски одбор за финансијске услуге, приликом усвајања документа *Стандарди адекватности капитала за институције које пружају исламске финансијске услуге*, није предвидео правила о тржишној дисциплини. Актуелни међународни стандарди финансијског извештавања (Базелски споразуми) не препознају специфичност исламских банака. Тржишна дисциплина исламских банака добија на значају последњих година, узимајући у обзир да исламске банке шире своје

---

33 Занимљиво је да су у наведеним земљама паралелно са усвајањем регулативе, оснивањем регулаторних тела, формирањем тржишта капитала, исламске банке забележиле високе стопе раста депозита и извршених трансакција. Са растом броја учесника и имовине наметнула се потреба увођења савременог управљања ризицима у банкама. Стога су исламске банке Ирана, Пакистана и Судана, на иницијативу надлежних централних банака, усвојиле европски концепт управљања ризицима у банкама, инаугурисан у препорукама Базел II и Базел III. Ж. Радовановић, 98.

34 Срђан Маринковић, „Исламско насупрот конвенционалном банкарству: упоредна анализа аранжмана финансирања“, *Банкарство*, бр. 3/2013, 108.

35 Mervyn K. Lewis, Latifa M. Algaoud, *Islamic Banking*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2001, 149.

36 А. Лекпек (2017), 76.

пословање на глобалном нивоу, нудећи нове финансијске производе на тржишту. Покушаји да исламске банке примене стандарде финансијског извештавања које користе конвенционалне банке нису уродила плодом. Разлог томе је селективна примена поменутих стандарда од стране исламских банака, односно само код одређених пословних операција, чиме извештаји постају неупотребљиви.<sup>37</sup>

На основу истраживања које је спроведено у појединим земљама у којима послују исламске банке, утврђено је да је ефикасно обелодањивање података неопходно, како би се учесници на тржишту информисали о стању банке. Уколико узмемо у обзир и не тако истакнуту улогу власника капитала (акционара) у праћењу и контроли исламских банака, констатујемо значајан недостатак транспарентности исламских банака. Стога је за исламске банке изузетно битно ваљано и транспарентно финансијско извештавање, с обзиром да само редовним и ажурним извештавањем о свом пословању и ризицима са којима се суочавају могу стећи кредитбилитет у широј јавности, и на тај начин привући нове штедише.<sup>38</sup> У настојању да се превазиђе проблем у финансијском извештавању исламских банака, Исламска развојна банка (*Islamic Development Bank - IDB*) основала је Рачуноводствену и ревизорску организацију за исламске финансијске институције (*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions - AAOIFI*), у чијој је надлежности развој и унапређење стандарда финансијског извештавања исламских банака.<sup>39</sup>

#### IV Могућност оснивања исламских банака у Србији

Иако још увек недовољно познато широј јавности, исламско банкарство имаће све значајнију улогу на финансијским тржиштима у бли-

37 А. Лекпек (2017), 76-78.

38 Noraini M. Ariffin, Simon Archer, Rifaat Ahmed Abdel Karim, "Transparency and Market Discipline in Islamic Banks", in *Advances in Islamic Economics and Finance* (eds. Munawar Iqbal, Salman Syed Ali, Dadang Muljavan), Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah, 2007, 168.

39 Организација је усвојила стандарде за исламске финансијске институције, којима се одређује садржај финансијских извештаја, узимајући у разматрање рачуноводствене, ревизорске и шеријатске стандарде за исламске банке. У питању су следећи документи: *Циљеви финансијског рачуноводства за исламске банке и финансијске институције* и *Концепти финансијског рачуноводства за исламске банке и финансијске институције*. Ови документи треба да омогуће исламским банкама да развију одговарајућу праксу финансијског извештавања, која ће допринети обезбеђивању конзистентности пословања банака и оснаживању поверења улагача и депонената. Noraini M. Ariffin, *Enhancing transparency and Risk Reporting in Islamic Banks*, phd thesis, School of Management, University of Surrey, 2005, 86-87.

жој будућности. У том светлу треба посматрати и могућност оснивања исламских банака у домаћем правном поретку, посебно имајући у виду актуелну економско-политичку ситуацију у земљи, као и све учесталије инвестиције арапских земаља у инфраструктурне пројекте (Етихадова куповина ЈАТ-а, изградња „Београда на води“ и сл.).<sup>40</sup>

Узимајући у разматрање претходно наведено, поставља се питање могућности оснивања исламских банака у Србији. Да ли би Народна банка Србије, као централна емисиона банка, могла издати дозволу за рад исламској банци? Тумачењем одредбе Закона о банкама којом се дефинише банка (страна банка) не учевамо сметње за издавање дозволе исламској банци.<sup>41</sup> Ни одредба Закона о осигурању депозита, којом се одређује депозит, не представља препреку да исламска банка отпочне пословање у Србији.<sup>42</sup>

Међутим, екстензивним тумачењем домаћег правног система запажамо неколико препрека за оснивање исламских банака. Као прво, исламским банкама забрањено је да учествују у пословима премијског осигурања, што је у супротности са одредбама Закона о осигурању депозита у делу о премији осигурања.<sup>43</sup> Уколико би оснивачи исламске банке одбили да банка по оснивању осигурава депозите својих клијената плаћањем премије осигурања Агенцији за осигурање депозита, Народна банка Србије не би им издала дозволу, с обзиром да не испуњавају законом прописане услове.<sup>44</sup> Друга препрека за оснивање исламских банака јесте могућност исламских банака да обављају друге небанкарске послове, што им је дозвољено у исламским земљама, а што је у супротности са домаћим правним поретком. Наиме, у Србији је допуштено банкама да обављају само послове у вези са новцем (кредитне, депозитне, услужне послове). Међутим, ова препрека може се отклонити, тиме што банка може основати сама или са другим лицима привредно друштво, које би обављало небанкарске послове, из којих би банка реализовала приходе, као њен власник.<sup>45</sup>

Даља препрека оснивању исламских банака је особен начин њиховог пословања, који се огледа у сразмерном учешћу у деоби добити и губитака. Како исламска банка новац преузет од својих депонената улаже у пословне и инфраструктурне пројекте са другим лицима, тако преваљу-

---

40 И. Миленковић, Д. Миленковић, 54.

41 Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 2 ст. 2.

42 Закон о осигурању депозита, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015, чл. 2 ст. 1 тач. 3.

43 Закон о осигурању депозита, чл. 8-14.

44 Н. Јовановић (2017), 257.

45 Н. Јовановић (2017), 257-258.

је ризик неуспеха својих улагања на своје депоненте. Преношење ризика на штедише деривира из уговора о депозиту, које исламска банка закључује са штедишама (депонентима), и којима се не обавезује да им у потпуности врати примљене улоге.<sup>46</sup> Овакав вид пословања у потпуности је забрањен у домаћем правном поретку, с обзиром да је банка дужна да својим повериоцима (депонентима) измири потраживање по основу уговора о депозиту. Осим наведеног, банка је обавезна да осигурава депозите физичких лица, предузетника, микро, малих и средњих правних лица код Агенције за осигурање депозита.<sup>47</sup>

Међу највећим препрекама оснивања исламске банке у Србији јесте начин пословања, с обзиром да исламска банка не послује само у свом интересу и интересу својих власника и депонената. Наиме, исламска банка је дужна да послује и за добробит „целе исламске заједнице“. Та обавеза се манифестује оснивањем посебног фонда (зекат), који служи за редистрибуирање средстава угроженим муслиманима, што је у супротности са јавним поретком Републике Србије. У супротном, уколико би се допустило њено пословање, тиме би се интереси једне верске конфесије издигли изнад интереса грађана других вероисповести у нашој земљи, што је супротно Уставу РС, који јемчи равноправност свих религија.<sup>48</sup> Тиме би банка своје улагаче, који нису исламске вероисповести, ставила у неравномеран положај на домаћем тржишту, због тога што би њихов новац употребила за стицање прихода, из којих би помагала искључиво муслимане.<sup>49</sup>

## V Закључак

Исламско право темељи се на исламском праву, а оно на исламској вери. Неспорно је да исламска вера има значајан утицај на развој и пословање исламских банака. Ислам не забрањује приватну својину, тржишну економију, нити стицање зараде, али намеће одређена ограничења.<sup>50</sup> Управо, то и представља суштинску разлику пословања исламских банака наспрам конвенционалних банака. Исламским банкама забрањено је да наплаћују камату, као и да обављају послове који се сматрају штетним и неморалним, односно послове чији је исход неизvestан. Забраном шпеку-

46 Н. Јовановић (2017), 258.

47 Закон о осигурању депозита, чл. 3, Закон о Агенцији за осигурање депозита, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015, чл. 5.

48 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 44.

49 Н. Јовановић (2017), 259.

50 Немања Будимир, „Исламско банкарство и модели финансирања у пословању исламске банке“, *Oeconotica Jadertina*, бр. 2/2016, 77.

лативних послова, игара на срећу, послова трговине изведеним финансијским инструментима (нпр. фјучерси, свопови) смањује се могућност концентрисања богатства у рукама неколицине људи. С друге стране, банкама се намеће обавеза оснивања милосрдног фонда (зекат), сакупљањем доприноса од богатих клијената и њихове прерасподеле сиромашном становништву. А *contrario*, преовладавајући концепт тржишног банкарства не води праведној прерасподели богатства, будући да поверилац и кредитор не преузимају подједнако ризик неуспеха. Даље, конвенционалне банке условљавају кредитирање својих клијената обезбеђењем адекватне залогe. Узимајућу у обзир претходно наведено, констатујемо да се исламско банкарство темељи на начелима правде и правичности, с обзиром да настоји да оствари једнакост у друштву, равномернијом прерасподелом богатства, пружајући свима једнаке могућности.

С друге стране, отежавајућа околност у пословању исламских банака широм света јесте недовољна примена јединствених међународних принципа пословања. У раду смо указали на делимичну имплементацију Базелских стандарда. Наиме, Исламски одбор за финансијске услуге усвојио је сет препорука који се односе на адекватност капитала исламских банака, и на тај начин хармонизовао правила сходно препорукама Базелског комитета. Међутим, Исламски одбор није размотрио увођење препорука које се односе на спровођење надзора и тржишну дисциплину у исламским банкама. Примена различитих правила која се односе на спровођење надзора, тржишну дисциплину и контролу финансијског извештавања исламских банака, доводи до отежаног, понекад готово немогућег сумирања билансних позиција већине исламских банака. Наведени проблеми настоје се решити оснивањем разних институција, попут Рачуноводствене и ревизорске организације за исламске финансијске институције, које ће утврдити адекватне стандарде и контролисати њихову примену.

На крају, екстензивним тумачењем домаћих правних прописа закључујемо да тренутно не постоји могућност оснивања исламских банака у Србији. Допуштањем банкама да послују у складу са правилима Шеријата било би противно домаћем јавном поретку, што смо указали у раду.

**Ranko SOVILJ, PhD**  
**Institute of Social Sciences, Belgrade**

**THE LEGAL FRAMEWORK OF BUSINESS OPERATIONS  
OF ISLAMIC BANKS - IMPLEMENTATION OF BASEL STANDARDS**

*Summary*

*In the last decades intensively developing the concept of Islamic banking to its momentum experienced in the last decade, after the world economic crisis. In contrast to conventional banking that is primarily focused on profiting, the concept of Islamic banking is based in Shariah, and its interpretation, according to which is strictly prohibited the use of interest. Since Islamic banks are operating in order to earn profits, its own business models have been developed, based on the principles of solidarity sharing of profits and losses. This paper explains the specificity of the business of Islamic banks, in particular the issue of possibility of the implementation the Basel standards and the practice of conventional banks in the risk management in Islamic banks. Therefore, the paper will analyze the possibility of applying the provisions of the Basel Principles on the capital adequacy and risk management in Islamic Banks. In the conclusion, the author considers the legality of Islamic banking in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *Islamic banking, conventional banking, banks, Basel agreements.*

---

# АРБИТРАЖНО, СТЕЧАЈНО И ИЗВРШНО ПРАВО

---

Др *Радован* Д. ВУКАДИНОВИЋ\*

Др *Јелена* ВУКАДИНОВИЋ МАРКОВИЋ\*\*

## АРБИТРАБИЛНОСТ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА ИЗ УГОВОРА О ЕНЕРГЕТСКОЈ ПОВЕЉИ

### Резиме

*Након што је Суд правде Европске уније у одлуци донетој у предмету Ахмеа заузео став да ИСДС клаузула (investor-state-dispute-settlement) у споразуму о заштити и подстицању страних инвестиција, закљученом између Краљевине Холандије у Словачке Републике, (ЕУ интра БиТ) није усклађена са правом ЕУ, Европска комисија је донела Декларацију којом је државама чланицама препоручила да своје интра БиТ-ове или ускладе са правом ЕУ, или једнострано откажу њихову примену. У теорији и у пракси је постављено питање да ли се тумачење о нерабитрабилности које је Суд правде заузео у Ахмеа одлуци може применити и на Споразум о енергетској повељи, у вези чије примене су већ покренути бројни спорови. Аутор сматра да разлози очувања аутономије и јединства правног поретка ЕУ, на које су Суд позвао у Ахмеа одлуци, налажу да нерабитрабилним прогласи и ИСДС механизам из Споразума о енергетској повељи.*

**Кључне речи:** *Уговор о Енергетској повељи, право ЕУ, Суд правде ЕУ, билатерални споразуми о заштити страних инвестиција, ИСДС механизам.*

---

\* редовни Професор Правног факултета у Бањој Луци

\*\* Научни сарадник у Институту за упоредно право, Београд



## I Постављање проблема

Споразум о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*) представља врсту међународног инвестиционог споразума (*international investment agreement* - ИА) којим се подстичу страна страна улагања у енергетски сектор тако што се страном инвеститору гарантује низ матерајланих права, а у случају спора нуди посебан ИСДС механизам заштите (*investor-state-dispute-settlement* - ISDS). У поређењу са класичним међународним споразумима о заштити страних инвестиција, Споразум о енергетској повељи (у даљем тексту Споразум или Енергетска повеља)<sup>1</sup>, је ужег - секторског карактера и односи се само на једну област улагања - енергетику. У погледу процесних средстава заштите, Споразум као отворену и "једнострану понуду" страном инвеститору нуди могућност да против државе домаћина покрене поступак путем ИСДС механизма, који се користи и код билатералних споразума о унапређењу и заштити страних инвестиција (БиТ споразуми).

Овакв вид заштите је, слично као и код класичних билатералних споразума о подстицању и заштити страних инвестиција (БиТ-ова), у почетеном периоду примене, сматран адекватним и подстицајним правним оквиром за улагања у енергетски сектор. Међутим, касније, посебно у последњих неколико година, државе пријемнице капитала и њихови привредни субјекти износе све више примедби на начин како арбитра тумаче Споразум и на резултате његове примене. Незадовољне начином примене, поједине државе отказују Споразум, док се у правној теорији све више говори о његовим недостацима,<sup>2</sup> углавном због тога што већу заштиту пружа страним инвеститорима.

Будући да изражава сагласност воља не само држава чланица Европске уније и саме Европске уније (ЕУ)<sup>3</sup>, већ и трећих држава нечланица, Споразум истовремено представља уговор међународног јавног права и права ЕУ. Основни извор неспоразума у тумачењу неких његових одредби, посебно одредбе о решавању спорова (ИСДС клаузула),

---

1 Иако би у језичком смислу боље одговарао превод "Уговор" о енергетској повељи (јер се у оригиналу на енглеском језику користи израз "treaty", а не "agreement"), у раду се корист превод "споразум" да би се разликовао од Уговора о оснивању ЕЗ/ЕУ.

2 Вид. "ECT's dirty secrets", део из Извештаја "One treaty to rule them all", објављено на: <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

3 Иако је Лисабонским споразумом (УФЕУ) надлежност за регулисање страних директних инвестиција пренета у искључиву надлежност ЕУ, поједина питања, као што је заштита, су остала и даље у надлежности држава чланица, као што је и раније било, тако да се као уговорне стране јављају и државе чланице и Европска унија.

лежи у различитом схватању односа између међународног права и права ЕУ садржаног у Споразуму, нарочито после одлуке коју је Суд правде ЕУ (Суд или СП ЕУ) донео у предмету Ахмеа (*Achmea*)<sup>4</sup>. Иако је реч о одлуци у којој је Суд дао тумачење спорних одредби из конкретног БиТ-а између Краљевине Холандије и Словачке Републике, у правној теорији је постављено питање утицаја такве одлуке на Споразум, односно на тзв. спољне и мултилатералне БиТ-ове и остале инвестиционе споразуме. Са становишта арбитражног права, покренуто је практично питање арбитрабилности спорова из Споразума, нарочито спорова између држава чланица ЕУ<sup>5</sup>. Полазећи од такве ситуације, у раду ће прво бити речи о појму арбитрабилности у интра ЕУ БиТ-овима, а након тога о дејству Ахмеа одлуке на спољне БиТ-ове и Споразум о енергетској повељи.

## II Појам и значај арбитрабилности

У изворима арбитражног права, арбитрабилност (eng. *arbitrability*, раније: *domain*, нем. *Schiedsfähigkeit*, или *Arbitrabilität*, франц. *arbitrabilité*) се помиње, али није дефинисана на општи начин,<sup>6</sup> већ је одређена у правној теорији и судској и арбитражној пракси.<sup>7</sup>

У општем смислу, арбитрабилност представља подобност неког спора да буде предмет арбитражног одлучивања. Са становишта арбитраже, арбитрабилност значи овлашћење или надлежност арбитраже, односно арбитражног трибунала да расправља и мериторно одлучи о предмету спора.<sup>8</sup> Може се схватити о као скуп општих ограничења који-

---

4 Предмет C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158

5 Вид. Kluwer Arbitration Blog on Energy Charter Treaty, на: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/energy-charter-treaty/> као и "International Arbitration Law Review", 10(2007) 3; Gloria M. Alvarez, Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 33(2018), 2, стр. 560–581, Veijo Heiskanen, Unreasonable or Discriminatory measures" as a Cause of Action under the Energy Charter treaty, *International Arbitration Law Review* 10(2007) 3, стр. 104-110. Цео број Ревии је посвећен разним питањима тумачења и примене Споразума. Вид. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy006>.

6 Немогућност стандардизације, тј. јединственог одређивања појма арбитрабилности неки аутори виде као главну опасност за међународну трговинску арбитражу. Вид. V. Bouček, *Arbitrabilnost kartelnih sporazuma*, (doktorska disertacija), Zagreb 1996, 11.

7 Јелена Вукадиновић Марковић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска теза одбрањена на Правном факултеу у Београду, 2016, 101. и даље.

8 Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002, 107; Alan Uzelac, "Arbitrabilnost-aktuelno uređenje i neka sporna otvorena pitanja u hrvatskom pravu", *PUG* 4/2010,

ма се одређује допуштеност арбитраже.<sup>9</sup> У последњем случају, арбитрабилност пружа одговор на питање које врсте спорова се не могу решавати пред арбитражним трибуналом било из разлога јавног поретка, било због тога што се такви спорови налазе ван домашаја арбитражног уговора. Остали спорови су арбитрабилни, тј. подобни да о њима одлучују арбитражи као приватна лица, а не судови као државни органи.

Садржина арбитрабилности, међутим, није непромењива, ни заувек дата, у времену и у простору.<sup>10</sup> О томе углавном сведочи чињеница да арбитраже признају арбитрабилност све већем броју спорова, па и онима који то раније нису били. У том смислу је оправдано говорити о експанзији и "надирању" арбитрабилности и ширењу надлежности (и значаја) арбитража. Ретки су случајеви да се једном призната арбитрабилност некој врсти спорова касније доводи у питање или чак оспори или одузме. Чини се да је управо о томе реч код спорова из Енрегетске повеље. Друга релативизација појма арбитрабилности је везана за простор будући да се посматра као практичан и променљиви појам чија садржина (и признање) зависе од тога пред којом врстом арбитраже се поставља, као и од тога где и када (у којој фази поступка) се поставља. Признање арбитрабилности, међутим, не зависе само од садржине спора (материјална арбитрабилност - *ratione materiae*), већ и од субјеката између којих постоји спор (субјективна арбитрабилност - *ratione personae*). Наиме, у неким споровима државни правни поредак не појединим субјектима (углавном државним органима) не признаје право, у смислу овлашћења, да покрену поступак пред арбитражом. Како се на први поглед чини да се о допуштености (арбитрабилности) спорова из Енрегетске повеље суди на основу тога ко су странке у спору: државе чланице и њихови инвеститори или треће државе или инвеститори из трећих држава, потребно је питање арбитрабилности анализирати и у контексту парничне способности потенцијалних странака у спору.

Што се тиче значаја, о арбитрабилности се може говорити у политичком и у правном смислу. У политичком смислу, одражава спремност државе да се прихватањем све ширих граница арбитрабилности у тој мери "саморазвлашћује" у корист приватних институција као што су

---

1180, под арбитрабилношћу подразумева подобност одређеног спора за решавање арбитражом, али и као могућност да странке својом вољом одређени спор "изузму из сфере државне јурисдикције".

9 Вид. Гордана Станковић и други, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002, 98; Siniša Triva i Alan Uzelac, *Hrvatsko arbitražno право*, Zagreb, 2007, 22.

10 Јелена Вукадиновић, *н. дело*, 101.

арбитраже. У правном смислу, арбитрабилност подразумева стварање и санкционисање система мериторног одлучивања, који је паралелан постојећем државном судском систему.

### III Настанак и значај споразума о Енергетској повељи

Идеја о регулисању међусобних односа држава корисника и испоручиоца енергије политичким и правним актом је нарочито дискутована крајем деведестих година прошлог века након пада Берлинског зида и распада тзв. Источног блока. Процес преговарања око будуће повеље и каснијег оснивања енергетске заједнице, у оквиру Европске уније је покренуо холандски премијер Род Луберс (*Rod Lubers*) на састанку Европског савета одржаном јуна 1990. године у Даблину, предлогом да се оснује Енергетска заједница. У том циљу је крајем идуће године потписана политичка декларација у форми Енергетске повеље (*Energy Charter*), чија садржина ће три године касније, 1994. године, бити преточена у правно обавезујући Споразум (или Уговор) о енергетској повељи (*The Energy Charter Treaty - ECT*). Споразум, која је потписан у Лисабону, је пратио и Протокол о енергетској ефикасности, који није од значаја за овај рад. Споразум је касније мењан и допуњаван како би се усагласио са правилима Светске трговинске организације (СТО), 1998. године, као и у циљу модернизације, 2009. године. 2015. године је усвојена политичка декларација о Међународној енергетској повељи, са намером да се ојача сарадња између држава потписница Споразума и осталих држава. Споразум је ступио на снагу у априлу 1998. године и данас окупља 53 потписнице и уговорне стране са свих континената, укључујући и Европску унију и Евроатом.<sup>11</sup> Све бивше југословенске републике су као самосталне државе приступиле Повељи.<sup>12</sup> Република Србија је 2015. године потписала Међународну енергетску повељу, као правно необавезујућу политичку декларацију, али не и Споразум о енергетској повељи.

За предмет овог рада Споразум о Енергетској повељи је у теоријском смислу од значаја јер се може третирати као посебна врста међународног мултилатералног инвестиционог споразума, тј. као део међународног јавног права, али и као извор примарног права ЕУ. У практичном

---

11 Попис држава потписница и чланица вид. <https://energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/>

12 За Споразум о енергетској повељи вид. .. <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, а за Међународну енергетску повељу: <https://energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> Последњи приступ 18.04. 2019.

смислу, Соразум је од значаја због тога што се највећи број инвестиционих спорова, посебно у последњих пет година, односио на његово тумачење и примену.<sup>13</sup> Занимљиво је и да је у првих 15 година примене Споразума, 89% спорова било покренуто против држава Централне и Источне Европе и Централне Азије, а да се у периоду између 2013. и 2017. године, 64% спорова односило на тужбе против држава Западне Европе, као држава пријемница капитала. Чини се да се звоно за узбуну укључило тек кад су страни инвеститори почели да покрећу поступке против држава чланица Западне Европе и Европске уније (ЕУ).<sup>14</sup> Порасту броја спорова (и инвестиција) је свакако допринела и широка дефиниција "инвестиција" па су бројне инвестиције извршиле тзв. "компаније са поштанским фахом" (*mailbox companies*) или компаније "са полице",<sup>15</sup> које су осниване са шпекулативним намерама. На сумњу да нечег необичног има у таквим инвестиционим споровима са огромним тужбеним захтевима,<sup>16</sup> упућује и статистика о успешности или резултату таквих спорова: 43% спорова је решено у корист инвеститора, а 39% у корист држава домаћина.

Кад је реч о споровима који су покренути у оквиру ЕУ, 67% спорова је покренуто од стране инвеститора који потичу из ЕУ против државе домаћина које су, такође, чланице ЕУ. Такви спорови се означавају као *унутрашњи ЕУ енергетски спорови*. Други део чине спорови из тзв. унутрашњих или интра ЕУ БиТ-ова. Суд правде је арбитражне клаузуле из оваквих ЕУ интра БиТ-ова које су проишле из уговореног ИСДС механизма, у одлуци донетој у предмету Ахмеа, прогласио несуклађеним са правом ЕУ и учинио их непримењивим, а такве спорове нерабитрабилним. Након такве одлуке, у теорији и пракси се поставља питање какав значај и дејство има овакво тумачење Суда које је дато поводом конкретног случаја, тј. да ли се дејство одлуке може протегнути и на остале БиТ-ове са трећим државама (спољни БиТ-ови) и, што је важно за овај рад, на

---

13 У литератури се износе подаци да је у првих десет година, од 1998. до 2008. године, било 19 регистрованих поступака, од 2013. до 2017. године је 75 инвеститора покренуло поступак против држава домаћина. Вид. *One Treaty to Rule Them All*, стр. 7. Доступно на <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

14 У првих 15 година 89% спорова је било покренуто против држава Средње и Југоисточне Европе и Централне Азије.

15 Екстреман пример су холандски инвеститори који су до краја 2017. године покренули 24 поступка, од којих су 23 тужиоца компаније са поштанским фахом. <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

16 У томе предњаче захтеви тужилаца као што су шведски Vattenfall који у спору против Немачке државе тражи 1,4 милијарде евра. Вид. *One Treaty to Rule Them All*, н. дело, 14.

Споразум о енергетској повељи<sup>17</sup>. Иако је ово постало најважније и најзапаљивије питање,<sup>18</sup> Суд на њега није директно одговорио, па ће у даљем тексту бити речи о разлозима за и против таквог проширеног значења. У правној теорији су мишљења о томе подељена на уско (рестриктивно) и на шире тумачење.<sup>19</sup>

Питање није само од правног, већ и од оштег друштвеног значаја. О правном значају ће бити речи у наредној тачки, а овде ће бити изнет само један елемент који упућује на шире друштвене последице које могу настати различитим тумачењем Споразума. Наиме, раније изнети статистички подаци и досадашње искуство показују да Споразум представља снажно оружје у рукама великих нафтних, гасних или компанија које се баве производњом и дистрибуцијом угља којим страни инвеститори могу да утичу на државе домаћине у циљу да их обесхрабре или да их подстакну да са прљавих енергија пређу на производњу и коришћење чисте енергије.<sup>20</sup>

#### IV Значај Ахмеа одлуке за спорове из споразума о Енергетској повељи

У предмету *Achmea v Slovak Republic* (Ахмеа)<sup>21</sup> Суд правде ЕУ је, по захтеву немачког Савезног уставног суда, у форми одлуке о претодном питању, дао тумачење спорних одредби права ЕУ у контексту примене ИСДС механизма из Споразума о подстицању и заштити страних инвестиција између Краљевине Холандије и Словачке Републике (интра ЕУ БиТ). У суштини, од Суда је тражено да одговори да ли је арбитражни

---

17 Ciaran Cross and Vivian Kube, 2018, Sind Investitionsschiedsverfahren (ISDS) zwischen den EU-Mitgliedstaaten auf Basis der Energiecharta mit dem EU-Recht vereinbar?, [http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01\\_Themen/02\\_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221\\_Gutachten\\_Energiecharta\\_und\\_ISDS\\_in\\_der\\_EU.pdf](http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01_Themen/02_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221_Gutachten_Energiecharta_und_ISDS_in_der_EU.pdf). 2

18 George A. Bermann, Navigating EU Law and the Law of International Arbitration, 28 *ARB. INT'L* (2012) 397, 443-44; Daniele Gallo and Fernanda G. Nicola, The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication, *Fordham International Law Journal* 39(2016)1081. У домаћој теорији вид. Предраг Цветковић и Жарко Димитријевић, Систем решавања спорова у оквиру правила Повеље о енергији, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 64(2013), 125-138; Маја Станивуковић и Сања Ђајић, Инвестициони спорови на основу Уговора о енергетској повељи, *Правна ријеч*, 39(2014) 577-601.

19 Вид. Johannes Tropper, *Alea iacta est? Post-Achmea investment arbitration in light of recent declarations by EU-member states*, Voelkerrechtsblog, International Law & International Legal Thought, <https://voelkerrechtsblog.org/alea-iacta-est/>

20 Вид. <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>,

21 C-284/16, *Achmea v Slovak Republic*, ECLI:EU:C:2018:158

споразум садржан у овом БиТ-у, којим се предвиђа арбитражни начин решавања спорова, усклађен са правом ЕУ.

Супротно очекивањима дела теорије и праксе, па и мишљења општег правобраниоца (независног адвоката), Суд је нашао да таква клаузула није у складу са правом ЕУ. Оваква одлука Суда је, одмах након доношења, изазвала различите коментаре и означавања је као "земљотресна", кључна, преломна и слично.<sup>22</sup> За предмет овог рада је од значаја онај део одлуке у коме је Суд заузео јасан став да одредбе о решавању спорова путем тзв. ИСДС механизма (*investor-state dispute settlement (ISDS)*) у интра ЕУ БиТ-овима нису у складу са правом ЕУ те се постојећи ЕУ интра БиТ-ови морају или изменити/ускладити, или се такви спорзуми (БиТ-ови) морају ставити ван снаге.<sup>23</sup> Међутим, Суд се није изјашњавао о компатибилности ИСДС механизма у тзв. спољним или екстра БиТ-овима, ни у Енергетској повељи.

Уговор о енергетској повељи се разликује од ЕУ интра БиТ-ова не само по уговорним странама, већ и по садржини питања која регулише. У погледу уговорних страна, Повељу су закључиле не само државе чланице ЕУ, већ и треће државе са различитих континената и по томе представља врсту међународног мултилатералног споразума. Повеља се разликује и од спољних ЕУ БиТ-ова као врсте међудржавних споразума, јер се као уговорна страна јавља и Европска унија, као регионална организација и по томе подсећа на мешовите споразуме.<sup>24</sup> Међутим, Повеља не садржи тзв. клаузулу дисконтинуитета (*discontinuity disconnection clause*),<sup>25</sup>

---

22 Joerg Risse and Max Oehm, The Aftermath of Achmea: Germany Requests Dismissal of Vattenfall Case After CJEU's Achmea Decision, <https://globalarbitrationnews.com/aftermath-achmea-germany-requests-dismissal-vattenfall-case-cjeus-achmea-decision/> Види и коментар истих аутора European Court of Justice Stops Investment Arbitration in Intra-EU Disputes, на: <https://globalarbitrationnews.com/ecj-stops-investment-arbitration-intra-eu/>

23 Vid. Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and Investment Protection in the European Union, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf)

24 Мешовите споразуме са трећим државама нечланицама склапају државе чланице и Европска унија као једна уговорна страна, као што је, напр. Споразум о стабилизацији и придруживању.

25 Maja Smrkolj, "The Use of the "Disconnection Clause" in International Treaties: What Does It Tell Us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?" 1–15, str. 6. <<http://ssrn.com/abstract=1133002>>accessed 14 November 2015; RREEF Infrastructure (GP) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sa`rl v Kingdom of Spain, ICSID Case No

којом поједине уговорне стране из међународних конвенција за себе уговарају право да у међусобним односима не примењују правила конвенције, већ за њих посебно договорена правила.<sup>26</sup> Другачије речено, између тих држава уговорница Повеље (тј. држава чланица ЕУ), Повеља производи унутрашње дејство, као ЕУ интра БиТ, а у односима са трећим државама нечланицама и оним чланицама које нису уговориле клаузулу дисконтинуитета, производи спољно дејство, као класични међународни инвестициони споразуми. Према, садржини питања која су њиме регулисана, Повеља спада у категорију сложених споразума којим је регулисано не само решавања спорова, већ и сарадња држава потписница у области трговине, транзита и заштите околине. За предмет овог рада је од значаја начин и механизам заштите страних инвестиција и решавање спорова између инвеститора и "уговорне стране", који је дефинисан у петом делу Споразума, у члану 26.<sup>27</sup>

Као и у највећем броју ЕУ интра БиТ-ова, и у Споразуму је предвиђен ИСДС механизам заштите. Одредбама члана 26. Споразума предвиђено је да се:

1. Спорови између уговорне стране и инвеститора неке друге уговорне стране у вези с инвестирањем тог инвеститора на територији прве уговорне стране, а који се односе на наводно кршење обавезе прве уговорне стране из дела III, решавају, ако је то могуће, мирним путем.

2. Ако се такви спорови не могу решити у складу с одредбама став 1. у року од три месеца од дана када је једна од страна у спору затражила решавање спора мирним путем, инвеститор који је страна у спору може по свом избору поднети спор на решавање:

(а) судовима или управним судовима уговорне стране која је страна у спору;

(б) у складу с било којим примењивим, унапред договореним поступком решавања спорова; или

(с) у складу са следећим ставовима овог члана.

---

ARB/13/30, Decision on Jurisdiction (6 June 2016) para 81; Charanne and Construction Investments v Kingdom of Spain, SCC Case No V 062/2012, Award (21 January 2016) 438.

26 Вид. тач 73. Одлуке о надлежности у предмету *Vattenfall v Germany*

27 И члан 27. Споразума се бави решавањем спорова, али између "уговорних страна", тј. држава потписница и ЕУ.



3. (а) Подложно само тачкама (б) и (ц), свака уговорна страна овим даје своју безусловну сагласност на подношење спора међународној арбитражи или мирењу у складу с одредбама овог члана.

(б) i. Уговорне стране наведене у Анексу ID не дају такву безусловну сагласност ако је инвеститор претходно поднео спор у складу са ставом 2. тачком (а) или (б).

ii. Ради прегледности, свака уговорна страна наведена у Анексу ID доставља Секретаријату писану изјаву о својој политици, пракси и условима с тим у вези, најкасније до дана полагања своје исправе о ратификацији, прихвату или одобрењу у складу с чланом 39. или полагања своје исправе о приступу у складу с чланом 41.

(ц) Уговорна страна наведена у Анексу IA не даје такву безусловну сагласност у случају спора који произлази из члана 10. став 1. последње реченице.

4. Ако се инвеститор одлучи да поднесе спор на решавање у складу са ставом 2. тачком (ц), доставља своју писану сагласност да се спор поднесе на решавање:

(а) i. Међународном центру за решавање спорова о улагању, основаном у складу са Конвенцији о решавању спорова о улагању између држава и држављана других држава, која је отворена за потписивање у Вашингтону 18. марта 1965. (Конвенција ICSID), ако су и уговорна страна инвеститора и уговорна страна која је страна у спору стране Конвенције ICSID; или

ii. Међународном центру за решавање спорова о улагању, основаном у складу са Конвенцијом из тачке (а) подтачке и., у складу с правилима којима се уређују додатна средства за управљање поступцима од стране секретаријата Центра („правила о додатним средствима”), ако су уговорна страна инвеститора или уговорна страна која је страна у спору, али не обе, стране Конвенције ICSID;

(б) арбитражном судији појединцу или *ad hoc* арбитражном суду основаном у складу с Правилима о арбитражи Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право (UNCITRAL); или

(ц) у складу с арбитражним поступком у оквиру Арбитражног института Штокхолмске трговачке коморе.

5. (а) Сматра се да сагласност дата у складу са ставом 3, заједно с писаном сагласношћу инвеститора која је дата у складу са ставом 4, испуњава захтеве за:

i. писану сагласност страна у спору у смислу поглавља II. Конвенције ICSID те у смислу правила о додатним средствима;

ii. „писани споразум” у смислу члана II. Конвенције Уједињених нација о признању и извршењу страних арбитражних одлука, састављене у Њујорку 10. јуна 1958. ( Њујоршка конвенција); и

iii. писану сугласност уговорних страна у смислу члана 1. Правила о арбитражи UNCITRAL-а.

(б) Свака арбитража у оквиру овог члана одржава се на захтев било које стране у спору у држави која је страна Њујоршке конвенције. Сматра се да захтеви, који су у складу с овим одредбама предметом арбитражног поступка, произлазе из трговинског односа или трансакције у смислу члана I. споменуте Конвенције.

6. Суд основан у складу са ставом 4. одлучује о спорним питањима у складу с овим Уговором те важећим правилима и начелима међународног права.

7. С инвеститором који није физичко лице и има државну припадност уговорне стране која је страна у спору на дан писане сугласности из став 4. те кога, пре настанка спора између њега и те уговорне стране, контролишу инвеститори друге уговорне стране, за потребе члана 25. став 2. тачке (б) Конвенције ICSID поступа се као с „држављанином друге уговорне стране”, а за потребе члана 1. став 6. правила о додатним средствима поступа се као с „држављанином друге државе”.

8. Арбитражне одлуке, које могу укључивати и одлуку о каматама, коначне су и обавезујуће за стране у спору. Арбитражна одлука, која се односи на меру владе или тела испод националног нивоа уговорне стране у спору, предвиђа да уговорна страна може штету накнадити у новцу уместо било какве друге додељене накнаде. Свака уговорна страна без одлагања спроводи сваку такву одлуку и осигурава делотворно извршење таквих арбитражних одлука на својој територији.

У одлуци донетој у предмету Ахмеа, Суд правде је нашао да између ЕУ интра БиТ-ова и права ЕУ постоји неусклађеност и да примена одреби ЕУ БиТ-ова угрожава монополско право Суда правде да тумачи право ЕУ и да одлучује о његовој пуноважности, чиме се доводи у питање јединство правног поретка ЕУ, који Суд сматра аутономним и у односу

на унутрашња права држава чланица и у односу према међународном праву.<sup>28</sup> Суд, такође, сматра и да примена ИСДС механизма може довести у питање остваривање начела лојаности или искрене сарадње, посебно између државе које се налазе у спору пред арбитражом изван судског система ЕУ. Међутим, Суд се није изјашњавао о дејство Ахмеа одлуке на тзв. спољне БиТ-ове (између држава чланица ЕУ и трећих држава), и на Уговору о енергетској повељи.

### 1. Дејство Ахмеа одлуке на уговору о Енергетској повељи

Будући да су све државе чланице ЕУ<sup>29</sup> потписале Споразум о енергетској повељи, Споразум између њих производи унутрашње дејство, на сличан начин као и ЕУ интра БиТ-ови. У таквим ситуацијама кад улагачи из држава чланица (као домаћих држава - *home states*) улажу своја средства у другу државу чланицу ЕУ (држава домаћини - *host state*), такви односи су истовремено (осим Споразумом као извором међународног права) регулисани и правом ЕУ, тј. одредбама Уговора о оснивању које се односе на слободу кретања капитала. Међутим, да ли ће се применити једно или друго право, зависи од схватања начела аутономије воље и од правне природе права ЕУ и њеног односа према међународном праву. У погледу позивања на начело аутономије воље (слободе уговарања и одређивања садржине уговорног односа) требало би поћи од чињенице да стране у Споразуму имају право да своје односе регулишу на начин како то њима одговара у погледу настанка, права и обавеза, као и престанка Споразума и начину решавања из њега проистеклих спорова. Државе пријемнице капитала су у случају спора дале право инвеститору да се користи тзв. ИСДС механизмом. У том смислу се може сматрати да је Споразум правно ваљано настао и да садржи правно дозвољену компромисорну клаузулу (арбитражни уговор). Исто важи и за тзв. спољне ЕУ БиТ-ове, који се од интра БиТ-ова разликују само по томе што једна од уговорних страна није држава чланица ЕУ. Такво својство једне уговорне стране не утиче на њено право да у случају спора као меродавно, изабере право ЕУ, или да према правилима међународног приватног права право ЕУ буде одређено као меродавно право. У споровима и код једних и код других споразума (унутрашњих и спољних) изабрани арбитражни трибунал ће применити изабрано или меродавно право: унутрашње право,

28 Вид. C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:2008:461.

29 У међувремену, Влада Италије је обавестила Секретаријат да се повлачи из Споразума.

право ЕУ или међународно право. Међутим, и поред на први поглед јасне ситуације, проблеми могу настати и код избора и код примене меродавног права. Ово због тога што Споразум не регулише питање меродавног права, већ само механизма решавања (ИСДС механизам) и поступка који ће применити међународна арбитража.

У погледу избора, може се поставити питање да ли су уговорне стране слободне да, у споровима у којима је бар једна од њих из ЕУ, као меродавно право, осим права ЕУ изаберу неко друго право. Начело аутономије им то дозвољава. Међутим, иако то није изричито рекао, Суд правде је у одлуци донетој у предмету Ахмеа као меродавно, по оним питањима која су регулисана правом ЕУ, практично признао само право ЕУ. У случају да је исто питање регулисано и правилима међународног права на различит начин у односу на право ЕУ, Суд је дао предност праву ЕУ слично као нормама непосредне примене) и тако практично искључио примену БиТ-ова.<sup>30</sup> У конкретном случају, Суд је сматрао да су уговорне стране у самом БиТ-у изабрале право ЕУ формулацијом о примени "права предметне уговорне стране које је на снази". Под правом уговорних страна Суд је сматрао право ЕУ, које је већ од одлука у предметима Ван Хенд (*Van Gend*) и Коста в ЕНЕЛ (*Costa v ENEL*) право ЕУ третирао саставним делом правних поредака држава чланица. У конкретном случају примена права ЕУ није оспорена, већ хијерархијски однос права ЕУ и међународног права. Као спорно, постављено је и питање надлежног форума.

У погледу надлежности, Суд је прво констатовао да је реч о "тумачењу и примени ЕУ права", а онда је своју искључиву надлежност образложио обавезом да гарантује аутономни карактер права ЕУ, да омогући његову делотворност и јединство (кроз поступак одлучивања о претходним захтевима),<sup>31</sup> као и поштовање начела лојалности и недискриминације домаћих инвеститора у односу на стране инвеститоре из других држава чланица<sup>32</sup>. Не би било изненађење да Суд исто образложење наведе и у погледу допуштености и примењивости ИСДС клаузуле у Споразу-

---

30 У погледу ЕУ интра БиТ-ова, вид пресуде донете у предметима C-235/87, *Matteucci*, EU:C:1988:460, paragraph 21; and C-478/07, *Budějovický Budvar*, EU:C:2009:521, тачке 98 и 99, као и Declaration 17 to the Treaty of Lisbon on primacy of Union law.

31 У тачки 57. Одлуке, Суд наводи Мишљење бр. 1/91, (Споразум о европском привредном простору) од 14.12.1991. EU:C:1991:490, тачке. 40. и 70.; 1/09 (Споразум о стварању уједињеног система за решавање спорова који се односе на патенте) од 8. марта 2011., EU:C:2011:123, тач. 74. и 76. и 2/13 (О приступању Уније ЕКЉП) од 18. децембра 2014. године, EU:C:2014:2454, тач. 182. и 183.

32 Тач. 58. Одлуке.

му о енергетској повељи. Свако другачије решење не би било доследно одлуци донетој у случају Ахмеа.

Ипак, и поред јасног става, ваља истаћи да Суд није детаљније образложио став о аутономији и примату права ЕУ.<sup>33</sup> Суд се, додуше, позвао на своју ранију праксу али без посебног образложења. Одговор би се могао тражити у карактеру одредби Уговора о оснивању које се тичу заједничке трговинске политике и страних директних инвестиција (као дела права ЕУ), чије регулисање је Лисабонским споразумом прешло у искључиву надлежност ЕУ, које је могао сматрати делом јавног поретка ЕУ, па би њихово непоштовање угрозило основне циљеве или "вредности" Уније сажете у начелу јединство права ЕУ. Суд правде се на повреду јавног поретка Уније позвао у одлуци онетој у предмету Еко Свис (*Eco Swiss*), у којој је одредбе Уговора о оснивању о картелним споразумима сматрао делом јавног поретка и нормама непосредне примене, чија се примена не може заобићи.<sup>34</sup> Међутим, у предмету Ахмеа Суд такав значај и карактер није признао нормама заједничке трговинске политике и одредбама о страним директним инвестицијама. Но без обзира на то, Суд је ове норме сматрао толико важним да је уговарање различитог форума за њихово тумачење и решавање спорова (изван Суда правде) путем ИСДС механизма сматрао недозвољеним због "очувања посебне природе права успостављеног Уговорима о оснивању."<sup>35</sup>

Чини се оправданим очекивање да исти захтев буде проширен и на екстра БиТ-ове и на Споразум о енергетској повељи.

## 2. Последице и значај проширеног дејства Ахмеа одлуке на спољне БиТ-ове и Енергетску повељу

За разлику од ЕУ интра БиТ-ова чије се дејство исцрпљује између две државе чланице, Споразум о енергетској повељи је мултилатералног карактера и једнострано отказ једне уговорнице, као што је Европска комисија предложила у погледу ЕУ интра БиТ-ова, не утиче на његову

33 У тач. 33. Одлуке Суд упућује на Мишљење бр.2/13 о приступању Уније ЕК/ЈП, од 18.12. 2014 и тамо наведену судску праксу у тач. 165-167.

34 У одлуци донетој у предмету *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269) Суд је одредбе о картелним споразумима из Уговора о оснивању сматрао јавним поретком и одбио да призна одлуке тела које нису у складу са тим одредбама - јавним поретком. У теорији је спорно да ли Унија има сопствени јавни поредак. Вид. С. Liebscher, *European Public Policy. A Black Box*, *J. Intl Arb.* 2000, 73.

35 Тач. 58.

судбину и на његово дејство према осталим потписницама. Са друге стране, Споразум истовремено осим у унутрашњим односима, производи и тзв. спољно дејство: у случајевима улагања између државе чланице и нечланице и обрнуто, као и између држава потписница које нису чланице ЕУ. У том смислу ваља разликовати три могућа дејства Споразума: унутрашње, спољно мешовито (између државе чланице и треће државе) и потпуно спољно дејство (између држава нечланица ЕУ). Тако га државе чланице ЕУ могу сматрати ЕУ интра БиТ-ом, а државе нечланице међународним (инвестиционим) споразумом. Ипак, без обзира на изнете разлике, и једни и други спадају у групу међународних (инвестиционих) уговора које би требало тумачити на јединствени начин, у складу са правилима Бечке конвенције о уговорном праву, полазећи од воље и намере уговорних страна.

Суд правде је ЕУ интра БиТ-ове сматрао саставним делом унутрашњег правног поретка држава чланица и делом права ЕУ. Како је право ЕУ, чији само један део чине и БиТ-ови, прогласио аутономним, Суд је колизију између права ЕУ и међународног (инвестиционог) права третирао као унутрашње питање, које је решио у корист права ЕУ. Заправо, Суд је на интра БиТ-ове само применио већ раније заузет став о примату или супериорности права ЕУ, не само у односу на унутрашња права држава чланица, него и у односу на међународне уговоре као инструменте међународног права. Након што је у конкретном случају (Ахмеа) нашао да постоји колизија између решења предвиђених ИСДС механизмом (и неких других материјалних одредби из БиТ-а), Суд се једноставно позвао на примат права ЕУ. У том смислу Ахмеа одлука представља само још једну коцкицу у мозаику сложеног и још нерешеног односа између права ЕУ и међународног права<sup>36</sup>. У супротном, да није нашао да постоји несуклађеност, као што је сматрао општи правобранилац<sup>37</sup>, инвестиционе арбитраже би својим одлукама могле угрозити искључиву надлежност Суда правде као

36 О томе постоји бројна литература. Пре свих вид. Jan Willem van Rossem, Interaction between EU law and international law in the light of Intertanko and Kadi: The dilemma of norms binding the Member States but not the Community, CLEER WORKING PAPERS 2009/4; Ziegler, Katja S., The Relationship between EU Law and International Law (December 30, 2013). University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-17. Dostupno na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2373296> ili na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2373296>. E. Cannizzaro, P. Palchetti and R.A. Wessel (Eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff 2011;

О конкретном односу у предмету Ахмеа, вид. Ceas Verburg, The Dichotomy Between European Union Law and International Law: Responses to the Achmea Judgment of the European Court of Justice, *Groningen Journal of International Law*, 26. 11. 2018.

37 Мишљење општег правобраниоца Wathelet ECLI:EU:C:2017:699

чуvara јединства комунитарног права. Да би предупредио отворени сукоб до кога би дошло пред инвестиционим арбитражама, чији арбитри углавном нису спремни да признају примат права ЕУ<sup>38</sup>, Суд правде је ИСДС клаузулу прогласио непримењивом (будући да није у складу са правом ЕУ). Стриктно посматрано, Суд је неусклађеном прогласио само клаузулу из конкретног БиТ-а, тј. једнострану понуду државе чланице о праву инвеститора да одабере арбитражни начин решавања спорова, а не и сам БиТ. Тако посматрана, Ахмеа одлука у формалном смислу делује само између странака у конкретном БиТ-у.<sup>39</sup> Међутим, ако се има у виду да су сви национални судови и трибунали држава чланица дужни да у предметима у којима одлучују у последњој инстанци у претходном поступку затраже тумачење Суда правде, релативно дејство одлуке (мишљења) се практично простире на све будуће исте или сличне случајеве, јер се мора рачунати на то да ће Суд у истим (будућим) ситуацијама поступати на исти начин. Тиме је антиципирано дејство Ахмеа одлуке на све ЕУ интра БиТ-ове, па и на будуће.

Суд је могао да онемогући извршење одлука донетих на основу неусклађених ИСДС клаузула, односно да спречи њихово штетно дејство на аутономију права ЕУ,<sup>40</sup> и на други начин: у поступку признања и извршења арбитражних инвестиционих одлука. Суд се, међутим, није определио за такво решење јер не би избегао примену свих неусклађених ЕУ интра БиТ-ова, већ само оних код којих се извршење арбитражних одлука тражи пред судовима држава чланица. Стога се Суд определио за ефикасније средство - проглашавање ИСДС механизма неусклађеним праву ЕУ и тако онемогућио доношење потенцијално штетних арбитражних одлука. Са аспекта арбитражног права, Суд је на тај начин практично прогласио неарбитрабилним спорове из ЕУ интра БиТ-ова. Што се тиче судбине БиТ-ова као уговора, требало би применити опште правило да

---

38 Вид. *MasdarSolar & Wind Cooperatieff U.A. Claimant and Kingdom of Spain*, Respondent ICSID Case No. ARB/14/1; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain* ICSID CASE No. ARB/13/31; 1. *Vattenfall AB*; 2. *Vattenfall GMBH*; 3. *Vattenfall Europe Nuclear Energy GMBH*; 4. *Kerenkraftwerk Krümmel GMBH & Co. OHG*; 5. *Kerenkraftwerk Brunsbüttel GMBH & CO. OHG Claimants and Federal Republic of Germany*, Respondent ICSID Case No. ARB/12/12

39 У овом смислу вид. став арбитражног трибунала у ICSID предмету *Masdar v Spain*, који се односио на тумачење Споразума о енергетској повељи (ICSID case No ARB/14/1). Доступно на <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

40 Вид. Радован Вукадиновић, Штетно дејство арбитражног решавања спорова из интерних споразума Европске уније о заштити страних инвестиција на правни поредак Европске уније, *Анали Правног факултета у Београду*, 65(2017)3, 50.

ништавост једне одредбе не повлачи аутомстички ништавост целог уговора. Полазећи од тога, Европска комисија је препоручила уговорницама или да измене одредбе о ИСДС механизму (арбитражну клаузулу), или да откажу такве БиТ-ове.<sup>41</sup> Сматрамо да би Суд правде исто тумачење могао да примени и у погледу дејства Енергетске повеље између држава чланица Уније. Суд се о томе још није изјаснио, а у случају да то учини, државе чланице би као стране уговорнице Споразума биле обавезане да откажу Споразум.

Другачије схватање, према коме би се одредбе Споразума на различит начин тумачиле у делу у коме производе тзв. унутрашње дејство, у односу на остале одредбе, довео би у питање јединственост Споразума као уговора и начело једнакости и равноправности свих уговорних страна. Такво различито дејство (тумачење) Споразума у унутрашњим и у спољним односима само по себи не би требало сматрати недозвољеним, али под условом да су за то знале све уговорне стране у моменту потписивања, кроз уговарање неке врсте клаузуле о дисконтинуитету. Како таква клаузула није уговорена, решења овог сукоба би требало тражити у отказу Споразума од стране држава чланица ЕУ.

С обзиром да Република Србија још није потписала Споразум, сматрамо да би код коначне одлуке требало да има у виду наведне контроверзе.

Како ће ово питање бити решено зависи и од тога коме ће бити призната надлежност да тумачи Споразум. Према одредбама члана 26. Споразума, о томе искључиво одлучује страни инвеститор, јер су државе домаћини своју сагласност на такво право страног инвеститора већ дале кроз једнострану понуду приликом потписивања Споразума. Како се са становишта уговорног права не може спречити примена пуноважног арбитражног споразума, решење би требало тражити у проглашавању "једностране понуду" државе уговорнице/чланице ЕУ непуноважном, што је чини непримењивом, а сам спор из Споразума неарбитрабилним, из сличних разлога које је Суд навео у Ахмеа одлуци.

Управној теорији су мишљења подељена. Према ужем схватању<sup>42</sup>, став Суда правде о неарбитрабилности односно о непримењивости ИСДС механизма се не може применити на инвестиционе спорова из

---

41 Вид. Декларацију у напомени број 23.

42 Вид. напомену број 19.



осталих међународних инвестиционих уговора, нити на спорове из Споразума. Према ширем схватању, то је могуће.<sup>43</sup>

Што се тиче ставова органа Уније, Европска комисија је у поступцима тумачења и примене Повеље као пријатељ суда сматрала да коришћење ИСДС механизма у примени Повеље није у складу са правом ЕУ најмање из два разлога: због нарушавања начела аутономије права ЕУ и због услова из саме Повеље.<sup>44</sup> Тако је у предмету *Blusun v Italy*<sup>45</sup> јасно ставила до знања да одредбе члана 26. Повеље нису у складу са чланом 344. Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ), којима је предвиђено да се државе чланице обавезују да спорове који се односе на тумачење примену Уговора, не решавају на начин који није предвиђен Уговорима. И Суд правде је заузео став да је искључиво надлежан да у споровима између држава чланица тумачи право ЕУ.<sup>46</sup> Своју сумњу у усклађеност арбитражног решавања инвестиционих спорова подједнако у интра БиТ-овима и у Повељи, Комисија је у својој иницијативи за јавну расправу сумирала ставом да интра ЕУ инвестиционе арбитраже искључују контролу националних судова и Суда правде и страхом од колизије са правом ЕУ.<sup>47</sup>

---

43 Вид. Angelos Dimopoulos, Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU, *Blog of European Journal of International Law*. Доступно на <https://www.ejil-talk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/>

44 Вид. Ciaran Cross and Vivian Kube, *н. рад*, 5.

45 *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3. Award of 27 December 2016, тач. 288

46 Вид. *MOX Plant*, Case C-459/03, *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635.

47 European Commission, Inception Impact Assessment: Prevention and amicable resolution of investment disputes within the single market. Ref. Ares(2017)3735364 - 25/07/2017, 3

**Radovan VUKADINOVIĆ, Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ**

**ARBITRABILITY OF INVESTMENT DISPUTES  
FROM THE CONTRACT OF ENERGY CHARTER**

**Summary**

*After the Court of Justice of EU ruled in the Ahmea case that the ISDS clause (investment-state-dispute-settlement) in an agreement on the protection and promotion of foreign investments, concluded between the Kingdom of the Netherlands in the Slovak Republic (EU intra BiT) is not harmonized with EU law, the European Commission has issued a Declaration recommending Member States to their intra BiTs or align with EU law, or unilaterally cancel their implementation. In theory, and in practice, the question is raised whether the interpretation of the nonarbitrability that the Court of Justice has taken in Ahmea's decision may also apply to the Energy Charter Treaty, for which applications have already been initiated by numerous disputes. The author argues that the reasons for the preservation of autonomy and the unity of the EU legal order, which the Court called for in Ahmea's decision, require that the ISDS mechanism of the Energy Charter Treaty be proclaimed as nonarbitrable.*

**Keywords:** *Energy Charter Treaty, EU law, EU Court of Justice, bilateral agreements on protection of foreign investments, ISDS mechanism*

Др Јелена С. ПЕРОВИЋ ВУЈАЧИЋ\*

## НИШТАВОСТ УГОВОРА О АРБИТРАЖИ

*Излагања у овом раду посвећена су узроцима ништавости уговора о арбитражи. Узроци ништавости уговора о арбитражи најпре су анализирани у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи и то са становишта принципа аутономије уговора о арбитражи и његових ограничења. Након тога, ништавост уговора о арбитражи посматра се самостално, у светлу узрока који погађају сам уговор о арбитражи, а који се у суштини односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Сваки од ових услова у раду је посебно анализиран и то са аспекта релевантних упоредноправних решења, ставова судске и арбитражне праксе и доктринарних полазишта.*

**Кључне речи:** уговор о арбитражи, ништавост, арбитража, арбитра, надлежност.

### І Уводне напомене

Уговор о арбитражи се у најопштијем смислу може одредити као уговор којим уговорне стране арбитражи поверавају решавање спора или спорова из њиховог правног односа. Уговор о арбитражи је неопходан услов за конституисање надлежности арбитраже и истовремено, основ дерогације надлежности државног суда. Уговор о арбитражи се јавља у два вида, у зависности од тога да ли се арбитража предвиђа за све спорове који у будућности могу настати из правног односа између страна или за спор који је већ настао. У упоредном праву уобичајено је да се први случај означава као арбитражна или компромисорна клаузула (*arbitra-*

---

\* професор Економског факултета Универзитета у Београду

*tion clause, clause compromissoire*), а други као арбитражни компромис (*submission agreement, compromis d'arbitrage*).<sup>1</sup>

Арбитражна клаузула представља уобичајену клаузулу уговора међународног пословног промета. Овом клаузулом уговорне стране предвиђају арбитражу која ће бити надлежна за решавање свих спорова који из њиховог правног односа евентуално проистекну. Обично је садржана на самом крају уговора и најчешће се комбинује са клаузулом о меродавном праву. За разлику од арбитражне клаузуле која се односи на будуће спорове, арбитражни компромис се односи на спор који је *већ настао*. До тога најчешће долази у случају кад уговор који су стране закључиле не садржи арбитражну клаузулу, па се стране, по настанку спора, споразумеју да спор реши арбитража, а не државни суд који би по општим правилима био надлежан. Ипак, арбитражни компромис се у пракси међународног пословног промета не закључује тако често као арбитражна клаузула. Разликовање арбитражне клаузуле од арбитражног компромиса нема већег практичног значаја с обзиром да савремени извори арбитражног права на једнак начин третирају оба облика уговора о арбитражи.

Да би уговор о арбитражи производио правна дејства, потребно је да се испуне услови које закон захтева за његов настанак и пуноважност. Ако у моменту закључења уговора о арбитражи недостаје неки од услова потребних за његову пуноважност, он не производи правна дејства и сматра се неважећим. Не улазећи у теоријску класификацију неважећих уговора на непостојеће и ништаве,<sup>2</sup> пажња у овом раду посвећена је случајевима у којима уговор о арбитражи не производи правна дејства, а који се означавају као узроци ништавости уговора. С обзиром да уговор о арбитражи представља основ за конституисање надлежности арбитраже, у случају његове ништавости арбитража нема надлежност за одлучивање, што проузрокује значајне и далекосежне правне последице.

Узроци ништавости уговора о арбитражи у овом раду најпре су анализирани у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи (II) и то са становишта принципа аутономије уговора о арбитражи и његових ограничења. Након тога, ништавост уго-

---

1 Детаљно о уговору о арбитражи, Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Јелена Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, 190–226.

2 Детаљно о теоријској подели на непостојеће и ништаве уговоре, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 447 и даље.

вора о арбитражи посматра се самостално, у светлу узрока који погађају сам уговор о арбитражи (III), а који се у суштини односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Рад се закључује сумирањем основних резултата учињене анализе (IV).

## II Однос уговора о арбитражи и главног уговора: заједничка или самостална правна судбина

### 1. Принцип аутономије уговора о арбитражи

У савременом арбитражном праву широко је прихваћено становиште према коме уговор о арбитражи представља посебну правну целину чија је правна судбина независна од судбине главног уговора.<sup>3</sup> Евентуална ништавост главног уговора не погађа аутоматски арбитражни уговор, те је арбитража овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора. Главни аргумент у прилог одвојености уговора о арбитражи од главног уговора треба тражити у дејствима процесно-правне природе које овај уговор производи, а која се пре свега састоје у стављању у покрет арбитражног механизма у случају настанка спора између страна.<sup>4</sup> На основу оваквих полазишта, настао је принцип аутономије уговора о арбитражи (*separability of an arbitration clause, l'autonomie de la convention d'arbitrage*)<sup>5</sup> који, у међународним и националним изворима арби-

3 За потребе овог рада, уговор у коме је садржана арбитражна клаузула односно уговор на који се односи арбитражни компромис означава се као „главни уговор“.

4 У том смислу, Carabiber констатује: "... у крајњој анализи, у мешовитој и хибридној природи арбитраже треба наћи разликујући карактер који ће дозволити да се утврде основна правила; правила која потичу из њеног уговорног карактера у почетној фази ако нема спорова између странака и јурисдикциона кад настане спор о поступку који треба применити..." (Charles Carabiber, *L'évolution de l'arbitrage commercial international, Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Paris, 1960, 150). О правној природи уговора о арбитражи: Синиша Трива, О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору, у књизи *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, 5-44; Боривоје Познић, Поступак изабраног суда, у књизи *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, 45 и даље.

5 V. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213 i dalje; Jean Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Paris, 1993, 249 i dalje; Боривоје Познић, Уговор о арбитражи и арбитражни поступак, *Уговори о међународној трговини - Зборник последиполомских специјалистичких студија на Правном факултету у Београду*, Београд, 1987, 247; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, 590.

тражног права, представља доминантан принцип у погледу правног режима уговора о арбитражи.<sup>6</sup>

Принцип аутономије уговора о арбитражи у односу на главни уговор прихваћен је и у српском праву. Српски Закон о арбитражи изричито предвиђа да, ако је споразум о арбитражи закључен као арбитражна клаузула, она се, приликом одлучивања о приговору о постојању или пуноважности споразума о арбитражи, сматра независном од осталих одредаба уговора. Одлука арбитражног суда о проглашењу ништавим уговора који садржи арбитражну клаузулу не повлачи ништавост те клаузуле (чл. 28. ст. 2 и 3). Аутономија уговора о арбитражи изричито је предвиђена и Правилником о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије, према коме »Ништавост или непостојање основног уговора не повлачи са собом ништавост арбитражног споразума« (чл. 8).

Најзначајнија правна последица принципа аутономије уговора о арбитражи огледа се у његовој независности у односу на главни уговор.<sup>7</sup> Отуда произилази да постојање, пуноважност и правна дејства уговора о арбитражи не зависе од правне судбине главног уговора. Полазећи од тога, могуће је закључити да, кад је реч о односу уговора о арбитражи и

6 Тако, Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. са изменама из 2006. године (у даљим излагањима: УНЦИТРАЛ Модел-закон) овај принцип изричито предвиђа одређењем да се арбитражна клаузула која је саставни део неког уговора сматра као уговор независан од осталих одредаба тог уговора. Одлука арбитражног суда о томе да је тај уговор ништав сама по себи не повлачи *ipso iure* ништавост арбитражне клаузуле (чл. 16. ст. 1). Принцип аутономије уговора о арбитражи изричито је предвиђен у највећем броју модерних националних закона који се односе на област арбитраже. Тако на пример, швајцарски Закон о међународном приватном праву утврђује да се пуноважност уговора о арбитражи не може оспоравати истицањем да главни уговор није пуноважан (чл. 178. ст. 3), шпански Закон о арбитражи - да ништавост уговора не повлачи нужно и ништавост уговора о арбитражи који је у њему садржан (чл.8), док холандски Законик о парничном поступку утврђује да се уговор о арбитражи сматра и оцењује као аутономан уговор, те да је арбитража овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора у који је уговор о арбитражи укључен или на који се уговор о арбитражи односи (чл. 1053). И остали национални закони о арбитражи новијег датума на сличан начин утврђују принцип аутономије уговора о арбитражи. С друге стране, у земљама у којима није законом изричито предвиђен, принцип аутономије уговора о арбитражи примењује се од стране јуриспруденције. Принцип аутономије уговора о арбитражи предвиђа и велики број арбитражних правила. Више, Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле...*, нав. дело, 217-226.

7 Друга значајна последица овог принципа огледа се у могућности да арбитражни уговор буде подвргнут праву различитом од оног које се примењује на главни уговор. Више о томе, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 77-86.

главног уговора, гашење обавеза из главног уговора,<sup>8</sup> као и престанак главног уговора,<sup>9</sup> у начелу не доводе до гашења уговора о арбитражи. То значи

- 8 Како би излагање о свим начинима престанка облигација у контексту њиховог утицаја на уговор о арбитражи превазилазило оквире и потребе овог рада, пажњу задржавамо на испуњењу обавезе као најчешћем начину престанка обавезе и новацији чији је утицај на уговор о арбитражи споран. Испуњење обавезе представља не само основни и најчешћи начин престанка облигације, већ је то и једини начин путем кога облигација престаје у складу са намерама и очекивањима које су субјекти имали ступајући у одређени облигациони однос. Ипак, да би испуњење обавезе довело до престанка облигационог односа, оно мора бити извршено савесно и у свему онако како обавеза гласи. Кад је реч о испуњењу обавеза из уговора у коме је садржан уговор о арбитражи, до гашења уговора о арбитражи може довести само оно испуњење у погледу кога *није* дошло до спора. Уколико у погледу испуњења уговорних обавеза проистекне спор, арбитражи су, на основу принципа аутономије уговора о арбитражи, надлежни за одлучивање о овом питању, чак и уколико, по спроведеном поступку, утврде да су све уговорне обавезе у целости испуњене, што је довело до њиховог престанка (в. Emmanuel Gaillard, John Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 437). С друге стране, утицај новације на уговор о арбитражи отвара одређене дилеме. Према општим правилима, новација је начин престанка облигације на основу уговора који закључују поверилац и дужник, којим се они споразумевају да облигација која међу постоји престане, а да уместо ње, између истих уговорних страна настане нова облигација, која има различит предмет или различит правни основ у односу на претходно постојећу. У том смислу, путем новације уговор о арбитражи остаје лишен свог предмета, па се поставља питање да ли новација значи и гашење арбитражног уговора. Изјашњавајући се о овом питању, Апелациони суд Париза констатовао је да је уговор о арбитражи у потпуности аутономан у односу на главни уговор. Из тих разлога, поравнање или новација који се односе на уговор који садржи арбитражну клаузулу не доводе до неоперативности уговора о арбитражи (Одлука СА Paris, Mar.4, 1986, *Cosiac v. Consorts Luchetti*, нав. према *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 438). С друге стране, доктрина је испољила различита становишта у погледу дејства новације на уговор о арбитражи. Тако, поједини француски аутори стоје на становишту да принципу аутономије уговора о арбитражи не треба давати тако широк домашај, полазећи пре свега од чињенице да још увек нису испитане све правне последице овог принципа. Ово становиште се у литератури доводи у сумњу, истицањем да аутономија уговора о арбитражи овлашћује арбитраже да одлуче о утицају новације на престанак уговора о арбитражи (детаљно, са навођењем одговарајућих референци, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 438). О осталим начинима престанка облигације, Јелена Перовић, *Међународно привредно право*, Београд, 2018, 321-341.
- 9 На овом месту чини се потребним подвући разлику између општих начина престанка облигације с једне стране и престанка уговора с друге стране. Обавезе које настају из уговора могу престати на различите начине - нпр. испуњењем, новацијом, компензацијом, отпуштањем дуга, наступањем немогућности испуњења, итд. и то су општи начини престанка облигације, без обзира да ли они свој извор налазе у уговору, проузроковању штете или неком другом извору облигација. С друге стране, и сам уговор, као извор облигације може престати да постоји, у ком случају се гасе права и обавезе из тог уговора. Најчешћи начини пре-

да ће у случају спора, арбитража, на основу принципа аутономије уговора о арбитражи, бити надлежна да одлучује о овим питањима.

## 2. Ограничења принципа аутономије уговора о арбитражи

И поред широке, готово универзалне прихваћености принципа аутономије уговора о арбитражи у изворима арбитражног права, потребно је констатовати да одредбе којима се овај принцип предвиђа, најчешће не улазе у категорију императивних прописа, што значи да их стране, сагласношћу воља, могу изменити или искључити. У том смислу, у случају кад правила меродавног права о аутономији уговора о арбитражи нису императивног карактера, стране су, на основу и у границама начела аутономије воље, слободне да одступе од овог принципа. Тако на пример, стране могу изричито предвидети да ће одлука арбитра о непостојању или ништавости главног уговора аутоматски повући и ништавост уговора о арбитражи. Другим речима, то значи да стране могу уговорити<sup>10</sup> да надлежност арбитраже да одлучује о меритуму *престаје* уколико арбитра, у смислу претходног питања, утврде да главни уговор не постоји или да је погођен санкцијом ништавости.<sup>11</sup>

Поред поменутог ограничења, постоји и случајеви у којима одређени недостатак у главном уговору не доводи само до ништавости тог уговора, већ аутоматски погађа и уговор о арбитражи који је у њему садржан односно који се на њега односи. Ови случајеви, у својој кумулативности, у доктрини се означавају као „идентитет недостатака“ (*Fehleridentität*).<sup>12</sup>

Тако на пример, ако једна од уговорних страна није имала правну способност или способност уговарања<sup>13</sup> у моменту закључења уговора који садржи арбитражну клаузулу, ништавост главног уговора доводи и до ништавости уговора о арбитражи. У контексту закључења уговора који садржи арбитражну клаузулу, способност уговарања пре свега

станка уговора у међународном пословном промету су раскид и поништај уговора. Више о томе, С.Перовић, 447 и даље.

10 В. чл. 6 (9) Правила о арбитражи Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе, који почиње речима „Ако друкчије није уговорено..“.

11 Bernhard Berger, Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Third edition, Berne, 2015, 242, где се наводе и ставови Швајцарског Савезног суда у погледу овог питања.

12 Детаљно о овом питању, са навођењем релевантних референци, В. Berger, F. Kellerhals, 243.

13 Под способношћу уговарања подразумева се она пословна способност која се законом захтева за одређени уговор. В. С. Перовић, 245 и даље.



покреће питање заступања. Уколико је уговор који садржи арбитражну клаузулу закључен преко заступника који је прекорачио границе овлашћења или преко лица које је поступало без овлашћења, санкције које услед тога погађају главни уговор односе се и на уговор о арбитражи.

У случају кад се на ова питања као меродавно право примењује српско право, за заступање правних лица уопште релевантне су одредбе Закона о облигационим односима које се односе на ово питање (чл. 84-88). Према њима, када заступник прекорачи границе овлашћења, заступани је у обавези само уколико одобри прекорачење. Ако заступани не одобри уговор у року који је редовно потребан да се уговор такве врсте размотри и оцени, сматраће се да је одобрење одбијено. При томе, ако друга страна није знала нити морала знати за прекорачење овлашћења, може одмах по сазнању за прекорачење, изјавити да се не сматра везаном уговором. Уколико заступани одбије одобрење, заступник и заступани су солидарно одговорни за штету коју је услед тога претрпела савесна друга страна. С друге стране, Закон садржи посебна правила о закључењу уговора од стране неовлашћеног лица. Према њима, уговор који неко лице закључи као пуномоћник у име другог без његовог овлашћења, обавезује неовлашћено заступаног само ако он уговор накнадно одобри. Страна са којом је уговор закључен може захтевати од неовлашћено заступаног да се у примереном року изјасни да ли уговор одобрава. Ако неовлашћено заступани ни у остављеном року уговор не одобри, сматра се да уговор није ни закључен. У том случају савесна страна са којом је уговор закључен, може захтевати накнаду штете од лица које је као пуномоћник без овлашћења закључило уговор. С друге стране, ако се на питање заступања примењује Закон о привредним друштвима, релевантне су одредбе овог Закона које се односе на заступање и заступнике (чл. 31-43).

Поред тога, стране могу предвидети да уговор који садржи арбитражну клаузулу мора бити закључен у одређеној форми која представља конститутивни састојак уговора – битна форма (*forma ad solemnitatem*). Уговорена форма се може предвидети како за неформалне уговоре тако и за уговоре који су по закону формални (какав је уговор о арбитражи), уз захтев да се законској форми дода и испуњење неке друге форме. У принципу, стране могу уговарати испуњење сваке форме у оквиру јавног поретка.<sup>14</sup> Ако су стране пуноважност главног уговора условиле посебном формом, главни уговор, према општим правилима, не производи правна дејства ако није закључен у уговореној форми. У таквом случају

---

14 С. Перовић, 363.

поставља се питање да ли је и уговор о арбитражи који је садржан у главном уговору погођен санкцијом ништавости. Одговор треба тражити у релевантним правилима меродавног права.

Тако на пример, у швајцарском праву, на питање уговорене форме уговора који садржи арбитражну клаузулу примењује се опште правило које швајцарски Законик о облигацијама предвиђа за ову врсту форме. Према њему, ако су се стране сагласиле да уговор подвргну захтевима форме који нису прописани законом, сматра се да намеравају да се обавезу само уз испуњење те форме (чл. 16. ст. 1). У том смислу, истиче се да, ако захтев уговорене форме није испуњен, стране нису везане ни главним уговором ни уговором о арбитражи, а на основу тумачења према коме се захтев уговорене форме не односи само на главни уговор, већ и на арбитражну клаузулу коју овај уговор предвиђа.<sup>15</sup>

Кад је реч о поменутом питању у српском праву, потребно је поћи од општег правила Закона о облигационим односима о санкцијама недостатка потребне форме, према коме, уговор који није закључен у уговореној форми нема правно дејство уколико су стране пуноважност уговора условиле посебном формом (чл. 70. ст. 2). Сматрамо да примена овог правила на уговор који садржи арбитражну клаузулу, а који није закључен у уговореној форми, доводи, не само до тога да главни уговор не производи правна дејства, већ да је истом санкцијом погођен и уговор о арбитражи. Тако на пример, стране некад уговарају да уговор ступа на снагу тек онда када га потпишу све уговорне стране или још и кад је оверен од стране надлежног органа. У таквом случају, чини се да треба узети да је намера страна била да се овај додатни захтев форме главног уговора односи и на уговор о арбитражи који је у њему садржан; све док захтев уговорене форме није испуњен у погледу главног уговора, ни уговор о арбитражи не може пуноважно настати. Ипак, приликом одлучивања о овом питању, потребно је имати у виду правила о конвалидацији из члана 73. Закона, која би овде у начелу била могућа, с обзиром да се циљ уговорене форме првенствено огледа у заштити самих уговорних страна, а не у заштити одређених јавних интереса.<sup>16</sup>

Најзад, ако је главни уговор закључен под утицајем неке од мана воље које спречавају пуноважан настанак уговора (неспоразум), ни уговор о арбитражи не може пуноважно настати. У случају кад се српско

15 У том смислу, В. Berger, F. Kellerhals, 243; В. Berger, F. Kellerhals, 213.

16 Опширније, Слободан Перовић (уредник), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 163.

право примењује као меродавно, релевантна су одговарајућа правила Закона о облигационим односима према којима се под неспоразумом сматра заблуда о природи уговора, заблуда о предмету уговорне обавезе и заблуда о основу уговорне обавезе (чл. 63). Поред тога, у присуству физичке принуде (као облика претње), реч је о потпуном одсуству воље, тако не може бити речи о настанку уговора.<sup>17</sup> У погледу мана воље које представљају узрок рушљивости уговора, сматрамо да се правна дејства која на главни уговор остварују заблуда о личности код уговора *intuitu personae* и претња у смислу чл. 60 Закона, односе и на уговор о арбитражи који је у њему садржан.

У контексту излагања о „идентитету неедстатака“ потребно је констатовати да принцип "*compétence- compétence*" дозвољава арбитражном већу да спроводи своју мисију и онда кад се постојање или пуноважност арбитражног уговора оспорава од стране једне од страна, независно од евентуалне ништавости главног уговора.<sup>18</sup> Иако је принцип аутономије арбитражног уговора у односу на главни уговор довољан за решавање питања ништавости главног уговора, он остаје немоћан да оправда овлашћење арбитра када се ништавост односи искључиво на арбитражни уговор. Управо у томе се огледа специфично дејство принципа "*compétence- compétence*".<sup>19</sup> Он дозвољава арбитрама да утврде ништавост арбитражног уговора и да донесу одлуку о својој ненадлежности. Они о томе могу одлучити било као о претходном питању било у одлуци о суштини спора. Како је у случају »идентитета неедстатака« одлука о надлежности арбитраже тесно повезана са питањима која улазе у меритум спора, чини се да арбитражи о приговору ненадлежности у оваквим случајевима треба да одлуче у оквиру одлуке о суштини спора, уколико је то могуће и оправдано у светлу околности конкретног случаја.

### III Узроци ништавости уговора о арбитражи

Пре уласка у анализу појединих узрока ништавости уговора о арбитражи, потребно је констатовати да само постојање овог уговора указује на намеру страна да искључе јурисдикцију државних судова и

17 С. Перовић, 305.

18 В. на пример чл. 16. УНЦИТРАЛ Модел-закона, и чл. 28-30 српског Закона о арбитражи.

19 О овом принципу детаљно, в. Е. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 395-402; Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth edition, Student Version, Oxford University Press, 2009, 347-349; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 156-161.

предвиде надлежност арбитраже за спор односно спорове који проистекну из њиховог правног односа. Из тих разлога, уговор о арбитражи, кад год је то објективно могуће, треба тумачити у правцу његове пуноважности, независно од појединих недостатака који га погађају, на основу опште претпоставке да су стране у суштини *хтеле* арбитражу - принцип *in favorem validitatis*. Овај принцип је широко прихваћен у упоредном арбитражном праву,<sup>20</sup> а у српском праву основ за његову примену извире из општег правила Закона о облигационим односима, према коме, ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен (чл. 105). Другим речима, ако су ништавошћу погођене само одређене одредбе уговора о арбитражи, оне не повлаче ништавост уговор о арбитражи у целини, осим су те одредбе биле услов уговора или одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

Српски Закон о арбитражи предвиђа да је уговор о арбитражи ништав ако: 1) врста спорова на који се односи није подобна за арбитражу; 2) није закључен у форми прописаној Законом о арбитражи; 3) стране нису имале потребна својства и способност за његово закључење или 4) је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде. Уговор о арбитражи не производи дејства у односу на решавање спора који није подобан за арбитражу (чл. 10).

Посматрано са становишта општих услова облигационог права потребних за пуноважност уговора, узроци ништавости уговора о арбитражи у суштини се односе на способност уговарања, сагласност воља, предмет и форму уговора о арбитражи.<sup>21</sup> Ипак, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на специфичну правну природу уговора о арбитражи.<sup>22</sup> Сваки од њих биће посебно анализиран.

## 1. Арбитрабилност

Да би био пуноважан, уговор о арбитражи мора бити објективно дозвољен. То значи, с једне стране, да је закључен између страна којима је

---

20 E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 258.

21 Да би један уговор облигационог права пуноважно настао и производио правна дејства, неопходно је да се испуне услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа и форме кад је реч о формалним уговорима. Детаљно, С.Перовић, 245 и даље.

22 Детаљно, Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле...* нав. дело, 209-217.

допуштено да уговоре надлежност арбитраже (субјективна арбитрабилност), а са друге стране да се односи на материју која је подобна да буде подвргнута арбитражи (објективна арбитрабилност).<sup>23</sup>

Кад је реч о субјективној арбитрабилности, Према српском Закону о арбитражи, уговор о арбитражи може закључити свако лице које, у складу са законом којим се уређује парнични поступак, има способност да буде странка у спору.<sup>24</sup> У погледу питања да ли држава може закључити уговор о арбитражи, владајући став у савременом арбитражном праву је да држава, влада и друга лица јавног права могу пуноважно уговарати арбитражу уколико се арбитражни уговор односи на приватноправни однос.<sup>25</sup> Овлашћење државе, њених органа, установа и предузећа у којима држава има својинско учешће да закључе уговор о арбитражи изричито је предвиђено српским Законом о арбитражи.<sup>26</sup>

С друге стране, зона објективне арбитрабилности одређена је могућношћу уговарања арбитраже само у области диспозитивних прописа. То значи да предмет спора који се поверава арбитражи мора бити везан за правни однос чији садржај стране могу слободно утврђивати. У тим оквирима, степен и ширина арбитрабилности зависе у сваком поједином правном систему од поверања законодавца према арбитражном начину решавања спорова.<sup>27</sup> У српском Закону о арбитражи, границе објективне арбитрабилности одређене правилом према коме се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима стране слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.<sup>28</sup> У пракси међународних трговинских арбитража, питање објективне арбитрабилности посебно се постављало у контексту

---

23 Детаљно о арбтирабилности, E. Gaillard, J. Savage (editors), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, нав. дело, 312–360.

24 Чл. 5 став 3. Закона

25 Тако на пример, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, под насловом “Могућност за правна лица јавног права да се подвргну арбитражи” у члану II/1 предвиђа да правна лица која се по закону на снази који се њих примењује, сматрају “правним лицима јавног права”, имају право да пуноважно закључе уговор о арбитражи (в. и став 2 овог члана). Детаљна компаративно-правна анализа питања, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. дело, 330–345.

26 Чл. 5. став 2. Закона

27 Преглед решења појединих националних закона, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, нав. дело, 123–125. Компаративни преглед решења националних закона, међународних конвенција, судске и арбитражне праксе, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. delo, 345–373.

28 Чл. 5. став 1. Закона

права конкуренције, интелектуалне својине, корупције, ембарга УН и стечаја, потрошачких спорова, и сл.<sup>29</sup>

## 2. Форма уговора о арбитражи

У упоредном праву, уговор о арбитражи, по правилу, мора бити закључен у писменој форми. Према традиционалном решењу заступљеном у већини извора арбитражног права, захтев писмене форме испуњен је ако је уговор саџан у једној исправи (главном уговору код арбитражне клаузуле, посебном акту код арбитражног компромиса), или је видљив из размене средстава комуникације која обезбеђују доказ о постојању уговора, као и у размени тужбе и одговора на тужбу у којима једна страна наводи постојање уговора, а друга то не оспорава. Позивање у неком уговору на исправу која садржи арбитражну клаузулу представља арбитражни уговор ако је закључен у писменој форми и ако је то позивање такво да је клаузула саставни део уговора.<sup>30</sup>

Ипак, у савременом арбитражном праву изражена је тенденција ублажавања строгости захтева писмене форме арбитражног уговора. Таква тенденција резултат је потреба савременог пословног промета који, у условима развијене информатике и електронских комуникација, намеће брзину и ефикасност у закључењу правних послова и отвара питања увођења нових, поједностављених форми закључења арбитражног уговора, посебно путем електронске комуникације. Решења УНЦИ-ТРАЛ Модел-закона након измена усвојених 2006. године резултат су такве тенденције. Ново решење Модел-закона остаје при захтеву писмене форме арбитражног уговора али је овај захтев драстично ублажен предвиђањем да писмена форма постоји у случају кад је садржина арбитражног уговора забележена у било којој форми, без обзира да ли је арбитражни уговор закључен усмено, конклюдентном радњом или на други начин.<sup>31</sup> Поред тога, ново решење Модел-закона предвиђа читав низ различитих начина закључења арбитражног уговора путем средстава

29 В. у целини Зборник реферата *Преобликовање граница арбитрабилности: да ли напредује мо?*, Међународна конференција, 6–7 октобар 2017, Стална арбитража при Привредној комори Србије, поводом 70. годишњице, Београд, 2017

30 В. на пример чл. II став 2. Њујоршке конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, чл. I став 2. Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, чл. 7. UNCITRAL Модел-закона пре усвајања амандмана из 2006. године, чл. 178. став 1. швајцарског Закона о међународном приватном праву.

31 Чл. 7. став 3.

електронске комуникације.<sup>32</sup> Сличан приступ у погледу форме арбитражног уговора усвојен је и у српском Закону о арбитражи, у нешто блажој форми у односу на решење УНЦИТРАЛ Модел-закона и без навођења конкретних начина закључења арбитражног уговора путем средстава комуникације.<sup>33</sup>

У контексту недостатка прописане форме као услова пуноважног настанка уговора о арбитражи, потребно је констатовати да је недостатак форме могуће отклонити било накнадним закључењем уговора о арбитражи у прописаној форми, било разменом тужбе и одговора на тужбу у којима једна страна наводи постојање уговора, а друга то не оспорава.<sup>34</sup>

### 3. Способност уговарања – закључење уговора о арбитражи преко заступника

Способност уговарања у контексту уговора о арбитражи значи да лица која закључују овај уговор морају имати ону врсту способности која се законом захтева за закључење те врсте уговора. Решења се разликују пре свега по томе да ли се предност даје јурисдикционој или уговорној теорији правне природе арбитраже. У том смислу, захтева се правна и пословна способност као неопходан услов пуноважности арбитражног уговора или се поред тога захтева и страначка и парнична способност, у завиности од прихваћене теорије правне природе арбитраже.<sup>35</sup> Питање је више теоријског него практичног значаја. На практичном плану, оно се може поставити у погледу физичких лица, но како су стране пред међународним трговинским арбитражама најчешће правна лица, поменуто питање нема посебног значаја.<sup>36</sup> На способност уговарања у начелу се односи оно што је у овом раду изложено у погледу субјективне арбитрабилности.

Када је реч о закључењу уговора о арбитражи преко заступника, у пракси се дешава да тужени истиче да је заступник поступао без овлашћења или да је прекорачио границе овлашћења, због чега арбитражни уговор

---

32 Чл. 7. став 4

33 В. чл. 12. српског Закона о арбитражи.

34 У доктрини је спорно да ли ови акти представљају закључење новог или пак, конвалидацију ранијег, усмено закљученог уговора о арбитражи. Аутор се опредељује за друго становиште, тј. да је реч о конвалидацији. В. Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 132-135.

35 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2010, 52.

36 О питањима које покреће закључење арбитражног уговора преко заступника правног лица и прекорачења овлашћења у том смислу, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 89.

не постоји или је ништав, те арбитража није надлежна. У таквом случају, уколико се српско право примењује као меродавно, за заступање правних лица уопште релевантне су опште одредбе Закона о облигационим односима о заступању (чл. 84-88) о којима је било речи у оквиру претходних излагања, као и одредбе које се односе на пуномоћје (чл. 89-94). При томе, посебно треба имати у виду правило Закона о облигационим односима које се односи на обим овлашћења пуномоћника, према коме пуномоћник *мора* имати посебно овлашћење за закључење уговора о арбитражи (чл. 91. ст. 4). Најзад, с обзиром да је уговор о арбитражи у српском праву<sup>37</sup> формалан уговор (чл. 12 Закона о арбитражи), од значаја за ово питање је и правило Закона о облигационим односима према коме форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно предузимање тог посла (чл. 90).

О овом питању имала је прилике да се изјасни Стална арбитража при Привредној комори Србије, решавајући спор у коме је тужени истакао приговор ненадлежности ове Арбитраже. У предметном спору арбитражно веће је утврдило да тужени није издао посебно пуномоћје за закључење уговора о арбитражи у смислу чл. 91. ст. 4 Закона о облигационим односима. У том смислу, у Одлуци се између осталог констатује да, према српском праву као меродавном у предметном спору, пуномоћник не може без посебног овлашћења за сваки поједини случај преузети меничну обавезу, закључити уговор о јемству, о поравнању, о избраном суду, као ни одрећи се неког права без накнаде (чл. 91. ст. 4 Закона о облигационим односима). Према наводима арбитражног већа „Наведена одредба ЗОО-а је императивне природе и не може се искључити или изменити вољом уговорних страна, те властодавац мора пуномоћнику издати посебно пуномоћје у сваком поједином случају кад овај закључује неки од наведених уговора, у које улази и уговор о арбитражи.“ На тим основима, арбитражно веће је усвојило приговор ненадлежности и Арбитражу огласило ненадлежном да поступа у поменутом предмету.<sup>38</sup>

С друге стране, као што је истакнуто у претходним излагањима, ако се на питање заступања примењује Закон о привредним друштвима, релевантне су одредбе овог Закона које се односе на заступање и заступнике (чл. 31-43).

---

37 Иначе, захтев писмене форме арбитражног уговора је универзално прихваћен у упоредном праву.

38 Одлука Т-1/18 од 07. марта 2019.



#### 4. Сагласност воља

Један од услова за пуноважан настанак уговора о арбитражи јесте сагласност воља уговорних страна. У смислу општих правила облигационог права, воља за закључење уговора мора бити стварна и слободна. Српски Закон о арбитражи изричито предвиђа да је уговор о арбитражи ништав ако је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде.<sup>39</sup> У пракси међународних трговинских арбитража, стране су се у одређеним случајевима позивале на мане воље у контексту поништаја уговора о арбитражи.

Тако на пример, заблуда о својствима арбитра или о институцији задуженој за организацију арбитражног поступка била је повод озбиљних спорова у арбитражној пракси. После одлуке француског Касационог суда из 1964. године која се односила на унутрашњу арбитражу, француска јуриспруденција заузела је једнодушан став о томе да незнање једне стране у арбитражном уговору за везе које постоје између изабраног арбитра и друге стране, конституише заблуду која може, ако је намерно изазвана од стране другог уговорника, представљати превару која повлачи ништавост арбитражног уговора. Из формулације ове одлуке произилази да је за поништај арбитражног уговора потребан квалификовани облик заблуде који се састоји у *намерном* прикривању веза које постоје између арбитра и једне стране у спору (превара).<sup>40</sup> Ипак, у једној каснијој одлуци истог Суда, изражено је становиште да незнање једног уговорника за везе између арбитра и другог уговорника, представља заблуду која је узрок ништавости уговора, с обзиром да је “независност духа неопходна у обављању судске власти и представља њен извор. То је један од есенцијалних квалитета арбитра”.<sup>41</sup> С друге стране, у одлуци Апелационог суда Париза која се односила на међународну арбитражу, одбијен је поништај уговора због заблуде. У овом случају, арбитражним уговором предвиђено је да ће Арбитражни суд МТК организовати арбитражни поступак. По настанку спора, страна која је оспоравала надлежност овог Суда, позвала се на ништавост арбитражне клаузуле због заблуде, с обзиром да јој није било познато да је потпредседник овог Суда био адвокат друге стране. Ову аргументацију одбио је Апелациони Суд, а након тога и Касациони суд, уз образложење да није доказано да је у време закључења уговора потпредседник Суда био адвокат тужене

39 Члан 10. став 1. тачка 4 Закона.

40 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, нав. дело, 327.

41 *Cass. 2e civ*, 13.05.1972. године, нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ibidem*.

стране, па се не може прихватити да је тужилац приликом закључења уговора био жртва заблуде или преваре.<sup>42</sup>

Позивање страна на превару, претњу или принуду као разлоге за поништај арбитражног уговора није чест случај у арбитражној пракси. То је и разумљиво ако се има у виду да је за поништај арбитражног уговора по правилу довољно доказати постојање заблуде која се сматра узроком ништавости уговора. У једној одлуци Арбитражног суда МТК, утврђено је да нема места позивању на превару, с обзиром да добровољно извршење уговора о арбитражи доказује да ниједна страна није била жртва мане воље. У другом спору пред истим Судом, једна страна је истицала да је писмо којим је прихватила понуду за закључење уговора написано под принудом. Суд је међутим нашао да ови наводи нису доказани и одбио захтев за поништај арбитражног уговора.<sup>43</sup>

## 5. Предмет уговора о арбитражи

Да би уговор о арбитражи пуноважно настао, његов предмет, у смислу општих правила облигационог права, мора бити могућ, одређен и дозвољен.

У контексту арбитражног уговора, предмет уговора је фактички немогућ у случају кад је овим уговором предвиђена непостојећа арбитража. У тим оквирима, могуће је да стране, из грешке или незнања, арбитражним уговором предвиде неко непостојеће тело<sup>44</sup> (најчешће је реч о арбитражним клаузулама с маном – *clauses patologiques*).<sup>45</sup> У одређеним случајевима, стране у арбитражној клаузули предвиђају арбитражу која је у моменту закључења уговора постојала али је касније престала да постоји (накнадна, субсеквентна немогућност). До накнадне немогућности најчешће долази услед политичких и државно-правних промена које настају у државни седишта уговорене институционалне арбитраже.<sup>46</sup> Тако,

42 *Cass. 2e civ.*, 31.03.1978. *Komentar odluke*, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ibidem*.

43 Одлука нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, 326.

44 V. B. Berger, F. Kellerhals, 312.

45 Детаљно, Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 42-58.

46 Такав је на пример био случај уговарања надлежности Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори Демократске Републике Немачке који је, после уједињења Немачке 1990. године, постао Арбитражни суд у Берлину и за свој поступак прихватио UNCITRAL Правила. Поводом правне судбине арбитражних клаузула које су предвиђале поменути Арбитражу у Источној Немачкој, у немачкој судској пракси и доктрини су испоњени различити ставови. Према једном становишту, таква арбитражна клаузула погођена је санкцијом ништавости, док је друго полазило од тога да је нови арбитражни суд, као сукцесор претходне Арбитраже, над-

државно-правне промене које су се одгирале у бившој Југославији биле су повод оспоравања надлежности Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори бивше Југославије. Ипак, ова Арбитража је у својим одлукама заузимала став о континуитету рада Арбитраже.<sup>47</sup> С друге стране, правна немогућност предмета арбитражног уговора постоји у случају кад је тај предмет правно недопуштен, о чему је било речи у оквиру излагања о објективној арбитрабилности.

Предмет уговора о арбитражи мора бити одређен или одредив. То значи да уговорне стране могу арбитражи поверити спорове који у будућности могу проистећи из њиховог правног односа (арбитражна клаузула), као и спор из тог правног односа који је већ настао (арбитражни компромис). Тако на пример, УНЦИТРАЛ Модел-закон дефинише арбитражни уговор као “уговор којим стране подвргавају арбитражи све или одређене спорове који су међу њима настали или би могли настати у погледу *одређеног* правног односа, уговорног или вануговорног”.<sup>48</sup> Оно што је у контексту услова пуноважности арбитражног уговора битно, то је да се овај уговор мора односити на *одређени* правни однос између страна, без обзира да ли је реч о конкретном спору који је већ настао или пак, о споровима који би у будућности могли настати. Генерална арбитражна клаузула којом би се арбитража предвидела уопште, за све правне односе у које ступају одређена лица, била би без правног дејства.<sup>49</sup> У том погледу, посебно треба имати у виду правило Њујоршке конвенције према коме се признаје само онај арбитражни уговор који се закључује у погледу *одређеног* правног односа између страна.<sup>50</sup>

Најзад, да би уговор о арбитражи био пуноважан, његов предмет се мора односити на материју која је подобна да буде подвргнута арбитражи – објективна арбитрабилност о којој је било речи у претходним излагањима у овом раду.

#### IV Закључак

Учињена анализа упућује на закључак да испитивање узрока ништавости уговора о арбитражи представља не само значајно, већ и

---

лежан за решавање клаузулом предвиђених спорова осим у случају друкчијег споразума страна. Ова спорења пресекао је немачки Савезни суд, одлучивши у корист прве тезе.

47 Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, нав. дело, 100–102.

48 Члан 7. став 1. Модел-закона.

49 Више, Г. Кнежевић, В. Павић, 50.

50 Члан II став 1. Конвенције.

деликатно и изузетно комплексно питање. Свеобухватно разумевање узрока ништавости уговора о арбитражи захтева добро познавање како правила материјалног, пре свега облигационог права, тако и арбитражног и уопште процесног права, а кад је реч о међународној арбитражи, онда и правила међународног приватног и компаративног права, одговарајућих ставова судске и арбитражне праксе, као и правне доктрине. Узроци ништавости уговора о арбитражи могу се посматрати у контексту његове повезаности са уговором у коме је садржан или на који се односи (главни уговор) али исто тако могу бити анализирани независно од главног уговора. Са аспекта повезаности уговора о арбитражи и главног уговора, доминантно је начело аутономије арбитражног уговора које недвосмислено налаже: арбитражна клаузула представља посебну правну целину чија је правна судбина независна од судбине главног уговора. Евентуална ништавост главног уговора не погађа аутоматски арбитражни уговор, те је арбитража, на основу уговора о арбитражи, овлашћена да одлучује о пуноважности главног уговора. Ипак, начело аутономије уговора о арбитражи познаје и извесна значајна ограничења. Она су детерминисана случајевима у којима одређени недостатак у главном уговору не доводи само до ништавости тог уговора, већ аутоматски погађа и уговор о арбитражи. Ови случајеви, у својој кумулативности, у доктрини се означавају као „идентитет недостатака.“ Узроци ништавости релевантни за сам уговор о арбитражи у суштини се односе на општа правила облигационог права о способности уговарања, сагласности воља, предмету и форми уговора. Ипак, кад је реч о уговору о арбитражи, неки од ових услова су подвргнути посебним правилима с обзиром на његову специфичну правну природу. Све ово указује на потребу посебне пажње приликом закључења уговора о арбитражи, у циљу избегавања спорних ситуација и различитих тумачења која, у крајњој консеквенци, могу довести до ненадлежности арбитраже.

*Jelena S. PEROVIĆ VUJAČIĆ*

## INVALIDITY OF ARBITRATION AGREEMENT

*This contribution offers an analysis of the causes of invalidity of arbitration agreement, examining first whether the arbitration agreement will necessarily be invalid as a result of invalidity of the main contract to which it relates. The analysis is made in the light of the principle of autonomy of the arbitration agreement and its particular restrictions. Furthermore, the contribution considers causes of invalidity specific to the arbitration agreement, such as lack of legal capacity, lack of capacity to act, agency without authority, lack of consent between the parties, defects of form as well as defects of subject-matter of the arbitration agreement, from the perspective of contemporary arbitration trends and comparative law solutions, case law and legal writing.*

**Key words:** *arbitration agreement, invalidity, arbitration, arbitrators, jurisdiction.*

Др Весна БИЛБИЈА\*

## СУДСКА КОНТРОЛА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ ДОНЕТЕ ПРЕД РЕПУБЛИЧКОМ АГЕНЦИЈОМ ЗА МИРНО РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

### Резиме

*Арбитража, у смислу Закона о мирном решавању радних спорова, јесте поступак у коме арбитар решава о предмету индивидуалног спора. Поступак пред арбитром окончава се доношењем решења арбитра: 1) на основу споразума страна у спору; 2) којим арбитар одлучује о предмету спора; 3) ако је арбитражни поступак постао немогућ; 4) о обустави поступка.*

*Одредбом чл. 36 ст. 3 Закона о мирном решавању радних спорова прописано је да против решења није дозвољена жалба, што значи да у овом поступку нема двостепеног одлучивања. Закон о мирном решавању радних спорова не садржи одредбе о правној заштити поводом арбитражне одлуке донете пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова, па је тема овог рада (не) постојање права на судску заштиту.*

*Кључне речи:* решење, арбитар, тужба, судска заштита, надлежност.

### І Увод

*Arbitrum est iudicium boni viri secundum aequum et bonum.  
(Proculus-D. 17,2,76).*

Арбитража је одлука (поштеног, угледног)  
човека о оном што је право и добро.

Могућност мирног решавања радних спорова прописана је одредбама више закона. Закон о посредовању у решавању спорова<sup>1</sup>, регулише

---

\* Саветник, Управни суд Републике Србије

појам, начела, поступак и правно дејство посредовања у решавању спорова, услове за обављање посредовања, права и дужности посредника и програм обуке посредника. Законом о арбитражи<sup>2</sup> уређује се арбитражно решавање спорова без страног елемента и спорова са страним елементом. Предмет Закона о мирном решању радних спорова<sup>3</sup> је начин и поступак мирног решавања колективних и индивидуалних радних спорова, избор, права и обавезе миритеља и арбитра и друга питања од значаја за мирно решавање радних спорова. Могућност арбитраже предвиђена је и у Закону о раду<sup>4</sup>: заштиту појединачних права запослени могу остварити у поступку тзв. „унутрашње арбитраже“. Затим, Закон о спречавању злостављања на раду, у свом трећем поглављу уређује поступак за заштиту од злостављања код послодавца - поступак посредовања.

Мирно, вансудско решавање спорова представља потенцијал који заслужује системску подршку како би у будућности доживео потпуну афирмацију. Разлози су, с једне стране, у предностима које има вансудско-алтернативно решавање спорова: добровољност, непристрасност, заснованост на толеранцији, култури компромиса и дијалога, решење прихватљиво за обе стране, фокус на тачке слагања, брзина, економичност и ефикасност, итд., а са друге у „манама“ судског поступка: статичност, формалност, судски поступци дуго трају, продубљивање сукоба и недобровољност у извршавању пресуде, губитак поверења у правосуђе, високи трошкови судских такси и заступања. Имајући у виду да за вансудске поступке нису предвиђене круте процесне претпоставке, у потпуности долази до изражаја способност и стручност посредника/арбитра/миритеља да ефикасним деловањем у поступку дође до решења прихватљивог за обе стране.

Миран, конструктиван и ефикасан начин решавања спорова значи и мање оптерећивање судских ресурса.

## II Републичка агенција за мирно решавање радних спорова

Област мирног решавања радних спорова у Републици Србији уређена је Законом о мирном решавању радних спорова. У току прве четири године примене Закон је показао одређене недостатке, због чега је

---

1 Закон о о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

2 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06.

3 Закон о мирном решавању радних спорова- ЗММРС, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, 104/09, 50/18.

4 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

усвојен Закон о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова<sup>5</sup>, чији је циљ, према Образложењу предлагача<sup>6</sup>, да се кроз проширење надлежности индивидуалних и колективних радних спорова, увођење могућности закључења споразума у индивидуалним споровима, продужење рокова и праћење резултата рада кроз статистичку обраду података о врсти и начину окончања спора, додатно афирмише овај начин решавања спора. Унапређење законодавног оквира треба да допринесе подстицању послодаваца и запослених да међусобне спорове решавају мирним путем посредством миритеља и арбитра пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова, како би се што више растеретили судови и странама у спору смањили трошкови.

Треба рећи да је Републичка агенција за мирно решавање радних спорова образована као посебна организација<sup>7</sup> која обавља стручне послове који се односе на мирно решавање колективних и индивидуалних спорова; избор миритеља и арбитра и вођење Именика миритеља и арбитра, њихово стручно усавршавање, одлучивање о њиховом изузећу. Води и евиденцију о индивидуалним и колективним радним споровима, те обавља друге послове одређене законом. Њеним радом руководи директор, кога поставља Влада Републике Србије.

### 1. Покретање поступка

Поступак мирног решавања радног спора покреће се подношењем предлога Агенцији за мирно решавање радних спорова који стране у спору могу да поднесу заједнички или појединачно. Предлог мора да садржи име, презиме и адресу, односно назив и седиште страна у спору, као и предмет спора, а уз предлог стране у спору достављају документацију у вези са предметом спора, као и имена сведока, ако их имају. Ако је предлог поднела једна од страна у спору, предлог и документација се доставља другој страни, уз позив да се у року од пет радних дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора.

Наведене одредбе заједничке су за мирно решавање радног спора, колективног и индивидуалног.

---

5 Службени гласник РС, бр. 104/09.

6 Влада Републике Србије је на својој седници од 28.12.2017. године усвојила Предлог закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова и упутила га у скупштинску процедуру.

7 ЗМРРС, чл. 7.



Миритеља, односно арбитра споразумно одређују стране у спору из Именика, у заједничком предлогу, односно у року од три радна дана од дана прихватања појединачног предлога, а ако га не одреде споразумно, одређује га директор Агенције решењем. Даљи поступак тече тако што Агенција доставља предлог и документацију у вези са предметом спора миритељу, односно арбитра који је одређен за конкретан спор.

## 2. Колективни радни спор

Колективним радним спором, у смислу овог закона, сматра се спор поводом закључивања, измена и/или допуна колективног уговора, као и примене колективног уговора у целини или његових појединих одредаба; затим поводом примене општег акта којим се регулишу права, обавезе и одговорности запослених, послодавца и синдиката, поводом остваривања права на синдикално организовање и деловање и остваривање права на утврђивање репрезентативности синдиката код послодавца и поводом штрајка; поводом остваривања права на информисање, консултовање и учешће запослених у управљању, те поводом утврђивања минимума процеса рада, у складу са законом (општим актом се сматра правилник о раду и споразум послодавца и синдиката). Страном у колективном спору сматрају се послодавац, синдикат, овлашћени представник запослених, запослени, штрајкачки одбор, оснивач за јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач јавно предузеће, друштва капитала и јавне службе чији је оснивач Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Начин прописивања стране у спору знатно је прецизнији у односу на дефиницију пре измена и допуна закона из 2018. године, када су се страном у колективном спору сматрали учесници колективног уговора – у складу са законом, односно послодавац, синдикат, запослени или представник запослених - у односу на примену колективног уговора или општег акта и остваривање колективног права, у складу са законом

У вези са претходним, мирење је поступак у коме миритељ пружа помоћ странама у колективном спору са циљем да закључе споразум о решењу спора или у коме миритељ странама у колективном спору даје препоруку о начину решавања спора и овај поступак је детаљно уређен одредбама чл. 16-29 ЗММРС.

## III Арбитража

Начин прописивања индивидуалног радног спора претрпео је знатне измене. Наиме, до измена и допуна закона из 2018. године инди-

видуални радни спор је подразумевао спор поводом дискриминације и злостављања на раду, отказа уговора о раду и уговарања и исплате минималне зараде, те спор поводом појединачних права утврђених колективним уговором, другим општим актом или уговором о раду - накнада трошкова за исхрану у току рада, накнада трошкова за долазак и одлазак са рада, исплата јубиларне награде, исплата регреса за коришћење годишњег одмора, а странама у индивидуалном спору, сматрани су запослени и послодавац.

Индивидуални радни спор, у смислу одредби чл. 3 ЗМРРС, јесте спор поводом:

- 1) отказа уговора о раду;
- 2) радног времена;
- 3) остваривања права на годишњи одмор;
- 4) исплате зараде/плате, накнаде зараде/плате и минималне зараде у складу са законом;
- 5) исплате накнаде трошкова за исхрану у току рада, за долазак и одлазак са рада, регреса за коришћење годишњег одмора и друге накнаде трошкова у складу са законом;
- 6) исплате отпремнине при одласку у пензију, јубиларне награде и других примања у складу са законом;
- 7) дискриминације и злостављања на раду.

Страном у индивидуалном спору, сматра се запослени и послодавац, осим у случају из става 1. тачка 7) овог члана- дискриминације и злостављања на раду- где се стране у спору одређују у складу са законом.

Индивидуални радни спор је прописан одредбама чл. 30-37 ЗММРС .

Ако међу странама у индивидуалном спору тече судски поступак из истог чињеничног и правног основа суд ће застати са поступком, а стране у спору су дужне да суд обавесте о покретању поступка мирног решавања.

Према томе, арбитража, у смислу ЗММРС, јесте поступак у коме арбитар решава о предмету индивидуалног спора.

Арбитар је дужан да закаже расправу у року од три радна дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора и о томе обавештава стране у спору. Расправа се одржава у присуству страна у спору и

арбитра, који отвара расправу и утврђује да ли сва позвана лица присуствују расправи, а ако једна од страна у спору неоправдано изостане са расправе арбитар може да одржи расправу у њеном одсуству, узимајући у обзир документацију коју је та страна доставила.

Како тече овај поступак?

Арбитар у току поступка указује странама у спору на могућност споразумног решавања спора а свака страна у спору може да повуче предлог за покретање поступка пред арбитром најкасније до дана отварања расправе.

Одржавање расправе је јавно, осим у споровима поводом дискриминације и злостављања на раду, с тим да арбитар може да искључи јавност на захтев страна у спору, ако за то постоје оправдани разлози.

Арбитар руководи расправом, узима изјаве од страна у спору и других лица у поступку, изводи доказе и стара се да се у току расправе изнесу све чињенице релевантне за одлучивање. Стране у спору имају право да се пред арбитром изјасне о предмету спора и одговоре на наводе друге стране у спору. Арбитар одлучује о одлагању расправе, по службеној дужности или на захтев стране у спору, у ком случају је дужан да закаже расправу најкасније у року од пет дана од дана одлагања. Стране у спору могу да ангажују судског вештака.

Стране у спору имају право да дају завршну реч на расправи и ако арбитар сматра да је предмет спора расправљен тако да може да одлучи, закључује расправу.

#### **IV Решење арбитра**

Поступак пред арбитром окончава се доношењем решења арбитра: 1) на основу споразума страна у спору; 2) којим арбитар одлучује о предмету спора; 3) ако је арбитражни поступак постао немогућ; 4) о обустави поступка у складу са овим законом.

Решење које је донето на основу споразума страна у спору и решење којим арбитар одлучује о предмету спора има снагу извршне исправе. Уколико не постоји споразум о решењу спора арбитар обуставља поступак и о истој правној ствари може се водити судски поступак.

Арбитар доноси решење о предмету спора у року од 30 дана од дана отварања расправе. Решење садржи увод; образложење; упутство о правном средству; име, презиме и потпис арбитра; број и датум решења; те печат Агенције.

Против решења арбитра није дозвољена жалба. Решење је правно-снажно и извршно даном достављања странама у спору (осим решења којим се обуставља поступак јер не постоји споразум страна у спору) а ако је у решењу одређено да се радња која је предмет извршења може извршити у остављеном року, решење постаје извршно истеком тог рока.

Стране у спору су дужне да обавесте суд о доношењу решења ако је поступак пред судом прекинут.

### **1. Питање другостепене контроле решења арбитра**

Решење којим арбитар одлучује о предмету спора представља мериторну одлука арбитра о предмету индивидуалног радног спора. Како је речено, против њега није дозвољена жалба и оно је правноснажно и извршно даном достављања странама у спору.

То што не подлеже другостепеној контроли, може бити разлог одустанака од решавања спорова пред Републичком агенцијом за мирно решавање спорова.

Приликом разматрања питања другостепене контроле решења арбитра, један од углова посматрања је дефинисање правног положаја арбитра у правном систему Републике Србије. Важно је дати јасан одговор на питање да ли арбитража задржава карактеристике класичне арбитраже, какву често срећемо у трговинском праву. Супротан став да су арбитражи државни службеници запослени у институционалној арбитражи би, истина, омогућило изјављивање редовних и ванредних правних лекова пред надлежним судовима (ако би решење арбитра дефинисали као акт „државне“ арбитраже) или подношење тужбе управном суду (ако би решење арбитра дефинисали као управни акт), али тиме би се изгубило оно суштинско, да је арбитражни поступак алтернатива поступку пред државним судовима, поступак у коме се спор решава на основу споразума странака. Важно је истаћи да арбитража представља и међународно признато право, што се истиче и у чл. 8 Конвенцији МОР бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године, који каже да радник има право да се жали неком непристрасном телу, као што је суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар.

Један од предлога истакнут ради правне сигурности и лакшег прихватања решавања спорова пред Републичком агенцијом за мирно решавање спорова је предвиђање другостепеног органа у виду Већа арбитра, које би, након спроведеног поступка могло првостепено решење потврдити, вратити на поновни поступак, који би водио други арбитар или

мериторно решити, ако има довољно доказа.<sup>8</sup> Предвиђањем другостепене провере испоштовано је уставно право на жалбу које је зајемчено одредбама чл. 36, ст. 2 Устава Републике Србије<sup>9</sup> које гарантују право на једнаку заштиту права и на правно средство: Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

Сасвим другачији угао посматрања подразумева да се контрола арбитражног решења, ипак, стави у надлежност редовних судова, али разлоге за побијање сузити, нпр. на оне који се тичу повреде норми јавног поретка и повреде које су последица чињенице да је једна страна у економски инфериорнијем положају. Јер, двостепеност не сме да доведе до приближавања судском поступку на начин да елиминише све оне предности због којих се странке одлучују за овај алтернативни метод. Предвиђање извесне контроле насупрот апсолутној једноступености треба да допринесе поверењу и правној сигурности, да учини да се странке лакше одлучују да препусте свој спор арбитрау појединцу.

Важно обележје мирног решавања радних спорова је и то што нема за циљ да прогласи “кривца” и одреди ко је у праву. Циљ је налажење компромисног решења, које ће бити прихватљиво како за стране у спору, тако и за ширу заједницу. *Arbitramentum aequum tribuit cuque sum*. Правична арбитража досуђује сваком своје. Према томе, у овом поступку, води се рачуна о правичности, не само о праву. „Права из радног односа имају снажну моралну и социјалну основу, па су ближа правди него класична грађанска права”, речи су проф. Зорана Ивошевића.<sup>10</sup>

То што радни спорови имају изражен егзистанцијални моменат, захтева велику опрезност. Наиме, арбитражу карактерише доступност: бесплатна и/или јефтинија процедура, уз одсуство формализма тј. лакша разумљивост поступка омогућава свим запосленима да остваре заштиту својих права, укључујући оне са нижим примањима и онима са нижим образовањем. Међутим, уколико су бесплатност и ефикасност главни мотиви у избору ове методе мирног решавања радних спорова, то никако не сме ићи на уштрб квалитета и правне сигурности. Поборници „легалистичке концепције“ прихватају као валидан искључиво модел решава-

8 Олга Кићановић, „Предности вансудског решавања радних спорова: законске и потенцијалне могућности“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2014, 281.

9 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

10 Зоран Ивошевић, „Правично суђење у споровима из радних односа“, *Избор судске праксе*, бр. 7-8/1994, 22.

ња радних спорова судским путем, сматрајући да постоје одређене јавне вредности које не могу бити предмет компромиса и да их само судови могу решавати.<sup>11</sup>

Код анализе овог питања, не треба заборавити основна начела на којима почива ЗМППС: начело добровољности и начело независности и непристрасности.<sup>12</sup> Наиме, стране у спору су слободне да добровољно одлуче о приступању мирном решавању спора, ако овим законом није друкчије одређено, а миритељ, односно арбитар је независан у раду и дужан је да у поступку мирног решавања радног спора поступа непристрасно. Да је решавање радних спорова пред судом хроничан проблем домаћег правосуђа потврђује податак да је пред Европским судом за људска права у Стразбуру, у 2014. години, највећи број притужби у односу на број становника, имала Србија- грађани су поднели укупно 2.787 пријава, односно 3,9 на 10.000 становника, од чега се највећи број притужби (43%) односио на повреду права на суђење у разумном року. Међутим, у 2016. години запажена је редукција у броју притужби на 1.190 притужби Европском суду за људска права, што је 11.427 притужби мање него у 2014. години.<sup>13</sup>

## 2. Судска контрола решења арбитра у Републици Србији

Врховни касациони суд је највиши суд у Републици Србији.

Решавајући у конкретној правној ствари, овај суд је оценио да је погрешан став нижестепених судова да је искључена судска контрола арбитражне одлуке која је донета у поступку пред арбитром код Републичке агенције за мирно решавање радних спорова на основу Закона о мирном решавању радних спорова.<sup>14</sup> Према утврђеним чињеницама, тужилац (послодавац) је 17.4.2012. године поднео тужбу Основном суду у Ужицу против туженог (запосленог), ради поништаја арбитражне одлуке: решења Републичке агенције за мирно решавање радних спорова број 116-02-143/2011 од 22.3.2012. године, којим је усвојен као основан предлог запосленог и утврђено да је било злостављања на раду према њему од стране послодавца, на начин ближе описан у решењу. Према образложе-

---

11 Gerard Lyon-Caen et Jean Pelissier, *Droit du Travail*, Paris, 1992, стр. 496-500, доступно на адреси: <https://pra.pr.ac.rs/wp-content/uploads/2017/12/Master-rad-1.pdf>. 13.5.2019, 15.

12 ЗМППС, чл. 4 и чл. 6.

13 Слободанка Ковачевић-Перић, Владимир Боранијашевић, „Арбитража за радне спорове“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 652.

14 Рев2 653/2014. године од 10.9.2015 године.

њу решења, Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова се 21.11.2011. године обратио запослени са предлогом за покретање поступка за мирно решавање радног спора због злостављања на раду код послодавца. Послодавац је изразио сагласност и прихватио мирно решавање овог спора посредством арбитра Агенције. Како су странке избор арбитра препустиле Агенцији, директор Агенције је решењем од 6.12.2011. године одредио арбитра у овом поступку. Одређени арбитар је спровела поступак и 22.3.2012. године донела спорно решење, које је постало правоснажно даном достављања странама у спору. Полазећи од наведених чињеница, нижестепени судови су закључили да поништај одлуке Републичке агенције за мирно решавање радних спорова не спада у судску надлежност, зато што је Агенција посебна организација која решава колективне и индивидуалне радне спорове према Закону о мирном решавању радних спорова. Стога, када Агенција донесе правоснажно решење о предмету спора, не може се то решење преиспитивати у парници из радног односа, а за заснивање надлежности суда не може се применити Закон о арбитражи, јер спорно решење нема карактер одлуке арбитражног суда у смислу тог закона.

По оцени Врховног касационог суда нижестепени судови су погрешно применили материјално право. Наиме, према чл. 1, ст. 1 Закона о мирном решавању радних спорова, овим законом уређују се начин и поступак мирног решавања колективних и индивидуалних радних спорова, избор, права и обавезе миритеља и арбитра и друга питања од значаја за мирно решавање радних спорова. Чланом 4, ст. 2 је прописано да арбитража, у смислу овог закона, јесте поступак у коме арбитар одлучује о предмету индивидуалног спора. Чланом 7 прописано је да се образује Републичка агенција за мирно решавање радних спорова као посебна организација. Према чл. 30, ст. 1, тач. 3 индивидуални спор може да се решава пред арбитром, у складу са овим законом, ако је предмет спора дискриминација и злостављање на раду. Одредбама од члана 31 до 37 прописан је поступак пред арбитром, поред осталог, чланом 36, став 2 да је решење које доноси арбитар правоснажно и извршно даном достављања странама у спору. Према члану 1 Закона о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46/06), овим законом уређује се арбитражно решавање спорова (арбитража) без страног елемента (унутрашња арбитража) и спорова са страним елементом (међународна арбитража). Чланом 7 је прописано да државни суд може, у вези арбитраже, да предузима само оне радње које су изричито одређене овим законом. Глава VIII Закона о арбитражи се односи на поништај арбитражне одлуке (члан 57 до 63), па је чланом 57 пропи-

сано да се тужба за поништај може поднети само против домаће арбитражне одлуке, а домаћа арбитражна одлука је одлука која је донета у унутрашњој или међународној арбитражи у Републици, затим чланом 58 су прописани разлози за поништај арбитражне одлуке, а чланом 62 да странке не могу унапред да се одрекну права на тужбу за поништај арбитражне одлуке. С обзиром на цитиране законске одредбе, оцењено је да погрешан је став нижестепених судова да је искључена судска контрола арбитражне одлуке која је донета у поступку пред арбитром код Републичке агенције за мирно решавање радних спорова на основу Закона о мирном решавању радних спорова. Наиме, арбитражно решавање спорова се заснива на споразуму странака, међутим, странке арбитражног поступка имају право на правно средство против арбитражне одлуке у обиму и на начин утврђен законом. У смислу Закона о арбитражи, кад је у питању домаћа арбитражна одлука, то правно средство је тужба за поништај арбитражне одлуке пред државним судом, а с обзиром на члан 7 тог закона, суд спроводи накнадну и ограничену контролу арбитражне одлуке, јер се поступак судске контроле покреће тужбом за поништај правоснажне домаће арбитражне одлуке у року прописаном законом, из разлога прописаних законом, односно на начин уређен наведеним законом. ЗМРРС не садржи одредбе о правној заштити поводом арбитражне одлуке донете пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова, већ само чл. 36, ст 2 прописује да је решење правоснажно и извршно даном достављања странама у спору. По становишту суда из наведене одредбе произлази да нема двостепеног одлучивања у арбитражном поступку пред Агенцијом, међутим, то не значи да је искључено право на судску заштиту. Право на правно средство против одлуке којом се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу је уставно право загарантовано чланом 36 Устава РС, а ставом да се не може тражити судска заштита поводом арбитражне одлуке Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, странкама из тог поступка се неосновано ускраћује то право. У конкретном случају, тужилац као послодавац и тужени, као запослени, били су учесници арбитражног поступка пред арбитром при Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова, који је спроведен на основу Закона о мирном решавању радних спорова и у коме је донета арбитражна одлука - решење број 116-02-143/2011 од 22.3.2012. године. Тужба коју је поднео тужилац у овој парници је тужба за поништај арбитражне одлуке (тако је и насловљена), а предмет тужбеног захтева је поништај наведеног решења, па су судови били дужни да расправљају о постављеном тужбеном захтеву аналогном применом одредаба члана 57 до 63 Закона о арбитражи, посебно водећи рачуна да су разлози за поништај прописани чланом 58 тог закона.



## V Закључак

Следом изложеног, можемо закључити да иако из одредбе чл. 36, ст. 2 ЗММРС произлази да нема двостепеног одлучивања у арбитражном поступку пред Агенцијом за мирно решавање радних спорова, право сваког појединца на правно средство против одлуке којом се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу је уставно право загарантовано чланом 36 Устава РС и као такво има превагу. Ово даље значи да право на судску заштиту није искључено, јер став да се не може тражити судска заштита поводом арбитражне одлуке Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, подразумева да се странкама из тог поступка неосновано ускраћује уставом загарантовано право на жалбу.

**Vesna BILBIJA, Ph.D.**

**Judicial Advisor, Administrative Court of the Republic of Serbia**

### JUDICIAL CONTROL OF THE ARBITRATION DECISION MADE BY THE REPUBLIC AGENCY FOR PEACEFUL SETTLEMENT OF LABOUR DISPUTES

#### Summary

*Arbitration, in the sense of the Law on peaceful settlement of labour disputes, is the proceeding in which an arbitrator settles an individual dispute. The proceeding before an arbitrator is completed by issuing a resolution by an arbitrator: 1) based on the agreement of the dispute parties; 2) by means of which an arbitrator decides on the dispute issue; 3) if the arbitration proceeding became impossible; 4) on suspension of the proceeding.*

*By the provision of Act 36, Paragraph 3 it is set that it is not possible to file a complaint against the arbitrator's resolution, which means that in this kind of proceedings there is no second-instance decision. The Law on peaceful settlement of labour disputes has no provisions about legal protection concerning arbitration decision made by the Republic Agency for Peaceful Settlement of Labour Disputes, so the topic of this paper is (in)existence of the right on judicial protection.*

**Keywords:** resolution, arbitrator, lawsuit, judicial protection, jurisdiction.

Катарина ТОМИЋ\*

## ПОЈАМ ИНВЕСТИЦИЈЕ У ПРАКСИ ICSID АРБИТРАЖЕ – ДА ЛИ ЈЕ СЛУЧАЈ SALINI РЕШИО ДИЛЕМУ?

### Резиме

Овај чланак бави се једним од услова за заснивање надлежности ICSID-а – проистицањем спора из инвестиције. Имајући у виду да ICSID Конвенција не дефинише појам инвестиције, арбитражни трибунали су се до сада сусретали са случајевима у којима је било неопходно да донесу суд о томе да ли одређена трансакција између привредног друштва и државе представља инвестицију или не. Постоје два приступа: да се остави вољи страна да одлуче да ли се њихов правни однос треба сматрати инвестицијом или да се предложи објективни критеријуми за утврђивање инвестиције. Циљ овог чланка је да понуди преглед приступа које су арбитражни трибунали заузимали у разним случајевима, као и да размотри различите критеријуме за одређивање инвестиције које трибунали користе.

**Кључне речи:** инвестиција, ICSID, Salini тест

### I. Увод

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, ICSID, као центар за решавање спорова који је администрирао највећи број међународних инвестиционих спорова<sup>1</sup>, надлежан је за решавање правних спорова који директно проистичу из инвестиције<sup>2</sup>. Међутим, ICSID Конвенција, која успоставља и уређује ICSID, не дефинише и не обрађује експлицитно појам инвестиције. Сходно томе, трибунали су од самог почетка били суочени са изазовом одређивања трансакција и правних односа који се сматрају инвестицијом у смислу ICSID Конвенције, како би засновали

---

\* студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду

1 About ICSID, International Center for Settlement of Investment Disputes, World Bank, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx>, 10.04.2019.

2 Закон о ратификацији конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 2/2006, чл. 25.

своју надлежност у конкретним случајевима. Да бисмо разумели које су то карактеристике и типови трансакција за које је надлежан *ICSID* у случају настанка спора, тј. шта се сматра инвестицијом у пракси *ICSID* арбитраже, првенствено ћемо узети у обзир сам текст *ICSID* Конвенције и њене пратеће документе. Затим, биће речи о случају *Salini v Morocco*, који је био један од првих случајева који је понудио објективне критеријуме за одређивање инвестиције; и најзад, видећемо како се разумевање појма инвестиције развијало у арбитражној пракси након случаја *Salini*.

## II. Појам инвестиције у *ICSID* Конвенцији и пратећим документима

### 1. *ICSID* Конвенција

Сам текст *ICSID* Конвенције не садржи појам инвестиције и не бави се његовим значењем<sup>3</sup>. У чл. 25. ст. 1 *ICSID* Конвенције, инвестиција се помиње у контексту заснивања надлежности *ICSID*-а, без прецизирања који би то правни односи тј. трансакције представљале инвестицију.

Међутим, током писања *ICSID* Конвенције, било је речи о појму инвестиције и разматрало се о томе које би то трансакције потпадале под надлежност *ICSID*-а. Како би се обезбедило да ће *ICSID* бити надлежан искључиво за спорове који проистичу из инвестиција, одбор задужен за писање *ICSID* Конвенције при Светској банци је предложио дефиницију инвестиције<sup>4</sup>.

Сходно томе, током *travaux préparatoires* нуђене су различите дефиниције појма инвестиције, али државе нису могле да постигну консензус о значењу инвестиције. Управо због ове немогућности достизања заједничког разумевања појма инвестиције, тј. сагласности о њеном значењу<sup>5</sup>, у финалном тексту *ICSID* Конвенције изостављена је дефиниција инвестиције.

Овакав приступ писаца *ICSID* Конвенције је разумљив: (1) из практичних разлога – током писања није достигнута сагласност о појму

3 Предраг Цветковић, „Услови заснивања надлежности Центра за решавање инвестиционих спорова“, *Liber Amicorum Gašo Knežević*, Београд, 2016, 597.

Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2. издање, Оксфорд, 2012, 61.

4 Anniruddha Rajput, „Defining “Investment”: A Development Perspective“, *Indian Journal of Arbitration Law*, Volume II, Issue 1), 23.

5 A. Rajput, 15.

П. Цветковић, 597.

инвестиције, и (2) због чињенице да овакво решење оставља отвореном могућност да *ICSID* буде надлежан за решавање спорова који проистичу из различитих типова инвестиција, како класичних, нпр. директних или портфолио, тако и новијих попут уговора о трансферу технологије, и сл.<sup>6</sup>

Јасно је, дакле, да сам текст *ICSID* Конвенције не пружа ни какве смернице ни критеријуме за одређивање појма инвестиције. Поставља се питање како онда одредити када је *ICSID* надлежан *rationae materiae*, тј. из којих односа морају да проистекну спорови како би могли да се реше пред *ICSID*-ом?

## 2. Извештај извршних директора Светске банке

Приликом подношења текста *ICSID* Конвенције Светској банци на потписивање и ратификацију, извршни директори су 18. марта 1965. године поднели и извештај о *ICSID* Конвенцији.

Овај извештај представља сажетак и детаље самог поступка писања *ICSID* Конвенције, укључујући и осврт на неке од најважнијих института које конвенција успоставља. Тако, извештај садржи образложења функција најважнијих органа *ICSID*-а, информације о надлежности центра, детаље о самом поступку, и сл.

У тачки 27. извештаја, извршни директори наводе, између осталог, да појам инвестиције није дефинисан јер је сагласност страна о појму инвестиције кључан елемент за одређивање значења. Ово практично значи је странама остављена могућност да својом сагласношћу воља саме утврде да је њихов однос инвестиционог карактера<sup>7</sup>. Другим речима, дефиниција појма инвестиције је намерно изостављена из текста Конвенције, како би се оставио простор субјективном критеријуму – сагласности страна, да саме одреде да се њихов однос односи на инвестицију. Управо је ова тачка извештаја основ за оно што се назива субјективни приступ у дефинисању појма инвестиције.

Међутим, имајући у виду да је циљ оснивања *ICSID*-а био да буде специфично тело надлежно за решавање баш спорова који проистичу из инвестиција, поставља се питање да ли је оправдано препустити само вољи страна да одреде шта је инвестиција? Другим речима, да ли је потребно увести и објективне критеријуме за одређивање појма инвестиције?

---

6 А. Rajput, 22.

7 П. Цветковић, 598.

### III. Случај *Salini* и његов утицај на арбитражну праксу

Све до случаја *Salini*, трибунали су појму инвестиције приступали на следеће начине: (1) или се нису уопште бавили појмом инвестиције и нису разматрали његово значење јер није улаган приговор ненадлежности под образложењем да спор не проистиче из инвестиције, или (2) су прихватили значење које инвестицији даје билатерални споразум који је на снази<sup>8</sup>.

Тек тридесетак година након доношења *ICSID* Конвенције, трибунали су кренули да разматрају објективне, унапред дефинисане, критеријуме за одређивање појма инвестиције. Кључни случајеви у овом процесу су: (1) *Fedax v Venezuela*<sup>9</sup>, и (2) *Salini v Morocco*<sup>10</sup>.

#### 1. Случај *Fedax v Venezuela*

Један од првих случајева који је имао крџијалан утицај на одређивање објективних критеријума за дефинисање инвестиције био је *Fedax v Venezuela*<sup>11</sup>. У овом случају, држава Венецуела је оспоравала надлежност *ICSID*-а тврдећи да стицање сопствених меница државе Венецуеле индосирањем не представља инвестицију<sup>12</sup>.

Утврђујући да ли у конкретном случају спор проистиче из инвестиције, трибунал је понудио пет особина инвестиције: (1) трајност, (2) регуларност профита и прихода, (3) преузимање ризика, (4) допринос тј. улагање у имовини/новцу, и (5) значај тј. допринос развоју државе домаћина<sup>13</sup>. Трибунал је у овој одлуци изнео став да ових пет особина представљају *основне* карактеристике за разликовање инвестиција од других трансакција и уговорних односа<sup>14</sup>.

---

8 Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment“, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (eds. Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer), Kluwer Law International, 2015, 105.

9 *Fedax v Venezuela*, Одлука о надлежности, 11. јул 1997. године, *ICSID Case No. ARB/96/3*.

10 *Salini v Morocco*, Одлука о надлежности, 23. јул 2001. године, *ICSID Case No. ARB/00/4*.

11 R. Dolzer, C. Schreuer, 66, E. Gaillard, Y. Banifatemi, 105.

12 Маја Станивуковић, *ICSID* и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије, *Liber amicorum Dobrosav Mitrović* (eds. Весна Ракић-Водинелић, Гашо Кнежевић), Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, 2007, 10.

13 R. Dolzer, C. Schreuer, 66.

14 Laurens J.E. Timmer, „The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre“, *Journal of International Arbitration*, Volume 29 Issue 4, 2012, 367.

Након што је размотрио све околности конкретног случаја, трибунал је у случају *Fedax v Venezuela* дошао до закључка да се ради о инвестицији и засновао своју надлежност<sup>15</sup>. Овакав приступ трибунала даје повода дискусији и предмет је бројних критика од тада. Разлог оваквих критика је да се сматра да овакав приступ сувише широко тумачи појам инвестиције по *ICSID* Конвенцији и да у суштини омогућава да се свака финансијска трансакција сматра инвестицијом<sup>16</sup>. Оно што је неоспориво је да је случај *Fedax v Venezuela* значајан јер први пут у пракси *ICSID*-а нуди објективне критеријуме за одређивање инвестиције, на које се многи трибунали позивају и данас.

## 2. Случај *Salini v Morocco*

Случај *Salini v Morocco* представља типичан грађевински спор који се водио због неплаћања накнаде за изградњу аутопута у Мароку<sup>17</sup>. Држава Мароко, као тужени, је такође оспоравала надлежност *ICSID*-а, између осталог, под образложењем да спор не проистиче из инвестиције<sup>18</sup>.

Начелно, док се бавио питањем постојања инвестиције, трибунал је констатовао да услов инвестиције из члана 25. *ICSID* Конвенције мора да се посматра као објективни критеријум за заснивање надлежности *ICSID*-а<sup>19</sup>.

Конкретно, настављајући посао који је започео трибунал у случају *Fedax*, трибунал је редефинисао критеријуме за одређивање инвестиције у случају *Salini*. Наиме, трибунал је дошао до закључка да испуњење критеријума (2) изнад (постојање регуларности профита и прихода) није неопходно да би се одређена трансакција сматрала инвестицијом. Сходно томе, *Salini* трибунал је понудио тест, који се данас назива *Salini* тест, и навео се правни однос може сматрати инвестицијом ако:

- (1) представља улог у имовини или новцу,
- (2) траје одређени период,
- (3) инкорпорише елемент ризика, и
- (4) доприноси развоју земље домаћина<sup>20</sup>.

---

15 М. Станивуковић, 11.

16 М. Sasson, 136.

17 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 99.

18 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 99.

19 М. Sasson, 137.

20 L.J.E. Timmer, 367.

A. Rajput, 13.

Интересантно је да је трибунал задржао критеријум доприноса развијању земље домаћина. Иако можда наизглед делује као превише широк и нејасан критеријум, трибунал је истакао у одлуци да га преамбула *ICSID* Конвенције наводи као један од основних циљева<sup>21</sup>. Трибунал наводи у овом случају да се допринос држави не може оспорити јер изградња аутопута неминовно представља посао који би требало да предузме држава или јавна служба<sup>22</sup>. Из овога се може извући закључак да би допринос држави домаћина постојао у свакој ситуацији када инвестиција представља посао тј. радњу коју би требало да обави држава (попут изградње инфраструктуре).

Управо је овај критеријум *Salini* теста најконтроверзнији и највише критикован. Узрок ових критика су аргументи да допринос развоју државе домаћина није релевантан критеријум јер не разликује трансакције које су инвестиције или не. Конкретно, није тачно да све стране инвестиције доприносе развоју државе домаћина, као што није тачно ни да су све трансакције које доприносе развоју државе инвестиције<sup>23</sup>.

Такође, оно што се може приговорити је да је приступ трибунала у овом случају у директној супротности са ставом који су имали писци *ICSID* Конвенције, чија је намера била <sup>24</sup>да препусте разумевање инвестиције диспозицији страна<sup>25</sup>, што се пре свега може видети и из Извештаја извршних директора Светске банке (вид. 1. b) изнад).

У сваком случају, случај *Salini v Morocco* у арбитражну праксу уводи објективни приступ разумевању појма инвестиције. Сходно томе, овај случај је извршио велики утицај на трибунале који су разматрали појам инвестиције<sup>26</sup>, и представља преседан у пракси *ICSID* арбитраже када је реч о *rationae materiae* услову заснивања надлежности *ICSID*-а.

## IV. Пост-Салини ера

### 1. Прихватање *Salini* теста

Објективни приступ који у праксу *ICSID*-а уводи случај *Salini* кроз свој тест су начелно прихватили многи трибунали.

---

21 Закон о ратификацији конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 2/2006, преамбула.

22 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 104.

23 A. Rajput, 26.

24 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 108.

25 M. Sasson, 138.

26 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 104.

На пример, у случају *RSM v Central African Republic*<sup>27</sup>, америчка компанија *RSM* која није могла да изврши истраживања нафте и прикупи сеизмичке податке обратила се *ICSID*-у ради решавања спора. Са намером да оспори надлежност *ICSID*-а, Централноафричка република тврдила је да поменути правни посао не представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције. Како би решио ово питање, трибунал је применио *Salini* тест и дошао до закључка да склапање уговора о истраживањима нафте представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције јер доприноси економији државе, јер се ради о ризичном подухвату који траје дужи временски период и подразумева улагање<sup>28</sup>.

Исто тако, у случају *Bureau Veritas v Paraguay*, чији је повод то што Парагвај није платио накнаду за вршење програма инспекције добара пре отпремања, трибунал је прихватио објективне критеријуме за одређивање инвестиције<sup>29</sup>.

Током поступања у случају *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt*<sup>30</sup>, како би донео одлуку о томе да ли замена рударских постројења представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције, или пуки уговор о купопродаји (како је тврдио Египат оспоравајући надлежност *ICSID*-а), трибунал је такође применио критеријуме садржане у *Salini* тесту. Закључак трибунала је био да се ради о инвестицији<sup>31</sup>.

Могуће због чињенице да је најзад понудио опипљиве критеријуме за утврђивање инвестиције, случај *Salini* је трибуналима који су одлучивали о значењу инвестиције дао јасне препоруке и упутства.

## 2. Модификација *Salini* теста

Иако веома утицајан, случај *Salini* је често критикован, како због чињенице да експлицитно препоручује објективни приступ одређивању појма инвестиције, као због самих критеријума које нуди.

---

27 RSM Production Corporation v. Central African Republic, Одлука о надлежности, 7. децембар 2010. године, ICSID Case No. ARB/07/02.

28 Dietmar W. Prager, Samantha J. Rowe, „RSM Production Corporation v. Central African Republic, Decision on Competence and Responsibility, ICSID Case No. ARB/07/02, 7 December 2010“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 2.

29 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 110.

30 Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt, Одлука о надлежности 6. август 2004. године, ICSID Case No. ARB/03/11.

31 Alex Grabowski, „The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini“, *Chicago Journal of International Law*, Volume 15, Number, 2014, 297.



Као што је већ поменуто, критеријум да трансакција мора да доприноси развоју земље домаћина да би се сматрала инвестицијом један од најчешће оспораваних критеријума *Salini* теста.

У случају *Saba Fakes v Turkey*<sup>32</sup>, почетна тачка трибунала за разматрање да ли трансакција која је била у питању представља инвестицију је био *Salini* тест<sup>33</sup>. Међутим, трибунал се базирао на чисто језичком тумачењу речи инвестиција<sup>34</sup>, и сходно томе, разматрао само постојање ризика, доприношење тј. улагање и трајање трансакције као критеријуме. Другим речима, трибунал у оком случају није узео у обзир критеријум доприноса развоју земље домаћина<sup>35</sup>.

Исти резон је имао трибунал и у случају *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*<sup>36</sup>. Наиме, трибунал је кренуо од *Salini* теста као смернице за одређивање инвестиције и затим констатовао да је развој арбитражне праксе дошао до тога да су само три елемента инвестиције неопходна – ризик, улагање и трајање<sup>37</sup>.

Критеријум доприноса развоју државе домаћина критикован је и у случају *Philip Morris v Uruguay*<sup>38</sup>, где је трибунал заузео став да *Salini* тест генерално не представља сет обавезних правних услова, и да се поготову критеријум доприноса развоју државе домаћина не може смтрати обавезним елементом<sup>39</sup>.

Такође, у случају *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v The Republic of Chile*<sup>40</sup>, трибунал је био на становишту да се допри-

---

32 *Saba Fakes v Turkey*, ICSID Case No ARB/07/20.

33 Alejandro Garcia, ICSID tribunal considers Salini criteria, 2013, доступно на адреси: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-525-4681?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>, 20.04.2019., 6.

34 A. Grabowski, 298.

35 ICSID tribunal redefines requirements for investment, доступно на: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-8522?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-8522?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1), 20.04.2019.

36 *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/09/02.

37 A. Garcia, ICSID tribunal considers Salini criteria, 4.

38 *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

39 Noradèle Radjai, Franz X. Stirnimann, „Chapter 7: Investment Arbitration in Switzerland“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (ed. Manuel Arroyo), Kluwer Law International, 2018, 1074.

40 *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. The Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, 8. мај 2008. године.

нос развоју државе домаћина не може сматрати конститутивним елементом инвестиције јер такав допринос само последица, а не и услов за постојање инвестиције.

Међутим, модификација *Salini* теста није ишла само у смеру смањивања броја критеријума за одређивање инвестиције. Напротив, у случају *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*<sup>41</sup>, трибунал је изнео став да сем 4 критеријума садржана у *Salini* тесту, да би се одређена трансакција сматрала инвестицијом, неопходно је и да буде учињена у складу са законима државе домаћина, као и да буде *bona fides* правни посао, тј. учињена у доброј вери.

Имајући у виду текст саме *ICSID* Конвенције, као и текст извештаја извршних директора који је поднет уз њу, чини се да критике које су упућене *Salini* тесту, попут изостанка неопходности доприноса развоју државе домаћина, оправдане.

## V. Закључак

Нема сумње да су писци *ICSID* Конвенције имали намеру да се странама остави да одлуче да ли се њихов однос сматра инвестицијом или не.

Исто тако, јасно је да су се трибунали у пракси *ICSID* арбитраже налазили у незавидним позицијама када су били суочени са потребом да одлуче да ли нека трансакција представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције. Разлог је то што од њиховог разумевања самог појма инвестиције зависи да ли ће *ICSID* бити надлежан да одлучује о спору у конкретном случају.

Управо из овог разлога је трибунал у случају *Salini* понудио објективне критеријуме за утврђивање појма инвестиције. Иако се о свим критеријумима које предлаже *Salini* тест може дискутовати, са правом су трибунали у многим случајевима критиковали услов доприноса развоју државе домаћина.

Сходно свему наведеном, иако очигледно није адекватан да се дословце примени у свакој ситуацији у којој је неопходно одлучити да ли нека трансакција представља инвестицију, *Salini* тест трибуналима нуди корисна и индикативна упутства тј. путоказе. У складу са тим, чини се да са случај *Salini* није *pro futuro* решио дилему појма инвестиције али му се

---

41 Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15. април 2009. године.

не може оспорити да је, успоставивши објективне критеријуме, трибуналима значајно олакшао одлучивање о томе које правне односе треба сматрати инвестицијама.

**Katarina TOMIĆ,**

**LLM student at the Faculty of Law at the University of Belgrade**

**NOTION OF INVESTMENT IN ICSID ARBITRATION CASE LAW  
– HAS THE SALINI CASE RESOLVED THE DILEMMA?**

**Summary**

*This article deals with one of the conditions for ICSID jurisdiction – that the dispute arises out of the investment. Keeping in mind that ICSID Convention does not define the notion of investment, arbitral tribunals have been facing so far the cases during which it was necessary to decide whether a specific transaction between a company and a state represents an investment or not. There are two approaches: to leave to the parties' disposition to decide whether their relationship should be considered as an investment or to propose objective criteria for determining an investment. The aim of this article is to propose an overview of the approaches that the arbitral tribunals have been taking in different cases, as well as to consider different criteria for determination of an investment used by the tribunals.*

**Key words:** *investment, ICSID, Salini test*

Кристина СТЕВАНОВИЋ<sup>1</sup>

## СРБИЈА И ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРОВИ: ПРОБЛЕМ ТАКОЗВАНИХ „ROUND-TRIPPING“ ИНВЕСТИЦИЈА

### Резиме

Против Републике Србије је пред Центром за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (ICSID) покренуто шест спорова. То указује на значај правилног планирања инвестиционе климе у држави, што укључује и избор врсте инвестиција које се штите. Овај рад се фокусира на проблем такозваног „round-tripping“ инвестирања. БИТ-ови које је Србија закључила до сада се не баве овим инвестицијама, али најскорије искуство државе у спору који се против ње води пред ICSID-ом, показује да је потребно размотрити их у светлу склапања будућих инвестиционих споразума. Рад описује елементе случаја који се пред ICSID-ом води против Србије и кроз постојећу праксу трибунала указује на схватања о решењу проблема „round-tripping“ инвестиција. Тиме се даје теоријска основа за будућа могућа опредељења домаће јавне инвестиционе политике.

**Кључне речи:** решавање инвестиционих спорова, надлежност ICSID-а, „round-tripping“ инвестиције

### І Уводна разматрања: Република Србија и проблем такозваних „round-tripping“ инвестиција

Стандардна пракса у заштити права страних инвеститора постало је покретање спорова против државе пред Међународним центром

---

1 Виши стручни сарадник на Универзитету у Нишу; студент докторских студија на Универзитету у Нишу, Правном факултету у Нишу; e-mail: kandjelic@gmail.com

за решавање инвестиционих спорова (у даљем тексту: *ICSID*).<sup>2</sup> Против Републике Србије је, до сада, покренуто шест спорова пред овим Центром.<sup>3</sup>

Овај рад се фокусира на спор који је компанија *Mera Investment Fund Limited* покренула против Србије<sup>4</sup>. Ради се о компанији са Кипра, која је инвестирала у Републици Србији, а у захтеву за покретање спора истиче да је Србија, током реализације инвестиције прекршила одредбе билатералног споразума о узајамном подстицању и заштити улагања (енг. „*Bilateral Investmet Treaty*“, такође и БИТ) склопљеног између ове две државе. Решавање овог спора је у току. У садашњој фази одвијања процедуре, Трибунал је донео Одлуку о надлежности<sup>5</sup>, по приговору на надлежност који је поднела Република Србија. Један од проблема на који је указала Србија, а којим се бавио Трибунал, је инвестирање у „*round-tripping*“ маниру. Овај феномен се описује као улагање инвеститора из државе одреднице капитала, средстава у њој стечених, кроз правни ентитет који се номинално појављује као страни инвеститор инкорпориран у другој држави. Оваква пракса није непозната међународном инвестиционом праву, међутим, мишљења о томе како треба поступати када се овакво инвестирање јави, су у стручној и академској јавности подељена. Начин на који се третирају „*round-tripping*“ инвестиције није од значаја само за решавање појединачних односа са конкретним инвеститором, већ и за формулисање текстова будућих БИТ-ова, односно опредељивање јавне политике државе у вези са стратегијом привлачења страних инвеститора и креирањем инвестиционе климе.

Овај рад се бави проблемом „*round-tripping*“ инвестирања. Најпре се објашњавају контуре овакве врсте инвестирања кроз опис донете Одлуке о надлежности у случају који се пред *ICSID*-ом води против Србије. Затим се указује на релевантну праксу *ICSID* трибунала, која илуструје подељеност мишљења о томе како овај проблем треба третирати. У раду се, даље, износе теоријске расправе и указује на могућа решења.

---

2 Основан 1965. године Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: *ICSID* Конвенција).

3 Податак доступан на званичној страни *ICSID*-а: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

4 *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* (*ICSID Case No. ARB/17/2*)

5 *Decision on jurisdiction issued 30 november 2018*, доступна на страни: <https://arbitration.org/award/702>

## II Случај *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* и релевантна пракса *ICSID* трибунала: случај *Tokios Tokelès v. Ukraine*

Релевантна литература инвестицију у којој лице из једне државе, капитал који је у њој стекао, користи да би основао компанију у другој држави, која се затим појављује као страни инвеститор у држави из које је власник капитала, описује као „*round-tripping*“.<sup>6</sup> Језичко тумачење *ICSID* Конвенције сугерише да оваква инвестициона пракса није предвиђена као елемент који искључује надлежност Центра. Ипак, у академским расправама могу се идентификовати и супротна мишљења. Питање на које је битно одговорити је, да ли је у случају изостанка изричите забране „*round-tripping*“ инвестирања, могуће наћи правни основ који искључује надлежност *ICSID*-а за решавање спорова који потичу из ове врсте инвестиција.

Наводи из приговора о надлежности које је изнела Србија у случају *Mera investment fund limited v. Republic of Serbia*, указују да се ради о манифестацији управо овог феномена у пракси. Србија је изнела да компанија *Mera investment fund limited*, нема карактер страног инвеститора, као и да се инвестиција коју је учинила у Србији не може сматрати страним улагањем. Ова компанија је у власништву и у потпуности контролисана од стране српског држављанина, затим, створена је и послује капиталом стеченим у Србији. Због тога би, према схватању Србије, заснивање надлежности *ICSID*-а било супротно сврси БИТ-а, као и сврси и циљу *ICSID* Конвенције. Трибунал је у овом случају одлучио у корист сопствене надлежности, истичући да БИТ између Србије и Кипра не садржи изричито искључење заснивања надлежности на основу овакве врсте инвестиција, те да би то било у директној супротности са експлицитно израженим избором држава чланица о томе како желе да дефинишу појам страног инвеститора, односно опсег инвестиција обухваћених БИТ-ом и Конвенцијом.<sup>7</sup>

Ради систематичног приказа ставова о могућим решењима питања надлежности у контексту феномена „*round-tripping*“, овај рад се фокусира на пример из праксе *ICSID* трибунала, конкретно, на опис случаја *Tokios Tokelès v. Ukraine*.<sup>8</sup> У овом случају, спор је покренула компанија

6 Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The international law on foreign investment*, Cambridge university press, 2010, 328.

7 *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*, *Decision on jurisdiction*, para. 169, 170.

8 *Tokios Tokelès v. Ukraine* (*ICSID Case No. ARB/02/18*)

*Tokios Tokelès*, инкорпорирана у Литванији, а поводом инвестиција учињених у Украјини. Украјина је истакла приговор о надлежности у коме је, између осталог, навела да се ради о инвестицији учињеној у „*round-tripping*“ маниру, што базира на чињеници да су власници компаније *Tokios Tokelès*, који уједно и контролишу њено пословање, држављани Украјине. Поред тога, инвестиција коју је учинила компанија *Tokios Tokelès* сачињена је од капитала чије порекло је из Украјине. Имајући то у виду, Украјина је сматрала да ова инвестиција не може бити заштићена ни у окриљу *ICSID* Конвенције, ни у оквиру БИТ-а склопљеног између Литваније и Украјине, јер се не ради о страном улагању, а сврха ових споразума је управо заштита инвестиција са међународним капиталом.<sup>9</sup> Већина чланова Трибунала у овом случају је сматрала да је приговор о надлежности неоснован. Међутим, овај случај је од нарочитог значаја за изучавање схватања о „*round-tripping*“ инвестирању, јер је председник Трибунала, *Prosper Weil*, дао издвојено мишљење. Професор *Weil*, тумачећи исте изворе права, према истим правилима о тумачењу и позивајући се на исто чињенично стање као и већина чланова Трибунала, изнео је супротно мишљење о томе како у овом случају треба решити о надлежности. Већинска одлука у случају *Tokios Tokelès v. Ukraine* је базирана на практично истом схватању које је касније применио Трибунал у случају *Mera investment fund limited v. Republic of Serbia*.

Члан 25. *ICSID* Конвенције прописује да надлежност Центра обухвата сваки правни спор између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар.

Већина чланова Трибунала у случају *Tokios Tokelès v. Ukraine* је нашла да БИТ закључен између Литваније и Украјине на садржи ограничења у смислу посебних услова које инвестиција мора да испуњава да би уживала заштиту предвиђену овим споразумом. Одсуство таквих ограничења се сматра производом намерног избора страна које су уговориле БИТ. Увођење додатног, контролног теста, као што је порекло капитала, било би супротно сврси и циљу закљученог БИТ-а, односно намери уговорних страна.<sup>10</sup> Није у надлежности трибунала да намећу ограничења БИТ-овима која се не могу пронаћи у њиховом тексту. Трибунали не треба да проширују надлежност ван онога што им је додељено међународ-

9 *Tokios Tokelès v. Ukraine, Decision on Jurisdiction*, para. 72.

10 *Ibid.* para.32.

ним инструментима, али исто тако треба да буду доследни задатку да спроводе надлежност у границама у којима им је поверена.<sup>11</sup>

У овом случају, председник Трибунала, *Prosper Weil*, дао је издвојено мишљење, упућујући неслагање и критику изнетих ставова у већинској Одлуци о надлежности. Наиме, *Weil* је изнео став да је требало донети другачију одлуку, на основу тумачења и применом принципијелно другачијег схватања о сврси, циљу и духу *ICSID* Конвенције. Како је *Weil* навео, у питању је филозофија Одлуке о надлежности са којом се не слаже.<sup>12</sup>

Према *Weil*-у, сврха и циљ *ICSID* Конвенције јесте заштита страних инвеститора. Дакле, *ICSID* је арбитражни механизам за решавање међународних инвестиционих спорова, односно спорова између држава и страних инвеститора. Управо због међународног карактера и у циљу стимулације страних приватних инвестиција, спорови који поводом њих настају могу бити решавани пред међународним форумом. Он истиче ово као једну од круцијалних карактеристика *ICSID* система за решавање спорова, па се због тога његова јурисдикција не може установити да би се решавали спорови између државе и домаћих држављана.<sup>13</sup> Специфичан циљ *ICSID* Конвенције треба схватити тако да намеће стриктне обавезе и строга ограничења државама уговорницама и инвеститорима који су држављани других држава уговорница. Уколико се установи надлежност Центра за решавање одређеног инвестиционог спора, тиме се искључује и могућност дипломатске заштите<sup>14</sup> и надлежност домаћих судова.<sup>15</sup> Због тога *ICSID* трибунали треба да буду посебно опрезни приликом одлучивања о сопственој надлежности. Неоправдано проширивање овлашћења *ICSID* трибунала би водило у, такође неоправдано, задирање у могућност дипломатске заштите и надлежност домаћих органа за решавање спорова.<sup>16</sup>

*Weil* се позива на члан 31. Бечке конвенције о уговорном праву, којим је прописано да се међународни споразум мора тумачити према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у споразуму у њиховом контексту и у светлу његовог предмета и циља. Дакле, узимајући у обзир да је неспорно да је циљ *ICSID* Конвенције заштита страних инвеститора,

---

11 *Ibid.* para 36.

12 *Prosper Weil's Dissenting Opinion*, para. 1.

13 *Ibid.* paras. 3, 4, 5.

14 Члан 27. *ICSID* Конвенције

15 Члан 26. *ICSID* Конвенције

16 *P. Weil*, para. 8.



њене одредбе које се тичу заснивања надлежности, као и одредбе БИТ-а, морају бити тумачене у складу са тим циљем. Према томе, намена *ICSID* Конвенције није да штити улагања домаћих инвеститора који капитал каналишу кроз страни ентитет, без обзира да ли је он основан са тим искључивим циљем или не. *Weil* сматра да је погрешно схватање да порекло капитала није битан елемент за одлучивање, већ напротив, да је управо одлучујући за утврђивање да ли инвестиција има међународни карактер, те да ли уопште спада у врсту улагања која потпада под заштиту *ICSID* Конвенције.<sup>17</sup> У конкретном случају је неспорно да се ради о практично украјинској фирми која улаже у Украјини, без обзира што је формално основана у Литванији. И према налазима изнетим у Одлуци већине чланова Трибунала, она је 99% у власништву украјинских држављана, а поред тога је пословање ове фирме под њиховом контролом. Према томе, приликом доношења одлуке, потребно је решити једноставно питање да ли *ICSID* трибунали могу имати надлежност у решавању спора између државе и њених држављана.<sup>18</sup> *Weil* је сматрао да уколико порекло капитала има ефекат да је наизглед страна инвестиција, заправо домаћа, нема основа за одлучивање у корист надлежности *ICSID* трибунала. Чињеница да стране уговорнице могу закључивањем БИТ-а да дефинишу и уреде шта се сматра страним инвеститором, не значи да су слободне да поступају ван граница утврђених *ICSID* Конвенцијом. Такво схватање би допринело осујећењу *ICSID* система у целини, а члан 25. Конвенције би претворило у опциону клаузулу која не обавезује стране у спору.<sup>19</sup>

### III Теоријски ставови о „*round-tripping*“ инвестицијама

Одлука Трибунала у случају који је компанија *Mera investment fund limited* покренула против Србије, у складу је са схватањима мишљења већине чланова Трибунала у случају *Tokios Tokelès v. Ukraine*, а обе ове одлуке чине се конзистентним са досадашњом праксом: у релевантној литератури се може пронаћи мишљење да су приговори пред *ICSID* трибуналима који се тичу недостатка надлежности, врло ретко имали успеха.<sup>20</sup>

---

17 *Ibid.* paras. 19, 20.

18 *Ibid.* para. 21.

19 *P. Weil*, para. 28.

20 Michael W. Tupman, "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *International and comparative law quarterly* 35, no. 04, 1986, 835.

*Weil* се у издвојеном мишљењу позива на ставове које износи *Christoph Schreuer* у Коментару *ICSID* Конвенције,<sup>21</sup> према којима су услови за заснивање надлежности Центра делом уређени Конвенцијом, а делом су стављени у диспозицију страна уговорница и оне их могу одредити приликом формулисања пристанка на ову надлежност. Ову јединствену везу коју *ICSID* Конвенција успоставља између објективне и консенсуалне природе услова за заснивање надлежности, би, према *Schreuer*-у било погрешно схватити као потпуну слободу уређивања врсте спорова које стране желе да поднесу на решавање *ICSID* трибуналима. *ICSID* Конвенција поставља крајње границе надлежности овог Центра које не могу бити предмет погодбе страна. Поред тога што су опредељене природом спора као и одређењем ко може бити страна у спору, надлежност се мора установити у складу са циљем и сврхом Конвенције.<sup>22</sup> Основна идеја Конвенције је да пружи механизам за решавање спорова између држава и држављана других држава чланица. Решавање спорова између државе и њених држављана је ствар националних судова.<sup>23</sup> Ипак, када коментарише конкретан проблем порекла инвестиције, *Schreuer* истиче да је приликом сачињавања текста Конвенције, било идеја да је, ради задовољења њеног крајњег циља, националност инвестиције, гледано кроз порекло капитала, од већег значаја од националности страног инвеститора. Таква идеја је заступала мишљење да је крајњи циљ подстрекавање међународног тока капитала. Према томе, уколико нема уноса свежег капитала из иностранства у земљу одредницу инвестиције, не може се сматрати да се ради о страниј инвестицији, која би била довољан услов за заснивање надлежности овог Центра. Ипак, ова идеја није унета у коначни, усвојени текст Конвенције.<sup>24</sup> Државе чланице могу, приликом закључивања БИТ-ова да ближе уреде шта се све може сматрати страном инвестицијом која ће уживати заштиту пред *ICSID*-ом. Међутим, уколико у текст БИТ-а није унета одредба којом се поставља услов у погледу порекла капитала, онда трибунали не могу одбити надлежност за решавање спора изнетог пред овај Центар позивајући се на такав критеријум.<sup>25</sup>

Кроз описане ставове *Schreuer-a*, могу се пратити разлике у мишљењима већине чланова Трибунала у случају *Tokios Tokelès v. Ukrai-*

---

21 Christoph H. Schreuer, "The ICSID Convention: a commentary", Cambridge University Press, 2009.

22 *Ibid.* str. 82, 83.

23 *Ibid.* str. 158.

24 *Ibid.* str. 136.

25 *Ibid.* str. 136, 137.

не и оног које је дао *Weil*. Оне се могу објаснити и кроз другачији начин примене члана 31. Бечке конвенције о уговорном праву. Већина чланова Трибунала сматра да је за тумачење *ICSID* Конвенције и БИТ-а од највећег значаја уобичајен смисао који се мора дати изразима у међународном споразуму, па се у његов текст не могу субјективном интерпретацијом уносити одредбе које у тексту не постоје (у конкретном случају порекло капитала као услов за заснивање надлежности *ICSID*-а). Са друге стране, *Weil* заступа становиште према коме се превага мора дати тумачењу израза употребљених у међународном споразуму у светлу његовог предмета и циља, што је конзистентно са схватањем да стране уговорнице немају пуну слободу у креирању услова за заснивање надлежности *ICSID*-а, већ је она ограничена циљем *ICSID* Конвенције. У релевантној литератури се могу пронаћи подељена мишљења о томе да ли је у случају *Tokios Tokelés v. Ukraine* било исправније мишљење већине чланова Трибунала, или оно које је дао *Weil*.

У критици мишљења које је дао *Weil* се истиче да његови закључци захтевају инкорпорирање додатних услова у текст БИТ-а, које нису унеле стране уговорнице. Овакво допуњавање текста од стране члана трибунала је супротно члану 31. Бечке конвенције о уговорном праву. Поред тога, њиме се нарушава дискреционо право страна да изричитим изјавама воље стипулисаним у БИТ-у, утврде шта се може сматрати страним инвеститором, односно инвестицијом. Даље, критика издвојеног мишљења која даје *Weil* указује да међународно право не захтева материјалну везу између инвеститора и државе националности, па према томе чланови трибунала не би требало да намећу сопствене субјективне дефиниције услова који треба да буду испуњени.<sup>26</sup>

У даљим критикама мишљења које је изнео *Weil* нуди се другачије тумачење циља и сврхе *ICSID* Конвенције. Наиме, како се наводи, слободна трговина подржава и кретање капитала. *ICSID* Конвенција се посматра као инструмент у служби таквог међународног економског окружења. Конкретно, истиче се да ова Конвенција креира флексибилан систем са могућношћу прилагођавања променљивим околностима, као што је повећана покретљивост капитала. Мишљење које даје *Weil* се фокусира на чињеницу да је капитал исте националности као и држава против које је покренут спор. Критика истиче да је од 1965. године, када је креирана *ICSID* Конвенција, страни капитал постао у тој мери покре-

---

26 Manuel Casas, "Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement", *NYU Int'l L. & Pol.*, 49, 2016, 110.

тљив ван граница једне државе, да би разматрање његове националности, односно порекла, у данашње време био производ вештачких настојања. Мишљење које је дао *Weil* се посматра као спречавање прогреса *ICSID* Конвенције, везујући њен дух за времена која су прошла и не одговарају стварности у којој егзистира. Према овој критици, таква нефлексибилност је заправо претња будућности *ICSID*-у, а не прагматични приступ који илуструје већина чланова Трибунала.<sup>27</sup>

Насупрот изнетим критикама, има мишљења која оправдавају тумачење *Weil*-а. Члан 32. Бечке конвенције о уговорном праву прописује да се може позивати на допунска средства тумачења, нарочито када тумачење дато према члану 31. доводи до резултата који је очигледно апсурдан или неразуман. Овај стандард неразумног исхода може оправдати начин на који је *Weil* истражио испуњавање сврхе и циља *ICSID* Конвенције. Другим речима, сврха *ICSID*-а је да промовише међународни ток капитала, па је неразумно тумачити њене одредбе на начин који омогућава заштиту домаћих инвеститора у спору против државе порекла капитала.<sup>28</sup>

Спроведена анализа показује да нема консензуса око начина на који треба третирати инвестиције учињене у „*round-tripping*“ маниру на садашњем степену развоја међународног инвестиционог права. У суштини, опредељење конкретног арбитра који има обавезу да се бави овим проблемом, речено на начин који истиче *Weil* – зависи од филозофије која лежи у подлози донете одлуке.

Има аутора који сматрају да је решење „*round-tripping*“ проблема на линији решења приватно-правне и јавно-правне парадигме у области међународног инвестиционог права. Одлука коју је донела већина чланова трибунала у случају *Tokios Tokelès v. Ukraine*, као и одлука која је донета у случају *Mera investment fund limited v. Republic of Serbia*, илуструју концепт који је базиран на приватно-правним елементима. Посматрајући са овог аспекта, „*round-tripping*“ се може сматрати прихватљивим, уколико овакву врсту инвестирања стране нису изричито искључиле БИТ-ом. На тај начин, сматра се, поштује се воља страна, која је изражена у тексту овог споразума, а одлуке се не базирају на субјективном виђењу намере страна и циља споразума, ван

---

27 Robert Wisner, Nick Gallus, "Nationality Requirements in Investor-State Arbitration", *J. World Investment & Trade*, 5, 2004, 943, 944.

28 Omar E. García-Bolívar, "Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID's Reach", *Trade L. & Dev.*, 2, 2010, 166.

оних стипулисаних у међудржавном документу. Са друге стране, уколико се анализа базира на јавно-правним елементима овог проблема, оправдана су тумачења која се супротстављају оваквој врсти инвестирања. Ово виђење се заснива на премиси да „*round-tripping*“ омогућава злоупотребе, које се не могу посматрати као врста инвестиција којима *ICSID* Конвенција треба да пружи заштиту. Поред тога, оне ангажују питања од јавног интереса за државе (као што су: могућа утаја пореза, корупција, нарушавање конкуренције између привредних субјеката, неосновани приступ страним трибуналима ради наплате милионских компензација позивањем на стандарде БИТ-а, који инвеститорима не би били доступни у оквиру националних законодавства). У том случају се државама мора признати извесна доза слободе да уреде начин на који ће водити јавну политику и штитити национални економски систем. Иако још увек нема нормативе која изричито предвиђа да се „*round-tripping*“ сматра незаконитим понашањем инвеститора, погледи који се заснивају на јавно-правним елементима овог проблема, заговарају механизме који могу штитити државе од сучељавања са споровима који проистичу из оваквих инвестиција.<sup>29</sup>

#### IV Закључак

На тренутном степену развоја међународног инвестиционог права, питање надлежности *ICSID*-а у случају „*round-tripping*“ инвестиција зависи од концепта који обликује начин на који члан трибунала тумачи и схвата међународне изворе права. Уколико се схватање улоге страног капитала и његовог значаја за државе удаљи од класичних схватања која су доминирала у време креирања *ICSID* Конвенције, затим узму у обзир питања која су од јавног значаја за државу страну у спору, може се очекивати тумачење које у обзир узима све релевантне елементе који једну инвестицију опредељују као суштински међународну. Критеријум економске реалности инвестиције ће у том случају имати превагу над формалистичким језичким тумачењем услова надлежности садржаних у *ICSID* Конвенцији, односно БИТ-у. Уколико се одлука базира на приватно-правном концепту међународног инвестиционог права и механизма за решавање инвестиционих спорова који почивају на начелу *pacta sunt servanda*, пратиће тренд експанзионистичке интерпретације надлежности, кроз формалистичко тумачење језика употребљеног у БИТ-у.

29 Више о овоме видети у: Delphine Nougayrède, "Yukos, Investment Round-Tripping, and the Evolving Public/Private Paradigms", *ARIA*, Vol 26 Nr. 3, 2015.

Јавно-правна парадигма повлашћује улогу државе и јавног интереса. Кроз решавање конкретног спора дозвољава бављење питањима од јавног значаја и утицај ширег корпуса норми, који подразумева сагледавање и неинвестиционих питања у која задире конкретни спор. Базирање одлука на јавно-правној парадигми наглашава улогу трибунала у тумачењу релевантних правних извора и одређивању правилног баланса у односу снага о чијим правима и интересима решава. Приватно-правна парадигма се фокусира на стране у спору и настоји да сузи и приватизује концепцију спора који је изнет на решавање.<sup>30</sup> Кроз избор одговарајуће парадигме која треба да обликује донете одлуке, индиректно се врши избор између два супротстављена концепта: државног суверенитета (енг. „*state sovereignty*“) насупрот корпорацијском суверенитету (енг. „*corporate sovereignty*“).<sup>31</sup> У крајњем, чини се умесним навођење поређења међународног инвестиционог права са клатном које осцилује између два супротна пола. Којем ће се више приближити зависи од утицаја друштвених сила које обликују схватања међународне економске заједнице. Задатак права је да нађе адекватна решења која ће у највећој мери одговорити тим схватањима.<sup>32</sup>

Државе имају могућност да у БИТ-ове унесу одредбе којима се на изричит начин искључује могућност „*round-tripping*“ инвестирања. Иако се код појединих држава полако јавља оваква пракса, како се наводи, ово не резултира из теоријско-идеолошких опредељења, односно из неке нове „космополитске моралности“, већ из промењених образаца кретања капитала, услед којих су и развијене државе на удару покренутих спорова од стране инвеститора.<sup>33</sup> У одсуству изричитих ограничења, не може се сматрати да на садашњем степену развоја постоји консензус о ограничавању надлежности у случају „*round-tripping*“ инвестирања. Због тога је нужно да се још приликом закључивања инвестиционих споразума државе јасно определе за врсту инвестиција које желе да штите у оквиру националне инвестиционе климе.

---

30 Anthea Roberts, "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system", *American journal of international law* 107, no. 1, 2013, 78.

31 Wenhua Shan, "From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law", *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 27, 2006, 662.

32 Francesco Montanaro, "The persistent dissenter in international law: reading Professor Sornarajah", *Indian Journal of International Law* 56, no. 3-4, 2016, 352.

33 R. Wisner, N. Gallus, 377.

*Kristina STEVANOVIĆ*

## SERBIA AND INVESTMENT DISPUTES: THE PROBLEM OF THE "ROUND-TRIPPING" INVESTMENTS

### *Abstract*

*Six disputes were initiated against the Republic of Serbia before the Center for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID). This indicates the importance of the proper planning of the investment climate in the country, which includes the choice of investments that are being protected. This paper focuses on the problem of so-called "round-tripping" investments. The BITs concluded by Serbia so far do not deal with these investments, but the most recent experience of the State in the dispute before ICSID indicates that it is necessary to consider them in the light of the conclusion of future investment agreements. The paper describes the ongoing case against Serbia, and through analysis of the relevant ICSID practice points to the possible solutions to the "round-tripping" investments problem. The paper aims to set a theoretical basis for prospective future defining of the domestic public investment policy.*

**Key words:** *resolution of investment disputes, jurisdiction of ICSID, "round-tripping" investments.*

Др Вук РАДОВИЋ, LL.M. (University of Pittsburgh)\*

## ПРАВНА АНАЛИЗА ПОСЛЕДЊИХ ИЗМЕНА ЗАКОНА О СТЕЧАЈУ – корак напред, два корака уназад\*\*

### Резиме

Крајем 2018. године усвојене су четврте измене Закона о стечају. Садржински оне се везују за пет стечајноправних тема: 1) могућност остваривања директне комуникације између поверилаца и стечајног управника; 2) право повериоца предлагача да предложи стечајног управника; 3) давање већих овлашћења скупштини поверилаца у поступку контроле именованог стечајног управника; 4) прецизирање критеријума за одређивање висине предујма трошкова; и 5) проширење круга активно легитимисаних лица за подношење плана реорганизације. У овом раду аутор критички анализира све ове промене и закључује да су нововедене одредбе, највећим делом, нејасне, непрецизне и недоречене, те да у пракси могу створити правну неизвесност. Како би се ово заобишло, аутор је предложио на који начин треба правилно тумачити спорна питања.

**Кључне речи:** стечајни поверилац, разлучни поверилац, именовање стечајног управника, скупштина поверилаца, право на информисање, предујам трошкова.

### I Права поверилаца у фокусу последњих измена стечајних прописа Србије

Стечајно право је смишљено првенствено са идејом заштите поверилаца стечајног дужника. Овим се не жели рећи да су интереси других лица занемарени или да су у другом плану, већ само да је фокус стечајне регулативе увек био на повериоцима. Од усвајања Закона о стечају 2009.

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2019), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.



године<sup>1</sup> константно се врши преиспитивање степена остварене заштите поверилаца дужника у стечајном поступку. До сада је овај закон претрпео четири промене, и то 2014., 2017. и две измене 2018. године.<sup>2</sup> Промене које су се десиле 2014. и 2017. су биле екстензивне, док су промене извршене 2018. године биле неупоредиво мање обимне. Изменама из 2014. године је промењено чак 62 члана постојећег закона, а додато четири нова члана. У фокусу ових промена није било унапређење правног положаја поверилаца стечајног дужника, већ генерално унапређење стечајноправног оквира, отклањањем недостатака који су уочени у почетним годинама примене Закона о стечају.<sup>3</sup> Наредне три измене спадају у категорију тзв. фокусираних измена, јер свака од тих промена била усмерена ка одређеном циљу који покушава да достигне. Измене из 2017. године садрже чак 67 чланова. Њима је измењено, допуњено или у целости промењено 56 постојећих чланова, а уведено је 16 нових чланова (чл. 38а, 38б, 53а, 93а, 93б, 93в, 93г, 133а, 136а, 136б, 136в, 136г, 159а, 159б, 164а, 165а). Овим променама је унапређен правни положај различитих поверилаца у стечајном поступку, тако што су им гарантована нова права у поступку уновчења (на пример, право надметања вредношћу обезбеђеног потраживања или право да му се понуди ствар на продају),<sup>4</sup> у поступку избора чланова одбора поверилаца (различни повериоци бирају једног члана одбора поверилаца из својих редова),<sup>5</sup> и поступку реорганизације.<sup>6</sup> Измене из јуна 2018. године су биле индуковане усвајањем Закона о финансијском обезбеђењу, те суштински представљају целину са тим законом. Њима су уведена три нова члана (чл. 14а, 50а, 20ба), а промењено осам.

Последње измене Закона о стечају су усвојене у децембру 2018. године. У званичном образложењу предложених измена је наведено да је њихов циљ унапређење позиције Републике Србије на тзв. *Doing Business* листи Светске банке.<sup>7</sup> Према подацима за 2018. годину, Србија се на

---

1 Закон о стечају – ЗоС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

2 *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

3 Више вид.: Вук Радовић, *Стечајно право – књига прва (увод у стечајно право, основни појмови стечајног права, стечајни поступак, правне последице отварања стечајног поступка)*, 2. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, 119-120.

4 Више вид.: В. Радовић (2018а), 556-561.

5 Више вид.: В. Радовић (2018а), 330-331, 334-335.

6 Више вид.: Вук Радовић, *Стечајно право – књига друга (побијање правних радњи стечајног дужника, реорганизација, међународни стечај, стечај повезаних друштава)*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2018, 240-241, 289-290.

7 Образложење измена ЗоС 2018, 3 и 5.

тој листи налази на 49. месту када је реч о материји стечаја.<sup>8</sup> Према релевантним параметрима, на основу којих се врши рангирање, просечна дужина трајања стечајног поступка код нас је две године, висина трошкова стечајног поступка је 20%, док је проценат намирења 34%.<sup>9</sup> Намера да се побољша ранг Србије на овој листи је легитиман и има оправдања у стварању повољније климе за привлачење страних инвеститора. Међутим, оно што помало зачуђује је да законодавац то наводи као основни разлог за измене стечајног прописа. На овом месту ће бити занемарена бројна ограничења, па чак и непоузданост података који се наводе у *Doing Business* листи Светске банке. За једну озбиљну државу никада разлог измена одређеног прописа не сме да буде боље рангирање на некој листи, без обзира колико је она поуздана и релевантна. Законодавац увек треба да тежи суштинским променама и унапређењу стечајног оквира, који ће за последицу имати боље стечајне параметре (на пример, скраћивање стечајних поступака или снижавање трошкова). У којој мери ће то утицати на позиционирање Србије на светски познатим ранг листама је често ван нашег домашаја. Лако се може десити да неко стечајно законодавство буде високо рангирано на *Doing Business* листи Светске банке, а да су при том реални стечајни показатељи далеко од очекиваног, и *vice versa*. Србији мора бити важније реално стање ствари, а не формални показатељи на неким светским листама.

Садржински је последњим изменама законодавац извршио пет промена: 1) омогућио је директну комуникацију између поверилаца и стечајног управника, и то тако што је повериоцима гарантовао посебно право на информисање; 2) повериоци су добили право да на почетку стечајног поступку утичу на избор стечајног управника; 3) дата су већа овлашћења скупштини поверилаца у поступку контроле именованог стечајног управника; 4) ближе су прецизирани критеријуми за одређивање висине предужја; 5) проширен је круг активно легитимисаних лица за подношење плана реорганизације. У даљем тексту биће више речи о сваком од ових измена.

---

8 Испред Србије се налазе Словенија (9), Македонија (30), Босна и Херцеговина (38), Албанија (39) и Црна Гора (43), док је непосредно иза нас Косово (50), а мало касније и Хрватска (59). Доступно на: <http://www.doingbusiness.org/en/rankings> (18.1.2019).

9 Поређења ради, подаци за Црну Гору су далеко повољнији, јер је просечна дужина трајања стечајног поступка 1,4 године, висина трошкова свега 8%, док је проценат намирења чак 49,3%.

## II Право поверилаца на информисање

У отвореном стечајном поступку, повериоци се информишу на различите начини о релевантним питањима везаним за стечајни поступак и стечајног дужника. Информисање поверилаца се може класификовати према следећим критеријумима. Прво, према дужнику обавезе, разликујемо информисање поверилаца које терети стечајног судију од оног које терети стечајног управника. Друго, зависно од тога коме се информације пружају, може се говорити о информисању јавности, што посредно укључује и повериоци, и информисању одређених поверилаца. Треће, према критеријуму потребе постојања захтева за информисањем, прави се разлика између информисања поверилаца без захтева, на основу самог закона, и информисања поверилаца након подношења одговарајућег захтева. Другим речима, код овог критеријума се поставља питање да ли обавезу пружања информација треба са иницира поверилац или она постоји већ на основу чињенице да су испуњене објективне претпоставке (на пример, доношење одговарајућег решења).

У пракси примене Закона о стечају је примећено да информациони канал на релацији стечајни управник – повериоци није на задовољавајући начин уређен и да је недовољно искоришћен. У сфери рада и утицаја стечајног управника се налазе бројне информације које могу бити од значаја повериоцима за остваривање њихових права и заштиту интереса у отвореном стечајном поступку. Законом о стечају повериоцима није дато право да од стечајног управника добију све стечајно релевантне информације које затраже. Изузетак у том погледу представља одредба према којој у случају да предлагач плана реорганизације није стечајни управник, управник има обавезу да предлагачу пружи податке о имовини и обавезама стечајног дужника, као и све друге податке од значаја за припрему плана реорганизације.<sup>10</sup>

Последњим изменама Закона о стечају је уведена нова одредба према којој „сви повериоци имају право да траже и да од стечајног управника благовремено добију све информације које се односе на стечајног дужника, на ток стечајног поступка и на имовину и управљање имовином стечајног дужника“.<sup>11</sup> Шест је основних елемената овог права поверилаца: 1) имаоци права на информисање, 2) дужник обавезе пружања информација, 3) предмет информисања, 4) форма и садржај захтева,

---

10 ЗоС, чл. 161(2).

11 ЗоС, чл. 10(2).

5) рок за извршење ове обавезе и 6) санкције. Неки од њих су законом уређени, док су други остали потпуно непокривени.

1) *Имаоци права на информисање*. Имаоци права на информисање су дефинисани као „сви повериоци“. Ову синтагму не треба схватити тако да сви повериоци стечајног дужника заједнички морају поднети захтев, јер би такво буквално језичко тумачење било несврсисходно и противно смислу и циљу ове одредбе. Због тога синтагму „сви повериоци“ треба размести као „сваки поверилац“ стечајног дужника.<sup>12</sup>

Већи проблем представља тумачење појма „повериоци“, тј. шта је законодавац подразумевао под овим појмом. Стечајно право разликује пет врста поверилаца (стечајне, разлучне, заложне, излучне и повериоце стечајне масе), који се међу собом разликују по својим карактеристикама, правном положају и интересима које имају.<sup>13</sup> Давањем права на информисање свим наведеним врстама поверилаца би било сувишно. Због тога из круга ималаца права на информисање треба искључити повериоце стечајне масе, излучне и заложне повериоце. Када законодавац даје права некој од ових категорија поверилаца, он изричито наводи врсту поверилаца, а не користи генерички термин „повериоци“. Имајући у виду логику овог права, излучним и заложним повериоцима би *pro futuro* требало дозволити да остварују ово право, али само у односу на предмет излучног захтева (излучни повериоци), односно предмет средства обезбеђења (заложни повериоци). Тако би, примера ради, излучни поверилац могу да тражи информације о стању у коме се налази ствар коју је стечајном дужнику дао у послугу или податке о лицу коме је дужник пре или после отварања стечајног поступка продао његову ствар.

Закон о стечају термин повериоци користи или за означавање само стечајних поверилаца (уже тумачење) или и стечајних и разлучних поверилаца (шире тумачење). Које тумачење ће се заступати зависи од сврхе тог института, односно права, те у којој мери се оно може уклопити у логику правног положаја разлучних поверилаца. Тако, примера ради, када законодавац говори о повериоцима који имају обавезу пријаве потраживања, он мисли на обе категорије поверилаца,<sup>14</sup> док када повериоцима даје право да побијају правне радње стечајног дужника, овај појам

12 Упор.: Образложење измена ЗоС 2018, 14.

13 Више о пет врста поверилаца у стечају вид.: В. Радовић (2018а), 164-263.

14 О разлозима више вид.: В. Радовић (2018а), 468.

пракса везује само за стечајне повериоце.<sup>15</sup> Имајући у виду да интерес за информисањем могу имати обе категорије поверилаца, требало би прихватити шире тумачење.<sup>16</sup>

2) *Дужник обавезе пружања информација*. Обавеза давања информација терети стечајног управника. Ово право се остварује на релацији поверилац – стечајни управник. Имајући у виду број поверилаца и опсег информација које се могу захтевати, утисак је да је ово право преамбициозно постављено. Стечајни управник има разноврсне и веома компликоване обавезе, које би требало да извршава у што је могуће краћем року.<sup>17</sup> Обавезивањем да сваком повериоцу пружи захтеване информације није у складу са принципом ефикасности спровођења стечајног поступка.

3) *Предмет информисања*. Повериоци од стечајног управника могу да захтевају информације које се односе на: а) стечајног дужника, б) ток стечајног поступка, в) имовину стечајног дужника и г) управљање имовином стечајног дужника. Очигледно је да је законодавац намеравао да овако широком конструкцијом обухвати све информације које могу бити од значаја повериоцима, а које они могу користити у циљу заштите својих права у отвореном стечајном поступку (тзв. стечајно релевантне информације). На овај начин су потенцијално креирана два проблема: прво, од повериоца се не тражи да доказује правни интерес за добијањем одређене информације, што значи да ово право креира велики потенцијал за злоупотребе, и друго, неке информације које повериоци могу да захтевају су више у домену стечајног судије него стечајног управника (на пример, информације о току стечајног поступка). Имајући у виду наведено, требало би предмет информисања ограничити само на информације које посредно или непосредно могу бити релевантне повериоцу, као и да се налазе у домену рада стечајног управника.

Од стечајног управника се могу тражити само оне информације које се налазе у поседу стечајног дужника и до којих стечајни управник може релативно лако да дође. Тако се, примера ради, не може од стечајног управника очекивати да сачињава финансијске анализе које повери-

---

15 Јован Гуцуња, *Правно регулисање поверилачко-дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада*, докторска дисертација, Нови Сад, 1980, 356; Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месон, Београд, 2006, 383; Милена Јовановић Zatilla, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, 108; В. Радовић (20186), 156.

16 Супротно вид.: Образложење измена ЗоС 2018, 14.

17 Више о дужностима стечајног управника вид.: В. Радовић (2018а), 289-296.

лац захтева, али би био у обавези да покаже повериоцу анализу коју је дужник раније сачинио.

4) *Форма и садржај захтева.* Форма и садржај захтева за информисањем законом нису уређени. Имајући у виду стечајно начело наглашене писмености, као и олакшано доказивање, захтев би требало да буде сачињен у писменој форми. Међутим, нема препрека да стечајни управник да информације повериоцу и на основу усменог захтева.

Захтев би требало да садржи три елемента: 1) идентификацију подносиоца захтева, на основу које би произлазило да је реч о повериоцу стечајног дужника, 2) прецизирање информације која се захтева и 3) навођење разлога због којих поверилац захтева одређену информацију, како би се утврдило да ли повериоцу та информација треба ради остваривања одређених права у стечајном поступку (на пример, повериоцу су потребне одређене информације како би могао да поднесе план реорганизације или да поднесе тужбу за побијање правних радњу стечајног дужника), односно заштите његових интереса (на пример, одређене информације се траже у циљу остваривања контроле над радом стечајног управника). Ако право на информисање не би било ограничено на овај начин могло би се замислити да одређени поверилац, иначе конкурент стечајног дужника, захтева да добије неке информације у вези са стечајним дужником само ради остваривања одређених погодности на тржишту, а које немају никакве везе са остваривањем права у стечајном поступку.

У вези са бројем информација које се могу захтевати, не постоје никаква законска правила. Теоријски би повериоци могли да затрпавају стечајног управника оваквим захтевима, те да га на тај начин одвраћају од основних дужности које га терете. У овом погледу једино ограничење представља општи принцип забрана злоупотребе права.

5) *Рок за извршење обавезе.* Стечајни управник је у обавези да тражене информације благовремено да повериоцу који је поднео захтев. Очигледно је да је законодавац речју „благовремено“ намеравао да обухвати разноврсне ситуације, јер информације које се траже могу бити различитог степена сложености и доступности. Такође, благовременост треба ценити и из угла разлога због којих се информације траже. Примера ради, претпоставимо да је поверилац тражио неку информацију у вези са одређеним правним послом стечајног дужника, како би на испитном рочишту евентуално оспорио потраживање повериоца из тог посла, наравно, под претпоставком да то не учини стечајни управник. Ако би стечајни управник ову информацију дао након или уочи испитног рочи-

шта, поверилац више нема интереса за добијањем такве информације. Може се закључити да овако флуидно дефинисаним стандардом, законско право поверилаца на информисање може бити обесмишљено и у пракси неупотребљиво.

б) *Санкције*. Посебно осетљиво питање је каква права има поверилац у случају да благовремено не добије тражене информације од стечајног управника. Нажалост, српско право у овом погледу нема никаквих посебних правила. Поверилац би могао да упути примедбу стечајном судији, очекујући да ће овај да наложи стечајном управнику да изврши своју обавезу. Друга опција би била да преко одбора поверилаца покуша да издејствује разрешење именованог стечајног управника. Но, ове потенцијалне санкције нису у тој мери ефикасне да би се могло говорити о томе да стечајни управници имају посебан подстицај да извршавају обавезе пружања информација повериоцима који су то захтевали.

Новоуведено право поверилаца стечајног дужника се у пракси може показати као веома проблематично. Злоупотребе се могу очекивати како од стране поверилаца, тако и од стране стечајног управника. Разлог за оваква „злослутна очекивања“ је неадекватан законски текст, који је бројна питања оставио неуређеним, а у материји која је регулисана су коришћени неодређени и апстрактни термини који могу имати различита значења. Ова одредба је пример како се добра намера законодавца може извитоперити лошом номотехником, те потенцијало претворити у своју супротност. Но, треба напоменути да правилно тумачење и адекватна примена могу отклонити недоумице и довести до тога да норма испуни сврху свог постојања.

### **III Јачање утицаја поверилаца на именовање стечајног управника**

У стечајном праву је увек отворено и контроверзно питање какав утицај треба да имају повериоци на именовање стечајног управника. Ако се занемаре екстреми,<sup>18</sup> који никада нису најпожељнији, стечајно право треба да пронађе праву меру утицаја поверилаца на именовање стечајног управника.

---

18 Под екстремима треба подразумевати ситуације да повериоци немају никаква права у поступку именовања стечајног управника и да су повериоци једини надлежни да именују стечајног управника.

Српско стечајно право примењује концепт судског именовања, јер стечајног управника именује стечајни судија решењем о отварању стечајног поступка. Закон о стечају је тако иницијално право на именовање стечајног управника ставио у искључиву надлежност стечајног судије, док је повериоцима омогућио да накнадно, преко одбора поверилаца, разреше судски именованог управника и да именују новог. Стечајни судија у том погледу нема готово никакву слободу, јер се именовање стечајног управника врши методом случајног одабира, а законом су предвиђена два изузетка од овог принципа. Први изузетак се односи на ситуацију када је у претходном стечајном поступку именован привремени стечајни управник, а претходни стечајни поступак се оконча отварањем стечајног поступка. Тада стечајни судија може да именује привременог стечајног управника за стечајног управника без примене метода случајног одабира. Стечајни судија у овом случају има слободу да одлучи да ли ће привремени стечајни управник постати стечајни управник или ће стечајног управника бирати методом случајног одабира.<sup>19</sup> Други изузетак се односи на законски одређене стечајне управнике, јер у тим случајевима стечајни судија мора да именује организацију прописану законом, а то су Агенција за лиценцирање стечајних управника или Агенција за осигурање депозита.<sup>20</sup>

Из приказаних правила се невосмислено изводи закључак да повериоцима није дата могућност да утичу на одлуку стечајног судије о именовању стечајног управника у моменту отварања стечајног поступка, већ само накнадно. Што се тиче накнадног утицаја, он се своди само на иницијативу одбора повериоца, што значи да немају сви повериоци могућност да накнадно утичу на ову одлуку, већ само они који су именовани у одбор поверилаца. Последње измене су покушале да отклоне или барем ублаже ове проблеме, тако што су повериоцима дата два нова права.

### **1. Право повериоца да предложи стечајног управника**

Прво новоуведено правило се односи на могућност повериоца, који је поднео предлог за покретање стечајног поступка, да у истом акту предложи и именовање стечајног управника са листе активних стечајних управника са подручја надлежног суда.<sup>21</sup> Предлог за именовање стечајног

---

19 Упор.: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2015, 210-211.

20 Више о именовању стечајног управника до последњих законских измена вид.: В. Радовић (2018а), 279-289.

21 ЗоС, чл. 56(3).



управника је право повериоца предлагача, а не и његова обавеза. Отуда, овај елемент спада у категорију факултативних елемената предлога за покретање стечајног поступка.

Право повериоца да предложи именовање одређеног стечајног управника је троструко ограничено:

- прво, ово право може да користи само поверилац који је поднео предлог за покретање стечајног поступка – право да утичу на именовање стечајног управника није право сваког повериоца, већ само оног који је иницирао стечајни поступак;
- друго, предлог за именовање стечајног управника мора бити саставни део предлога за покретање стечајног поступка – предлагач који је изоставио овај елемент, не може накнадно да учини овакав предлог;
- треће, за стечајног управника се може предложити лице са листе активних стечајних управника са подручја надлежног суда – круг лица које поверилац може да предложи за стечајног управника је исти као и круг лица који долазе у обзир приликом примене метода случајног одабира.

Након подношења предлога, стечајни судија, изузетно од примене метода случајног одабира, „приликом избора стечајног управника разматра и предлог повериоца за именовање стечајног управника, уколико је стечајни управник покренут на предлог повериоца и уколико садржи предлог за именовање стечајног управника“.<sup>22</sup> Ова одредба је недоречена када је реч о два изузетно значајна питања у вези са овим начином именовања стечајног управника. Прво, употребљена реч „изузетно“ у законском тексту наглашава да је овај начин именовања стечајног управника изузетак у односу на опште правило – метод случајног одабира. Међутим, оно што је нејасно је на основу којих параметара стечајни судија доноси одлуку да заобиђе опште правило и примени изузетак. На овом месту се треба подсетити решења које смо имали у изворном тексту Закона о стечају, а према коме је стечајни судија изузетно могао да изабере стечајног управника са листе активних стечајних управника за територију Републике Србије ако делатност стечајног дужника, сложеност случаја или потреба за специфичним искуством стечајног управника то захтева.<sup>23</sup> Ово право стечајног судије је било вишеструко ограничено. Међутим, и поред тога, у пракси се изузетак почео широко примењивати, због чега је

---

22 ЗоС, чл. 20(3).

23 ЗоС, раније важећи чл. 20(3).

и укинут изменама Закона о стечају из 2014. године. Имајући у виду ово негативно искуство, помало изненађује да смо опет упали у сличну замку. Ако је одредба која је била веома лимитирајућа индуковала лошу праксу именовања стечајних управника, оправдано се поставља питање каква је судбина новоуведене одредба, која за разлику од претходне не садржи никаква ограничења. Заправо, једино ограничење је реч „изузетно“.

Други проблем ове одредбе се односи на то да стечајни судија приликом избора стечајног управника „разматра и предлог повериоца“. Ова законска конструкција би била потпуно прихватљива када би српско стечајно право примењивало метод слободног избора стечајног управника, јер би тада стечајни судија имао слободу да врши избор између свих лица које испуњавају услове за стечајног управника, те би у том смислу и разматрање предлога повериоца било прихватљиво. Међутим, у систему који смо прихватили, према коме се избор врши применом посебно дизајнираног рачунарског алгорита, „разматрање и предлога повериоца“ делује као страног тело. Чак и сама речца „и“ наводи на помисао да судија поред нечега води рачуна и о предлогу повериоца. Међутим, судија по аутоматизму примењује метод случајног одабира, те је разматрање и предлога повериоца такоређи немогуће. Очигледно је да је законодавац пропустио много тога да нам напише како бисмо правилно схватили и применили ову одредбу.

Из наведеног је јасно да стечајни судија у случају постојања предлога повериоца за именовање стечајног управника има две опције: да примени метод случајног одабира, што мора да буде правило, или да разматра предлог повериоца за именовање стечајног управника, што би требало примењивати само у оправданим случајевима. Ако је у претходном стечајном поступку био именован привремено стечајни управник, стечајни судија има и трећу опцију – да за стечајног управника именује привременог стечајног управника.

Пракса би требало да заузме неколико ставова у вези са правом повериоца да предложи стечајног управника. Прво, чини се оправданим да стечајни судија треба да разматра само онај предлог повериоца који је образложен. Било би бесмислено очекивати да се стечајни судија бави предлогом повериоца да се именује одређени стечајни управник, а да при том није наведен ниједан разлог због кога стечајни судија треба да одступи од онога што јесте и што би требало да буде правило – метод случајног одабира.

Друго, кад год постоји предлог повериоца за именовање стечајног управника, стечајни судија треба да га размотри. Термин „разматрање“ није уобичајен у законским текстовима, и треба га разликовати од одлучивања. Формалноправно се о сваком предлогу одлучују. Међутим, у овом случају је законодавац, највероватније не случајно, употребио другачију језичку конструкцију, која се своди на разматрање предлога повериоца. То значи да судија није у обавези да у решењу даје своје образложење зашто није прихватио предлог повериоца. Разматрање предлога повериоца ствара веома благу обавезу за стечајног судију, а уједно ствара и недоумице у пракси. Овде се може оправдано поставити и питање какав је значај онда овог права повериоца, ако судије не мора ни да се осврне на учињен предлог.

Треће, разматрање предлога се врши пре употребе метода случајног одабира. Другим речима, стечајни судија не би смео стечајног управника који је извучен методом случајног одабира да пореди са стечајним управником предложеним од стране повериоца. Једино би било дозвољено поређење предложеног стечајног управника са привременим стечајним управником, под условом да је именован.

Четврто, изузетност о којој закон говори не треба размести тако да стечајни судија изузетно разматра предлог повериоца, без обзира на то што језик закона упућује на овакво тумачење. Напротив, изузетност треба да се односи на прихватање предлога повериоца. Стечајни судија треба увек да води рачуна о томе да метод случајног одабира мора остати правило. Ако се судија након разматрања предлога повериоца одлучи за његово прихватање, онда је он у обавези да своју одлуку и образложи. Смисао судског образложења је у томе да се види да је судија водио рачуна о изузетности овог начина именовања стечајног управника. То се чини тако што се наводе разлози због којих судија одступа од метода случајног одабира. У овом погледу се могу користити и разлози које наш закон од раније познаје, попут сложености случаја која тражи искуство на страни стечајног управника, специфична делатност стечајног дужника која подразумева да стечајни управник треба да поседује и нека специфична знања и сл. Разлози треба да буду убедљиви, како би оправдали одступање од претпостављеног решења.

## **2. Нова овлашћења скупштине поверилаца**

До последњих измена, накнадни утицај поверилаца на већ донету одлуку о именовању стечајног управника се остваривао искључиво преко

одбора поверилаца. Овај поверилачки орган је имао право да предложи разрешење стечајног управника, а стечајни судија је имао обавезу да донесе ову одлуку уз кумулативно испуњење два услова: 1) одлука одбора поверилаца је поред предлога за разрешење стечајног управника морала да садржи и предлог за именовање новог стечајног управника и 2) одлука се морала донети најмање трочетвртинском већином свих чланова одбора поверилаца.

У систему који је важио до краја 2018. године скупштина поверилаца није имала никакве ингеренције у погледу утицаја на именовање, односно разрешење стечајног управника. Њен утицај је био само посредан, јер је она именовала чланове одбора поверилаца, који су пак имали надлежност да предложе разрешење постојећег и именовање новог стечајног управника. Управо је последњим изменама појачана улога скупштине поверилаца у домену разрешења и именовања стечајног управника. Основна последица ове промене је у следећем: надлежности одбора поверилаца у контексту именовања и разрешења су атрофирале, јер уместо раније искључиве надлежности овог органа, законом је сада она подељена између два поверилачка органа (скупштине и одбора), уз очигледну превагу улоге скупштине поверилаца. На овај начин се законодавац определио да омогући свим повериоцима да директно контролишу именовање стечајног управника, а не само онима који су чланови одбора поверилаца. Зависно од тога који орган доноси одлуку, када и на који начин, правимо разлику између одлуке скупштине поверилаца и одлуке одбора поверилаца.

#### *а) Одлука скупштине поверилаца*

Централну улогу у поступку контроле лица које је решењем о отварању стечајног поступка именовано за стечајног управника има скупштина поверилаца.<sup>24</sup> Скупштина поверилаца је надлежна да дâ сагласност на избор стечајног управника. Без значаја је да ли је стечајни судија том приликом користио метод случајног одабира, прихватио предлог повериоца или је именовао привременог стечајног управника за стечајног управника. Скупштина не може једино да утиче на законске стечајне управнике – Агенцију за осигурање депозита и Агенцију за лиценцирање стечајних управника.

Овлашћење скупштине поверилаца у поступку контроле судски именованог стечајног управника је троструко ограничено.

---

24 Вид.: ЗоС, чл. 35(5).

Прво, скупштина доноси одлуку о давању сагласности на избор именованог стечајног управника. Ово је обавезна тачка дневног реда прве седнице скупштине. У случају да сагласност није дата, закон налаже скупштини да предложи разрешење именованог и истовремено именовање новог стечајног управника. Према томе, да би се донела пуноважна одлука о одбијању давања сагласности, скупштина мора и да предложи новог стечајног управника, и то са листе активних стечајних управника за подручје надлежног суда.<sup>25</sup> У случају да скупштина не да сагласност, али не предложи новог стечајног управника, треба сматрати да је сагласност дата. Ово ограничење се може у пракси показати као спорно, јер је за очекивати да ће постојати бројне ситуације када ће се повериоци лако сагласити са тим да одређено лице не буде стечајни управник, али неће моћи да се договоре око тога ког стечајног управника да предложи. Тада ће они бити у пат позицији. Не желе управника именованог од стране судије, а не могу да предложе бољег.

Друго, ова одлука се мора донети на првој седници скупштине, а она се одржава најкасније у року од 40 дана од дана отварања стечајног поступка. Из овог ограничења се види да законодавац није имао намеру да скупштини да перманентно право да одлучује о именованом стечајном управнику, већ само у раним фазама по отварању поступка.

Треће, за одлуку о одбијању давања сагласности и именовању новог стечајног управника морају гласати повериоци за чија потраживања се учини вероватним да износе више од 50% укупних потраживања стечајних поверилаца. Истоветна већина је предвиђена и за доношење одлуке о банкротству. На овај начин је законодавац формирао и други изузетак од општег правила, према коме скупштина одлуке доноси обичном релативном већином.

Ако су испуњени сви претходно наведени услови, стечајни судија мора да донесе одлуку о разрешењу именованог стечајног управника и да истим решењем именује предложеног стечајног управника. Из свега наведеног се може закључити да овај вид утицаја на именовање стечајног управника ни на који начин не укључује одбор поверилаца.

---

25 У случају да скупштина донесе само одлуку којом предлаже именовање новог стечајног управника, пракса би требало да заузме став да ова одлука у себи иманентно садржи и одлуку о одбијању давања сагласности на избор стечајног управника.

*б) Одлука одбора поверилаца уз сагласност  
скупштине поверилаца*

Што се тиче улоге одбора поверилаца у поступку разрешења именованог и именовања новог стечајног управника, задржана су ранија решења уз две велике новине.<sup>26</sup> Прва новина се тиче временског момента када се та одлука може донети. Наиме, одбор поверилаца може да предложи разрешење и истовремено именовање новог стечајног управника само по закључењу испитног рочишта. У периоду између прве седнице скупштине и закључења испитног рочишта повериоци не могу принудити стечајног судију да разреши постојећег и именује новог стечајног управника. Логика овог услова није довољно јасна. Највероватније законодавац жели да пружи шансу стечајном управнику који је добио подршку на првој седници скупштине поверилаца, како би он могао несметано да обавља свој посао, макар до закључења испитног рочишта.

Друга новина се односи на условљавање пуноважности предлога одбора поверилаца претходном сагласношћу скупштине поверилаца. Ефекат увођења овог услова је помало контрадикторан. Основна идеја законодавца је била у томе да се за разрешење и именовање стечајног управника морају питати и сви стечајни повериоци, а не само чланови одбора поверилаца. Међутим, овај услов се може показати као камен спотицања, јер треба водити рачуна о томе да је скупштина поверилаца гломазан и неефикасан поверилачки орган. Досадашња пракса је показала да је одбор поверилаца веома ретко користио право на разрешење и истовремено именовање новог стечајног управника. Увођењем два приказана ограничења може се само очекивати даље смањивање утицаја поверилаца на именовање стечајног управника.

#### **IV Прецизирање критеријума за одређивање предујма трошкова**

Основно питање за предлагача тиче се висине трошкова које он треба да предујми.<sup>27</sup> У том погледу је Закон о стечају значајно унапредио нашу стечајну регулативу,<sup>28</sup> јер је прецизирао врсте трошкова које пред-

---

26 ЗоС, чл. 32(3).

27 Више о предујму трошкова вид.: В. Радовић (2018а), 423-428.

28 За критику претходног решења вид.: Франц Цимерман, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Агенција за лиценцирање стечајних управника у сарадњи са GIZ GmbH, Београд, 2015, 19.

ујмљује предлагач.<sup>29</sup> Ту спадају следећи трошкови: 1) трошкови огласа, 2) трошкови обавештавања познатих поверилаца о отварању стечајног поступка, 3) трошкови ангажовања стечајног управника, 4) трошкови неопходни за обезбеђење имовине стечајног дужника, 5) трошкови регистрације података о стечају у регистрима које води организација надлежна за вођење регистра привредних субјеката, 6) трошкови претходног стечајног поступка, и 7) трошкови принудне ликвидације која је покренута у складу са законом којим се уређује ликвидација.<sup>30</sup> Циљ регулативе је био да се „онемогући прописивање нереално високих износа предујма које су судије дискреционо одређивале, а које повериоци нису желели или боље рећи нису могли да уплате“.<sup>31</sup> Стечајни судија не може да захтева предујмљивање и других трошкова, ван оних који су изричито наведени законом (на пример, трошкове оглашавања продаје имовине стечајног дужника, трошкове побијања правних радњи,<sup>32</sup> трошкове вештачења,<sup>33</sup> и сл.).<sup>34</sup>

Приказана законска одредба о врстама трошкова које предујмљује предлагач није у пракси отклонила правну неизвесност. Наиме, стечајни судија и даље има висок степен дискреције приликом одређивања висине предујма.<sup>35</sup> Због тога је изменама из 2014. године законодавац максимизирао висину предујма за правна лица која су разврстана као микро правна лица, тако што је прописао да предујам не може бити одређен у износу већем од 50.000 динара.<sup>36</sup> На овај начин је отклоњен проблем само у односу на микро правна лица, док је у односу на остале дужнике проблем и даље постојао.

Последњим изменама су уведени максимални износи предујма трошкова за свако правно лице. Подела правних лица је извршена према

---

29 Закон о стечају, чл. 59(1 и 6).

30 Последње две врсте трошкова се везују само за случај отварања стечајног поступка.

31 Бранко Радуловић, „Нови Закон о стечају – логика одсуства колективне акције“, *Фокус – Квартални извештај о институционалним реформама*, бр. 4/2010, 34.

32 Више вид.: Бојана Топаловић, „Побијање правних радњи стечајног дужника“, доступно на: [http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Bojana\\_Topalovic\\_rad.pdf](http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Bojana_Topalovic_rad.pdf) (3.1.2017), 5.

33 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2017, 204.

34 Одговори на питања привредних судова који су усвојени на седницама Одељења Привредног апелационог суда одржаним 8. и 22.11.2011. године, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, питање бр. 8, 96.

35 Вид.: Образложење измена ЗоС 2018, 14.

36 ЗоС, раније важећи чл. 59(2). О начину утврђивања вредности имовине стечајног дужника у овом случају више вид.: *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2015, 215.

рачуноводственом критеријуму, где се зависно од броја запослених, пословног прихода и просечне вредности пословне имовине правна лица деле на микро, мала, средња и велика.<sup>37</sup> Тако је законом сада предвиђено да износ предујма не може бити већи од: 1) 50.000 динара за микро правна лица; 2) 200.000 динара за мала правна лица; 3) 600.000 динара за средња правна лица; и 2) 1.000.000 динара за велика правна лица.<sup>38</sup> Ови износи су максимални, што значи да судија не може да одреди већи предујам, чак и ако стечајни дужник поседује имовину велике вредности.<sup>39</sup>

Ова новина се може позитивно оценити. Једини проблем који може настати је да износи који су предвиђени да буду максимални буду у исто време и једини који се примењују. Другим речима, могуће је замислити да стечајне судије уместо да сами обрачунавају трошкове предујма, према категоријама трошкова наведених у закону, па након тога добијени износ пореде са законским максимумом, пођу једноставнијим путем – да само примене законске максималне износе. Таква пракса не би била у складу са законом, нити интенцијом законодавца.

## У Ширење круга подносилаца плана реорганизације

Српско право припада групи стечајних система која дозвољава подношење плана већем броју учесника поступка реорганизације. На тај начин се законодавац определио да постави најшире оквире „за задовољење интереса свих лица у чија се права задире планом реорганизације“;<sup>40</sup> тако што ће им омогућити да се укључе у овај поступак на најактивнији и најкреативнији начин. Према изворном решењу Закона о стечају, план реорганизације су могли да поднесу стечајни управник, разлучни повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, стечајни повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника<sup>41</sup> и стечајни дужник.<sup>42</sup> Прве измене ова одредба је доживела 2017. године, када је избрисан стечајни дужник као

37 Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013 и 30/2018, чл. 6.

38 ЗоС, чл. 59(2).

39 *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2015, 216.

40 Драгиша Б. Слијепчевић, *Правни аспекти реорганизације стечајног дужника*, докторска дисертација, Београд, 2009, 161.

41 ЗоС, раније важећи чл. 161(1).

42 ЗоС, чл. 161(1).



активно легитимисано лице за подношење плана реорганизације.<sup>43</sup> Друга измена се десила крајем 2018. године. Сада предлагачи плана реорганизације могу бити стечајни управник, разлучни повериоци, стечајни повериоци, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника. Ова промена има далекосежније ефекте, јер је значајно повећан број лица која могу да поднесу план реорганизације. Наиме, до сада су разлучни и стечајни повериоци били легитимисани подносиоци плана само уколико су имали одговарајуће учешће у укупним обезбеђеним, односно необезбеђеним потраживањима. У образложењу измена је наведено да су оваквим решењем остали повериоци онемогућени да користе ово право и „тима су стављени у неравноправан положај. Из наведеног разлога потребно је омогућити свим повериоцима, без обзира на висину потраживања, да могу једнако поднети план реорганизације“.<sup>44</sup>

## VI Закључак

Прве три измене Закона о стечају, које су усвојене 2014., 2017. и у првој половини 2018. године се могу назвати прогресивним. Њима су отклоњени неки пропусти уочени у пракси, извршено је усклађивање са другим прописима, и коначно, појачана је заштита разлучних поверилаца у стечајном поступку. Супротно томе, последње измене Закона о стечају, које су биле предмет овог рада, само се једним, и то мањим делом, могу окарактеристати као унапређење наше стечајне легислативе. Ту се, пре свега, мисли на одређивање максималних износа предујма трошкова и ширење круга подносилаца плана реорганизације на сваког стечајног и разлучног повериоца. Међутим, када је реч о другим институтима, уведеним или промењеним овим изменама, коначан закључак није тако лако дати. Идеје које су мотивисале законодавца да их уведе су биле добре, али њихова реализација није била адекватна. Одредбе су написане тако да остављају велики број недоумица, што у пракси може створити правну неизвесност. Одредбе које су замишљене тако да ојачају права поверилаца на информисање и права у поступку именовање стечајног управника, односно контроле именованог стечајног управника, се могу претворити у своју супротност. Имајући у виду бројне недоречености нових решења, значајну улогу у тумачењу спорних питања ће имати стечајна судска пракса. Сагледавањем свих промена Закона о стечају може се констатова-

43 Више вид.: В. Радовић (2018б), 222-223.

44 Образложење измена ЗоС 2018, 14.

вати да смо након неколико корака напред сада направили један корак уназад.

**Vuk RADOVIĆ, PhD, LL.M.**

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

## **LEGAL ANALYSIS OF THE LAST CHANGES TO THE LAW ON BANKRUPTCY FROM 2018**

### **Summary**

*At the end of 2018 fourth amendments to the Law on bankruptcy have been adopted. Looking at the content of these changes, they can be classified into five bankruptcy law issues: 1) the possibility to establish direct line of communication between creditors and bankruptcy trustee; 2) the right of the creditor who initiated the bankruptcy proceeding to nominate bankruptcy trustee; 3) authority of the general meeting of creditors in connection with the process of supervising the elected bankruptcy trustee; 4) determination of the maximum level of advance payment of bankruptcy costs; and 5) right to propose the reorganization plan. In this paper the author has critically analyzed all these changes and concluded that these norms are mostly unclear, imprecise and understated, which means that in the practice they can lead to legal uncertainty. In order to avoid misunderstandings, the author has suggested how these norms are supposed to be interpreted.*

**Key words:** *unsecured creditor, secured creditor, nomination of bankruptcy trustee, general meeting of creditors, right to information, advance payment of costs.*

Др Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ\*

## ВАНУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА\*\*

### Резиме

*Посебна правила о вануговорној одговорности стечајног управника нису системски усклађена, пружају слабију заштиту оштећенику од оне коју пружају како општи режим одговорности за професионалну кривицу тако и посебна правила која важе у упоредивим ситуацијама, а стечајног управника као штетника стављају у повољнији положај него друге штетнике упоредивог правног статуса. Аутор предлаже измену постојећих правила тако да стечајни управник буде одговоран за сопствену обориво претпостављену професионалну непажњу те да остане у законској обавези да се осигура од професионалне одговорности. Један режим професионалне одговорности требало би да се примењује без обзира на то да ли је стечајни управник причинио штету учеснику стечајног поступка или неком трећем лицу.*

**Кључне речи:** *Стечајни управник. Учесник стечајног поступка. Професионална кривица. Вануговорна одговорност. Осигурање од одговорности. Одговорност за другога.*

### І Увод

Савремено српско стечајно право садржи посебна законска правила о вануговорној грађанскоправној одговорности стечајног управника.<sup>1</sup> Тај посебан режим одговорности за штету примењује се само када се у материјалноправном положају оштећеника налази лице које се у про-

---

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2019. годину.

1 Закон о стечају – ЗС–2009, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

цесноправном смислу квалификује као учесник стечајног поступка. У таквим случајевима вануговорна одговорност стечајног управника за штету заснива се на његовој доказаној квалификованој кривици.

Насупрот томе, када стечајни управник проузрокује штету обављајући послове стечајног управника, али се у позицији оштећеника не нађе учесник стечајног поступка него неко треће лице, онда се примењују општа правила о одговорности за штету.<sup>2</sup> Ако је та одговорност вануговорна, њен основ биће претпостављена професионална непажња стечајног управника. То даље значи да је вануговорна одговорност стечајног управника постављена строже када је штету нанео неком трећем лицу, него онда када је штету причинио учеснику стечајног поступка.

Из тога произлази да у контексту вануговорне одговорности стечајног управника учесници стечајног поступка уживају слабију грађанскоправно заштиту него трећа лица. Наиме, учесници стечајног поступка имају право да им стечајни управник накнади само ону штету коју им је проузроковао намерно или крајњом непажњом. Када би стечајни управник и према њима одговарао по општим правилима о одговорности за професионалну кривицу, оштећени учесници стечајног поступка могли би да захтевају накнаду и оне штете која им је нанета обичном непажњом, при чему би се обична непажња стечајног управника обориво претпостављала.

Оштећеноме учеснику стечајног поступка коме је стечајни управник проузроковао штету обичном непажњом не помаже ни то што постоји законска обавеза стечајног управника да се осигура од професионалне одговорности. Наиме, обавеза осигуравача да покрије последице осигураникове грађанскоправне одговорности условљена је постојањем такве одговорности осигураника,<sup>3</sup> а пошто стечајни управник по закону одговара само за намеру и крајњу непажњу, онда ни осигуравач, ни осигураник немају интерес да уговоре осигурање од одговорности за обичну непажњу. Ту не постоји ризик који би могао да се осигура, јер такав осигурање

---

2 Радовић истиче да стечајни управник одговара по општим правилима одштетног права за штету причињену лицу које није учесник стечајног поступка. Вук Радовић, *Стечајно право*, Књига прва, Београд, 2017, 305.

3 О појму, историјском развоју и улози осигурања од одговорности видети: Предраг Шулејић, *Осигурање од грађанске одговорности*, докторска дисертација, Београд, 1967, 7–50. О односу грађанскоправне одговорности и осигурања, видети: Михаило Константиновић, „Осигурање и одговорност у југословенском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1958, 559–572; Михаило Константиновић, „Однос између права на накнаду штете и права на осигурање суму“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1982, 496–505.

гурани случај (одговорност стечајног управника за обичну непажњу) не може да се оствари.

Када се вануговорна одговорност носилаца јавних овлашћења законом ограничава на одговорност за квалификоване облике кривице, односно када се искључује њихова одговорност за обичну непажњу или за сваку непажњу, онда се по правилу законом прописује и одговорност државе за штету коју тај носилац јавних овлашћења проузрокује трећим лицима обављајући своју делатност. На пример, законодавац је ограничио непосредну одговорност судије<sup>4</sup> и државног службеника<sup>5</sup> и прописао да за штету коју својим радом нанесу трећим лицима одговара држава по правилима о одговорности за другога.

Насупрот томе, држава обично не одговара за стручњака који се бави правосудном професијом, а законодавац прописује обавезу тог стручњака да се осигура од професионалне одговорности и не искључује његову одговорност за обичну непажњу. Тако је законима уређена одговорност јавних бележника<sup>6</sup> и јавних извршитеља.<sup>7</sup>

Постоји теоријски спор о правном статусу стечајног управника. У домаћој правној теорији стечајног права уверљиво је брањено становиште да је тај статус мешовит: с једне стране, стечајни управник води послове и заступа стечајног дужника (теорија заступања), а с друге стране, стечајни управник јесте орган стечајног поступка, односно посебан орган правне заштите који у стечајном поступку предузима одређене радње у своје име а не у име стечајног дужника (теорија службе).<sup>8</sup> Поред послова које обавља као заступник стечајног дужника односно стечајне масе, стечајни управник је дужан да обавља послове који су предвиђени

---

4 Чл. 6 Закона о судијама – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009, 104/2009, 101/2010, 8/2012, 121/2012, 124/2012, 101/2013, 111/2014, 117/2014, 40/2015, 63/2015, 106/2015, 63/2016 и 47/2017.

5 Чл. 124 Закона о државним службеницима – ЗДС, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018.

6 Чл. 58 и 59 Закона о јавном бележничтву – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015. Вид. више у: Марија Караникић Мирић, „Одговорност јавних бележника у српском грађанском праву“, *Правни живот*, бр. 10/2014, 559–584.

7 Чл. 478 и 498 Закона о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 и 113/2017.

8 В. Радовић, 258–260.

законом, односно послове од интереса за успешно спровођење стечајног поступка.<sup>9</sup>

Коначно, стечајни управник је стручњак који обавља лиценцирану правосудну професију. Његова делатност подразумева формално образовање и практичну обуку, којима се стичу посебна стручна знања и вештине. Формално образовање, практично искуство, институционализована провера тако стечених знања и вештина и достојност за обављање посла стечајног управника спадају у законске услове за добијање лиценце коју издаје овлашћена организација. Стечајни управник је, дакле, *стручњак, заступник стечајног дужника и посебан орган правне заштите у стечајном поступку*.

Ипак, одговорност стечајног управника за штету коју обављањем свога посла нанесе учесницима у стечајном поступку не уклапа се ни у један од раније изложених модела вануговорне одговорности. С једне стране, држава не одговара за штету коју стечајни управник причини обављањем свога посла. С друге стране, вануговорна одговорност самог стечајног управника према учесницима стечајног поступка ограничена је на намеру и крајњу непажњу.

По правилима српског стечајног права *нико не одговара* за штету коју стечајни управник обичном непажњом нанесе учесницима у стечајном поступку. А пошто одговорност стечајног управника за обичну непажњу по закону не може да се заснује, онда не може ни да се уговори осигурање од такве одговорности. Сав ризик од тако причињене штете пада на учесника у стечајном поступку. Циљ овога рада јесте да се преиспита оправданост таквог законског решења.

## II Вануговорна одговорност стечајног управника

### 1. Законско решење

Одредбама чл. 31 ЗС–2009 прописано је да стечајни управник одговара за штету коју у обављању свога посла нанесе учеснику стечајног поступка намерно или крајњом непажњом. Стечајни управник који проузрокује штету учеснику стечајног поступка поступајући по налогу стечајног судије одговоран је само ако му је тај налог дат на основу његових сопствених несавесних радњи и предлога. Стечајни управник одговара и за штету коју проузрокују стручна лица која је ангажовао ако се утврди да је штета настала „услед пропуштања стечајног управника да изврши

---

9 Чл. 27 ст. 1 тач. 20 ЗС–2009.

надзор над њиховим радом“. Право учесника стечајног поступка на накнаду штете за коју одговара стечајни управник застарева у року од три године од дана брисања стечајног дужника односно стечајне масе из одговарајућег регистра, односно од правноснажности решења којим је потврђено усвајање плана реорганизације.

Правилима из чл. 30 ЗС–2009 прописано је да је стечајни управник дужан да у своје име и за свој рачун уговори обавезно осигурање од професионалне одговорности за све ризике у вези с обављањем послова стечајног управника, с осигураном сумом у износу од најмање 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења уговора.<sup>10</sup> Пошто је у закону употребљен израз „сви ризици“, обавезно осигурање од професионалне одговорности треба да покрије и ризик одговорности стечајног управника за штету коју обављајући послове стечајног управника нанесе лицима која нису учесници у стечајном поступку.

## 2. Два режима вануговорне одговорности стечајног управника

### *а) Одговорност према оштећеном учеснику у стечајном поступку*

Право на накнаду штете по овим посебним правилима имају учесници стечајног поступка. У учеснике стечајног поступка спадају стечајни повериоци, разлучни и заложни повериоци, излучни повериоци, стечајни дужник, солидарни дужници и јемци стечајног дужника.

Учесници стечајног поступка имају право на накнаду материјалне и нематеријалне штете коју им проузрокује стечајни управник у обављању свога посла, али само ако је стечајни управник поступао с намером или крајњом непажњом. Кривица стечајног управника се никада не претпоставља, пошто се општа законска претпоставка кривице<sup>11</sup> односи само на обичну непажњу, док крајњу непажњу или намеру одговорног лица мора да докаже онај коме је то у интересу.<sup>12</sup> Обична непажња стечајног

10 Преостала законска правила о обавезном осигурању стечајног управника нису битна за предмет овога рада. Вид. чл. 30, ст. 2–4 ЗС–2009.

11 Вид. чл. 154 ст. 1 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

12 Југословенски судови су већ 1980. године заузели став да се законска претпоставка о кривици лица које је другоме причинило штету односи само на обичну непажњу. Све преко тога мора да докаже оштећеник у својству тужиоца. Вид. Закључак са XIV Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 25 и 26. марта 1980, ЗСО, књ. V, св. 1, 18. Наравно, материјални и процесни положај оштећеника

управника није довољна за заснивање његове одговорности за штету коју је причинио учеснику стечајног поступка, а терет доказивања квалификоване кривице стечајног управника увек пада на оштећеног учесника у стечајном поступку.

*б) Одговорност према оштећенику који није учесник стечајног поступка*

Оштећеник који *није* учесник стечајног поступка може да буде било који учесник у правном промету који није странка у стечајном поступку нити у том поступку остварује неко своје право или правни интерес, али му је стечајни управник проузроковао штету обављајући свој посао, односно поступајући у професионалном капацитету.

У потенцијалне оштећенике који се *не квалификују* као учесници стечајног поступка спадају, примера ради, повериоци који су на дан покретања стечајног поступка имали потраживање према стечајном дужнику, али своје потраживање нису пријавили у стечајном поступку у складу са законом.

Затим, ту се уобрајају и такозвани повериоци стечајне масе.<sup>13</sup> Њихова потраживања настала су после отварања стечајног поступка и по закону треба да се намире из стечајне масе.<sup>14</sup> То могу да буду потраживања према стечајном дужнику, као што су трошкови стечајног поступка, потраживања настала радњама стечајног управника односно управљањем стечајном масом, њеним уновчавањем и поделом, увећањем стечајне масе без правног основа, и на друге бројне законом прописане начине. Међутим, може да се ради и о обавезама самог стечајног управника које се намирују из стечајне масе, као што је премија додатног осигурања од професионалне одговорности за конкретан стечајни поступак које је стечајни управник дужан да уговори у своје име и за свој рачун на захтев

---

значајно се побољшава и када се домашај претпоставке ограничи на обичну непажњу, пошто је за заснивање одговорности у грађанском праву начелно довољан управо тај, најблажи степен штетникове кривице.

13 Законодавац не користи израз *повериоци стечајне масе*, али говори о *обавезама стечајне масе* (чл. 104, чл. 30 ст. 4 ЗС-2009 и другде у том закону). О томе се може полемисати, јер стечајна маса може да има повериоце само ако и сама има правни субјективитет. Ако се, пак, стечајна маса у материјалноправном смислу разуме као једна имовинска целина (чл. 104 ЗС-2009), онда не може бити ни њених обавеза, ни њених поверилаца, већ само обавеза које се из те масе намирују. Радовић и каже да су повериоци стечајне масе заправо повериоци накнадних потраживања према стечајном дужнику. В. Радовић, 199.

14 Вид. целовито излагање о повериоцима стечајне масе у: В. Радовић, 198-205.



одбора поверилаца, осим ако не докаже да на тржишту не може да се уговори такво осигурање. Та премија се по закону наплаћује из стечајне масе.<sup>15</sup> У тој конструкцији осигуравач може да се јави као оштећеник који се не квалификује као учесник у стечајном поступку.

Оштећеник који *није* учесник стечајног поступка ужива јачу заштиту него учесници тог поступка. Стечајни управник одговара по општим правилима о грађанскоправној одговорности за штету коју у обављању свога посла нанесе оштећенику који *није* учесник стечајног поступка, а када је таква одговорност стечајног управника вануговорна, заснива се на професионалној непажњи која се обориво претпоставља.

### 3. Професионална кривица стечајног управника

У српском грађанском праву прихваћено је објективно схватање о кривици. Кривица се разуме као социјални а не као психички факт. То је погрешно поступање штетника, а не његово стање свести и воље из времена предузимања штетне радње. Када утврђују да ли је штетник крив, судови одмеравају његово поступање према поступку који се у датим околностима могао основано очекивати од једног замишљеног разумног и пажљивог човека односно разумног и пажљивог стручњака одговарајуће специјализације. Понашање хипотетичког човека односно стручњака одређених квалитета служи као мерило кривице. Мерило кривице је субјективно у мери у којој на његову садржину утичу особине конкрет-ног штетника.<sup>16</sup>

Постоје две личне особине које ће судови у Србији увек узети у обзир када утврђују кривицу конкретног штетника. Прво је способност за расуђивање, која је по закону предуслов сваке кривице,<sup>17</sup> а друго је штетников професионални капацитет, то јест то што је штетник поступао у својству стручњака када је причинио штету. Исто тако, основана друштвена очекивања налажу да појединац употреби своја додатна знања, способности и умења, она по којима превазилази правни стандард разумног и пажљивог човека односно стручњака одређене специјализације. Мимо тога, судови су склони да кривицу утврђују по објективном,

---

15 Чл. 30 ст. 2 и 4 ЗС-2009.

16 Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009, *passim*.

17 Чл. 159-160 ЗОО

апстрактном, деперсонализованом мерилу,<sup>18</sup> то јест да не мењају претпостављену садржину основаних друштвених очекивања према знањима, способностима, стањима и личним околностима конкретног штетника.

При утврђивању професионалне кривице, односно када просуђују да ли се лице које је штету проузроковало у професионалном својству понашало онако како је требало, судови се не питају како би се у датој ситуацији понашао разуман и пажљив човек, него разуман и пажљив стручњак одговарајуће специјализације. Обична професионална непажња утврђује се према поштреном стандарду основаних друштвених очекивања и у нашем праву обориво се претпоставља.<sup>19</sup>

Нема никакве сумње да се стечајни управник квалификује као стручњак у контексту утврђивања његове грађанскоправне одговорности.<sup>20</sup> Он је уједно орган стечајног поступка. Одговорно лице сматрамо стручњаком када делатност којом се оно бави подразумева формално образовање и практичну обуку којима се стичу посебна стручна знања и вештине. Формално образовање и практична обука, а по правилу и институционализована провера тако стечених знања и вештина, представљају услов за чланство у професионалним коморама, удружењима или савезима, који обављају регулаторну функцију, у појединим професијама издају лиценце за бављење датом професијом, а у сваком случају санкционишу нестручна и друга непожељна понашања својих чланова.

Стручањачко својство стечајног управника као штетника и његов статус органа у стечајном поступку утичу на мерило његове кривице, то јест на садржину основаних друштвених очекивања која се на њега односе.

Оштећеник који *није учесник* стечајног поступка не мора да докажује квалификовану кривицу стечајног управника који му је проузроковао штету поступајући у професионалном капацитету. За заснивање одговорности довољан је онај степен кривице стечајног управника који се ионако обориво претпоставља. Да би се ослободио одговорности према оштећенику који *није учесник* стечајног поступка, стечајни управник

---

18 Стојан Цигој, „Члан 154“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), Београд, 1995, 369; Миодраг Орлић, „Есеј о кривици“, *Правни живот*, бр. 1–2/2009, 189–192.

19 Вид. више у: Миодраг Орлић, „Еволуција схватања о кривици (у српском праву) са освртом на појам професионалне кривице“, *Private Law Reform in South East Europe: Liber Amicorum Christa Jessel-Holst* (eds. Mirko Vasiljević et al.), Београд, 2010, 263–279.

20 Законом је прописано да стечајни управник обавља своје послове самостално и с пажњом доброг стручњака. Вид. чл. 27 ст. 4 ЗС–2009.

мора да докаже одсуство сопствене кривице, то јест да се понашао онако како би се у датим околностима понашао хипотетички разуман и веома пажљив стручњак одговарајућег формата.

Насупрот томе, оштећени *учесник* стечајног поступка мора да докаже квалификовану кривицу стечајног управника, то јест да му је стечајни управник у обављању својих послова штету нанео намерно или крајњом непажњом. Мерило кривице стечајног управника јесте поопштрено. Основана друштвена очекивања према лицу које обавља послове стечајног управника премашују стандард разумног и пажљивог човека. Стечајни управник поступа с крајњом непажњом ако не поступа онако како би у датим околностима поступао хипотетички *иоле пажљив и разуман* стручњак одговарајуће специјализације.

#### 4. Заснивање одговорности по ЗС–2009

##### *а) Услови одговорности*

Законодавац изричито прописује да стечајни управник одговара својом *личном имовином* за штету коју обављајући послове стечајног управника проузрокује учесницима стечајног поступка намерно или грубом непажњом (чл. 31 ЗС–2009). То истицање је сувишно, изузев ако је намера законодавца била да посебно подвуче да се потраживања по овом основу не намирују из стечајне масе. Иначе, нема потребе да се наглашава да се за штету одговара својом а не туђом имовином.

За заснивање вануговорне одговорности стечајног управника према учеснику у стечајном поступку захтева се кумулативно неколико услова. Испуњеност свих тих услова доказује оштећеник у својству тужиоца. Прво, неопходно је да постоји штета. Законодавац није прописао никаква ограничења у погледу врсте штете за коју може да се захтева накнада, па важе општа правила. Стечајни управник одговара за све облике правом признате штете. Друго, неопходно је да постоји узрочност, то јест да је штета проузрокована радњом коју је стечајни управник предузео у обављању свога посла. Треће, неопходно је да постоји квалификована кривица стечајног управника, односно да оштећеник у својству тужиоца докаже да му је стечајни управник штету причинио намерно или крајњом непажњом.

Из посебних законских правила о вануговорној одговорности стечајног управника и општих правила о вануговорној одговорности за штету произлази и следеће: оштећени учесник стечајног поступка који докаже да му је стечајни управник проузроковао штету намерно или

крајњом непажњом не мора уз то да доказује противправност радње стечајног управника којом му је нанета штета. Стечајни управник не може да се ослободи одговорности за квалификовану кривицу доказивањем одсуства противправности радње којом је проузроковао штету.<sup>21</sup>

### б) Застарелост

О захтеву за накнаду штете учесника стечајног поступка одлучује суд у парничном поступку, а не стечајни судија у датом стечајном поступку.<sup>22</sup> Право учесника стечајног поступка на накнаду штете застарева у посебном року од три године од дана брисања стечајног дужника односно стечајне масе из одговарајућег регистра односно од правноснажности решења којим је потврђено усвајање плана реорганизације.<sup>23</sup>

Пошто рок застарелости не почиње да тече пре поменутог брисања из регистра односно правоснажности решења, могуће је да застарелост потраживања накнаде штете према стечајном управнику наступи касније него што би наступила по општим правилима о застарелости права на накнаду штете из чл. 376 ЗОО. Ако је стечајни управник штету проузроковао кривичним делом, треба узети да и према њему важи привилеговани рок застарелости права на накнаду штете из чл. 377 ЗОО, то јест да право учесника стечајног поступка на накнаду штете застарева у року у коме застарева кривично гоњење стечајног управника ако је тај рок дужи од рока из чл. 31 ЗС–2009.

21 У пракси судова у Србији противправност штетне радње не утврђује се као посебан услов одговорности чија би се испуњеност захтевала поред штетникове кривице. Противправно поступање се по правилу разуме као вид погрешног поступања, као начин да се скриви односно погреша. Међу домаћим правним писцима Константиновић је рано изнео то гледиште. Видети: Михајло Константиновић, „Дискусија“, *Грађанска одговорност. Реферати и дискусија са Симпозијума одржаног 11 и 12. фебруара 1966. године у Београду*, Београд, 1966, 332. Више о свему томе: М. Караникић Мирић (2009), 284–285 и *passim*; Marija Karanikić Mirić, „Postjugoslavenski 'život' pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji“, *Razvojne tendence v obligacijskem pravu: ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih*, Ljubljana, 2018, у штампи.

22 Стечајни поверилац који потражује накнаду штете од стечајног управника на основу чл. 31 ЗС–2009 треба то своје право да остварује у парничном поступку. Стечајни судија у поступку чији учесник захтева накнаду штете од стечајног управника не треба да се упушта у расправљање ради утврђивања кривице стечајног управника или његовог пропуштања да предузме неку радњу. То се утврђује у посебном парничном поступку у којем стечајни управник има пасивну легитимацију. Према: Одговори на питања привредних судова утврђени на седници Одељења за привредне спорове ПАС одржаној 3. 4. и 26. новембра 2015. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015, *Параграф*.

23 Чл. 31 ст. 4 ЗС–2009.

Када се у позицији оштећеника налази лице које *није* учесник стечајног поступка, његово право на накнаду штете застарева у роковима из чл. 376 ЗОО, то јест за три године од када је сазнало за штету и штетника, а у сваком случају за пет година од када је настала штета. Правило о привилегованом року застарелости из чл. 377 ЗОО важи и када оштећеник није учесник стечајног поступка.

*в) Поступање по налогу стечајног судије*

Законом је прописан и један посебан ослобађајући разлог за стечајног управника. То је *поступање по налогу стечајног судије*. Стечајни управник не одговара за штету коју проузрокује радњом коју је предузео по налогу стечајног судије осим ако му је тај налог дат на основу његових несавесних радњи и предлога.<sup>24</sup> Законодавац не поставља питање квалитета судијског налога по којем је поступао стечајни управник. Довољно је да он тај налог није исходовао својим несавесним понашањем, па да га поступање по налогу извињава од одговорности.

На стечајног управника пада терет доказивања да је поступао по налогу стечајног судије. Чињеница што је поступао по том налогу ослобађа стечајног управника од одговорности за причињену штету. С друге стране, на оштећеника пада терет доказивања да је конкретан налог стечајног судије био заснован на несавесној радњи или предлогу стечајног управника. Стечајни управник одговара за штету без обзира на то што је поступао по налогу стечајног судије, ако је тај налог исходовао сопственом несавесном радњом или предлогом.

Остаје питање да ли поступање по налогу стечајног судије извињава стечајног управника од одговорности за штету према било ком оштећенику или само према оштећеним учесницима у стечајном поступку. Другим речима, да ли је деловање тог либераторног разлога ограничено на посебан режим одговорности стечајног управника по одредбама ЗС–2009? Може ли стечајни управник да се позове на поступање по налогу стечајног судије и када одговара по општим правилима о одговорности према оштећенику који није учесник у стечајном поступку?

Прво, поступање по налогу стечајног судије извињава стечајног управника само ако је стечајни управник проузроковао штету неком рад-

---

24 Чл. 31 ст. 2 ЗС–2009.

њом за коју му је потребан такав налог, то јест радњом која се иначе предузима по налогу стечајног судије.<sup>25</sup>

Друго, треба узети да поступање по налогу стечајног судије ослобађа стечајног управника одговорности за штету само према учесницима стечајног поступка, а не према трећим лицима. Наиме, правилима ЗС–2009 установљен је посебан режим вануговорне професионалне одговорности стечајног управника према учесницима стечајног поступка. Посебан режим одговорности повољнији је за стечајног управника од општег. У посебном режиму стечајни управник не одговара за обичну професионалну непажњу. Поступање по налогу стечајног судије изричито је прописано као ослобађајући разлог у посебном режиму одговорности. Тај посебан ослобађајући разлог треба уско тумачити тако да му деловање буде ограничено на посебну одговорност стечајног управника према учесницима стечајног поступка.

## 5. Правила о одговорности за другога

### а) Одговорност за стечајног управника

У српском праву нико не одговара за стечајног управника по правилима о вануговорној одговорности за другога.

Држава не одговара за штету коју стечајни управник причини обављајући свој посао, без обзира на то да ли је штета проузрокована учеснику стечајног поступка или неком трећем лицу. Прво, нема посебне законске одредбе којом би било прописано да држава одговара за стечајног управника по правилима о одговорности за другога. И друго, таква одговорност државе не може да се заснује по општим правилима о одговорности државе за њене органе односно државне службенике.<sup>26</sup> Стечајни управник јесте орган стечајног поступка, али није државни орган.<sup>27</sup> Стечајни управник није ни државни службеник.<sup>28</sup>

---

25 У том смислу – додуше у контексту старијих прописа – вид. Гордана Ајншилер Поповић, „Одговорност стечајног управника“, *Правни информатор*, бр. 2/2009, 33.

26 О тим општим правилима вид. детаљно: Марија Караникић Мирић, „Тип одговорности правног лица по чл. 172 ЗОО“, *Казнена реакција у Србији IV* (уредник Ђорђе Игњатовић), Београд, 2014, 166–186.

27 Исто се може казати, рецимо, за одбор поверилаца. Одбор поверилаца јесте орган стечајног поступка, али није државни орган.

28 Стечајни управник нема радно место у смислу чл. 2 ЗДС, његов послодавац није Република Србија у смислу чл. 3 тог закона, итд.

Држава одговара за штету коју незаконитим или неправилним радом проузрокује *стечајни судија* који именује и разрешава стечајног управника и одлучује о примедбама на његов рад. Међутим, то није одговорност државе за стечајног управника, него одговорност државе за судију по посебним правилима о одговорности за другога (чл. 6 ЗОС). За заснивање одговорности државе за стечајног судију неопходно је да се докаже, између осталог, да је штету проузроковао судија а не стечајни управник. Штетне последице погрешног поступања стечајног управника не могу се просто приписати судији који га је именовао. За заснивање одговорности државе за стечајног судију није довољно да се докаже да штета потиче од скривљеног поступања стечајног управника којег је он именовао. Одговорност државе могла би да се заснује само ако се докаже да је стечајни судија својом радњом причинио штету, односно да штета потиче од његове грешке у избору (*culpa in eligendo*) односно грешке у давању упутстава (*culpa in instruendo*).

У овом контексту може да се постави и питање одговорности Агенције за лиценцирање стечајних управника за сопствену грешку у надзору (*culpa in vigilendo*). Та организација је овлашћена посебним законом да обавља стручни надзор над радом стечајних управника.<sup>29</sup> У поступку на који се сходно примењују правила општег управног поступка,<sup>30</sup> Агенција проверава да ли стечајни управник обавља свој посао у складу са законом, националним стандардима за управљање стечајном масом, кодексом етике и другим прописима.

Агенција за лиценцирање стечајних управника *не одговара* за стечајног управника по правилима о одговорности за другога. Агенција може само да одговара за штету коју проузрокује невршењем или погрешним вршењем надзора над стечајним управником. Реч је о вануговорној одговорности за сопствено погрешно поступање, то јест о одговорности за скривљене последице властитог чина. Штетне последице погрешног поступања стечајног управника не могу се просто приписати Агенцији која је била дужна да га надзире. Неопходно је да се докаже да је штету проузроковала Агенција сопственим погрешним поступањем.

Држава може да одговара по општим правилима о одговорности државе за њене органе за штету коју својим неправилним или незаконитим радом причини министарство које врши надзор над радом Агенције

29 Чл. 26 ЗС-2009 и чл. 3(а)-3(з) Закона о агенцији за лиценцирање стечајних управника – ЗАЛСУ, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 104/2009 и 89/2015.

30 Ако нема посебних процесних правила ЗАЛСУ.

за лиценцирање стечајних управника.<sup>31</sup> Међутим, држава није одговорна за штету коју својим радом проузрокује Агенција за лиценцирање стечајних управника. Прво, нема посебне законске одредбе којом би било прописано да држава одговара за Агенцију по правилима о одговорности за другога. И друго, таква одговорност државе не може да се заснује на општим правилима о одговорности државе за њене органе, јер Агенција није државни орган.<sup>32</sup>

*б) Одговорност стечајног управника за стручно лице*

Правилима ЗС–2009 прописано је да стечајни управник одговара за штету коју трећем лицу проузрокују стручњаци које је он ангажовао ако је штета настала „услед пропуштања стечајног управника да изврши надзор над њиховим радом“.<sup>33</sup> Треба узети да се та законска одредба не односи само на изостанак надзора над лицем за које стечајни управник одговара по правилима о одговорности за другога него и на грешку у вршеном надзору (*culpa in vigilendo*).

Реч је о вануговорној одговорности за другога која се заснива на доказаној кривици стечајног управника као одговорног лица. У позицији штетника налази се стручно лице – примера ради, проценитељ, вештак или ревизор – које је стечајни управник ангажовао за обављање одређених послова. Под ангажовањем мисли се на сваки уговорни ангажман односно на свако поверавање стручњачких послова проценитељу, ревизору, вештаку или другом лицу које ће те послове обављати у професионалном капацитету. Кривица ангажованог стручног лица није услов за заснивање одговорности стечајног управника. Стечајни управник не може да се ослободи одговорности доказујући да се одабрани стручњак понашао онако како је требало.

Поставља се питање може ли стечајни управник да одговара за грешку у избору (*culpa in eligendo*), то јест за поверавање стручњачких послова лицу које за то није овлашћено односно у довољној мери обучено. Наиме, стечајни управник врши надзор над домаћим или страним физичким или правним лицима која је ангажовао као стручњаке. Међутим, за избор односно ангажовање проценитеља, вештака, ревизора и

---

31 Чл. 12 ЗАЛСУ.

32 Агенција има својство правног лица, с правима, обавезама и одговорностима уређеним одредбама ЗС–2009 и ЗАЛСУ. Вид. чл. 2 ЗАЛСУ.

33 Чл. 31 ст. 3 ЗС–2009.



других стручних лица неопходна му је сагласност стечајног судије,<sup>34</sup> а понекад сагласност одбора поверилаца.<sup>35</sup>

Треба узети да сама чињеница што је стручњака ангажовао уз сагласност стечајног судије односно одбора поверилаца *не ослобађа* стечајног управника од одговорности за штету коју ангажовани стручњак проузрокује док је под надзором стечајног управника. Током савесно вршеног надзора стечајни управник би морао да уочи да ангажовано лице није у довољној мери обучено или да није (више) овлашћено за обављање стручњачког посла. Другим речима, ако је стручњак погрешно изабран, односно ако није овлашћен односно обучен за обављање стручњачког задатка те проузрокује штету за коју стечајни управник одговара по правилима о одговорности за другога, стечајног управника не извињава то што је стручњака изабрао и ангажовао уз сагласност стечајног судије или одбора поверилаца, јер се грешка у избору могла отклонити савесним надзором над ангажованим стручњаком, што је по одредбама ЗС–2009 дужност стечајног управника.

### III Порекло постојећег законског решења

У позитивном српском праву стечајни управник одговара за штету коју у обављању свога посла намерно или крајњом непажњом проузрокује учеснику у стечајном поступку. То је вануговорна субјективна одговорност за последице властитог чина, која се заснива на доказаној квалификованој кривици одговорног лица. Држава не одговара за штету коју стечајни управник проузрокује обављајући свој посао. Стечајни управник одговоран је за грешку у надзору над стручњацима које ангажује у стечајном поступку. Изложено решење прихваћено је у домаћем праву у својим основним цртама већ пуних тридесет година.

Укидање самоуправљања у области стечајног права обележено је усвајањем савезног Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ).<sup>36</sup> По том закону стечајни управник је био непосредно

34 Чл. 27 ст. 5 ЗС–2009.

35 У поступку уновчавања стечајне масе стечајни управник може да ангажује домаће или страног лице стручно за продају јавним надметањем. До тога долази када треба продати неко уметничко дело, или други предмет који се продаје на специјализованом тржишту, или уопште када стечајни управник сматра да ће се тако остварити повољније уновчење. За ангажовање стручњака у оваквим ситуацијама стечајном управнику је неопходна сагласност *одбора поверилаца*. Чл. 132 ст. 5 ЗС–2009.

36 *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93 и 28/96. Више о том закону: В. Радовић, 107–109.

одговоран учеснику у стечајном поступку за штету коју му нанесе намерно или крајњом непажњом. Ако је штета настала радњом стечајног управника коју је одобрило стечајно веће или стечајни судија, или због поступања по упутству стечајног судије, одговорност стечајног управника била је искључена осим ако је одобрење или упутство издејствовао на преваран начин.<sup>37</sup> Правилима ЗППСЛ није била прописана дужност стечајног управника да се осигура од професионалне одговорности, као ни одговорност државе за штету коју својим радом изазове стечајни управник.<sup>38</sup>

Темељна реформа српског стечајног права извршена је усвајањем Закона о стечајном поступку из 2004. године (ЗС–2004).<sup>39</sup> Међутим, правила о одговорности стечајног управника за штету нису суштински мењана.<sup>40</sup> Ни по том пропису стечајни управник није одговарао за обичну непажњу, а држава није одговарала за стечајног управника. Ипак, извршена су одређена подешавања.<sup>41</sup> Прецизирано је да стечајни управник одговара својом личном имовином. Прописано је да стечајни управник не одговара за штету причињену радњом коју је предузео по налогу стечајног судије изузев ако му је тај налог дат на основу његовог *несавесног* поступања. То значи да је одговорност стечајног управника поопштрена у односу на правило из ЗППСЛ по којем стечајни управник није одговарао за штету ако је поступао по упутству или уз одобрење изузев када је одобрење или упутство издејствовао на *преваран* начин.<sup>42</sup> Додато

---

37 Чл. 61 ст. 2 ЗППСЛ. Вид. такође: „Поступање стечајног управника по налогу стечајног судије не може представљати разлог за његову смену, па чак ни разлог за његову одговорност за штету у смислу чл. 61 ст. 2 ЗППСЛ.“ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3461/2002 од 6. јуна 2002, *Параграф*.

38 Тим законом било је предвиђено и да се трошкови поступка ради утврђивања оспореног потраживања сматрају трошковима стечајне масе ако је стечајни управник неосновано оспорио потраживање, али да стечајно веће може да одреди да те трошкове сноси стечајни управник, ако је он из обести оспорио потраживање или је на такав начин водио поступак. Чл. 127 и 128 ЗППСЛ. Ова одредба није преузета у потоње законе.

39 *Службени гласник РС*, бр. 84/2004 и 85/2005. Више о том закону: В. Радовић, 109–111.

40 Када је одлука којом је утврђено потраживање постала правоснажна, та одлука је уграђена у правни поредак и не може да се мења, чак ни ако је донета на основу погрешног понашања стечајног управника. У таквом случају оштећенику преостаје само захтев за накнаду штете према стечајном управнику у складу с чл. 61 ЗППСЛ односно чл. 19 ЗС–2004. Према: Одговори на питања трговинских судова утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда одржаним 28. октобра и 24. новембра 2009. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 29. октобра 2009, *Параграф*.

41 Чл. 19 ЗС–2004.

42 Детаљно о томе: Г. Ајншпилер Поповић, 34.

је и правило да стечајни управник одговара за грешку у надзору над ангажованим лицима. Прописани су и посебни рокови застарелости: три године од када је оштећеник сазнао за штету односно три године од када је решење о закључењу стечајног поступка постало правноснажно.

Ниједан од ових закона (из 1989. односно 2004) није прописивао обавезу стечајног управника да се осигура од професионалне одговорности. У литератури се указивало на потребу за таквим законским правилом, јер се правило да стечајни управник одговара својом личном имовином лако изиграва преношењем имовине на блиска лица. Истицано је и то што у пракси нема поступака за накнаду штете против стечајних управника, упркос томе што се много говори о злоупотреби положаја стечајних управника, њиховом незаконитом и несавесном понашању, те штети коју намерно или крајњом непажњом чине повериоцима стечајног дужника – најчешће умањењем имовине која улази у стечајну масу.<sup>43</sup>

Најзначајнија промена у области одговорности стечајног управника за штету од времена када је укинута самоуправљање до данас свакако је увођење законске обавезе стечајног управника да се осигура од професионалне одговорности.<sup>44</sup> Међутим, домаћај те новине ограничен је начином на који је уређена вануговорна одговорност стечајног управника према учесницима стечајног поступка. Више о томе следи.

#### IV Недостаци постојећег решења

Посебна правила о вануговорној одговорности стечајног управника пате од системске неусклађености, оштећенику пружају далеко слабију заштиту него што то чини општи режим одговорности за професионалну кривицу или пак правила која важе у упоредивим посебним случајевима, а стечајног управника стављају у повољнији положај него друге штетнике упоредивог правног статуса.

Прво о системској неусклађености. Вануговорна одговорност за скривљене последице сопственог чина заснива се на претпостављеној обичној непажњи у српском праву.<sup>45</sup> Претпостављени степен кривице начелно је довољан за заснивање штетникове одговорности. Законодавац изузетно прописује да поједине врсте штетника не одговарају за обичну непажњу односно за непажњу као такву. Међутим, у таквим случајевима

43 Све то према: Г. Ајншпилер Поповић, 34.

44 Чл. 30 ЗС–2009.

45 Чл. 154 ст. 2 ЗОО.

редовно се предвиђа и могућност да за таквог штетника одговара неко други по правилима о одговорности за другога. Једноставно речено, српско право не оставља без грађанскоправне заштите оштећеника коме је штета причињена обичном непажњом.

Ево неколико примера у којима је законодавац ограничио непосредну одговорност штетника и уз то прописао могућност да за тог штетника одговара неко други, чиме је оштећеник заштићен и у оним случајевима када непосредна штетникова одговорност не може да се заснује јер он није крив у довољном степену. Ту, дакле, спадају одговорност послодавца за штету коју запослени проузрокује трећим лицима на раду или у вези с радом,<sup>46</sup> одговорност државе за штету коју државни службеник проузрокује трећим лицима на раду или у вези с радом,<sup>47</sup> као и одговорност државе за штету коју судија проузрокује незаконитим или неправилним радом.<sup>48</sup>

У наведеним случајевима штетник се налази у повољнијем правном положају него што би био да се на њега примењују општа правила о субјективној одговорности. Међутим, оштећеник је заштићен комплементарним правилима о одговорности за другога пошто постоји одговорно лице (послодавац, држава) од којег оштећеник може да захтева накнаду и када степен кривице штетника (запосленог, државног службеника) није довољан да би се засновала његова непосредна одговорност. Непосредна одговорност судије и не може се засновати, већ само држава може да захтева од судије накнаду износа који је исплатила оштећенику ако докаже да је судија штету причинио намерно.<sup>49</sup>

Другачије од тога уређена је вануговорна одговорност лица која се баве правосудним професијама, као што су јавни бележници и јавни

---

46 Чл. 170 и 171 ЗОО.

47 Члан 124 ЗДС.

48 Члан 6 ЗОС.

49 У теорији се аргументовано критикује овакав развој грађанскоправног имунитета судије у српском праву. Истиче се да нема разлога за овакву привилегованост судије с обзиром на високо постављене захтеве стручности, оспособљености и достојности, који важе приликом њиховог избора. Ограничавање регресне одговорности судије на намеру супротно је правној традицији у Србији и региону, по којој судија регресно одговара како за намеру, тако за крајњу непажњу. Независно од тога, непосредна одговорност судије у европском континенталном праву јесте реткост и то због потребе очувања судијске независности. Тако: Весна Ракић Водинелић, „Ограничена одговорност судије за штету: неопходна привилегија која обезбеђује независност или учвршћивање судијске неодговорности?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3–4/2013, 736–742.

извршитељи.<sup>50</sup> Прво, држава не одговара за штету коју јавни бележник односно јавни извршитељ причини трећим лицима обављајући своју делатност. Друго, одговорност јавног бележника и јавног извршитеља није ограничена на квалификоване облике кривице, већ су обојица одговорни и за обичну професионалну непажњу.<sup>51</sup>

Мерило њихове кривице јесте поштрено; од њих се основано очекује да поступају као разумни и веома пажљиви стручњаци одговарајуће специјализације. И јавни бележник и јавни извршитељ дужни су да се осигурају од професионалне одговорности. Нема посебних правила о њиховој одговорности према учесницима у одређеном поступку. Правила о њиховој вануговорној одговорности иста су без обзира на то коме су причинили штету обављајући своју делатност.

Одговорност стечајног управника не уклапа се ни у једно од ових решења. Држава с правом не одговара за стечајног управника, јер он није ни државни орган, ни државни службеник. Међутим, вануговорна одговорност стечајног управника ограничена је баш као да за њега одговара држава или неко трећи – иако то није тако. За стечајног управника нико не одговара по правилима о одговорности за другога, па ограничавање његове одговорности на намеру и крајњу непажњу доводи до тога да је оштећеник недовољно заштићен.

Стечајни управник је дужан да се осигура од професионалне одговорности. Исто важи за јавног бележника и јавног извршитеља. Међутим, одговорност стечајног управника ограничена је на намеру и крајњу непажњу, а одговорност друге двојице није. То значи да осигурање од одговорности покрива и случајеве када јавни бележник или јавни извршитељ проузрокују штету обичном непажњом, јер су они и тада одговорни, па су и од те одговорности осигурани.

Насупрот томе, стечајни управник не одговара за обичну непажњу, па од те одговорности не може ни да се осигура. Проузроковање штете јесте извор и осигураникове и осигуравачеве обавезе према оштећенику да му накнаде претрпљену штету.<sup>52</sup> Садржина обавезе осигурани-

---

50 Чл. 478 и 498 ЗИО; чл. 58 и 59 ЗЈБ.

51 Из начина на који је језички уобличено правило о одговорности јавних извршитеља у чл. 498 ст. 1 ЗИО могло би да се тврди да ту по изузетку не важи општа оборива законска претпоставка обичне непажње, већ да се свака кривица јавног извршитеља мора доказати. Та расправа није предмет овог рада. Овде је само важно да је неспорно да јавни извршитељ одговара и за обичну (професионалну) непажњу.

52 П. Шулетић, *Осигурање од грађанске одговорности*, 124–127.

ка да накнади штету до које је дошло одговара садржини обавезе осигураваача, а оштећеник располаже директном тужбом и може да се обрати осигураваачу на основу чињенице проузроковања штете за коју осигураник одговара.<sup>53</sup> Међутим, ако осигураник по закону не одговара за обичну непажњу, онда нема ни ризика од одговорности за обичну непажњу, а када не постоји ризик који би могао да се осигура, онда не може бити ни одговорности осигураваача.

То даље значи да за штету коју стечајни управник проузрокује обичном непажњом не одговара нико – ни сам стечајни управник, ни осигураваач код којег је уговорио осигурање од професионалне одговорности.

Када се узме у обзир да за стечајног управника нико не одговара ни по правилима о одговорности за другога, постаје јасно да се постојеће решење не уклапа у систем домаћег права о одговорности за штету, јер претерано штити стечајног управника, а оштећенику пружа неоправдано слабу грађанскоправну заштиту.

Коначно, постојеће решење је неоправдано компликовано. За разлику од других поменутих режима – а поменуте су одговорност државе за штету коју причини државни службеник или судија и одговорност јавног бележника односно јавног извршитеља за скривљене последице сопственог чина – посебна правила о вануговорној одговорности стечајног управника ограничена су на случајеве када се у позицији оштећеника налази учесник стечајног поступка. Треба узети да се у осталим случајевима примењују општа правила о одговорности за професионалну кривицу. Другим речима, постојеће ограничење одговорности стечајног управника по правилима ЗС–2009 на оштећенике који су уједно учесници стечајног поступка<sup>54</sup> не треба тумачити тако да стечајни управник уопште не одговара за штету коју причини другим оштећеницима, него тако да њима одговара по општим правилима одштетног права.

## V Закључак

Посебна правила о вануговорној одговорности стечајног управника за штету коју проузрокује учесницима стечајног поступка претерано штите стечајног управника, јер искључују његову одговорност за обичну

---

53 Предраг Шулејић, „Однос осигурања и грађанскоправне одговорности,” *Правни живот*, бр. 11–12/1992, 2262.

54 То ограничење постојало је у свим законима о стечају од укидања самоуправљања до данас.

непажњу. Упркос томе што је стечајни управник дужан да се осигура од професионалне одговорности, оштећеницима је пружена неоправдано слаба заштита. Наиме, ни осигурање не може да покрије ризик од одговорности стечајног управника за обичну непажњу, јер тај ризик не постоји. Поред тога, постојеће решење је превише сложено, јер доводи до паралелног постојања два режима, тако да се разликују одговорност стечајног управника према оштећеним учесницима у стечајном поступку и његова одговорност према оштећеницима који нису учесници у том поступку. Коначно, постојеће решење је системски неуклопљено, јер без оправданог разлога одступа од уобичајеног комплементарног прописивања ограничене одговорности штетника и могућности да за њега одговара неко други. Одговорност стечајног управника је ограничена на квалификоване облике кривице, иако за њега нико не одговара по правилима о одговорности за другога.

Због свега што је наведено било би добро да српски законодавац измени постојећа правила о вануговорној одговорности стечајног управника тако да стечајни управник одговара за сопствену обориво претпостављену професионалну непажњу и да остане у законској обавези да се осигура од одговорности за све ризике повезане с обављањем посла стечајног управника. Један те исти режим одговорности требало би да се примењује независно од тога да ли је стечајни управник обављајући свој посао причинио штету учеснику стечајног поступка или неком трећем лицу. Треба изричито прописати да држава не одговара за стечајног управника, јер он није ни државни орган, ни државни службеник. Довољно је то што држава одговара за неправилан односно незаконит рад стечајног судије који именује и надзире стечајног управника. Агенција за лиценцирање стечајних управника може да одговара само за штетне последице властитог погрешног поступања.

**Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD**

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

## **EXTRA-CONTRACTUAL LIABILITY OF INSOLVENCY ADMINISTRATORS**

### ***Summary***

*The special rules on extra-contractual liability of insolvency administrators are not well incorporated into the system of tort liability in Serbia. They provide weak protection to participant in insolvency proceedings as a potential injured party, and also, they put insolvency administrator as a potential tortfeasor in a privileged position in comparison to others who cause damage while acting in a professional capacity. The author proposes amendments to the existing rules, in the sense that there should be a single regime of extra-contractual liability of insolvency administrators, regardless of whether the injured party is a participant in the insolvency proceedings or not. Furthermore, the extra-contractual liability of insolvency administrators should not be restricted to liability for intention or gross negligence, i.e. the insolvency administrators should be liable for ordinary professional negligence as well. In addition, their ordinary negligence should be rebuttably presumed. Finally, the insolvency administrators should remain obliged by law to purchase professional liability insurance.*

**Key words:** *Insolvency administrator. Participant in insolvency proceedings. Professional negligence. Extra-contractual liability. Liability insurance. Liability for others.*



Др Бранко РАДУЛОВИЋ\*

Др Марко РАДОВИЋ\*\*

## НЕЗАКОНИТОСТ У ПОСТУПАЊУ ПОВОДОМ УНАПРЕД ПРИПРЕМЉЕНИХ ПЛАНОВА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

### Резиме

*У раду се полази од хипотезе да првостепени судови у стечајним поступцима у складу са Унапред припремљеним плановима реорганизације (УППР) често чине пропусте који доводе до укидања првостепених решења о њиховом потврђивању. Циљ овог рада садржан је у тежњи да се кроз анализу разлога укидања решења о потврђивању УППР-а, најчешћи пропусти првостепеног суда препознају, обзнане и укаже на могуће правце њиховог превазилажења. У првом делу рада полази се од општих правила поступања суда по предлогу за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом. Други се део бави питањем надлежности за одлучивање у другостепеном поступку и значајем деловања другостепеног суда. Трећи део рада посвећен је уоченим неправилноста у поступању судана основу емпиријске анализе. Закључак разматра потенцијалне последице судског активизма у поступцима УППР-а.*

**Кључне речи:** стечај, реорганизација, унапред припремљени план реорганизације, разлози укидања.

### І Општи осврт

Под реорганизацијом у стечајном поступку подразумева се редефинисање дужнично-поверилачких односа и примена других мера реструктурирањана основу усвојеног и потврђеног плана реорганизације, ради повољнијег намирања поверилаца него у поступку банкротства. У стечајном праву Србије, поступак реорганизације може отпочети пре или

---

\* Ванредни професор Правног факултета, Универзитета у Београду

\*\* Судијски саветник Врховног касационог суда

након покретања стечајног поступка и наступања његових правних последица. Пре наступања правних последица стечаја реорганизација се спроводи подношењем предлога за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације (УППР).<sup>1</sup> Улога стечајног судије је како у случају „обичних“, тако и у случајеву унапред припремљених планова реорганизације, да врши „двоструку контролу плана реорганизације: претходну (ex ante) и накнадну (ex post)“.<sup>2</sup> У Србији се улога стечајног судије у погледу претходне контроле своди на испитивање формалних услова, док се у случају накнадне контроле његова улога ограничава на могућност налагања формирања додатних класа и процену вредности потраживања поверилаца за потребе гласања.<sup>3</sup> Улога стечајног суда се знатно разликује од законодавства до законодавства. Поједини стечајни оквири дају стечајним судијама значајна дискрециона овлашћења. Тако у стечајном праву САД стечајне судије потврђују коначни план реорганизације водећи рачуна о степену намирења поверилаца у случају банкротства, односно у случају реорганизације,<sup>4</sup> о изводљивости плана,<sup>5</sup> односно да је план предложен у доброј вери.<sup>6</sup> Поред тога, стечајни судија може и наметнути план несагласној класи поверилаца.<sup>7</sup>

Таква значајна дискрециона овлашћења стечајних судија која су присутна у већој или мањој мери и у другим стечајним законима, захтевају висок степен специјализације и обучености. У литератури се управо-

---

1 Више о унапред припремљеним плановима в. Vuk Radović, Branko Radulović, „Prearranged Reorganization Plans in Serbia – Form over Substance“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 19, Number 2, 2018, стр. 393-413. О проблему подношења УППР за стечајне дужнике чије пословни резултати указују на неодрживо пословање в. Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције“, *Анали Правног факултета*, бр.63/2015, стр.151-168.

2 В. Вук Радовић, *Стечајно право*, Књига друга, Београд, 2017, стр. 245.

3 В. Радовић, *Стечајно право*, Књига друга, Београд, 2017, стр. 248, 294.

4 О примени теста најбољег интереса поверилаца в. Jonathan Hicks, „Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations“, *Nevada Law Journal* бр. 5/2005, стр. 820-841.

5 О примени теста изводљивости в. Stephen, H. Case, “Some Confirmed Chapter 11 Plans Fail. So What?”, *Boston College Law Review*, бр. 47/2005, стр.59.

6 О примени стандарда подношења плана у доброј вери в. нпр. Diane B. McColl, „Good Faith in Chapter Eleven Reorganizations“, *South Carolina Law review*, br. 35/1984, str. 333-347. Такође в. Иван Тодоровић, „Предлагање плана реорганизације у складу са начелом савесности и поштења“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 181-199.

7 О институту наметања плана несагласној класи поверилаца (енг. cram down) в. Б. Радуловић, Л. Андрић, *Наметање плана реорганизације несагласној класи поверилаца*, *Право и привреда* бр. 4-6/217, стр. 202-227.

одсуство специјализованих судија наводи као једна од кључних препрека у реформама стечајног оквира.<sup>8</sup> Узимајући у обзир, наведена ограничења, чини се да се законодавац у Србији определио да ограничи улогу и дискрецију стечајних судија у погледу одлучивања о плановима реорганизације из више разлога. Поред тога што специјализација и обученост судија за област стечаја захтева време, организација појединих привредних судова не допушта уску специјализацију судија тако да се они баве само стечајним поступцима.

Ограничена судска контрола, односно дискрециона овлашћења у контексту УППР-а могу се укратко описати на следећи начин. Наиме, у Србији, први корак у поступању стечајног судије, јесте испитивање формалних и материјалних услова за покретање поступка реорганизације у складу са УППР-ом. Стечајни судија то чини по службеној дужности или по примедби заинтересованог лица у тзв. „поступку претходног испитивања предлога“<sup>9</sup>. Испитивање формалних услова тиче се претходног испитивања потпуности, односно уредности плана, као и његове законитости, како смо већ навели без разматрања његове (економске) изводљивости. Спровођење реорганизације стечајног дужника условљено је постојањем писаног плана реорганизације.<sup>10</sup> То је законом прописана форма „којом се условљава и правна ваљаност тог акта“.<sup>11</sup> Његово постојање и уредност представља процесну претпоставку за покретање поступка реорганизације. УППР може бити поднет искључиво од стране овлашћеног лица. Поднети план мора бити потпун, односно мора садржати све обавезне елементе на које стечајни закон изричито упућује.<sup>12</sup> Код УППР-а нарочито пажњу је потребно обратити да ли садржи одредбе које су специфичне за тај план, а које план реорганизације поднет у току стечајног поступка не садржи. Ради се о одредби којом се информишу други повериоци о дејству плана, постојању изјаве већинских поверилаца по вредности потраживања сваке планом предвиђене класе да су упознати са планом и спремни да гласају, изјаве подносиоца о веродостојности података, потом о оба-

8 В. Kenneth Ayotte and Yun Hayong. „Matching bankruptcy laws to legal environments“ *The Journal of Law, Economics, & Organization*, бр. 25/2007, стр. 2-3. У случају Мађарске чије право према најзначајнијим аспектима подражава стечајни оквир САД, резултати су далеко од очекиваних, делом и због недостатка ефективног судског надзора В. Franks, J., & Loranth, G. (2013). A study of bankruptcy costs and the allocation of control. *Review of Finance*, бр. 18/2013, стр. 961-997.

9 В. Радовић, *Стечајно право*, Књига друга, Београд, 2017, стр. 366.

10 Закон о стечају, чл. 155 ст. 2.

11 Д. Слијепчевић, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016, стр. 479.

12 Закон о стечају, чл. 156.

везном достављању ванредног извештаја ревизора, уз изјаву ревизора или лиценцираног стечајног управника о његовој изводљивости, као и кратак извештај о очекиваним битним догађајима. Такође, иако то стечајним законом није изричито предвиђено, пожељно је уз предлог за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом, приложити и одлуку скупштине друштва за његово иницирање. Посебан значај ове одлуке огледа се у томе што се њоме изражава сагласност чланова друштва са поднетим УППР-ом. У погледу провере његове уредности, ваља нагласити да одредбе плана морају бити јасно формулисане, како не би изазивале недоумице у погледу њиховог значења.

Везано за оцену испуњености материјалних услова, први сеодноси на постојање стечајног разлога. Једино се у том случају чини реалном опасност од наступања последица стечаја, чије наступање доводи у питање потпуно намирење потраживања поверилаца стечајног дужника. Други услов упућује на обавезу да се планом реорганизације обезбеђује повољније намирење у односу на банкротство.<sup>13</sup> На тај начин се, у ситуацији када стечајни дужник није способан да уредно испуњава своје обавезе, повериоци поспешују да „компромисним решењем“ установе мере реорганизације које ће омогућити боље задовољење њихових интереса, него код банкротства.<sup>14</sup> Трећи материјални услов односи се на проверу законитости плана, нарочито у погледу класификације потраживања, правилности рокова предвиђених за испуњење, оцене законитости мера предвиђених за реализацију плана и његовог дејства.

У случају да УППР садржи отклоњиве недостатке у погледу испуњености формалних и материјалних услова или техничке грешке, стечајни судија ће закључком наложити овлашћеном предлагачу да у прописаном року од осам дана изврши потребне исправке. Како је због сложености радњи често неопходно додатно време за поступање по наведеном налогу суда, стечајни судија може, на образложен захтев предлагача одобрити и додатни рок за поступање. Ово из разлога што наведени рок треба посматрати као судски, а не као преклузивни.<sup>15</sup> Тек у случају када стечајни дужник не поступи по поменутом налогу стечајног судије или се уз образложене разлоге одбије предлог стечајног дужника за продужење

---

13 Закон о стечају, чл. 155. ст. 1.

14 Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе привредних судова Републике Србије*, бр. 3/2010, стр. 285.

15 Исто: М. Томић, Новеле Закона о стечају и унапред припрељени план реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, стр. 269; В. Радовић, *Стечајно право*, стр. 365.

остављеног рока, стечајни судија доноси решење о одбачају предлога за покретање стечајног поступка и предлога УППР-а.

Међутим, уколико након подношења предлога или његовог уређења по налогу суда, стечајни судија оцени да су испуњени формални и материјални услови за поступање по плану, отпочиње тзв. „претходни поступак“ по УППР-у, доношењем решења о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање стечајног поступка. Овим се решењем заказује рочиште за одлучивање и гласање по плану. Истовремено, стечајни судија оглашава покретање овог поступка, обавештава повериоце где и када могу извршити увид у предлог УППР-а и позива их да у законском року изјаве примедбе на предлог плана. Након изјављивања примедби, стечајни судија их доставља предлагачу на одговор, а затим цени њихову основаност. Уколико се испостави да су примедбе основане, план реорганизације се може изменити. Након измена стечајног закона из 2017. године, план може бити само једанпут измењен. У таквој ситуацији суд је дужан да поново огласи рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану, са јасном назнаком да се ради о измењеној верзији плана.

На рочишту за гласање о УППР-у, на захтев заинтересованог лица може извршити процену висине потраживања за потребе гласања, уколико се доставе докази да висина потраживања наведена у плану није тачна.<sup>16</sup> Након што стечајни судија утврди правилност оглашавања плана, као и да је јасно у том поступку назначено о ком се плану гласа, приступа се гласању о УППР-у. Ако се УППР на рочишту усвоји, стечајни судија доноси решење којим истовремено отвара стечајни поступак, потврђује усвајање унапред припремљеног плана и обуставља стечајни поступак. Уколико на рочишту план не буде усвојен, решењем се одбија предлог за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом.

## II Надлежност за поступање у другостепенном поступку

Против решења о потврђивању или одбијању УППР-а, као и у случају његовог одбачаја, дозвољено је изјављивање жалбе у року од осам

---

16 Изменама стечајног закона из 2014. године било је прописано да се процена вероватности потраживања за потребе гласања може вршити искључиво од стране овлашћеног стручног лица (проценитеља), да би поновним новелирањем Закона о стечају у 2017. години, ова норма била брисана из законског текста. Отуда, остаје дилема да ли искључиво стечајни судија може вршити процену вероватности за потребе гласања, која се посебно продубљује у ситуацији када због природе потраживања он нема посебна стручна знања за вршење ове процене.

дана од пријема решења. Стварно надлежан за одлучивање против решења донетих поводом УППР-а у Републици Србији, као и против свих одлука донетих у стечају, јесте Привредни апелациони суд.<sup>17</sup> Он контролише правилност поступка пред првостепеним судом и законитост УППР-а.

Због значаја који се у данас придаје стечајном праву уопште, оправдано се може рећи да овај суд брине о стабилности и предвидљивости привредног окружења. Тим поводом се може истаћи да је за поступање у другостепеном поступку поводом стечајних одлука потребна нарочита стручност у поступању, примена специјализованих знања и искуства стечених не само у стечајном оквиру, већ и у свим другим гранама права. С обзиром на последице које судска одлука у овој области може произвести, од пресудног је значаја и уједначено деловање судске праксе.

Препознајући ову своју улогу, у оквиру Привредног апелационог суда формирана су два специјализована стечајна већа, искључиво функционално надлежна за одлучивање у другостепеном поступку поводом стечајних одлука. Стечајно веће чине три судије, које одлуке доносе на седници већа. Након доношења одлуке стечајног већа, провера њене усаглашености са ранијом судском праксом, додатно се контролише и од стране посебног одељења судске праксе. Ако судија, одређен као руководилац одељења судске праксе, образложеном примедбом укаже да се у донетој одлуци одступило од раније установљене судске праксе овог суда, донета одлука ће бити враћена стечајном већу. Стечајно веће може поступити у складу са примедбом одељења судске праксе или остати при свом становишту. Ако стечајно веће остане при свом становишту, поводом спорног правног питања које одступа од раније судске праксе ће бити расправљено на седници одељења судске праксе тог суда.<sup>18</sup> На седници одељења судске праксе доноси се закључак да ли је спорна одлука супротна устаљеној судској пракси или не. Уколико и након донетог закључка са седнице одељења судске праксе стечајно веће остане при свом ставу, о спорном питању ће се одлучивати на седници судија за привредне спорове.

На уједначавање судске праксе Привредни апелациони суд утиче и одржавањем бројних састанака са стечајним судијама и председницима привредних судова, као и кроз редовну и ванредну контролу њиховог

---

17 Закон о уређењу судова (*Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011- др. закон, 78/2011- др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40-2015- др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65-2018- одлука УС, 87/2018 и 88/2018- одлука УС), чл. 26.

18 Судски пословник (*Сл. гласник РС*, бр. 110/20099, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015- испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018 и 78/2018), чл. 31.

рада. Правни ставови овог суда изражавају се и кроз публикување сен-тенци из одлука овог суда у Билтену судске праксе привредних судова. Такође, Привредни апелациони суд, на традиционалном саветовању судија и судијских помоћника привредних судова, даје одговоре на спор-на питања судија привредних судова и других значајних учесника у сте-чајном поступку (банака, овлашћених агенција и др. институција), који сеобјављују у посебном издању поменутог билтена.<sup>19</sup> Поред тога, у лите-ратури се посебно наглашава улога апелационог суда у смањењу, али и превенцији доношења погрешних одлука. Такође, одлуке другостепеног суда представљају веродостојну претњу судији првог степена. Наиме, у теорији, у случају укидања или преиначења одлуке судије бивају лошије оцењене чиме се смањује вероватноћа избора у више звање, те судије имају подстицај да доносе одлуке сходно ставовима апелационог суда.<sup>20</sup>

### III Разлози укидања решења поводом УППР-а

Контрола правилности првостепеног поступка кроз деловање При-вредног апелационог суда, доприноси остварењу права на правну заштиту свих учесника у том поступку. Правна заштита коју суд пружа у грађан-скоправном поступку, какав је и стечајни по својој природи, мора да испу-њава одређене квалитете. Мора бити законита, једнака и правична.<sup>21</sup>

По својој природи стечајни предмети, а посебно реорганизације и унапред припремљени планови реорганизације у поређењу са другим предметима у надлежности привредних судова су веома комплексни. Као такви они имају већу вероватноћу да ће због једног или више разлога бити ожалбени, односно да ће одлука првостепеног суда бити укинута или преиначена. У складу са очекивањима, статистика која показује ква-литет суђења у виду односа укинутих и укупно примљених жалби за све-предмете Привредног апелационог суда износи 13.65% у 2018. години. Али ако се посматра исти индикатор за стечајне поступке онда је тај однос три пута већи (од 80 разматраних жалби, чак 35 је укинута) и изно-си 43.75%. Табела 1 показује податке за период од 2015. до 2018. године.

19 Одговори на питања привредних судова са традиционалног септембарског саветовања суди-ја и судијских помоћника привредних судова редовно се објављују у трећем броју Билтена судске праксе привредних судова, издавач „Привредни саветник“ АД Београд.

20 Francisco Cabrillo, Sean Fitzpatrick. The economics of courts and litigation. Edward Elgar Publis-hing, 2008, стр.65-71.

21 Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, Ниш, 2007, стр. 222.

Табела 2. Однос укинутих и ожалбених стечајних предмета

Година	2015	2016	2017	2018	Укупно
Укупно разматраних жалби	143	138	107	80	468
Укинуте одлуке	59	63	61	35	218
% укинутих	41.3%	45.6%	57.0%	43.7%	47%

Извор: ВКС, Статистика о раду судова посебне надлежности  
у Републици Србији,

Од наведеног броја укинутих и ожалбених стечајних предмета значајан број тиче се жалби у вези са поступцима реорганизације, односно УППР-а. То је очекивано, јер због чињенице да се процес договарања између стечајног дужника и његових поверилаца поводом садржине УППР-а суштински одвија изван суда, изражена је могућност занемаривања права појединих поверилаца, њиховог недовољног информисања о плану или изостављања појединих поверилаца из плана. Стога постоји посебна потреба за пружањем правне, или, боље речено, правичне заштите повериоцима у поступку поводом УППР-а. Да би била правична, нужно је апсолутно поштовање начела јавности и информисаности и законских норми којом се ово начело детаљно разрађује, како би повериоцима била пружена могућност да, без икаквих недоумица, сазнају садржину плана, изјаве примедбе и остваре право да о њему гласају.

У том смислу, контрола законитости процедуралног поступања првостепеног суда приликом одлучивања о УППР-у, посебно добија на значају. Отуда се и разлози укидања првостепених решења због непоштовања процедуре у поступању могу оквалификовати као *процесни разлози*. С друге стране, законитост одлуке првостепених судова о УППР-у цени се и са аспекта њихове материјалноправне исправности. Другостепени суд то чини по службеној дужности. Због тога се и разлози укидања решења првостепених судова у изнетом контексту могу назвати *материјалним*. Поред наведених, у посебну групу се могу сврстати они *разлози који одражавају степен судског активизма* (или обрнуто формализма) у оцени законитости плана. Ови разлози имају елементе како материјалне, тако и процесне природе.

У циљу утврђивања разлога укидања одлука поводом УППР-а пред другостепеним судом, писању овог рада претходило је истраживање и анализа одлука Привредног апелационог суда, као другостепеног, донетих у периоду од 2015. до краја 2018. године (Табела 2). За потребе истраживања прикупљене су све одлуке Привредног апелационог суда поводом УППР-а. Након тога извршена је класификација решења, док су анализом поједи-



начних решења утврђени разлози укидања. Разлози су класификовани спрам наведене поделе на процесне и материјалне разлоге, док је издвојена и посебна група разлога заснованих на судском активизму.

Табела 2. Однос укинутих и ожалбених предмета поводом УППР-а

Година	2015	2016	2017	2018	Укупно
Број анализираних предмета	43	52	52	69	216
Број укинутих одлука	18	19	28	15	80
Процент укинутих	41,86 %	36,54%	53,85%	21,28%	37,04%

Извор: Калкулација аутора на основу података из електронске евиденције тока предмета „Mega Libra“

Анализом остварених резултата истраживања следи да је Привредни апелациони суд, поступајући као другостепени, одлучивао о првостепеним решењима поводом УППР-а у 216 случајева, од којих је у 80 ситуација укинута одлука првостепених судова и предмет враћен на поновно поступање. То значи да у анализираном периоду проценат укинутих одлука поводом УППР-а износи 37,04%. Треба навести да у случају укидања појединачне одлуке, суд може навести један или више разлога. Укупан број разлога укидања у разматраним решењима је 98. Такође, укидање се може односити на различите исходе у погледу УППР-а. Тако се од укупног броја укинутих одлука, 52 одлуке односе на случајеве када је усвајање УППР-а потврђено решењем првостепеног суда (65%), у 3 случаја је одбијен предлог за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом (3,75%), док је у 25 ситуација наведени предлог одбачен (31,25%).

### 1. Процесни разлози укидања решења поводом УППР-а

С обзиром на изражено присуство процесних разлога приликом укидања решења којим се потврђује усвајање УППР-а, у раду је извршена класификација најчешће присутних процесних разлога, а потом утврђен проценат њиховог учешћа. Тако су као најочљивији процесни разлози класификовани следећи: суштинска измена плана на рочишту за гласање, изостанак адекватног образложења на примедбе поверилаца, неадекватно оглашавање, неадекватна процена потраживања за потребе гласања о плану, као и постојање нејасноћа из решења о ком се плану гласало (Табела 3).<sup>22</sup>

22 Из анализе изузет је разлог који се односи на непоштовање рока за достављање извештаја ревизора у складу са чл. 160 ст. 3. Закона о стечају, важећег до извршених измена у 2017.

Табела 3. Врсте процесног разлога укидања

Врста процесног разлога укидања	Број предмета	Број разлога укидања	Процент присуства разлога
Суштинска измена плана на рочишту	52	13	25,00%
Неадекватно образложење примедби поверилаца	52	11	21,15%
Неадекватно оглашавање	52	10	19,23%
Неадекватна процена потраживања	52	7	13,46%
Нејасно из решења о ком се плану гласа	52	5	9,61%
Укупно	52	46	-

Извор: Калкулација аутора на основу података из електронске евиденције тока предмета „Mega Libra“

Из табеларног приказа произлази да се најчешће присутан процесни разлог укидања УППР-а односи на извршене *суштинске измене плана на рочишту за гласање о плану*. Присуство овог разлога уочено је у 25% случајева од укупно 52 укинута решења првостепеног суда о потврђивању УППР-а. Под суштинским изменама плана на рочишту подразумевају се промене које утичу на претходно формирану вољу поверилаца у плану. Ту се најчешће препознаје пребацивање поверилаца у другу класу, трансформација класа, промена мера предвиђених планом, промена начина намерања заложних поверилаца без њихове претходне сагласности и сл. Код суштинских измена плана нужно је да се рочиште за гласање одложи, закаже ново а измењени план огласи, како би свим повериоцима било омогућено да се са изменама упознају. Управо због непоштовања описане процедуре, већ вршења измена на рочишту за гласање о плану, без претходног оглашавања, узроковало је битну повреду поступка.<sup>23</sup>

Други процесни разлог укидања првостепених решења односи се на *неадекватно образложење примедби поверилаца*, чије је присуство утврђено у 21,15% одлука од 52 анализираних. Наиме, у огласу који се обја-

---

години. Након извршених измена, брисана је одредба којом се установљава обавеза достављања новог ванредног извештаја ревизора уколико од датума стања пословних књига до датума одржавања рочишта за гласање о плану протекне дуже од девет месеци. Иначе, присуство овог разлога укидања уочено је у 23,08% случајева, од укупно 52 анализираних.

- 23 Изменама Закона о стечају и увођењем новог чл. 159а ст.4 законодавац ограничио број измена поднетог УППР током поступка на само једну како би се побољшала процесна економија и спречило суштинско мењање УППР-а које је довело до наведених проблема.

вљује ради информисања свих заинтересованих лица о покретању претходног поступка у складу са УППР-ом, обавезан елемент чини позив повериоцима да, у року од 15 дана од дана објављивања огласа, доставе примедбе на поднети предлог плана. Предлагач плана је у обавези да одговор на примедбе достави надлежном суду, у року од осам дана од дана пријема примедбе суду, али о основаности наведене примедбе одлуку доноси суд. На тај начин се и повериоцима пружа могућност да примедбују на законитост поднетог унапред припремљеног плана, које, након достављања одговора предлагача на примедбе у остављеном законском року, разматра и о њима одлучује стечајни судија. Суд је у обавези да, у погледу сваке примедбе, првенствено цени њену благовременост, а потом, уколико је иста благовремено поднета, да се о њој изјасни и образложи разлоге због којих примедбу сматра основаном или неоснованом. Стечајни судија о примедби не одлучује изреком, већ се о њој изјашњава кроз образложење решења којим се одлучује о унапред припремљеном плану реорганизације. Тако је у образложењу одлуке суда потребно дастечајни судија наведе који су повериоци поднели примедбу, затим садржину примедбе, потом изјашњење стечајног управника, а након тога и оцену да ли је примедба основана или није. На тај начин пружа се могућност да одлука суда поводом поднетог унапред припремљеног плана реорганизације буде у целости заснована на јасним разлозима. У супротном доводи се у питање законитост поступања првостепеног суда.

*Неадекватно оглашавање* УППР-а директно утиче на кршење начела јавности и информисаности, као једном од основних принципа стечајног поступка.<sup>24</sup>Тиме се повериоци и сва заинтересована лица онемогућавају дасадржином УППР-а буду се благовремено и потпуно упознати. Таквим чињењем доводи се у питање омогућавање повериоцима и другим заинтересованим лицима да пред судом јавно расправљају о својим правима, што може довести и до кршења права на правично суђење.<sup>25</sup> Присуство овог процесног разлога укидања одлука првостепених судова о УППР-у утврђена је у 19,23% случајева у 52 анализираних одлуке.

Битна повреда поступка постоји и у ситуацијама када је *нејасно из решења о ком се плану гласало*.<sup>26</sup> Овај разлог укидања уочен је у 13,46%

24 Закон о стечају, чл. 10.

25 Устав РС (Сл. гласник РС, бр. 98/2006), чл. 32.

26 В. фн. 23. Поред измена Закона о стечају, нови Правилник о начину спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације и садржини унапред припремљеног плана реорганизације (Сл. гласник РС, бр. 57/2018) (у даљем тексту Правилник о УППР-у) додатно је уредио питања измена плана чл. 10 и 11.

случајева. Исти проценат непоштовања правила поступка односи се и на *неадекватну процену потраживања*. Овај процесни разлог односи се на сваки облик ускраћивања права повериоца да се висина његовог потраживања, било оспореног необезбеђеног или обезбеђеног, процени за потребе гласања о плану.<sup>27</sup>

На крају, вредно је поменути да се у случајевима када је предлог за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом одбачен, чије је присуство забележено у 31,25% случајева од укупно 216 анализираних, доминантни разлози укидања односе на изостанак образложења о захтеву за остављање додатног рока ради поступања по налогу суда, неправилности приликом достављања, надавања предности предлогу за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом у односу на предлог за покретање редовног стечајног поступка, као и погрешно становиште да је, у случајевима када је друштво у реорганизацији, недозвољено покретање новог стечајног поступка у складу са УППР-ом.

## 2. Материјални разлози укидања решења поводом УППР-а

Након процесних, извршена је и анализа кључних материјалних разлога укидања решења поводом УППР-а, односно оних који непосредно утичу на његову законитост. Као најчешће присутни издвојени су: неправилности приликом формирања класа, незаконитости при формулисању мера плана, незаконит третман повезаних лица, погрешан третман поверилаца спорних потраживања у плану, изостанак оцене повољнијег намирнења у односу на банкрутство и одсуство јасних разлога о постојању стечајног разлога (*Табела 4*).

---

27 До измена Закона о стечају у току 2014. године, процену потраживања за потребе гласања о плану вршио је стечајни судија, на захтев заинтересованог лица. Након тога, процена се могла вршити само преко овлашћеног стручног лица (проценитеља) и није могла бити старија од 6 месеци. Међутим, новим новелирањем законског текста из 2017. године, брисана је одредба да се процена за потребе гласања врши преко овлашћеног стручног лица (проценитеља), тако да, према важећој одредби чл. 160 ст. 1 Закона о стечају, стечајни судија може на захтев заинтересованог лица извршити процену за потребе гласања, али само ако то лице достави доказе да висина потраживања у унапред припремљеном плану реорганизације није тачна.

Табела 4. Врсте материјалног разлога укидања

Врста процесног разлога укидања	Број предмета	Број разлога укидања	Процент присуства разлога
Неправилност у формирању класа	52	15	28,85%
Незаконитост мера	52	13	25,00%
Незаконит третман повезаних лица	52	11	21,15%
Третман поверилаца спорних потраживања	52	7	13,46%
Повољност намирења у односу на банкротство	52	6	11,54%
Укупно	52	52	-

Извор: Калкулација аутора на основу података из електронске евиденције тока предмета „Mega Libra“.

Након спроведеног истраживања уочено је да се као најчешће присутан материјални разлог укидања решења поводом УППР-а јављају *неправилности приликом формирања класа*. Забележено присуство овог разлога је у 28,85% разматраних случајева. Приликом формирања класа потребно је следити приоритетну обавезу раздвајања класе разлучних у односу на стечајне повериоце, а потом код стечајних поверилаца следити критеријум исплатних редова предвиђених законом.<sup>28</sup> Уколико постоје потраживања која се по суштинским карактеристикама разликују у односу на остала (тзв. суштински слична потраживања), стечајни судија може одобрити формирање посебне класе. Такође, стечајним законом су прописани и критеријуми за формирање тзв. административне класе.<sup>29</sup> Правило је и да се потраживања повезаних лица, осим оних која се у оквиру редовне делатности баве давањем кредита, сврставају у посебну класу која не гласа о плану, при чему се њихова потраживања намирују на исти начин и под истим условима као потраживања из класе стечајним поверилаца према исплатном реду у које је разврстано њихово потраживање.<sup>30</sup> Такође, и у погледу заложних поверилаца важи правило да се њихова права не могу мењати или умањити планом реорганизације, без њихове изричите сагласности. Притом, заложни повериоци на могу гласати о плану. Управо непоштовање описаних правила довело је до уоченог при-

28 Закон о стечају, чл. 165 ст. 3.

29 Закон о стечају, чл. 165 ст. 8.

30 Закон о стечају, чл. 165 ст. 7.

суства неправилности приликом формирања класа, од којих се, као најочигледније, односе на непостојање јасних критеријума за издвајање појединих потраживања у посебне класе (формирање класе која не испуњава критеријум за тзв. административну класу, издвајање потраживања различног повериоца са недовољним обезбеђењем у засебну класу необезбеђених потраживања и сл.). Важно је истаћи да се под наведену неправилност убрајају и случајеви неједнаког третмана поверилаца исте класе, изостављање класе поверилаца првог исплатног реда. Примећена је и неправилност када је класа различних поверилаца формирана на начин што се висина процента њиховог намирења ценила уз узимање у обзир целокупне вредности свих обезбеђених потраживања, не водећи рачуна о могућности да се различни поверилац може приоритетно намирити искључиво из остварене продајне цене свог предмета обезбеђења.

*Незаконитост мера плана* присутна је у 25% случајева у односу на укупно 52 анализирани одлуке суда. Као најчешће приступе неправилности ове врсте препознате су приликом формулисања мере компензације (пребијања) потраживања. Оне се тичу нејасноћа приликом оцене испуњености услова за примену ове мере, као и у погледу јасног одређења на које се повериоце, односно коју класу у плану, ова мера односи. Уочено је и учестало мешање планом у права заложних поверилаца, као и права јемаца, без вођења рачуна о законској обавези да се њихова права не могу променити или умањити без изричите сагласности.<sup>31</sup>

Иако се налази тек на трећем месту по својој учесталости (у 21,15% случајева), с обзиром на значај последица које изазива, нарочито се, као разлог укидања одлука поводом УППР-а, издваја *погрешан третман повезаних лица*. Овом разлогу суд приступа с нарочитом пажњом. Потреба за издвајањем категорије поверилаца у засебну класу огледа се у томе да се лицима која одликује нарочита сродничка, статусна или пословна повезаност са стечајним дужником, спречи сваки вид злоупотребе приликом формирања класа у плану, на штету интереса других поверилаца. Притом, стечајним законом регулисан је круг лица која се сматрају повезаним.<sup>32</sup> У погледу оцене повезаности лица у оквиру одређеног пословног односа, посебно треба имати у виду да се степен повезаности вреднује полазећи од времена настанка самог потраживања све до момента подношења предлога УППР-а. Другим речима, повезаним лицем сматра се не само оно које је повезано у моменту подношења пред-

31 Закон о стечају, чл. 157 ст. 2.

32 Закон о стечају, чл. 125.

лога УППР-а, већ и оно које је у таквом статусу било у моменту настанка потраживања према стечајном дужнику, чак и случају да доцније та повезаност престане да постоји у смислу критеријума прописаних стечајним законом.

Присуство *погрешног третмана поверилаца оспорених потраживања*, као материјални разлог укидања одлука поводом УППР-а, препознато је у 13,46% анализираних случајева. Овде се најчешће јавља погрешан приступ третман поверилаца оспорених потраживања као условних. Такође, има и ситуација код којих у УППР-у није извршена резервација средстава за ову групу поверилаца.

Значајан материјални разлог за укидање УППР-а засигурно представља и пропуст суда да оцени да се *УППР-ом пружа могућност повољнијег намирења поверилаца у односу на банкротство*. Уколико се из УППР-а не може јасно утврдити обезбеђење повољнијег намирења у односу на банкротство, доводи се у питање оправданост за отпочињањем поступка реорганизације.<sup>33</sup>

На крају, потребно је истаћи да се стечајни поступак ни у ком случају не може отворити без постојања стечајног разлога, дефинисаног стечајним законом.<sup>34</sup> Стога, постојање стечајног разлога чини предуслов за поступање и по предлогу за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом. Међутим, у 7,69% случајева, првостепени судови су донели одлуку о потврђивању УППР-а, а да претходно нису јасно утврдили постојање стечајног разлога. То је у таквим случајевима довело до укидања првостепене одлуке поводом УППР-а. Ипак, чини се да је реч о потенцијално граничном случају, те да је потребно узети и друге околности у обзир. Наиме, у случају да је УППР усвојен, те да су повериоци гласали за план, постојање стечајног разлога *ex post* није од пресудног значаја. Стечајни закон омогућава поред презадужености и трајне неликвидности и претећу неликвидност, па је у том контексту је од значаја да ли је УППР поднет *mala fide*, тј. са намером да се на преваран начин дужник ослободи терета дуга, него да ли постоји стечајни разлог који је релативно лако задовољити.<sup>35</sup> То нас доводи до питања судског активизма у поступцима УППР-а.

33 Правилник о УППР-у, чл. 6 прецизирао је начин предочавања повољнијег намирења у односу на банкротство.

34 Закон о стечају, чл. 11.

35 У пракси се дужник релативно лако може позвати на претећу неликвидност сходно чл. 11 ст. 2. Закона о стечају. Пример судског активизма у претходном периоду је на пример, став о

### 3. Степен судског активизма (формализама) у поступцима УППР-а

Кроз извршену анализу разлога укидања одлука поводом УППР-а, у одређеним ситуацијама уочено је присуство одређеног степена активизма другостепеног суда у оцену законитости поступка поводом УППР-а. У контексту овог рада, под активизмом подразумевамо решења која су заснована на ставу судија, а не на основу жалбених навода поверилаца (или дужника).

У анализи су уочени бројни примери „активизма“, при чему је исход укидање плана. Тако има случајева да је другостепени суд укинуо решење о потврђивању УППР-а због оцене да је план заснован на будућем неизвесном догађају, потом искључиво због чињенице да се из гласачког листића повериоца који је у писаној форми гласало о плану није могло јасно утврдити о којој је верзији плана гласао, да је план укинут због тога што је гласало лице у име и за рачун повериоца иако му је пуномоћје било ограничено, односно без посебног овлашћења да гласа о плану. При том, овде посебно треба имати у виду да се ради о разлозима који су утврђени искључиво оценом законитости плана по службеној дужности, при чему исти нису били обухваћени не само жалбеним наводима поверилаца којих се поменуте неправилности тичу, него и наводима других жалилаца.

Имајући у виду да је читав поступак реорганизације заснован на преговарању поверилаца изван суда и манифестовању њихове воље у оквиру плана, оправдано се може поставити питање да ли се на овај начин утиче на планом изражену вољу поверилаца. Из овог би следило још и важније питање о границама дозвољености судског активизма на садржину воље поверилаца дефинисане планом.

Трагом за отклањањем уочених дилема, при анализи прве уочене ситуације, где је решење о потврђивању УППР-а укинуто уз образложење

---

давању предности поново поднетом УППР-у. Суд је очигледно налазио да је реорганизација пожељна услед наставка привредних активности, очувања радних места, и сл., те је њој дата предност у односу на банкротство. Наиме, у случају да је након одбацивања или одбијања УППР-а, план поново поднет, иако је у међувремену од стране поверилаца био поднет захтев за покретање обичног стечајног поступка, суд је давао предност УППР-у који је поново разматран. Законодавац је заузео супротан став, налазећи да се тиме омогућава опструктивно деловање дужника и „куповина времена“, те након измена Закон о стечају, чл. 158. ст. 10 експлицитно захтева да се прво решава по предлогу за покретање стечајног поступка који је поднет од стране поверилаца.



да исти није заснован на реалним основама, односно да је заснован на будућем неизвесном догађају, с правом се може рећи да одлучивање о плану реорганизације не изискује искључиво квалитетна правничка знања, већ и познавање основних принципа економске науке. Међутим, суштинско је питање на ком је степену постојећи ниво стручности судија и њихове посебне едукованости у погледу стицања потребног знања, како би на правиан начин могли ценити економску изводљивост плана. Ово посебно у ситуацији када су повериоци такав план изгласали и жалиоци против потврђеног плана овај разлог нису посебно истицали.<sup>36</sup>

Подједнако предмет расправе могу бити и оправданост укидања решења о потврђеном плану реорганизације, само због тога што се из гласачког листића путем којег је поверилац у писаној форми дао потврђан глас за план, не може јасно утврдити о којој верзији плана гласао, а у ситуацији када се овај поверилац због описаног разлога није изјавио жалбу, нити су на његово постојање указивали други жалиоци. Такође, вреди расправљати и о томе да ли је у интересу повериоца који се не жали на решење о потврђивању УППР-а само због тога што је за његов рачун гласао пуномоћник који у пуномоћју није имао изричито овлашћење да гласа о плану.

У овим ситуацијама долази до сукоба, с једне стране, настојањасуда да заштити права повериоца (иако он не исказује потребу за њиховом заштитом), са правом да се кроз план реорганизације, изван суда, вољом поверилаца редефинише њихов однос према стечајном дужнику. Због тога се може доћи и до закључка да се у овим ситуацијама утиче на садржину манифестоване воље поверилаца кроз УППР.

#### IV Закључак

У раду смо покушали да на систематичан начин утврдимо и класификујемо разлоге укидања решења којим се потврђује усвајање или којима се одбацује УППР. Иако је проценат укинутих решења у 2018. години значајно мањи у односу на претходне године, он је и даље веома висок. С једне стране то указује да су измене Закона о стечају донекле

---

36 Правилник о УППР-у проширио је захтеве у погледу изјаве о изводљивости плана од стране ревизора или стечајног управника (чл. 8 Правилника), односно садржају и начину провере тачности података (чл. 11 Правилника). У пракси су се изјаве о изводљивости сводиле на пуку форму, тако да је изменама покушано да се утиче на њихов садржај и квалитет анализе. Ипак, без функционалног система професионалне одговорности не могу се очекивати битно унапређење квалитета садржаја изјава о изводљивости.

смањиле уочене проблеме. С друге стране, то такође указује на потребу за унапређењем рада првостепених стечајних судова.

Привредни апелациони суд је до сада у великој мери допринео предвидивости и ефикасном разрешењу поступака УППР-а. То је донекле подстакло повериоцима реалоцирају свој напор и ресурсе ка другом степену. Наиме, у случају да су задовољни садржином УППР-а, они нису имали подстицај да и поред уочених процесних или материјалних разлога покушају да издејствују укидање. У супротном, Привредни апелациони суд је адекватно реаговао пружајући правну заштиту.

Питање које ће бити неопходно разматрати приликом следећих измена Закона о стечају је потенцијална измена у погледу дискреционих овлашћења стечајних судија. Прелиминарни закључци на основу емпиријске анализе указују да је вероватно преурањено да се улога стечајног судије у Србији значајно мења. Судски активизам се уочава пре свега на нивоу апелационог суда. Отуда је од посебне важности да другостепени суд правилно одмери границе дозвољености свог активизма на планом формирану вољу поверилаца. У супротном, повериоци и/или дужници ће уочавајући активизам бити подстакнути да покушају да издејствују промену одлуке првостепеног стечајног суда, што ће свакако отежати рад, умањити ефикасности и предвидљивост стечајног оквира у Србији.

**Branko RADULOVIĆ**

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

**Marko RADOVIĆ**

**Advisor at Supreme Court of Cassation, Republic of Serbia**

## UNLAWFULLNES REGARDING PREARRANGED REORGANIZATION PLANS

### *Abstract*

*This paper is based on the hypothesis that the first instance courts in insolvency proceedings in cases in accordance with the pre-arranged reorganization plan (PARP) often make mistakes that lead to their annulment by the appellate court. The aim of this paper is to analyze and describe the most common omissions and indicate possible solutions. The first part provides general rules in accordance with the prearranged plan proceedings. The second part*

*examines issues related to the decision making on appeal and the role and the scope of the discretion in decision making of the second instance court. The third part is dedicated to the observed unlawful decisions of the first instance courts and provides an empirical analysis. In conclusion the paper examines potential consequences of judicial activism in PARP cases.*

**Key words:** *bankruptcy, reorganization, pre-arranged reorganization plan, reasons for annulment.*

др Владимир КОЗАР\*

др Немања АЛЕКСИЋ\*\*

## ПРЕБИЈАЊЕ ПОТРАЖИВАЊА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

### Резиме

У раду су приказане законске одредбе, ставови судске праксе, као и мишљења правне науке, о пребијању потраживања у стечајном поступку. Важећи Закон о стечају из 2009. године уводи нови концепт законски дозвољеног и ограниченог пребијања. Претходни Закон о стечајном поступку из 2004. године није регулисао ову материју, а недостатак специфичне регулативе у том периоду довео је до развоја судске праксе. Закон о принудном поравнању стечају и ликвидацији из 1989. године применио је принцип обавезног пребијања. Аутор се бавио правним аспектима пребијања. Нарочита пажња посвећена је посебним законским условима за остваривање права на пребијање потраживања у стечајном поступку. Анализирана су и правила грађанског парничног поступка о компензационој противтужби и приговору.

**Кључне речи:** стечај; банкротство, поверилац, дужник, пријава потраживања, пребијање; компензациони приговор.

### І Увод

Пребијање потраживања (компензација) представља један од начина престанка обавеза, регулисан Законом о облигационим односима.<sup>1</sup> Процесно-правна правила, која се односе на приговор ради пребија-

---

\* ванредни професор на Правном факултету за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду

\*\* адвокат у Заједничкој адвокатској канцеларији „Алексић са сарадницима“ у Новом Саду

1 ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, чл. 336 – 343.

ња и компензациону противтужбу садржи Закон о парничном поступку.<sup>2</sup> Закон о стечају<sup>3</sup> уводи право на пребијање, тј. компензацију потраживања, које није предвиђао претходни Закон о стечајном поступку<sup>4</sup> што је био један од његових основних недостатака.<sup>5</sup> Дакле, ЗС враћа могућност компензације у стечајни поступак, али је другачије регулише у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији,<sup>6</sup> који је познавао обавезну законску компензацију, као правну последицу отварања стечајног поступка.<sup>7</sup> Према ЗС компензација више није обавеза, ни законска, али је могућа, с тим што је знатно сужена и ограничена на одређене ситуације. Начин на који је ЗС стечају уредио компензацију представља корекцију широких могућности компензације дефинисаних у ЗОО и усклађивање са принципима стечајног поступка.<sup>8</sup>

У стечајном поступку, по ранијим прописима, увек се радило о обавезној - законској компензацији, која се оправдала на два начина: разлозима правичности и самим стечајним правом.<sup>9</sup> Могућност пребијања у стечајном поступку представља изузетак од начела паритета, којим се налаже да услови за све повериоце буду једнаки и да сви сносе последице умањења потраживања услед дужникове инсолвентности. У правној теорији предвиђање овог изузетка објашњава се правичношћу, јер би било неправично и нецелисходно да се од поверилаца захтева испуњење обавезе према стечајном дужнику у пуном износу, док се проценат намирења њиховог потраживања од истог стечајног дужника умањује према условима главне деобе стечајне масе.<sup>10</sup>

---

2 ЗППСлужбени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018

3 ЗС, Службени гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Одлука Уставног суда), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, чл. 82.

4 ЗСП, Службени гласник РС, бр. 84/04 и 85/05 - др. закон

5 Vanja Serjević, "The reformation of the Serbian Act on Insolvency Procedure", *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 6, No1, 2008, 51 - 62, доступно на адреси: <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2008/lap2008-05.pdf>, 16.04.2019

6 ЗППСЛ, Службени лист СФРЈ, бр. 84/89, Службени лист СРЈ, бр. 37/93, 28/96

7 Владимир Козар, „Пребијање потраживања као правна последица стечаја“, *Правни живот*, бр. 5-6/2008, 27-39

8 Гордана Ајншпилер-Поповић, „Могућност компензације у току стечаја“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2010, 83

9 Михаило Велимировић, *Проблем принудне ликвидације (стечаја) привредних организација у Југославији*, Сарајево, 1965, 177; Јован Гуцуња, *Правно регулисање дужничко-поверилачких односа у случају престанка организација удруженог рада*, Нови Сад, 1980, 223.

10 Милена Јовановић – Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Београд, 2007, 76.

Постоји мишљење о да институт компензације у стечајном поступку треба правичније уредити,<sup>11</sup> јер се повериоцу „који је укључен у пребијање дугова“ омогућава да у целости наплати своје потраживање (под претпоставком да је износ тога потраживања исти или нижи од противпотраживања стечајног дужника), чиме се остали повериоци оштећују за разлику коју тај поверилац не би наплатио да није било пребијања, дакле у случају његовог сразмерног намирења у оквиру одговарајућег, најчешће трећег исплатног реда.

## II Општи услови пребијања потраживања

У правној науци истиче се да је компензација, у ствари, врста исплате.<sup>12</sup> Сврха пребијања јесте поједностављење поступка испуњења узајамних облигација чиме се настоји избећи двоструко плаћање. Најчешће се ради о два новчаним обавезама, где је компензација средство њиховог регулисања без употребе готовог новца.<sup>13</sup>

Постоје три законска услова који морају бити кумулативно испуњења да би настало пребијање, а то су: узајамност, истородност и доспелост.<sup>14</sup> Ови општи услови који су потребни за компензацију наводе се и у правној науци. Поред наведених услова, компензацибилност је четврти услов за компензацију.<sup>15</sup> У нашој правној науци и судској пракси ликвидност узајамних потраживања (да су неспорна, како у погледу основа, тако и у погледу износа) не тражи се као услов за пребијање.<sup>16</sup>

Пребијање не настаје чим се стекну услови за то, него је потребно да једна страна изјави другој да врши пребијање.<sup>17</sup> После изјаве о пребијању, до пребијања долази у моменту сусретау времену узајамних, истородних и доспелих потраживања у времену, а то је дан доспе-

---

11 Јован Кордић, Ђорђе Зечевих, Невена Словић, Јасмина Грчић, *Коментар Закона о стечају и националних стандарда*, 3 издање, Београд, 2013,140.

12 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986,131.

13 М. Јовановић – Zattila, В. Чоловић, 75.

14 Општи услови пребијања прописани су у чл. 336 ЗОО: Дужник може пребити потраживања која има према повериоцу са оним што овај потражује од њега, ако оба потраживања гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и исте каквоће и ако су оба доспела.

15 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1986,693.

16 Ж. Ђорђевић, В. Станковић,693.

17 ЗОО, чл. 337.

лости млађег потраживања.<sup>18</sup> Стога и затезна камата престаје да тече не од дате изјаве о пребијању, већ од дана сусрета тражбина.<sup>19</sup>

Изузетно, дуг се може пребити са застарелим потраживањем само ако оно још није било застарело у часу кад су се стекли услови за пребијање,<sup>20</sup> што значи да потраживање које је раније доспело није било застарело у моменту доспелости другог потраживања, иако је било застарело у време давања изјаве о пребијању. Наш законодавац се определио за владајуће схватање цивилистике савременог доба, да се застарела потраживања начелно не могу пребијати, уз изузетке у одређеним случајевима.<sup>21</sup>

Основни предуслов за пребијање јесте постојање потраживања, које одређеном лицу даје својство стечајног повериоца.<sup>22</sup> Међутим, акционар, односно оснивач банке или другог привредног друштва у стечају по основу власништва на акцијама није поверилац стечајног дужника, у смислу одредаба ЗС, нити може своје "потраживање" по основу власништва на акцијама, односно по основу улога у оснивачком капиталу, компензирати са против потраживањем које друштво, односно банка у стечају има према њему по неком другом основу (нпр. дуг из уговора о кредиту и сл.)<sup>23</sup> већ има право на део ликвидационе масе уколико преостане по намирењу поверилаца.<sup>24</sup> Јер, пребијањем би у суштини дошло до повлачења средства оснивача уложених у оснивачки капитал банке, што

---

18 Владимир Козар, „Пребијање потраживања у парницама поводом стечаја и ликвидације“, *Радноправни саветник*, бр. 6/2008, 53-69.

19 Такав став о времену сусрета узајамних потраживања као моменту наступања компензације и престанку главног дуга, који је правно релевантан и за престанак тока затезне камате, изражен је у пресуди Вишег привредног суда у Београду, Пж. 705/97 од 4.3.1997, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4868>, 15.04.2019.

20 ЗОО, чл. 339.

21 Сања Радовановић, Николина Мишчевић, „Једнострана компензација застарелог потраживања“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, бр. 4/2016, 1315-1334.

22 „Стечајни поверилац је лице које на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање према стечајном дужнику“ (ЗС, чл. 48).

23 Владимир Козар, „Пребијање потраживања акционара и банке у стечају“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008, 829-841

24 Према ставу судске праксе, акционар привредног друштва или банке у стечају, нема облигацио-правно потраживање према стечајном дужнику чији је он акционар по основу вредности акцијског капитала које поседује у том правном лицу односно по основу власништва на акцијама, већ има право на део ликвидационе масе уколико преостане по намирењу поверилаца. (из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 258/02 од 25.12.2002, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/18057>, 16.04.2019)

је противно одредби из чл. 12 ст. 4. Закона о банкама<sup>25</sup>, у коме је прописано да оснивачи банке не могу повлачити средства уложена у оснивачки капитал банке.<sup>26</sup>

У стечајном поступку долази до одступања од ових општих услова пребијања из ЗОО, која се примењују као *lex specialis*.

### III Посебни услови за остваривање права на пребијање потраживања у стечајном поступку

За остваривање права на пребијање у стечајном поступку закон тражи да су испуњена три посебна кумулативна услова и то: 1. да је право на пребијање стечено пре подношења предлога за покретање стечајног поступка;<sup>27</sup> 2. да је стечајни поверилац до истека рока за пријаву потраживања (који је преклузиван и не може дужи од 120 дана) суду доставио пријаву на целокупан износ потраживања<sup>3</sup> и да је стечајни поверилац суду уз пријаву потраживања, доставио и изјаву о пребијању. У супротном, поверилац губи право на пребијање.<sup>28</sup>

За пребијање није потребна сагласност друге стране.<sup>29</sup> Према ставу судске праксе, „сама чињеница да стечајни управник није прихватио изјаву пребијања не може лишити туженог права да у парничном поступку истиче компензациони приговор у односу на потраживање тужиоца.“<sup>30</sup>

25 Службени гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015

26 Мирослав Врховшек, Владимир Козар, „Потраживања акционара банке у стечају по основу власништва на акцијама“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, 954-967

27 Нпр. купац може потраживање стечајног дужника на име закупнине за период који је претходио отварању стечајног поступка, пребити са потраживањем које му припада према стечајном дужнику. Вид.: Весна Дабетић-Трогрић, „Тужбе из стечајног поступка“, *Билтен Привредног суда у Београду*, бр. 1/2015, 5, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/44474>, 15.04.2019.

28 ЗС, чл. 82 ст. 1 и 2. Вид.: Маријана Дукић Мијатовић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2010, 165.

29 „Да би дошло до пребијања потраживања није нужно да се друга страна у облигационом односу сагласи са пребијањем и да пребијање спроведе у пословним књигама али је нужно да јој изјава о пребијању буде дата, односно саопштена... Тужени није до истека рока за подношење пријаве потраживања у стечају доставио стечајном суду пријаву потраживања са изјавом о пребијању, па је по чл. 82. став 2. Закона о стечају изгубио право на пребијање.“ (пресуда Привредног апелационог суда, Пж 8197/2013 од 23.01. 2014, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/48738>, 16.04.2019)

30 Суд је даље навео да се „мора на поуздан и јасан начин утврдити да ли је изјава о пребијању дата у складу са чл. 82. ст. 2. у вези са чл. 80. ст. 1. ЗС, односно да ли је тужени као поверилац стечајног дужника, овде тужиоца, до истека рока за пријаву потраживања суду доставио пријаву на целокупан износ потраживања и изјаву о пребијању...“ (решење Привредног



Дакле, ако поверилац пре отварања стечаја није изјавио другој страни да врши пребијање у смислу чл. 337 ст. 1 ЗОО, после отварања стечаја није могуће вансудско пребијање на основу једностране изјаве стечајног повериоца, већ се пребијање врши по процедури прописаној у ЗС. Управо због тога поверилац треба да суду достави пријаву на целокупан износ потраживања, дакле, да не умањује пријављено потраживање за износ који ће се пребити са потраживањем стечајног дужника. У противном, изгубиће део потраживања у висини умањеног износа, јер ће услед пребијања пријављено потраживање бити пребијено са дужниковим потраживањем, без обзира што га је поверилац умањео.

Када се упореде општи услови пребијања из ЗОО и посебни услови пребијања потраживања у стечајном поступку из чл. 82 ст. 1 и 2 ЗС, долазимо до закључка да је за пребијање потраживања у стечајном поступку потребно да буду испуњена сва три општа услова (узајамност, истородност и доспелост), уз кумулативно испуњење посебних услова, те да се одступање састоји само у увођењу посебних услова (с тим се изјава о пребијању тражи и у општим и у посебним условима). У томе се састоји и разлика у односу на правни режим пребијања који је био установљен у ЗППСЛ, који у чл. 105-107 није тражио истородност и доспелост потраживања (а ни изјаву о пребијању), већ само узајамност, а није предвиђао ни посебне услове.<sup>31</sup> Наиме, и ЗС, као и ранији стечајни закони, као правну последицу стечаја предвиђа доспелост потраживања поверилаца према стечајном дужнику<sup>32</sup>, а посредно и конверзију неновчаних потраживања стечајних поверилаца у новчана. С друге стране, отварање стечајног поступка нема дејство на доспелост потраживања стечајног дужника од поверилаца.<sup>33</sup> Овде се мисли на доспе-

---

апелационог суда, Пж 6868/2013 од 29.01.2015, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/48725>, 16.04.2019).

31 У стечајном поступку који се водио по одредбама ЗППСЛ, потраживања која су се до дана отварања стечајног поступка могла пребити сматрала су се пребијеним и нису се пријављивала у стечајну масу. Пребијала су се и потраживања која нису доспела на дан отварања стечајног поступка, као и потраживања која нису гласила на новчани износ, с тим што је, према мишљењу правне теорије, у ова два случаја, за пребој била потребна и изјава о пребоју. Вид.: Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 1997, 335. Пребити су се могла и условна потраживања ако то одобри стечајно веће. Вид.: Андрија Ераковић, „Компензацијска изјава и приговор ради пребијања“, *Привреда и право*, бр. 7-8/1989, 196-197. Реч је о потраживањима из правних послова који су модификовани раскидним или одложним условом из чл. 74 ЗОО.

32 ЗС, чл. 81.

33 М. Васиљевић, 334.

лост потраживања стечајног дужника према његовим дужницима, који су истовремено и повериоци, када је у питању пребијање.

Међутим, ЗС у чл. 82 ст. 1, као посебан услов за пребијање тражи да је право на пребијање стечено пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, што значи да су пре подношења предлога за покретање стечајног поступка оба потраживања морала да буду доспела, а и истородна, сагласно општим условима из чл. 336. ЗОО. Јер ако оба истородна потраживања нису доспела пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, то значи да није стечено ни право на пребијање.

Спорно је да ли се право на пребијање може стећи пре подношења предлога за покретање стечајног поступка у смислу чл. 82 ст. 1 ЗС, ако су у време доспелости повериоцевог потраживања рачуни дужника у блокади. Јер, Закон о обављању плаћања правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају делатност<sup>34</sup>, у чл. 5 ст. 1 и 2 прописује да правна лица и предузетници не могу измиривати међусобне новчане обавезе пребијањем (компензацијом), уколико су њихови рачуни у тренутку плаћања блокирани ради извршења принудне наплате.<sup>35</sup>

Према ставу судске праксе, приговор компензације је недозвољен ако је изјава о компензацији „сачињена у време док је рачун тужиоца био у блокади.“<sup>36</sup> С друге стране, суд у цитираној пресуди није дао одговор на питање да ли је тужени могао да уз пријаву потраживања достави нову – једнострану изјаву о пребијању у смислу чл. 82 ст. 1 ЗС, као и да ли би тужени имао право на пребијање у стечају, без обзира што је у време доспелости његовог потраживања рачун дужника био у блокади, а имајући у виду да нови рачун стечајног дужника, који се отвара на захтев стечајног управника и на који се преносе новчана средства са блокираних

34 Службени гласник РС, бр. 68/2015

35 Идентична забрана компензације уведена је новелом чл. 46. ст. 2 и 3 Закона о платном промету, Службени лист СРЈ, бр. 3/2002, 5/2003, Службени гласник РС, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011, која је ступила на снагу 17.05.2011.

36 „У конкретном случају према одредби чл. 46 ст. 3. Закона о платном промету, који је био у примени у време давања изјаве о компензацији, 27.10.2011. године, искључена је могућност да правна лица и физичка лица која обављају делатност измирују обавезе пребијањем (компензацијом), јер овакав вид измирења обавезе у то време није био дозвољен, обзиром да је компензација сачињена у време док је рачун тужиоца био у блокади, па је иста противна принудним прописима и не производи правно дејство у смислу чл. 103 ЗОО, како је првостепени суд и закључио.“ (пресуда Привредног апелационог суда, Пж 9486/2013 од 25.12.2014, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/48726>, 16.04.2019).

рачуна, који се гасе (ЗС, чл. 79 ст. 3 и 4), у време подношења пријаве потраживања са изјавом о пребијању није у блокади. Позитиван одговор о стицању права на пребијање пре подношења предлога за покретање стечајног поступка без обзира на блокаду рачуна у принудној наплати, дакле о праву тужиоца да уз пријаву потраживања достави „*нову изјаву о пребоју*“. дат је у судској пракси: „Међутим, уколико се само посматра да ли је поверилац пре подношења предлога за покретање стечајног поступка стекао право на пребијање свог потраживања према стечајном дужнику са потраживањем стечајног дужника према њему, без да се упушта у оцену да ли је било могуће извршити пребој потраживања с обзиром на забрану у смислу члана 46. Закона о платном промету, те уколико су у овој ситуацији испуњена напред речена три услова (потраживања истородна, међусобна и доспела) онда је могуће извршити пребој потраживања у стечајном поступку у смислу члана 82. Закона о стечају, а с тим у вези поверилац не губи право на компензацију.“<sup>37</sup>

Новела члана 82. став 3. ЗС из јуна 2018предвиђа изузетак од наведених правила, прописујући да се посебне одредбе Закона о финансијском обезбеђењу<sup>38</sup> примењују на нетирање по основу превременог доспећа или престанка обавеза (*close-out netting*) по основу уговора о финансијском обезбеђењу и других финансијских уговора, као посебном модалитету пребијања. Специфичне одредбе о нетингу представљају одступање од општих принципа стечајног права.<sup>39</sup>

Како би се спречиле разне злоупотребе, пребијање није допуштено ако је стечајни поверилац потраживање стекао у последњих шест месеци пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка (нпр. ако му је уступљено од стране претходног повериоца уговором о цесији), а стечајни поверилац је знао или је морао знати да је дужник неспособан за плаћање или презадужен,<sup>40</sup> или ако су се услови за пребија-

---

37 Одговори на питања привредних судова утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 3. 4. и 26. 11.2015. и Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 30.11.2015, *Судска пракса привредних судова*, бр. 4/2015.

38 *Службени гласник РС*, бр. 44/2018

39 Тајјана Јованић, „Правна природа Споразума о нетирању и предуслови његове извршивости“, *Банкарство*, бр. 3-4/2008,38-52

40 „Правно су ирелевантни жалбени наводи о томе да тужилац није могао знати када ће бити поднет предлог за покретање стечајног поступка, те да се са основном надао да ће други повериоци прихватити унапред припремљени план реорганизације туженог, јер је из навода самог тужиоца изнетих у поступку неспорно следило да је у моменту стицања потраживања, односно закључења Уговора о цесији тужиоцу било познато да је тужени неспособан за пла-

ње стекли правним послом или другом правном радњом која се може побијати. Међутим, пребијање може бити допуштено ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора, или потраживање коме је враћено правно дејство успешним побијањем правног посла или друге правне радње стечајног дужника.<sup>41</sup>

#### IV Пребијање и у парницама поводом стечаја - „компензациона тужба“ и приговор

Поред материјално-правног дејства пребијања које се огледа у престанку обавезе, значајна је и процесно-правна димензија института пребијања – компензације, која се испољава у парничном поступку када тужени поднесе приговор ради пребијања или компензациону противтужбу.<sup>42</sup>

Ако пријављено потраживање стечајног повериоца које гласи на законску или уговорну компензацију буде оспорено у стечајном поступку, стечајни поверилац има право да поднесе тужбу парничном суду против стечајног дужника, а ради утврђења основаности оспореног потраживања које потиче из права на законску или уговорну компензацију. У правној теорији таква тужба стечајног повериоца названа је „компензациона тужба“.<sup>43</sup> Специфичност такве посебне врсте тужбе из стечајног поступка јесте у томе што она поред захтева за утврђење оспореног потраживања, садржи и захтев за утврђење права на пребијање, ако је то право спорно. Дакле, компензациона тужба може имати два кумулативна захтева. Ако потраживање није оспорено, већ стечајни управник оспорава само повериочево право на пребијање, због тога што нису испуњени посебни и/или општи законски услови за пребијање, тада компензациона тужба садржи само један тужбени захтев - за утврђење права на пребијање у смислу чл. 82 ЗС.

Насупрот изложеном мишљењу правне теорије, у судској пракси постоји став да „уколико стечајни управник оспори повериоцу право на пребијање из разлога који нису прописани чл. 83 ст. 1 ЗС, поверилац има право да на радњу стечајног управника уложи примедбу, о којој одлучује стечајни судија, применом чл. 113 ст. 6 ЗС. Уколико стечајни управник и

---

ћање.“ (пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 6753/13 од 16.1.2014, доступно на адреси, <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/48782,16.04.2019>.

41 ЗС чл. 83.

42 Владимир Козар, Немања Алексић, *Коментар закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, Београд, 2018, 181.

43 В. Дабетић-Трогрлић, 5.

након поновног разматрања захтева повериоца остане при одлуци да нису испуњени услови за пребијање, поверилац не може тужбом против стечајног дужника тражити утврђење права на пребијање.<sup>44</sup> Недопуштено компензационе тужбе образложена је недостатком закључка стечајног судије о упућивању на парницу, што је процесна претпоставка за допуштено тужбе против стечајног дужника из чл. 117 ст. 1 ЗС. Поред тога, „поверилац чије је потраживање признато, а оспорено право на пребијање, не може тужбом против стечајног дужника тражити ни утврђење свог потраживања, јер оно је већ утврђено закључком стечајног судије, не може тражити утврђење потраживања стечајног дужника као туженог и пребој тих потраживања.“<sup>45</sup> Дакле, према ставу судске праксе, и тужба са кумулативни захтевима, и тужба која садржи само захтев за утврђење права на пребијање морају се одбацити се недозвољене.<sup>46</sup>

С друге стране, у описаној ситуацији, ако је стечајни дужник поднео тужбу против стечајног повериоца, ради наплате неког свог потраживања, стечајни поверилац може поднети компензациону противтужбу, ако су испуњене процесне претпоставке из чл. 117. ЗС, у коме је прописано да поверилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу, односно на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене, односно настави у року од 15 дана од дана пријема закључка упућивању

Под истим условима стечајни дужник може поднети и приговор ради пребијања. Међутим, „неподношењем пријаве потраживања са изјавом о пребијању до истека рока за пријаву потраживања у поступку стечаја, гасе се повериочева права према стечајном дужнику, због чега поверилац неблагоприятно пријављеног потраживања губи и право пребијања тог потраживања према стечајном дужнику.“<sup>47</sup> У том случају биће одбијен компензациони приговор, уз образложење даје „тужени пропустио да до истека рока за пријаву потраживања у стечајном поступку над

---

44 Из решења Привредног апелационог суда, Пж 6219/2016 од 11.1.2017, *Судска пракса привредних судова*, бр. 1/2017), доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/52451>, 16.04.2019

45 *Ibid.*

46 Одговор Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 3, 4. и 26.11.2015. и Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 30.11.2015, *Судска пракса привредних судова*, бр. 4/2015

47 Пресуда Врховног касационог суда. Прев 237/2016 од 18.5.2017. *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54504>, 16.04.2019.

тужиоцем достави пријаву потраживања и изјаву о пребоју, па је сагласно члану 82. став 2. Закона о стечају изгубио право на пребијање.<sup>48</sup> Пријава потраживања и закључак о упућивању на парницу је процесна претпоставка за одлучивање о приговору ради пребијања, чији недостатак доводи његовог одбацивања.<sup>49</sup> Ако тужени није уз пријаву потраживања у стечајном поступку над тужиоцем доставио и изјаву о компензацији (пребијању) не може истицати у парници приговор компензације, па првостепени суд у таквој ситуацији приговор одбацује, као недозвољен.<sup>50</sup>

Према ставу судске праксе, у поступку по тужби стечајног дужника против повериоца ради наплате потраживања у погледу кога је поверилац поднео изјаву о пребијању, које стечајни управник није прихватио, стечајни поверилац би могао истицати приговор пребијања о коме одлучује парнични суд. На основу такве пресуде, којом би суд пребио потраживања до висине мањег, може се вршити исправка коначне листе потраживања, тако што би признато потраживање стечајном повериоцу било умањено за износ који је стављен у пребој.<sup>51</sup> Како је и приговор пребијања има обележје тужбеног захтева, с обзиром да одлука о приговору подлеже правноснажности,<sup>52</sup> није довољно јасно зашто суд сматра да није дозвољена тужба за утврђење права на пребијање („компензациона тужба“), а јесте приговор ради пребијања. При томе, примедба на одлуку стечајног управника да не призна право на пребијање, о којој одлучује

---

48 *Ibid.*

49 „Ако потраживање туженог истакнуто приговором ради пребијања није оспорено и није донет закључак о упућивању на парницу, приговор ће бити одбачен као недозвољен зато што није испуњена процесна претпоставка за вођење парнице, односно за допуштеност захтева истакнутог приговором ради пребијања против тужиоца као стечајног дужника, јер и приговор ради пребијања има обележје тужбеног захтева, с обзиром да одлука о приговору ради пребијања подлеже правноснажности, због чега и за приговор ради пребијања мора бити испуњена процесна претпоставка као и за тужбу, а то је закључак о упућивању на парницу“. (пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 4259/07 од 8.11.2007, *необјављена, из збирке аутора*).

50 Одговор Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 7. и 8. 11.2016. и Одељења за привредне преступе од 10.11.2016, *Судска пракса привредних судова*, бр. 4/2016

51 Пресуда Врховног касационог суда Прев 237/2016 од 18.5.2017. године, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/54504>, 16.04.2019.

52 „Одлука суда о постојању или непостојању противпотраживања захваћена је правном снагом пресуде. Новој парници у којој би о истом (тужениковом) потраживању било правноснажно одлучено, противи се принцип непоновљивости.“, Боровије Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, 219; О истицању приговора ради пребијања и литиспенденцији у: Александар Радованов, *Грађанско процесно 1. измењено и допуњено издање*, Нови Сад, 2009, 162

стечајни судија, применом чл. 113 ст. 6 ЗС, није делотворно правно средство,<sup>53</sup> а ставом о недопуштености „компензационе тужбе“ повређује се и право на правично суђење. Проблем судске заштите права на пребијање постаје још израженији након продаје стечајног дужника као правног лица,<sup>54</sup> када долази до раздвајања пасиве од активе.<sup>55</sup> Пасива остаје на терет стечајне масе, према којој се поступак стечаја наставља, а сва актива (облигациона права, покретне и непокретне ствари и друга имовинска права) остаје правном лицу које као стечајни дужник продато и против кога је стечајни поступак обустављен.<sup>56</sup> То значи да ће правно лице моћи да тужи свог дужника и наплати потраживање у пуном износу, а дужник (стечајни поверилац) ће из стечајне масе у односу на коју се поступак стечајнаставља, моћи да наплати, по правилу, само део свог потраживања (сразмерно висини потраживања и расположивим средствима), које му је стечајни управник признао, истовремено оспоравајући право на пребијање. Другим речима, након раздвајања пасиве од активе више нема узајамности потраживања правног лица и стечајног повериоца. Јер, дужник стечајног повериоца је стечајна маса, а не правно лице, па у парници по тужби правног лица стечајни поверилац неће моћи да, са успехом, истакне приговор пребијања.

### **V Немогућност пребијања потраживања према стечајном дужнику са потраживањем стечајне масе**

У време важења ЗППСЛ није било дозвољено "пребијање потраживања од дужника са потраживањем стечајне масе."<sup>57</sup> Потраживање стечајне масе је такво потраживање које настало у току стечајног поступка, нпр. у "радном стечају" када је стечајни дужник, обављајући одређену привредну активност, испоручио купцу одређену робу, или пружио одређену услугу, па од свог дужника, који је истовремено и стечајни поверилац, потражује цену, односно накнаду.

---

53 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, у чл. 36 ст. 2, прописује да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

54 ЗС, чл. 135 и 136.

55 Марко Марјановић, „Правне последице продаје стечајног дужника као правног лица“, *Право и привреда*, вол. 49, бр. 1-3/2012, 63.

56 Владимир Козар, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2004, 206

57 Према чл. 107 ЗППСЛ потраживања од дужника која су настала пре дана отварања стечајног поступка не могу се пребити са потраживањем стечајне масе које је настало после дана отварања тог поступка.

Основно начело стечајног поступка је равномерно намирење поверилаца из стечајне масе, а оваквим пребијањем дошло би до ремећења равномерног намирења, јер потраживање стечајне масе произлази из саме стечајне масе, њеним економским ангажовањем у обављању одређених правних послова или депоновањем новчаних средстава у банци. Зато банка, иако је стечајни поверилац не може пребити своје потраживање, које је настало пре дана отварања стечајног поступка (нпр. по основу уговора о кредиту), са потраживањем стечајне масе по основу средстава депонованих у банци након отварања стечајног поступка, јер депонована средства служе за равномерно намирење свих стечајних поверилаца.<sup>58</sup>

Забрана пребијања потраживања стечајних поверилаца, која су настала пре отварања стечајног поступка, са потраживањем стечајне масе које је настало после отварања стечајног поступка, била је прихваћена и од стране судске праксе, настале у примени ЗППСЛ,<sup>59а</sup> примењује се и након ступања на снагуЗС, на основу начела равномерног намирења, без обзира што овај закон нема изричите одредбе.

Међутим, ова забрана се не би односила на обавезе стечајне масе, јер су то дугови стечајног дужника који су настали после отварања (покретања) стечајног поступка, па би повериоци стечајне масе своја потраживања (која представљају обавезе стечајне масе) могли пребити са противпотраживањима које стечајна маса има према њима (потраживања стечајне масе - која су настала такође после отварања стечајног

---

58 Забрана пребијања не односи на потраживања из уговора закључених пре отварања стечаја над депонентом, као што је наменски орочени депозит, који представља пример залагања потраживања, када је заложни поверилац истовремено и дужник залогодавца, у смислу чл. 10 ст. 1 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011 (други закон). Вид.: Владимир Врховшек, Владимир Козар, „Обезбеђење потраживања залогом на правима“, *Правни живот*, бр. 10/2015,472.

59 „Није спорно да је над дужником отворен стечајни поступак решењем од 26. јануара 1995. године, да је потраживање туженог према тужиоцу ... настало до 15. септембра 1994. године, а да је потраживање тужиоца у стечају, односно стечајне масе према туженом настало у мају и јуну 1995. године... Код оваквог стања ствари, првостепени суд је на правилно утврђено чињенично стање погрешно применио материјално право када је нашао да је наступио пребој потраживања, у смислу чл. 105. ЗППСЛ. Према одредби чл. 105. овог закона, пребијају се потраживања која су настала пре отварања стечајног поступка и то доспела и недоспела. У конкретном случају потраживање тужиоца настало је после отварања стечајног поступка. Стога је Виши привредни суд преиначио првостепену пресуду и усвојио тужбени захтев тужиоца пошто нису испуњени услови за компензацију потраживања.“ (решење Вишег привредног суда у Београду Пж. 9539/96 од 27.12.1996, доступно на адреси: <http://www.propision-line.com/Practice/Decision/4362>, 18.04.2019).



поступка) и то по општим правилима облигационог права. Другим речима, могу се пребити обавезе стечајне масе са „потраживањима стечајне масе“. Нпр. поверилац потражује цену за испоручену робу или пружену услугу, након отварања стечајног поступка, а стечајни дужник потражује закупнину за коришћење пословног простора од стране повериоца, у периоду после отварања стечајног поступка по основу уговора о закупу.

## VI Закључак

За остваривање права на пребијање у стечајном поступку, поред општих услова, закон тражи да су испуњена и три посебна кумулативна услова у погледу стицања права на пребијање пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, пријаве целокупног потраживања и изјаве о пребијању.

Уколико стечајни управник оспори и пријављено потраживање и право на пребијање, стечајни поверилац има право да поднесе „компензациону тужбу“, која поред захтева за утврђење оспореног потраживања, садржи и кумулативни захтев за утврђење права на пребијање. Ако потраживање није оспорено, већ стечајни управник оспорава само право на пребијање, тада компензациона тужба садржи само један тужбени захтев - за утврђење права на пребијање. У судској праски постоји и супротно мишљење, према комеуколико је оспорено право на пребијање, поверилац може уложити примедбу стечајном судији, али не може да тужбом тражи утврђење права на пребијање. Ставом о недопуштености „компензационе тужбе“ и примедби као једином правном леку против одлуке стечајног управника о оспоравању права на пребијање, повређује се право на правично суђење и право на правно средство.

У поступку по тужби стечајног дужника против повериоца ради наплате потраживања, у погледу кога је поднео изјаву о пребијању, које стечајни управник није прихватио, стечајни поверилац може истаћи приговор ради пребијања о коме одлучује парнични суд. На основу пресуде којом суд пребија потраживања, исправља се коначна листа потраживања, умањењем признатог потраживања за износ који је стављен у пребој.

Потраживања од дужника која су настала пре дана отварања стечајног поступка не могу се пребити са потраживањем стечајне масе које је настало после дана отварања тог поступка.

**Vladimir KOZAR, PhD**

**Associate Professor at Law School for Economics and Judiciary of the University Business Academy in Novi Sad**

**Nemanja ALEKSIĆ, PhD**

**Attorney at law, Law Office "Aleksić & Associates" in Novi Sad**

## **SET-OFF IN THE BANKRUPTCY PROCEEDINGS**

### **Summary**

*The paper presents the legal provisions, the views of jurisprudence, as the opinion of the legal science, on the set-off in the insolvency proceedings. Applicable Law on bankruptcy from 2009 introduces the new concept of legally permissible and limited set-off. Previous Act on insolvency procedure from 2004 has not regulated this topic, and lack of specific regulation in that period led to the development of judicial practice. The Law on compulsory reorganization, bankruptcy and liquidation from 1989 applied the principle of obligatory set-off. In this study the author dealt with the legal aspects of set-off. Particular attention was paid to the specific legal requirements for acquiring the right to bail out claims in bankruptcy proceedings. The rules of the civil proceedings for the counter-claim were analyzed.*

**Key words:** *Law on bankruptcy; creditor, debtor, claim, set-off, counter-claim*

## (НЕ)НАМИРЕЊЕ ИЗВРШНОГ ПОВЕРИОЦА ПРИМЕНОМ ЧЛАНА 153. ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

### Резиме

Одредбом члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу<sup>1</sup> је прописано да ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник непокретности, заложни поверилац назначава у предлогу за извршење залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи намирење на непокретности. Акти суда и јавног извршитеља и писмена странака и других учесника у поступку достављају се и новом власнику непокретности. Норма на први поглед изгледа јасно, али у пракси приликом примене изазвала је велике проблеме. Као прво, појавило се спорно право заложног дужника на правни лек, а затим и проблем наплате потраживања извршног повериоца у случају када је извршни дужник у стечају или је пак, брисан из регистра привредних субјеката, без обзира на чињеницу што је заложни дужник активно привредно друштво, односно постојеће физичко лице. Стога је намера аутора да разјасни међусобни однос члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу, члана 93. Закона о стечају<sup>2</sup> и члана 222. Закона о парничном поступку<sup>3</sup>, као и практичну примену истих на извршни поступак у случају када се примењује члан 153. Закона о извршењу и обезбеђењу.

**Кључне речи:** извршење, стечај, непокретност, извршни поверилац, извршни дужник, заложни дужник

---

\* председник Привредног апелационог суда

1 Службени гласник РС, бр. 106 од 21. децембра 2015. године

2 Службени гласник РС, бр. 104 од 16. децембра 2009. године, 99 од 27. децембра 2011. – др. Закон, 71 од 25. јула 2012. године – УС, 83 од 05. августа 2014. године, 113 од 17. децембра 2017. године, 44 од 08. јуна 2018. године и 95 од 08. децембра 2018. године

3 Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018

## I Увод

Закон о извршењу и обезбеђењу прописује у одредби члана 59.<sup>4</sup> садржину предлога за извршење на основу извршне исправе, а у члану 62.<sup>5</sup> садржину предлога за извршење на основу веродостојне исправе. Одредба члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу, поред извршног дужника, уводи у поступак и заложног дужника, који није истовремено и извршни дужник. Према члану 24. Закона о хипотеци<sup>6</sup> хипотекарни поверилац има право да намири своје потраживање из вредности хипотековане непокретности, без обзира у чијој се својини или државини непокретност налази. Намирење извршног повериоца се спроводи у складу са Законом о хипотеци, односно у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, а када су у

4 Закон о извршењу и обезбеђењу- ЗИО, чл. 59

У предлогу за извршење назначавају се идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику (члан 30), извршна исправа, потраживање извршног повериоца, једно средство или један предмет или више средстава и предмета извршења, и други подаци који су потребни за спровођење извршења.

Уз предлог за извршење прилаже се извршна исправа у оригиналу, овереној копији или препису, и друга исправа одређена овим законом, с тим што извршна исправа мора да садржи потврду о извршности.

Али ако се предлог за извршење подноси суду који је у првом степену одлучивао о потраживању извршног повериоца, уз њега се не прилаже извршна исправа, а и ако се приложи, не мора да садржи потврду о извршности.

Предлог за извршење подноси се најмање у четири примерка.

5 ЗИО, чл. 62

У предлогу за извршење на основу веродостојне исправе назначавају се идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику (члан 30), веродостојна исправа, потраживање извршног повериоца, једно средство или један предмет, или више средстава и предмета извршења, и други подаци и исправе који су потребни за спровођење извршења.

Предлог за извршење на основу веродостојне исправе садржи и захтев да суд обавезе извршног дужника да намири новчано потраживање извршног повериоца с одмереним трошковима поступка у року од осам дана, а у меничним споровима у року од пет дана од дана достављања решења, и захтев да се одреди извршење ради намирења новчаног потраживања извршног повериоца и трошкова поступка.

Извршни поверилац дужан је да уз предлог приложи веродостојну исправу у оригиналу, овереној копији или препису. Страну веродостојну исправу судски преводилац претходно преводи на језик који је у службеној употреби у суду.

Ако су странке закључиле споразум о месној надлежности, извршни поверилац може тражити у предлогу за извршење да се, ако поступак буде настављен као по приговору против платног налога, настави пред судом који је надлежан по споразуму о месној надлежности. Извршни поверилац дужан је да уз предлог приложи споразум о месној надлежности.

6 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015)

питању пореска потраживања у складу са законом којим се уређује наплата пореских потраживања на непокретностима.

Закон о извршењу и обезбеђењу у трећем делу, Прва Глава, прописује поступак извршења ради намирења новчаног потраживања на непокретностима. Управом у одредби члана 153. прописује садржину предлога за извршење у ситуацији када је извршни дужник ради обезбеђења потраживања повериоца заложио своју непокретност коју је након тога, а пре покретања извршног поступка, отуђио. У том случају у предлогу за извршење као извршни дужник означава се залогодавац, уз означавање новог власника, који је дужан да трпи намирење на непокретности. Нови власник није дужник извршног повериоца за новчано потраживање, али је као заложни дужник дужан да трпи намирење на непокретности до висине потраживања извршног повериоца према извршном дужнику.

Одредбом члана 222. Закона о парничном поступку<sup>7</sup> прописано је, између осталог, да суд утврђује прекид поступка када странка умре, када странка која је правно лице престане да постоји и када наступе правне последице отварања стечајног поступка.

Према одредби члана 238. Закона о привредним друштвима<sup>8</sup>, друштво престаје да постоји брисањем из регистра привредних субјеката, по основу спроведеног поступка ликвидације (добровољне или принудне),

---

7 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018), чл. 222

Суд утврђује прекид поступка кад:

- 1) странка умре;
- 2) странка изгуби парничну способност;
- 3) законски заступник странке умре или престане његово овлашћење за заступање;
- 4) странка која је правно лице престане да постоји, односно кад надлежни орган правноснажно одлучи о забрани рада;
- 5) наступе правне последице отварања поступка стечаја;
- 6) услед ратног стања или ванредних догађаја престане рад у суду;
- 7) је то другим законом прописано.

8 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. Закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018, чл. 238

Друштво престаје да постоји брисањем из регистра привредних субјеката, по основу:

- 1) спроведеног поступка ликвидације или принудне ликвидације у складу са овим законом;
- 2) спроведеног поступка стечаја у складу са законом којим се уређује стечај;
- 3) статусне промене која има за последицу престанак друштва.

спроведеног поступка стечаја и статусне промене која има за последицу престанак друштва.

Правне последице отварања стечајног поступка наступају даном објављивања огласа на огласној табли<sup>9</sup>, а једна од последица јесте и забрана извршења и намирења из члана 93. Закона о стечају. Ова последица подразумева да се од дана отварања стечајног поступка не може против стечајног дужника, односно над његовом имовином одредити и спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења, осим извршења која се односе на обавезе стечајне масе и трошкове стечајног поступка и прекид свих извршних поступака и поступака обезбеђења у којима је извршни дужник стечајни дужник.

Следом реченог предмет разматрања поред права на правни лек власника непокретности, односно заложног дужника, су и две ситуације које су се појавиле у судској пракси:

1. када је извршни дужник истовремено стечајни дужник, при чему се разликују две ситуације:

а) да је стечај над извршним дужником отворен пре подношења предлога за извршење, и

б) да је стечај над извршним дужником отворен током извршног поступка;

2. када је извршни дужник престао да постоји – брисан из регистра привредних субјеката, где се такође разликују две ситуације, зависно од тога да ли је брисање уследило пре или након покретања извршног поступка.

## **II Право власника непокретности – заложног дужника на правни лек**

Закон о извршењу и обезбеђењу је чланом 73.<sup>10</sup> дао право на жалбу извршном повериоцу и извршном дужнику против решења о извршењу

---

9 Закон о стечају - ЗС, чл. 73 ст. 1

Правне последице отварања стечајног поступка наступају даном објављивања огласа о отварању поступка на огласној табли суда.

10 ЗИО, чл. 73

Извршни дужник може да побија жалбом решење о извршењу.

Извршни поверилац може жалбом да побија решење о одбацивању предлога за извршење или решење о одбијању предлога за извршење или решење о извршењу којим је прекорачен његов захтев.

донетог по предлогу за извршење на основу извршне исправе. Овом одредбом се не даје изричито право на жалбу и заложном дужнику, власнику непокретности, који трпи намирење на непокретности. Стога се основано може поставити питање да ли заложни дужник има право на жалбу.

У члану 2. став 1. тачка 3. Закона о извршењу и обезбеђењу, који носи назив: „Значење појединих израза“, „извршни дужник“ означава лице према коме се потраживање намирује у извршном поступку или обезбеђује у поступку обезбеђења. Стога је власник непокретности као заложни дужник истовремено и извршни дужник, јер трпи намирење на својој непокретности.

Закон о извршењу и обезбеђењу предвиђа жалбу, као правни лек којим се побија решење првостепеног суда или јавног извршитеља, ако законом није одређено да жалба није дозвољена или да се такво решење побија приговором.<sup>11</sup> Стога, из наведених норми следи да власник непокретности – заложни дужник има право на правни лек – жалбу под истим условима и из истих разлога као и извршни дужник. Наведено становиште изражено је и у решењу Привредног апелационог суда Иж 1683/17 од 20.02.2018. године:

„ ... Тумачење одредби Закона о извршењу и обезбеђењу тако да се ускрати право на жалбу власнику непокретности у извршном поступку, значило би да власник непокретности има неједнак правни положај када се хипотекарна непокретност продаје вансудски и у судском поступку.

Другачијим тумачењем чланова 73., 2 и 153. Закона о извршењу и обезбеђењу власнику непокретности би се ускратило право на правни лек које је гарантовано чл. 36. ст.2. Устава Републике Србије. Према наведеном члану свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу. У овом случају одлучује се управо о праву власника непокретности на имовину, гарантовано чл. 58. Устава.

... Изостанак одредбе која директно регулише право власника непокретности на правни лек представља правну празнину, коју је суд

---

Ако се побија само део решења о извршењу којим су одмерени трошкови извршног поступка, чини се то приговором.

11 ЗИО, чл. 24 ст. 2

Жалбом се побија решење првостепеног суда или јавног извршитеља, ако овим законом није одређено да жалба није дозвољена или да се такво решење побија приговором.

овлашћен и дужан да превазиђе сходно чл. 142 Устава Републике Србије, тумачењем одредби чланова 2, 73. и 153. Закона о извршењу и обезбеђењу тако да се обезбеди гаранција из чл. 36. Устава Републике Србије и чл. 13. Конвенције за заштиту људских права и слобода која ратификацијом представља део правног система Републике Србије.“

### **III Примена члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу у случају отварања стечајног поступка над извршним дужником**

Како је одредбом члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу прописало да, ако је после стицања заложног права на непокретности промењен власник непокретности, заложни поверилац у предлогу назначава залогодавца као извршног дужника, поставља се питање да ли ће извршни суд у тој ситуацији дозволити извршење, с обзиром на одредбу члана 93. став 1. Закона о стечају, која прописује да се од отварања стечајног поступка не може против стечајног дужника, односно над његовом имовином одредити и спровести принудно извршење.

Одговор на ово питање налази се у тумачењу одредбе члана 93. став 1. Закона о стечају и циља стечајног поступка. Циљ стечајног поступка је најповољније намирење стечајних поверилаца.<sup>12</sup> Стечајни повериоци се намирују из стечајне масе, коју чине новчана средства стечајног дужника на дан отварања стечаја, новчана средства остварена током стечајног поступка (наставком започетих послова, уновчењем ствари и права и наплатом потраживања стечајног дужника од његових дужника).<sup>13</sup> Сврха одредбе члана 93. став 1. Закона о стечају је да заштити имовину стечајног дужника која чини стечајну масу и омогући повериоцима једнак третман и равноправно намирење.<sup>14</sup>

У ситуацији када је у предлогу означен извршни дужник који је у стечају и заложни дужник – власник непокретности, то значи да непо-

---

12 ЗС, чл. 2

Циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.

13 ЗС, чл. 138 ст. 1

Стечајну масу за поделу стечајним повериоцима (деообну масу), чине новчана средства стечајног дужника на дан отварања стечајног поступка, новчана средства добијена настављањем започетих послова и новчана средства остварена уновчењем ствари и права стечајног дужника, као и потраживања стечајног дужника наплаћена у току стечајног поступка.

14 ЗС, чл. 4

У стечајном поступку свим повериоцима обезбеђује се једнак третман и равноправан положај поверилаца истог исплатног реда односно исте класе у поступку реорганизације.



кретност на којој се спроводи извршење није имовина извршног дужника (сада стечајног дужника), због чега и није у његовој стечајној маси.<sup>15</sup>

Из наведеног следи да се забрана извршења из члана 93. став 1. не односи на имовину која није имовина стечајног дужника, односно која није у стечајној маси стечајног дужника, због чега нема сметњи да се дозволи и спроведе извршење намирењем извршног повериоца из вредности заложене непокретности (која је власништво заложног дужника).<sup>16</sup>

Извршни поверилац евентуалну разлику до пуног износа свог потраживања, може остварити у стечајном поступку. У сваком случају има обавезу да о износу намирења из овог извршног поступка обавести стечајног управника. За износ наплаћеног потраживања умањује се

---

15 Из решења Привредног апелационог суда Иж 352/19 од 21.03.2019. године:

„Стога је правилно првостепени суд применио члан 153 став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу који прописује да ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник непокретности, заложни поверилац назначава у предлогу за извршење залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи немирење на непокретности. Без обзира што је залогодавац у стечају, он у смислу члана 153 Закона о извршењу и обезбеђењу мора бити означен као извршни дужник с тим да се извршење одређује само на непокретностима који су предмет залогa, а не може се одредити на осталој имовини стечајног дужника јер она улази у стечајну масу. Имовина на којој је предложено извршење, по обавештењу стечајног управника није у стечајној маси ... ДОО. Наведено није супротно члану 93 Закона о стечају, јер исти прописује забрану одређивања и спровођења извршења над имовином стечајног дужника, а предметне непокретности нису део имовине залогодавца-стечајног дужника.“

16 Из решења Привредног апелационог суда Пвж 686/18 од 30.01.2019. године:

„У конкретном случају, потраживање према стечајном дужнику обезбеђено је и на имовини трећег лица. У односу на ту имовину је у току извршни поступак пред Основним судом у У. који је прекинут, као последица одређивања мере обезбеђења у претходном стечајном поступку, из члана 62 став 2 тачка 4 Закона о стечају. У наведеном извршном поступку стечајни дужник је означен као извршни дужник. То значи да је пред Основним судом у У. у току извршни поступак, који је прекинут, против стечајног дужника, као извршног дужника, али да се извршење спроводи на имовини трећег лица, која имовина није у стечајној маси стечајног дужника. Самим тим забрана извршења из члана 93 став 2 Закона о стечају се, у конкретном случају, не односи на овај извршни поступак због чега нема сметњи да се исти настави у односу на имовину трећег лица. Наведени поступак се не може спроводити уколико би предмет извршења била имовина или новчана средства стечајног дужника, о чему извршни суд пази по службеној дужности. Све док је предмет извршења имовина трећег лица нема разлога за прекид или обуставу поступка извршења, односно исти поступак се може наставити. За износ за који се евентуално намири извршни поверилац у том поступку, смањује се потраживање жалиоца, као повериоца у стечајном поступку. Жалилац је дужан да обавести стечајни суд ради корекције коначне листе потраживања, а у противном чини кривично дело прописано одредбом члана 204 а Закона о стечају.“

потраживање повериоца према извршном дужнику – стечајном дужнику у стечајном поступку.

С обзиром на наведено, намеће се и одговор за другу спорну ситуацију: како поступити када је стечајни поступак отворен над извршним дужником у току трајања извршног поступка. Одговор према већ реченом је да извршни поступак не треба прекидати, јер се извршење не спроводи на имовини – непокретности стечајног дужника (у извршном поступку извршни дужник).

Између осталог, у интересу је и стечајног дужника и његових поверилаца да се извршни поверилац намири ван стечајног поступка (мимо стечајне масе), што повећава проценат намирења њихових потраживања.

#### **IV Примена члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу у случају престанка извршног дужника**

Привредно друштво престаје брисањем из регистра привредних субјеката<sup>17</sup>. Брисањем, привредно друштво губи страначку способност. То значи да брисано привредно друштво не може бити означено као извршни дужник у предлогу за извршење, па ни у случају када је пре брисања непокретност пренео на треће лице (новог власника – заложног дужника).<sup>18</sup>

---

17 ЗОПД, чл. 238

Друштво престаје да постоји брисањем из регистра привредних субјеката, по основу:

- 1) спроведеног поступка ликвидације или принудне ликвидације у складу са овим законом;
- 2) спроведеног поступка стечаја у складу са законом којим се уређује стечај;
- 3) статусне промене која има за последицу престанак друштва.

18 Из решења Привредног апелационог суда Иж 1730/17 од 07.12.2017. године „Правилан је закључак првостепеног суда да се одредбе члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу о означавању извршног дужника из заложне изјаве, може односити само на ситуацију када је извршни дужник активно привредно друштво, а како је у предметној правној ствари извршни поверилац као извршног дужниказначио "АА" из Б. која је брисана из Регистра привредних друштава дана 19.03.2015. године, то је по налажењу Привредног апелационог суда правилан закључак првостепеног суда да се у описаној ситуацији не може применити одредба члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу, односно да извршни поверилац као извршног дужника не може означити Привредно друштво које је престало да постоји.“

Заложни дужник не може бити означен у предлогу као извршни дужник, јер он, како је већ речено, има обавезу да трпи намирeње на непокретности, а не да намири потраживање извршног повериоца.<sup>19</sup>

Уколико би пак, у предлогу за извршење заложни дужник и био означен као извршни дужник, тада не би били испуњени услови ни за одређивање, а самим тим ни за спровођење извршења.<sup>20</sup>

Из наведеног произлази да је намирeње повериоца у случају брисања извршног дужника из регистра привредних субјеката, у случају када је дужник као залогодавац отуђио непокретност, није могуће применити члан 153. Закона о извршењу и обезбеђењу. Повериоцу преостаје да у другом судском поступку издејствује извршну исправу у односу на заложног дужника и на основу те извршне исправе намири своје потраживање из заложене непокретности.<sup>21</sup>

---

19 Из решења Привредног апелационог суда Иж 970/17 од 20.07.2017. године:

„У конкретном случају је заложна изјава дата од стране другог правног лица, а не овде означеног дужника, а после давања заложне изјаве је промењен власник непокретности на којој је дата заложна изјава. У таквој ситуацији је нови власник дужан да трпи намирeње на непокретности, али се у предлогу за извршење мора означити залогодавац као извршни дужник. Пошто то тако није урађено, онда је побијано решење првостепеног суда морало да буде преиначено.“

20 Из решења Привредног апелационог суда Иж 258/19 од 07.03.2019. године:

„Имајући у виду да је извршни поверилац у конкретном случају у предлогу за извршење као извршног дужника означио треће лице које је власник непокретности, које је својину стекло након заснивања заложног права, а које истовремено није и извршни дужник из извршне исправе и то решења општинског суда о заснивању заложног права које има природу судског поравнања, то у конкретном случају нису испуњени услови да се по таквом предлогу извршног повериоца и одреди и спроведе извршење у односу на означеног извршног дужника. На могућност одређивања и спровођења извршења није од утицаја чињеница да је извршни поверилац навео да је залогодавац треће лице које је брисано из регистра, јер ово навођење не мења природу поднетог предлога у коме су означени извршни поверилац и извршни дужник и то управо треће лице као нови власник.

Тачно је да је у конкретном случају отежано намирeње извршног повериоца, али је одредба члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу која се примењује у конкретном случају јасна и у складу са тим се одлука мора донети применом наведене законске одредбе, јер иста није проглашена неуставном, нити је измењена у одговарајућој процедури. ...

... Међутим, основано се жалбом извршног дужника указује да у конкретном случају нису били испуњени услови да суд одреди предложено извршење, јер означено правно лице као извршни дужник није извршни дужник из извршне исправе, није залогодавац, а извршни и заложни дужник из извршне исправе, односно достављених решења о заснивању заложног права је брисан из регистра 19.03.2015. године, а што значи пре подношења конкретного предлога за извршење.“

21 Из решења Привредног апелационог суда Иж 258/19 од 07.03.2019. године:

Међутим, у случају престанка – брисања извршног дужника из регистра привредних субјеката током извршног поступка, извршни поступак се применом члана 39. Закона о извршењу и обезбеђењу и сходном применом члана 222. став 1. тачка 4. Закона о парничном поступку прекида. Како је извршни дужник престао да постоји, то извршни поступак неће бити настављен уколико је брисање уследило на основу решења о закључењу стечајног или пак, ликвидационог поступка. Међутим, када је поступак прекинут због статусне промене, исти може бити настављен у односу на правног следбеника извршног дужника.

### Закључак

Чланом 153. Закона о извршењу и обезбеђењу није постигнута намера законодавца: ефикасно намирење извршног повериоца из предмета обезбеђења потраживања. Норма је у примени изазвала дилеме које је једним делом решила судска пракса. Међутим, пут ка наплати потраживања извршног повериоца у случају брисања - престанка извршног дужника и поред чињенице постојања заложног дужника је отежан и изискује вођење нових поступака, чиме се умањује смисао обезбеђења потраживања. Због свега наведеног одредба члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу новим изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу мора бити измењена у правцу олакшања намирења извршног повериоца.

---

„Указивање извршног повериоца да је његов положај отежан и да не постоји други начин да се одреди и спроведе извршење према непокретности која је оптерећена и чињеницу да терет прати непокретност и након промене власника исте, није од утицаја на могућност остварења овог права извршног повериоца у извршном поступку, с обзиром на садржину одредбе члана 153. Закона о извршењу и обезбеђењу и с обзиром на чињеницу да у конкретном случају не постоји извршни дужник, па у складу са тим се и не може поднети предлог, јер нема услова за означавање извршног дужника, па тако ни трећег лица које ће трпети спровођење извршења. Извршни поверилац у овој ситуацији има могућност да своје право оствари у другом одговарајућем судском поступку у коме ће тражити да има право намирења свог доспелог потраживања из одговарајуће извршне исправе и у коме ће се расправити и сва спорна питања која су изнета како у жалби извршног дужника, тако и у одговору на жалбу извршног повериоца и што ће представљати нову извршну исправу на основу које ће моћи да се спроведе извршење.“

*Jasminka OBUČINA*

(NON)EXECUTION OF THE EXECUTIVE CREDITOR  
BY THE APPLICATION OF THE ARTICLE 153  
OF THE LAW ON ENFORCEMENT AND SECURITY

*Summary*

*Pursuant to Article 153 of the Law on Enforcement and Security Interest<sup>22</sup> prescribes that once a lien on immovables has been acquired, if the property owner of the immovables changes, the lien creditor (lienor) indicates the lienee as the execution debtor in the motion of execution, and the new property owner shall be obliged to bear the cost of all settlement on the immovable. Judicial decisions and the Civilian Enforcement Officer and the documents of parties and other participants in the proceedings shall be sent to the new property owner. At first glance, the norm seems clear, however, when applied in practice, it caused huge issues. Firstly, an issue arose with the lien debtor regarding the legal remedy, and then issues arose in terms of the collection of receivables due to the execution creditor in the event that the execution debtor is bankrupt or has been removed from the Registry of Companies, regardless of the fact that the lien debtor is an active company, and/or existing natural person. For this reason, it is the author's intent to clarify the mutual relationship described in Article 153 of the Law on Enforcement and Security Interest, Article 93 of the Law on Bankruptcy Proceedings<sup>23</sup> and Article 222 of the Law on Civil Procedure<sup>24</sup>, and the practical application of said Articles on the execution procedure in the event that Article 153 of the Law on Enforcement and Security Interest is applied.*

**Key words:** *execution, bankruptcy, immovables (immovable assets), execution creditor, execution debtor, lien debtor*

---

22 RS Official Gazette, No. 106 of 21 December 2015

23 RS Official Gazette, Nos. 104 of 16 December 2009, 99 of 27 December 2011 – other Law, 71 of 25 July 2012 – CC, 83 of 5 August 2014, 113 of 17 December 2017, 44 of 8 June 2018 and 95 of 8 December 2018

24 RS Official Gazette, Nos. 72/2011, 49/2013 – CC Decision, 74/2013 – CC Decision, 55/2014 and 87/2018

Др Никола БОДИРОГА\*

## ИЗУЗЕЋЕ ЈАВНОГ ИЗВРШИТЕЉА\*\*

### Резиме

Једно од централних питања које се односи на положај јавног извршитеља јесте обезбеђивање његове непристрасности у односу на странке извршног поступка. У том смислу треба размотрити начин одређивања јавног извршитеља који ће поступати у конкретном извршном поступку, али и могућност његове промене до које може доћи како вољом странака, тако и на захтев самог јавног извршитеља. Иако су јавни извршитељи уведени Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011.године, тај закон није до краја дефинисао њихов положај, а нарочито однос према странкама извршног поступка, док је захтев за изузеће јавног извршитеља био недозвољен. Проблематичан је био однос јавног извршитеља и извршног повериоца, јер је у неким ситуацијама јавни извршитељ наступао као његов пуномоћник, док сам извршни дужник није могао да тражи изузеће јавног извршитеља. Важећим Законом о извршењу и обезбеђењу који је ступио на снагу 1.јула 2016.године ово питање је решено на другачији начин, али је пракса показала да када је реч о изузећу јавног извршитеља постоје одређена лутања и злоупотребе у примени овог института. С тим у вези, у раду ћемо анализирати законска решења и указати на опасности које носи погрешно схватање и примењивање разлога за изузеће јавног извршитеља.

**Кључне речи:** јавни извршитељ, изузеће и искључење, активна легитимација за подношење захтева, разлози, поступак и одлуке о захтеву.

---

\* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду.

## I Одређивање јавног извршитеља који ће поступати у конкретном извршном поступку

Законом о извршењу и обезбеђењу<sup>1</sup> прописано је да је један од обавезних елемената предлога за извршење и назначивање јавног извршитеља који ће у конкретном случају спроводити извршење. У предлогу за извршење назначавају се идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику (члан 30), извршна исправа, потраживање извршног повериоца, једно средство или један предмет или више средстава и предмета извршења, и други подаци који су потребни за спровођење извршења (члан 59, став 1 ЗИО). Уз предлог за извршење прилаже се извршна исправа у оригиналу, овереној копији или препису, и друга исправа одређена законом с тим што извршна исправа мора да садржи потврду о извршности (члан 59, став 2 ЗИО). Ако се предлог за извршење подноси суду који је у првом степену одлучивао о потраживању извршног повериоца, уз њега се не прилаже извршна исправа, а и ако се приложи не мора да садржи потврду о извршности (члан 59, став 3 ЗИО). Предлог за извршење подноси се у најмање четири примерка (члан 59, став 4 ЗИО).

Ако се предлог за извршење подноси на основу веродостојне исправе у њему се назначавају подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику (члан 30), веродостојна исправа, потраживање извршног повериоца, једно средство или један предмет, или више средстава и предмета извршења, и други подаци и исправе који су потребни за спровођење извршења (члан 62, став 1 ЗИО). Предлог за извршење на основу веродостојне исправе мора да садржи и захтев да суд обавеже извршног дужника да намири новчано потраживање извршног повериоца с одмереним трошковима поступка у року од осам дана, а у меничним споровима у року од пет дана од дана достављања решења, и захтев да се одреди извршење ради намирења новчаног потраживања извршног повериоца и трошкова извршног поступка (члан 62, став 2 ЗИО). Извршни поверилац дужан је да уз предлог приложи веродостојну исправу у оригиналу, овереној копији или препису, а страну веродостојну исправу судски преводилац мора претходно да преведе на језик који је у службеној употреби у суду (члан 62, став 3 ЗИО). Ако су странке закључиле споразум о месној надлежности, извршни поверилац може тражити у предлогу за извршење да се, ако поступак буде настављен као по приговору против платног

---

1 Закон о извршењу и обезбеђењу– ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016, 113/2017.

налога, поступак настави пред судом који је месно надлежан по споразуму о месној надлежности. Извршни поверилац дужан је да уз предлог приложи споразум о месној надлежности (члан 62, став 4 ЗИО). Предлог за извршење ради намирења новчаног потраживања може се поднети без назначивања предмета и средства извршења, у ком случају се у решењу о извршењу не наводе средство и предмет извршења, већ се извршење одређује на целокупној имовини извршног дужника (члан 60, ставови 1 и 3 ЗИО), при чему је у пракси спорно да ли се то односи само на извршење на основу извршне исправе, или и на извршење на основу веродостојне исправе, обзиром да члан 62, став 1 ЗИО прописује да предлог за извршење на основу веродостојне исправе мора да садржи назначивање једног или више средстава и предмета извршења, а чланом 67, став 2 ЗИО прописано је да решење о извршењу на основу веродостојне исправе мора да садржи једно или више средстава и предмета извршења.

Без обзира на то да ли се предлог за извршење подноси на основу извршне или веродостојне исправе, извршни поверилац је дужан да у предлогу за извршење назначи конкретно одређеног и месно надлежног јавног извршитеља који ће да спроведе извршење (члан 63 ЗИО). То мора бити јавни извршитељ из круга месно надлежних јавних извршитеља, а месна надлежност јавног извршитеља регулисана је чланом 10 ЗИО. Јавни извршитељ спроводи извршење решења о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе и решења о претходној или привременој мери које донесе суд за чије подручје је именован (члан 10, став 1 ЗИО). Он може предузимати радње и изван подручја за које је именован, сам или преко јавног извршитеља с другог подручја (члан 10, став 2 ЗИО).

Одређивање јавног извршитеља саставни је део решења о извршењу. Чланом 68, став 1 ЗИО прописано је да се у решењу о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе одређује да извршење спроводи јавни извршитељ кога је извршни поверилац назначио у предлогу за извршење. Решење о извршењу може се побијати у делу у којем је одређен јавни извршитељ који ће поступати, и то само из разлога ако одређени јавни извршитељ није месно надлежан. Одредбама ЗИО није изричито прописано да се решење о извршењу може побијати и због тога што је њиме одређен месно надлежан јавни извршитељ у односу на кога постоји разлог за искључење или изузеће, али сматрамо да таква могућност постоји и да она произлази из члана 39 ЗИО који прописује сходну примену ЗПП у поступку извршења и обезбеђења.



Јавни извршитељ може обавестити суд да је спречен да прихвати спровођење извршења, у року од пет дана од дана пријема решења које треба да изврши (члан 69, став 1 ЗИО). Суд одмах прослеђује обавештење извршном повериоцу и позива га да у одређеном року назначи другог јавног извршитеља, иначе се извршни поступак обуставља (члан 69, став 2 ЗИО). Ако извршни поверилац благовремено назначи другог јавног извршитеља, суд доноси решење којим у том погледу мења решење о извршењу (члан 69, став 3 ЗИО). Против тог решења дозвољен је приговор, али само ако други јавни извршитељ није месно надлежан (члан 69, став 4 ЗИО).

У извршном поступку који се води ради намирења новчаних потраживања насталих из комуналних услуга и сродних делатности, јавни извршитељ је искључиво надлежан не само за спровођење извршења него и за одлучивање о допуштености и о основаности предлога за извршење. За одређивање поступајућег јавног извршитеља у том поступку важи посебан правни режим. Извршни поверилац дужан је да пре подношења предлога за извршење на основу веродостојне исправе ради намирења новчаног потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности захтева од Коморе јавних извршитеља да одреди јавног извршитеља коме ће поднети предлог за извршење. Захтев, поред осталог, садржи име и презиме или пословно име странака, пребивалиште, односно боравиште странака и матични број и порески идентификациони број ако је странка правно лице, предузетник или физичко лице које обавља делатност (члан 393, став 1 ЗИО). Комора је дужна да одговори на захтев извршног повериоца у року од пет дана од дана пријема захтева, водећи рачуна о томе да се јавни извршитељи одређују равномерно, према азбучном реду уписа у именик јавних извршитеља и заменика јавних извршитеља и да је за поступање по предлогу за извршење искључиво надлежан јавни извршитељ на чијем подручју извршни дужник има пребивалиште, боравиште или седиште (члан 393, став 2 ЗИО). Ако Комора не одговори на захтев извршног повериоца у року од пет дана, извршни поверилац самостално одређује јавног извршитеља на чијем подручју извршни дужник има пребивалиште, боравиште или седиште (члан 393, став 3 ЗИО). Јавни извршитељ дужан је да одбаци предлог за извршење ако му извршни поверилац уз предлог за извршење не достави одговор Коморе из кога произлази да је за јавног извршитеља одређен управо он, или ако не достави доказ да Комора није одговорила на захтев извршног повериоца у року од пет радних дана. Против решења о одбацивању предлога за извршење дозвољен је приговор (члан 393, став 4 ЗИО). Под-

ношење и садржину захтева извршног повериоца Комори, садржину одговора Коморе и начин на који Комора доставља одговор извршном повериоцу подробније прописује Комора (члан 393, став 5 ЗИО).

## II Разлози за изузеће јавног извршитеља

Изузеће јавног извршитеља, односно право да се захтева његово изузеће уведено је важећим Законом о извршењу и обезбеђењу из 2016.године. Поређења ради, чланом 31, став 2 Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011.године било је прописано да захтев за изузеће председника суда, судског извршитеља и извршитеља није дозвољен.<sup>2</sup> Овако формулисана законска одредба не постоји у важећем ЗИО. Јавни извршитељ је поред суда, централни орган извршног поступка, који не само да предузима радње спровођења извршења већ и доноси решења и закључке када је на то законом овлашћен, па је у интересу правичности извршног поступка да се омогући подношење захтева за његово изузеће.<sup>3</sup>

Посебно осетљиво питање јесте обезбеђивање непристрасности јавног извршитеља у односу на извршног повериоца. Избор поступајућег јавног извршитеља зависи од воље извршног повериоца исказане у предлогу за извршење. Једном изабран поступајући јавни извршитељ може бити промењен вољом извршног повериоца, без икаквог образложења (члан 139 ЗИО). Члан 138 ЗИО носи назив „Однос извршног повериоца и јавног извршитеља.“ Јавни извршитељ изводи своја овлашћења из закона и стара се о томе да се извршни поверилац што брже и повољније

---

2 Супротно томе, одредбом члана 350, тачка 4 истог закона нормирана је тежа дисциплинска повреда која је постојала ако би извршитељ предузимао радње у поступку у којем постоји разлог за његово искључење.

3 Поређења ради, одредбама ЗПП прописано је да се може тражити искључење и изузеће вештака. Вештак може да буде искључен или изузет из истих разлога као и судија или судија поротник (члан 266, став 1 ЗПП) Странка је дужна да поднесе захтев за изузеће вештака, кад сазна да постоји разлог за изузеће, а најкасније пре почетка извођења доказа вештачењем (члан 266, став 2 ЗПП). У захтеву за изузеће странка је дужна да наведе околности на којима заснива захтев за изузеће (члан 266, став 3 ЗПП). О захтеву за изузеће вештака одлучује суд (члан 266, став 4 ЗПП). Против решења којим се усваја захтев за изузеће вештака није дозвољена жалба, а против решења којим се захтев одбија није дозвољена посебна жалба (члан 266, став 5 ЗПП). Ако је странка сазнала за разлог за искључење или изузеће вештака после извршеног вештачења и приговара вештачењу из тог разлога, суд ће да поступи као да је захтев за искључење или изузеће поднет пре извршеног вештачења (члан 266, став 6 ЗИО). Право да се тражи искључење или изузеће вештака логична је последица значајне улоге коју вештак има у парничном поступку. Управо због тога није имала икаквог смисла забрана подношења захтева за изузеће извршитеља (члан 31, став 2 ЗИО 2011), имајући у виду његова значајна овлашћења у извршном поступку.

намири уз поштовање закона и права извршног дужника (члан 138, став 1 ЗИО). Јавни извршитељ није дужан да се повинује предлогу извршног повериоца да предузме или не предузме неку радњу на коју је само јавни извршитељ овлашћен. Ако су и један и други овлашћени да предузму исту радњу, један не може да опозове радњу другог (члан 138, став 2 ЗИО). Јавни извршитељ не може извршном повериоцу отказати спровођење извршења (члан 138, став 3 ЗИО).

Чланом 68, став 2 ЗИО прописано је да извршни дужник може захтевати изузеће јавног извршитеља све до окончања извршног поступка. Иако члан 68 ЗИО носи назив „Одређивање јавног извршитеља и изузеће“, разлози за изузеће нису нормирани тим чланом, него чланом 495 ЗИО, који се налази у седмом делу ЗИО, који носи назив „Јавни извршитељи“, и то у оквиру друге главе овог дела ЗИО која носи назив „Овлашћења и дужности јавног извршитеља.“<sup>4</sup>

Члан 495 ЗИО носи назив „Разлози за изузеће јавног извршитеља.“ Разликују се разлози за искључење и разлози за изузеће. Јавни извршитељ изузима се у поступку у коме се непосредно или посредно одлучује о његовим правима и обавезама или правима и обавезама његовог супружника или ванбрачног партнера или крвног сродника у правој линији, а у побочној линији до четвртог степена сродства или о правима и обавезама лица са којима је у односу старатеља, усвојитеља, усвојеника или хранитеља, којима је законски заступник и у поступку у коме се одлучује о правима и обавезама правног лица чији је оснивач (члан 495, став 1 ЗИО–искључење). Јавни извршитељ изузима се и ако је са странком био у пословном односу поводом кога се спроводи извршење или ако је био заступник или одговорно лице у правном лицу које је странка у поступку (члан 495, став 2 ЗИО). Иако се у члану 495, став 2 ЗИО говори о изузећу из формулације законског разлога за изузеће јасно је да је и овде заправо реч о искључењу. На то упућује и одредба члана 527, тачка 8 ЗИО којом се прописује да постоји тежа дисциплинска повреда када јав-

---

4 Пренормираност, непрегледност и лоша систематика законских норми примећује се и у коментарима важећег ЗИО. У Коментару Закона о извршењу и обезбеђењу, чији су аутори Небојша Шаркић и Младен Николић у тексту који прати члан 68 ЗИО указује се да законодавац ни на који начин, чак ни посредно није означио који су то разлози који могу бити истакнути за изузеће јавног извршитеља и потом се закључује како се разлози за изузеће судије не могу по аутоматизму могу применити на јавног извршитеља. У тексту који прати члан 495 ЗИО (који се налази у делу закона посвећеног јавним извршитељима) коментаришу се поједини разлози за изузеће јавног извршитеља који су у том члану наведени. Видети Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2018, 159–160, 669.

ни извршитељ предузима радње у поступку и поред постојања разлога за искључење, а онда се у загради упућује на члан 495, ставове 1 и 2 ЗИО. Чланом 495, став 3 ЗИО прописано је да се јавни извршитељ изузима и ако друге чињенице доводе у сумњу његову непристрасност.

Ако се упореде разлози за искључење судије прописани чланом 67, став 1, тачке 1 до 7 ЗПП и разлози за искључење јавног извршитеља прописани чланом 495, став 1 и 2 ЗИО може се уочити да је круг разлога за искључење јавног извршитеља у извршном поступку ужи од круга разлога за искључење судије у парничном поступку, јер се неки од разлога прописани чланом 67, став 1, тачке 1 до 7 ЗПП не могу применити и на јавног извршитеља имајући у виду његове надлежности у извршном поступку. Разлози који доводе до искључења судије у парничном поступку, а који нису наведени као разлози за искључење јавног извршитеља, иако се на њега могу применити, могу се истаћи као разлози за изузеће јавног извршитеља, јер поред разлога за његово искључење прописаних чланом 495, став 1 и 2 ЗИО, изузеће јавног извршитеља се може тражити и из других разлога који доводе у питању његову непристрасност (члан 495, став 3 ЗИО).

### **III Активна легитимација за подношење захтева за изузеће јавног извршитеља**

Према одредби члана 68, став 2 ЗИО, захтев за изузеће јавног извршитеља може поднети само извршни дужник. Извршни поверилац може тражити промену поступајућег јавног извршитеља који спроводи извршење (члан 139, став 1 ЗИО) и тај захтев извршног повериоца не мора да буде образложен. У том случају јавни извршитељ доноси закључак о обустави спровођења извршења пред њим и одређивању другог јавног извршитеља, и уступа списе другом јавном извршитељу, који одмах доноси закључак о настављању извршења (члан 139, став 2 ЗИО). Само постојање могућности промене поступајућег јавног извршитеља не доводи у питање право извршног повериоца да тражи његово изузеће јер институт изузећа треба да обезбеди непристрасно суђење, а право на непристрасно суђење имају обе странке извршног поступка, како извршни поверилац, тако и извршни дужник.

Када су у питању учесници у извршном поступку (лица која у извршном поступку или поступку обезбеђења остварују нека своја права или правне интересе, а нису странке у поступку— члан 2, тачке 5 и 6 ЗИО), та лица, према одредби члана 68, став 2 ЗИО нису активно легитимисана за подношење захтева за изузеће. У том смислу могу се навести поједине судске одлуке којима је захтев за изузеће јавног извршитеља

поднет од стране трећег лица одбачен као недозвољен.<sup>5</sup> Ономогућавање учесника у извршном поступку да поднесу захтев за изузеће или искључење јавног извршитеља проблематично је због тога што јавни извршитељ у извршном поступку одлучује и о правним средствима учесника у поступку. Тако јавни извршитељ у првом степену одлучује о дозвољености и о основаности приговора трећег лица, у поступцима у којима јавни извршитељ спроводи извршење. Осим тога, када јавни извршитељ спроводи извршење, он у првом степену одлучује и о дозвољености и о основаности захтева за отклањање неправилности који поред странака, могу поднети и учесници у извршном поступку (члан 148, став 1 ЗИО). Јавни извршитељ одлучује и о обустави извршног поступка решењем против ког је дозвољена жалба, као и о предлогу за одлагање извршења који могу поднети не само странке, него и трећа лица. Подсећамо да и у парничном поступку искључење и изузеће судије могу тражити не само парничне странке, већ то право има и умешач.<sup>6</sup> Због свега тога сматрамо да активну легитимацију за подношење захтева за изузеће или искључење јавног извршитеља треба да имају не само странке, него и учесници у извршном поступку.

На крају, и сам јавни извршитељ може сазнати за постојање разлога за искључење или изузеће. Он је дужан да пази на постојање тих разлога и када на њих не указују ни странке ни учесници у извршном поступку. У случају да они постоје јавни извршитељ је дужан да без одлагања о томе обавести суд који ће донети одлуку о изузећу или искључењу. Ако суд донесе решење о искључењу или изузећу, позваће извршног повериоца да назначи новог јавног извршитеља који ће спроводити извршење. У поступку за намирење новчаних потраживања насталих из комуналних услуга и сродних делатности нови јавни извршитељ ће бити одређен применом члана 393 ЗИО.

Најранији тренутак у поступку у којем јавни извршитељ може сазнати за постојање разлога за искључење или изузеће везује се за пријем решења о извршењу које му доставља суд. Решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе доставља се јавном извршитељу са копијом исправе потребних да спроведе извршење, који решење даље доставља извршном повериоцу и извршном дужнику (члан 70, став 1 ЗИО). Чланом 69, став 1 ЗИО прописано је да јавни извршитељ може

---

5 Решење Привредног суда у Београду, Посл.бр. Иив 4071/2018 од 23.8.2018.године, решење Привредног суда у Београду ИПВ (ИВ) 1899/18 од 25.12.2018. године, из архиве суда.

6 Милка Јанковић, Живота Јанковић, Хранислав Карамарковић, Драгољуб Петровић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 1977, 107.

обавестити суд да је спречен да прихвати спровођење извршења у року од пет дана од дана пријема решења које треба да изврши. Одредбама ЗИО нису прописани разлози због којих јавни извршитељ може одбити да спроводи извршење у конкретном предмету, односно који су то разлози којима се може оправдати његова спреченост. Чланом 527, тачка 3 ЗИО као тежа дисциплинска повреда прописано је обавештавање суда, односно извршног повериоца да је јавни извршитељ спречен да прихвати спровођење или настављање извршења, иако спреченост не постоји, док се у загради упућује на члан 69, став 1 и члан 140 ЗИО. Не улазећи у друге разлоге због којих јавни извршитељ може бити спречен да спроводи извршење, сматрамо да је постојање разлога за искључење или изузеће, свакако један од основа због којих јавни извршитељ треба да обавести суд и странке у поступку да не може доносити одлуке и предузимати радње у конкретном извршном поступку.

Ако се извршење спроводи ради намирења новчаних потраживања насталих из комуналних услуга и сродних делатности, најранији тренутак у којем јавни извршитељ може сазнати за постојање разлога за искључење или изузеће јесте када му буде поднет предлог за извршење.

За постојање разлога за искључење или изузеће јавни извршитељ може сазнати и касније у току извршног поступка, односно околности које оправдавају искључење или изузеће јавног извршитеља могу се манифестовати и у некој од каснијих фаза поступка.

#### **IV Поступак одлучивања и одлуке о захтеву за изузеће јавног извршитеља**

Захтев за изузеће или искључење јавног извршитеља мора се поднети чим се сазна за постојање разлога за искључење или изузеће (члан 69, став 2 ЗПП у вези са чланом 39 ЗИО), а најкасније до окончања извршног поступка. Захтев за изузеће јавног извршитеља не одлаже извршење или обезбеђење (члан 68, став 5 ЗИО). Није сасвим јасно да ли се ова одредба односи и на искључење. Мислимо да је одговор на ово питање негативан, јер је одредбом члана 527, тачка 8 ЗИО као тежа дисциплинска повреда прописано предузимање радњи од стране јавног извршитеља и када постоје разлози за искључење или када постоји донето решење о изузећу. То значи да када постоје разлози за искључење, јавни извршитељ треба да прекине сваки даљи рад на предмету и да о постојању разлога за искључење обавести надлежни суд и странке у поступку. Такав закључак несумњиво произлази и из одредбе члана 68, став 1 ЗПП, која се сходно примењује и у извршном поступку.

О захтеву за изузеће или искључење јавног извршитеља одлучује суд који је донео решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе (члан 9, став 1 ЗИО), а у оквиру суда о томе одлучује судија појединац (члан 12, став 1 ЗИО). О захтеву за изузеће или искључење се мора одлучити у року од пет дана од дана пријема захтева (члан 68, став 2 ЗИО). Пре доношења одлуке о захтеву судија појединац дужан је да затражи изјашњење од јавног извршитеља чије се изузеће или искључење тражи, а по потреби извршиће се и друге провере (члан 71, став 4 ЗПП у вези са чланом 39 ЗИО).<sup>7</sup> Судија појединац одбацује неблагоприятан, непотпун или недозвољен захтев за изузеће или искључење. Против решења којим је захтев за изузеће или искључење одбачен као неблагоприятан, непотпун или недозвољен може се изјавити приговор (члан 68, став 4 ЗИО). О приговору одлучује веће троје судија суда који је донео решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе. Ако захтев за изузеће или искључење не буде одбачен, одлучује се о његовој основаности. Ако је захтев за изузеће јавног извршитеља одбијен, против тог решења дозвољен је приговор (члан 68, став 4 ЗИО), о којем одлучује веће троје судија суда који је донео решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе.

Против решења којим је усвојен захтев за изузеће или искључење јавног извршитеља не могу се изјавити ни жалба ни приговор (члан 71, став 5 ЗПП, у вези са чланом 39 ЗИО). Ако усвоји захтев за изузеће или искључење јавног извршитеља, суд одмах позива извршног повериоца да у року од пет дана назначи другог јавног извршитеља, иначе се извршни поступак обуставља (члан 68, став 3 ЗИО). Због пропуштања овог рока извршни поверилац не може тражити враћање у пређашње стање.

У поступку извршења ради новчаног намирења потраживања насталог из комуналних услуга или сродних делатности о захтеву за изузеће или искључење одлучивао би суд који би био надлежан за одлучивање о предлогу за извршење. У случају усвајања захтева за искључење или изузеће извршни поверилац би морао да се обрати Комори која би одредила другог јавног извршитеља применом правила из члана 393 ЗИО.

Ако јавни извршитељ предузима радње у поступку и поред постојања разлога за искључење (члан 495, став 1 и 2 ЗИО) или поред донетог решења о изузећу то представља тежу дисциплинску повреду (члан 527, тачка 8 ЗИО) за коју се може изрећи нека од мера прописаних чланом 528, став 2, тачке 1 до 4 ЗИО.

---

7 Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 125.

## **V Доношење одлуке о искључењу или изузећу јавног извршитеља и судбина донетих одлука и предузетих радњи**

Одредбама ЗИО није прописано шта се дешава са одлукама и радњама које је донео, односно предузео јавни извршитељ упркос постојању разлога за искључење, односно упркос донетом решењу о изузећу. Одредбе ЗПП које се сходно примењују у поступку извршења и обезбеђења у том погледу праве разлику између искључења и изузећа. Ако захтев за искључење буде усвојен, суд ће да укине све радње које је предузео искључени судија (члан 72, став 2 ЗПП). Ако захтев за изузеће буде усвојен, суд ће да укине радње које су биле предузете после подношења захтева, осим ако се странке не сагласе да се предузете радње не укидају (члан 72, став 3 ЗПП). То значи да се у случају доношења решења о искључењу судије све радње које је предузео искључени судија морају укинути, независно од тренутка у којем се предузете и независно од става странака о тим радњама. Када је у питању изузеће, укидају се само радње које су предузете после подношења захтева за изузеће, али се странке могу споразумети да се те радње не укидају. Ако је првостепену пресуду у парничном поступку донео судија који је по закону морао бити искључен или изузет, онда то представља апсолутно битну повреду одредаба парничног поступка (члан 374, став 2, тачка 1 ЗПП), на коју другостепени суд пази по службеној дужности (члан 386, став 3 ЗПП), а ове законске одредбе сходно се примењују и у поступку по жалби против решења (члан 402 ЗПП). Наведена битна повреда одредаба ЗПП представља и разлог због којег се може поднети предлог за понављање поступка (члан 426, тачка 1 ЗПП).

Када су у питање одлуке донете од стране јавног извршитеља који је морао бити искључен или је решењем суда био изузет, те одлуке се могу побијати правним лековима у складу са одредбама ЗИО. Против решења јавног извршитеља може се изјавити жалба, осима ако је законом прописано да жалба није дозвољена или да се решење може побијати приговором (члан 24, став 2 ЗИО). Као један од разлога за побијање решења јавног извршитеља жалбом или приговором може се истаћи и апсолутно битна повреда одредаба парничног поступка из члана 374, став 2, тачка 1 ЗПП, у вези са чланом 39 ЗИО. Закључци јавног извршитеља не могу се побијати ни приговором ни жалбом (члан 24, став 5 ЗИО), већ се под условима прописаним чланом 148 ЗИО, њихова законитост и правилност може оспоравати захтевом за отклањање неправилности у спровођењу извршења.

Искључење и изузеће јавног извршитеља у току извршног поступка отвара питање и судбине радњи које је предузео поступајући јавни извршитељ. Цитирали смо одредбе ЗПП којима се уређује шта ће



бити са предузетим радњама у случају да дође до искључења или изузећа судије у парничном поступку. Прави се разлика између искључења судије, у ком случају се укидају све радње које је предузео искључени судија, и изузећа судије, када се укидају само радње које су предузете након подношења захтева за изузеће, али се странке могу споразумети да се и те радње не укидају (члан 72, став 2 и 3 ЗПП). У одсуству одговарајуће одредбе ЗИО, цитиране одредбе ЗПП се морају сходно применити у поступку извршења и обезбеђења. Радње јавног извршитеља се могу побијати захтевом за отклањање неправилности у спровођењу извршења (члан 148, став 1 ЗИО), а исто тако се могу побијати и закључци јавног извршитеља којима се налаже предузимање радњи (члан 23, став 4 ЗИО). Један од разлога за побијање тих радњи може бити и постојање разлога за искључење или изузеће јавног извршитеља.

На овом месту указујемо и на одредбе Јавноизвршитељске тарифе. Ако дође до искључења јавног извршитеља, искључени јавни извршитељ дужан је да новом јавном извршитељу којег извршни поверилац назначи да настави поступак одмах пренесе цео предујам који је примио (члан 7, став 1 Јавноизвршитељске тарифе). Уколико суд усвоји захтев за изузеће јавног извршитеља, он задржава предујам на име накнаде коју је примио за припремање, архивирање и вођење предмета и на име накнаде за појединачне радње које је предузео и накнаде за стварне трошкове које је имао до подношења захтева за изузеће. Остатак предујма одмах преноси другом јавном извршитељу којег извршни поверилац назначи да настави поступак (члан 7, став 2 Јавноизвршитељске тарифе).

## **VI Подношење тужбе против јавног извршитеља као разлог за његово изузеће**

Чланом 498, став 1 ЗИО прописано је да јавни извршитељ одговара својом целокупном имовином за штету коју својом кривицом проузрокује у извршном поступку или поступку обезбеђења. За ту штету не одговара Република Србија (члан 498, став 2 ЗИО). Током доношења одлука и предузимања радњи у поступку извршења и обезбеђења јавни извршитељ може проузроковати штету странци, учеснику у извршном поступку или било ком другом лицу. Управо због тога један од услова које јавни извршитељ мора да испуни пре полагања заклетве јесте закључење уговора о осигурању за штету коју би због обављања своје делатности могао нанети другом лицу (члан 478, став 1, тачка 1 ЗИО), а доказ о закључењу тог уговора дужан је да достави Министарству правде у року од 25 дана од дана пријема решења о именовану (члан 478, став 2 ЗИО).

Министар правде прописује опште услове за закључивање уговора о осигурању за штету коју би јавни извршитељ својом делатношћу могао изазвати другом лицу (члан 481, став 1 ЗИО). Уколико јавни извршитељ одбија да добровољно исплати накнаду штету оштећеном лицу, право на накнаду штете остварује се у парничном поступку.

У пракси се тужба против јавног извршитеља не подноси само ради накнаде штете, већ се често употребљава као замена за систем правних лекова и правних средстава прописаних одредбама ЗИО. Јавни извршитељ је овлашћен за доношење одлука (решења и закључци) и за предузимање радњи у извршном поступку. Те одлуке и радње могу се побиијати одговарајућим правним средствима, у роковима и на начин прописан законом. Странка или учесник најпре подноси одговарајуће правно средство у извршном поступку, најчешће захтев за отклањање неправилности, па ако он буде усвојен, на основу те одлуке подноси се тужба за накнаду штете у парничном поступку. Овакав редослед потеза се често заобилази због одређених недоумица и противречности које се односе на употребу појединих правних лекова и правних средстава у извршном поступку.<sup>8</sup>

Оно што нас овде занима јесте какав је утицај поднете тужбе против јавног извршитеља на његово поступање у конкретном извршном поступку. Чињеница да између странке и јавног извршитеља тече парница није одредбама ЗИО прописана као разлог за искључење јавног извршитеља (члан 495, став 1 и 2 ЗИО), већ би то евентуално могао да буде разлог за његово изузеће (члан 495, став 3 ЗИО). Чланом 67, став 1, тачка 5 ЗПП нормиран је посебан разлог за искључење судије у парничном поступку који ће постојати ако између судије и странке тече нека друга парница.<sup>9</sup> Из цитиране одредбе ЗПП би се на први поглед могло закључити да је довољно да странка из текуће парнице поднесе тужбу против поступајућег судије и да онда на основу те чињенице тражи његово искључење. Мишљења смо да овај разлог за искључење судије треба

---

8 Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 154–155.

9 Овај разлог за искључење судије уведен је одредбама ЗПП 2004. Чланом 66, став 1, тачка 6 ЗПП 2004 било је прописано да судија не може вршити судијску дужност ако између судије и неког од лица из овог става (а то су поред странке били њен законски заступник, пуномоћник, лице које је са странком у односу саовлашћеника или саобвезника, крвни сродник странке у правој линији, крвни сродник у побочној линији до четвртог степена сродства, тазбински сродник до другог степена сродства, старалац, усвојилац и усвојеник странке) тече нека друга парница или постоји сукоб интереса. Одредбама ЗПП 2011 је тај разлог за искључење сужен тако што је прописано да судија мора бити искључен ако између судије и странке тече нека друга парница и таква формулиција је и данас на снази.

рестриктивније тумачити. У пракси ЕСЉП подношење кривичних пријава или приватних кривичних тужби против судија само по себи не представља довољан разлог за сумњу у њихову непристрасност. Тај принцип ЕСЉП примењује из разлога што би се аутоматским изузећем судија у таквим околностима омогућило странкама у поступку да врше "куповину судија," на начин да вештачки стварају пристрасности или предрасуде и тиме би им се пружио једноставан инструмент за уклањање судије који им не одговара из разлога што је пресудио против њих или је на други начин показао склоност да то учини.<sup>10</sup>

У предмету *Tanner and Malminen v. Finland* подносилац представке се жалио да је повређено његово право на непристрасан суд као елемент права на правично суђење, због тога што је у суђењу против подносиоца представке учествовао судија против којег је подносилац представке поднео приватну кривичну тужбу. Подносилац представке је у тужби против судије навео да је судија прекршио закон због тога што је без образложења одбио његову кривичну тужбу против окривљеног у једном предмету. Подношењем тужбе против поступајућег судије је према мишљењу подносиоца представке настао основ за његово изузеће, али како до тога није дошло, подносилац представке је сматрао да му је тиме повређено право на непристрасан суд, односно право на правично суђење. ЕСЉП је применом како објективног, тако и субјективног теста непристрасности нашао да је представка у овом делу очигледно неоснована.<sup>11</sup> Према ставовима ЕСЉП чињеница да је странка у конкретном поступку поднела кривичну пријаву или тужбу против судије није довољна да доведе до аутоматског изузимања судије из тог поступка. Захтев за изузеће судије у тој ситуацији би представљао злоупотребу процесних овлашћења, а суд је дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку (члан 9, став 2 ЗПП).

Сматрамо да наведене ставове ЕСЉП треба узети у обзир и када је реч о одлучивању о захтеву за изузеће јавног извршитеља. Може се десити да сам извршни дужник незадовољан поступањем јавног извршитеља чије одлуке и радње нису укинуте по изјављеним правним лековима и правним средствима, поднесе тужбу против јавног извршитеља не због тога што стварно постоји спор поводом неког грађанскоправног односа

10 Загребачка банка д.д. против Хрватске, пресуда ЕСЉП од 12.12.2013.године (§178), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-138917%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-138917%22]}), 21.3.2019.

11 *Tanner and Malminen v. Finland*, одлука ЕСЉП од 26.2.2002.године (§§ 1–4), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-22249%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-22249%22]}), 21.3.2019.

између њега и јавног извршитеља (члан 1 ЗПП), него да би с позивом на то да између њега и јавног извршитеља тече нека друга парница (члан 67, став 1, тачка 5 ЗПП, у вези са чланом 39 ЗИО), исходовао изузеће поступајућег јавног извршитеља и тиме осујетио законито и правилно вођење извршног поступка.

У једном извршном поступку у коме је спровођено исељење извршног дужника из непокретности, извршни дужник је поднео тужбу против поступајућег јавног извршитеља којом је захтевао враћање износа од 2.300 евра који је наводно јавном извршитељу дао на зајам. Након што је јавни извршитељ примио тужбу, о постојању парнице између њега и извршног дужника је обавестио суд. У самој тужби извршни дужник није навео ни адресу туженог јавног извршитеља, већ је навео адресу његове канцеларије. Узимајући у обзир напред наведено, јавни извршитељ је у свом допису Другом основном суду у Београду навео да подношење тужбе против њега представља злоупотребу процесних овлашћења, што је суд дужан да спречи (члан 9, став 2 ЗПП). Након цитирања одредаба ЗИО и одредаба ЗПП од којих поједине немају никакве везе са питањем које се поставља у овом предмету<sup>12</sup>, те позивања на пресуду ЕСЉП<sup>13</sup> у предмету Хорнсби против Грчке од 19.3.1997.године, као и на препоруке Савета Европе које се баве извршењем, Други основни суд у Београду налази да члан 495 ЗИО не прави разлику између искључења и изузећа, као што то прави члан 67 ЗПП, па сходно примењујући одредбу члана 67, став 1, тачка 5 ЗПП којом је прописано да се судија искључује из парничног поступка ако између њега и странке тече нека друга парница, и доноси решење којим усваја захтев за искључење јавног извршитеља.<sup>14</sup>

Овакав закључак Другог основног суда у Београду се не може прихватити јер су у члану 495, став 1 и 2 ЗИО наведени разлози за искључење јавног извршитеља. У члану 495, став 1 ЗИО јасно је назначено да се ради о разлозима за искључење и на то се упућује у загради. Исти закључак се може извести и у погледу члана 495, став 2 ЗИО јер начин на који је овај

---

12 На пример, суд се позива на одредбу члана 406, став 2 ЗИО којом је прописано да ако веће првостепеног суда усвоји приговор против одређујућег дела решења о извршењу које је донео јавни извршитељ у поступку намирења потраживања из комуналних услуга и сродних делатности, судија појединац одмах обавештава извршног повериоца да је обавезујући део решења о извршењу постао извршна исправа на основу које може да се захтева извршење у истом или у другом поступку.

13 У решењу Другог основног суда у Београду се овај суд означава као „Међународни суд за људска права“.

14 Решење Другог основног суда у Београду Пословни број Су:VII бр.40–11/19, пословни број: ИИ 157/16, пословни број ИИ 426/16 од 12.3.2019.године, из архиве суда.

члан формулисан и разлог који је у њему наведен такође представља разлог за искључење (јавни извршитељ је био заступник у правном лицу које сада представља извршног повериоца или извршног дужника у извршном поступку или је с њим био у пословном односу). Осим тога, чланом 527, тачка 8 ЗИО прописана је тежа дисциплинска повреда која се огледа у предузимању радњи од стране јавног извршитеља и поред постојања разлога за искључење, а у загради се упућује на члан 495, ставове 1 и 2 ЗИО. Чланом 495, став 3 ЗИО прописани су разлози за изузеће јер је прописано да се јавни извршитељ изузима ако постоје и друге околности које доводе у питању његову непристрасност. Како у члану 495, став 1 и 2 ЗИО који уређује разлоге за искључење није као разлог за искључење наведено постојање неке друге парнице између странке и јавног извршитеља, то се у конкретном случају не може радити о постојању разлога за искључење, јер се одредбе ЗПП сходно примењују у поступку извршења и обезбеђења само ако одредбама ЗИО или другог закона којим се уређује извршење и обезбеђење нека процесна ситуација већ није уређена. У овом случају одредбама ЗИО (члан 495, став 1 и 2) су уређени разлози за искључење, па се одредбе ЗПП које уређују искључење не могу сходно применити. Подношење тужбе против јавног извршитеља који спроводи извршење би евентуално могао да буде разлог за његово изузеће, али и тада би суд који одлучује о захтеву за изузеће јавног извршитеља стога морао да покаже већи опрез и да санкционише злоупотребу процесних овлашћења до које би несумњиво дошло уклањањем поступајућег јавног извршитеља из конкретног поступка, само зато што је против њега поднета кривична пријава или тужба и то од стране извршног дужника који је незадовољан поступањем јавног извршитеља, а чија ниједна одлука нити радња није укинута поводом изјављеног правног средства у извршном поступку. Суд би том приликом морао да узме у обзир пресуде ЕСЉП које смо у раду цитирали, а у којима се заступа став да подношење тужби против судија које поступају у неком поступку не треба да аутоматски доводи до њиховог изузећа, јер би се на тај начин странкама омогућило да из поступка уклоне судије само зато што мисле да ће тај судија пресудити на њихову штету. Ови ставови се морају имати у виду и када се одлучује о захтевима за изузеће јавних извршитеља.

## VII Уместо закључка

Увођење вансудских извршитеља у правосудни систем Републике Србије извршено је Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011.године који је за њих употребљавао назив извршитељи. Изузимајући извршни

поступак за наплату новчаних потраживања по основу комуналних и сличних услуга (искључива надлежност извршитеља за одлучивање о предлогу за извршење и за спровођење извршења) и извршење ради враћања запосленог на рад и извршење одлука из породичних односа (искључива надлежност суда за одлучивање о предлогу за извршење и за спровођење извршења), у свим другим средствима извршења надлежност извршитеља била је ограничена само на спровођење извршења, а да ли ће извршитељ поступати у тим предметима зависило је од воље извршног повериоца који је могао да бира између спровођења извршења путем суда и спровођење извршења путем извршитеља. Према одредбама ЗИО 2011 надлежност извршитеља била је првенствено ограничена на спровођење извршења и на доношење закључака у тој фази извршног поступка. Само је у комуналним предметима извршитељ могао да одлучује о дозвољености и основаности предлога за извршење. Извршитељ према одредбама ЗИО 2011 није имао надлежност за одлучивање о правним лековима и правним средствима. Чак и у тако постављеном систему надлежности, било је оправдано омогућити странкама да траже изузеће извршитеља, при чему под изузећем подразумевамо искључење (законско изузеће због таксативно набројаних разлога) и изузеће у ужем смислу (судско изузеће). Међутим, члан 31, став 2 ЗИО 2011 је такву могућност забрањивао, мада је чланом 350, тачка 4 истог закона било прописано да извршитељ чини тежу дисциплинску повреду ако предузима радње у поступку упркос постојању разлога за искључење.

Ступањем на снагу важећег ЗИО 1.јула 2016.године, вансудски извршитељи се означавају називом јавни извршитељи и њихове надлежности су значајно проширене. Задржано је њихово овлашћење да одлучују о предлозима за извршење и да спроводе извршење ради наплате потраживања за извршене комуналне услуге и сродне делатности, и код тог средства извршења њихова надлежност је остала искључива. Код свих других средстава извршења прописана је искључива надлежност јавних извршитеља за спровођење извршења, са изузетком четири средства извршења за чије спровођење је остао искључиво надлежан суд. То су: заједничка продаја непокретних и покретних ствари, извршење ради чињења, нечињења и трпљења, извршење ради враћања запосленог на рад и извршење одлука из породичних односа. Надлежност јавних извршитеља проширена је и на одлучивање о одређеним правним лековима и правним средствима. Када јавни извршитељ спроводи извршење он у првом степену одлучује о допуштености и основаности приговора трећег лица. Решење којим јавни извршитељ одбацује или усваја приговор трећег лица може се побијати приговором, док у случају да је јавни изврши-

тељ решењем одбио приговор трећег лица, оно може покренути парнични поступак против извршног повериоца ради утврђења да је извршење на предмету недозвољено. Уколико је јавни извршитељ надлежан за спровођење извршења он у првом степену одлучује о допуштености и основаности захтева за отклањање неправилности у спровођењу извршења. Против решења јавног извршитеља којим он одбацује или одбија захтев за отклањање неправилности може се изјавити приговор суду. Исто важи и у случају да јавни извршитељ није одлучио о захтеву за отклањање неправилности у року од пет дана од дана пријема захтева. Ако јавни извршитељ усвоји захтев за отклањање неправилности, против тог решења може се изјавити жалба. Још једна надлежност коју јавни извршитељ није имао према одредбама ЗИО 2011, јесте доношење решења о обустави извршења, када је он надлежан да спроводи извршење. Против решења којим је одлучено о обустави извршења (без обзира да ли је то решење донето по службеној дужности или на предлог странке или учесника у поступку), може се изјавити жалба. Поред тога, јавни извршитељ одлучује и о предлогу за одлагање извршења, решењем против ког је дозвољен приговор.

Управо због проширених надлежности јавног извршитеља законодавац је уредио институт његовог изузећа. Осим што су саме норме које регулишу изузеће јавног извршитеља расуте по различитим деловима закона, постоје и неке друге недоумице. Активна легитимација за подношење захтева за изузеће јавног извршитеља везује се само за извршног дужника, а не и за извршног повериоца, полазећи од тога да је њему дата слобода избора и промене поступајућег јавног извршитеља. Узимајући у обзир да институт изузећа штити право на правичан поступак, сматрамо да право да захтевају изузеће јавног извршитеља имају обе странке извршног поступка, али и не само странке него и учесници чија права и правни интереси могу бити повређени одлукама јавног извршитеља које се тичу обуставе извршног поступка, одлагања извршења, приговора трећег лица, захтева за отклањање неправилности у спровођењу извршења, итд. Зато се активна легитимација за подношење захтева за изузеће јавног извршитеља мора шире тумачити. Поред странака и учесника и сам јавни извршитељ ће обавестити суд о постојању разлога за изузеће, при чему ако постоје разлози за искључење он мора да прекине сваки даљи рад на том предмету, а уколико те не уради тиме је извршио тежу дисциплинску повреду. Изузеће се може тражити све до окончања извршног поступка.

О изузећу јавног извршитеља одлучује суд који је донео решење о извршењу, а у оквиру суда о томе одлучује судија појединац. Против

решења судије појединца којим је одбачен или одбијен захтев за изузеће јавног извршитеља може се изјавити приговор, али ако је захтев усвојен против тог решења не може се изјавити ни жалба ни приговор.

У свим другим питањима која нису уређена одредбама ЗИО сходно се примењују одредбе ЗПП. На овом месту треба бити опрезан, када је реч о подношењу тужбе против јавног извршитеља као разлогу за његово изузеће. Наиме одредбом члана 67, став 1, тачка 5 ЗПП прописано је да постоји разлог за искључење судије ако између њега и странке тече нека друга парница. Чињеница да између јавног извршитеља и странке тече парница о неком предмету спора није основ за његово искључење, јер као такав није прописан чланом 495, став 1 и 2 ЗИО, због чега се може користити као разлог за изузеће. Подношење захтева за изузеће јавног извршитеља с позивом на то да је странка, односно извршни дужник против њега поднео тужбу редовно има за циљ да се из поступка извршења уклони онај јавни извршитељ чије одлуке и радње незадовољни извршни дужник није успео да оспори одговарајућим правним средством. У пракси ЕСЉП чињеница да је странка поднела тужбу против судије због тога што је незадовољна његовим поступањем у конкретном предмету, не сматра се оправданим разлогом за изузеће судије, јер би се у противном омогућило странци да из поступка удаљи судију само због тога што странка има осећај да ће тај судија пресудити на њену штету. Ове принципе судови би требало да примењују и када одлучују о захтеву за изузеће јавног извршитеља због тога што је странка, односно извршни дужник незадовољан његовим радом против њега поднео тужбу.



**Nikola BODIROGA, PhD**

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

## DISQUALIFICATION OF PUBLIC ENFORCEMENT AGENT

### Summary

*The main focus of this paper was to tackle the disqualification of public enforcement agent in the course of enforcement proceedings. According to the 2016 Serbian Law on Enforcement and Security the powers of public enforcement agents have been expanded significantly. They are exclusively entitled to decide on motion to enforce and for conducting enforcement regarding collection of claims for utilities and other similar services. Besides that they are in charge for conducting all enforcement measures with exceptions related to joint sale of immovable and movable assets, enforcement regarding action, non-action or sufferance, enforcement of decisions in family matters and employment reinstatement enforcement. Enforcement agents are not only empowered to perform actions but they also have competences to decide on different motions and legal remedies filed by the parties and other participants to enforcement proceedings. Therefor it is necessary to provide their impartiality.*

*Although the current Law on Enforcement and Security regulates disqualification of public enforcement agents (exclusion and disqualification), there are still some problems that need to be resolved. First of all, the provisions dealing with disqualification of public enforcement agents are in different parts of the law. Second, only enforcement debtor may request disqualification of public enforcement agent. In our view both parties as well as the participants to the enforcement proceedings should be entitled to request disqualification of public enforcement agent, since his/her decisions may tackle their rights and legal interests. Public enforcement agent may also find out there are reasons of his/her disqualification in which case he/she should inform the court and the parties to the proceedings. The Law on Enforcement and Security provides that motion for disqualification of public enforcement agent shall not stay enforcement, but if there are reasons for his/her exclusion he/she should cease any work on the case and inform the court and the parties to the proceedings, otherwise his/her actions shall constitute disciplinary violation.*

*The first instance court shall be competent to decide on request for disqualification of public enforcement agent. If the request has been dismissed or rejected, against that decision an objection may be lodged. When the court has granted the request no legal remedies are allowed against that decision.*

*The reasons for disqualification and exclusion of public enforcement agents have been regulated by Law on Enforcement and Security. One reason for disqualification needs to be adressed in special way. Civil Procedure Code provides that a judge shall be excluded if he/she and a party are involved in the proceedings regarding another lawsuit. This reason for exclusion of public enforcement agent hasn't been listed in Law on Enforcement but it may be used for his/her disqualification. However according to the case law of European Court of Human Rights, bringing criminal charges or lawsuits against judges is not in itself sufficient to cast doubt on their impartiality. This is because to require their automatic withdrawal in such circumstances would enable discontented litigants to engage in „judge shopping“ by artificially creating bias or prejudice, and thus provide them with easy instrument to remove judges they consider unfavourable. Before Serbian courts discontented enforcement debtors have started to file lawsuits against public enforcement agents in order achieve their disqualification from enforcement proceedings. The courts that are competent to decide on these requests should take into account judgments of European Court of Human Rights dealing with this issue.*

**Key words:** *public enforcement agent, exclusion and disqualification, persons authorized to file the request, grounds for disqualification, procedure and decisions.*

Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ\*

## ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА

### Апстракт

Одлагање извршења представља специфичан институт извршног процесног права и један од облика привременог обустављања поступка извршења. Иако је поступак извршења конципиран на начелима ефикасности и хитности, како би се што пре коначно намирило потраживање извршног повериоца принудним путем, у поступку извршења може доћи до одлагања извршења. Овај институт извршног процесног права није био регулисан одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, да би га законодавац поново нормативно уредио одредбама важећег Закона о извршењу и обезбеђењу који је донет 2015. године. У раду су анализирани одредбе које се односе на одлагање извршења на предлог извршног повериоца, извршног дужника и трећег лица, и детаљно су обрађени услови који морају бити испуњени како би до одлагања извршења дошло на предлог једне од странака или трећег лица. Такође, пажња је посвећена и споразуму о одлагању извршења. Овај споразум, који је по први пут регулисан законом, закључују странке у поступку извршења или странке и треће лице и он представља основ за доношење решења о одлагању извршења.

**Кључне речи:** одлагање извршења, извршни поверилац, извршни дужник, треће лице, споразум о одлагању извршења.

### І Уводна разматрања

Поступак извршења представља редован пут грађанскоправне судске правне заштите и спроводи се ради коначног намирења потраживања извршног повериоца. У случају да постоји потреба за принудним извршењем, онда када је постојање потраживања извршног повериоца на несум-

---

\* редовни професор, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици vladimir.boranjasevic@pr.ac.rs

њив и ауторитативан начин утврђено у поступку правне заштите или из квалификоване исправе произлази његово постојање, спроводи се поступак извршења у коме се принудним путем остварује повериочево потраживање. Правила по којима се поступа у поступку извршења предвиђена су одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије.<sup>1</sup>

Поступак извршења заснива се на начелу хитности, које представља једно од основних и најзначајнијих начела овог поступка. Законодавац прописује да је поступак извршења хитан,<sup>2</sup> али и низом законских одредаба конкретизује ово начело.<sup>3</sup> Међутим, иако је хитност у поступању императив, јер се ефикасним остваривањем правне заштите штите и извршни поверилац који се намирује и правни поредак, и у поступку извршења може доћи до привременог обустављања процесне делатности и самим тим до одступања од прокламованог начела хитности. Одлагање извршења, које је предмет овог рада, представља један од облика привременог обустављања поступка извршења.<sup>4</sup>

## II Одлагање извршења

Одлагање извршења је као институт извршног процесног права било регулисано одредбама закона из ове области још од Закона о извршењу и обезбеђењу из 1930. године, који је представљао први закон којим је била унификована и кодификована материја извршног процесног права и који је предвиђао одлагање извршења на предлог извршног дужника и трећих лица. Одлагање извршења је потом било регулисано одредбама Закона о извршном поступку из 1978. године,<sup>5</sup> којим је у наш процесни систем уведено и одлагање извршења на предлог извршног повериоца. Заокрет у регулисању овог института потом доноси Закон о извршном поступку из 2000. године<sup>6</sup> који је регулисао само одлагање извршења до кога долази по одлуци суда, на предлог извршног поверио-

---

1 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС* - ЗИО, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење.

2 ЗИО, чл. 15 ст. 1.

3 Детаљно: Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, 1. издање, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 25-27.

4 У поступку извршења може доћи и до прекида и застајања са поступком.

5 Закон о извршном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91, чл. 63 -67.

6 Закон о извршном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 28/2000, 73/2000, 71/01.

ца.<sup>7</sup> Поново, Законом о извршном поступку из 2004. године<sup>8</sup> одлагање извршења су могли да предложе извршни поверилац, извршни дужник и трећа лица, под законом прописаним условима.

Евидентно је да је одлагање извршења, са свим својим модалитетима, било присутно у законским текстовима и тако је било све до доношења Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије из 2011. године.<sup>9</sup> Одредбама овог закона одлагање извршења није било нормирано јер се сматрало да његово елиминисање може повољно да утиче на ефикасност поступка. Изричитом законском одредбом било је прописано да у поступку извршења одлагање није дозвољено, осим ако законом није изричито прописано другачије.<sup>10</sup>

Важећи ЗИО поново регулише одлагање извршења. До одлагања извршења<sup>11</sup> може да дође на предлог извршног повериоца, на предлог извршног дужника, на предлог трећег лица али и на основу споразума странака или споразума странака и трећег лица о одлагању извршења.

### 1. Одлагање извршења на предлог извршног повериоца

Како је напред и наведено, до одлагања извршења може доћи на предлог извршног повериоца. Иако се на први поглед чини нелогичним да ће управо извршни поверилац захтевати одлагање извршења јер је у његовом интересу да се поступак извршења спроведе ефикасно и хитно, како би што пре коначно намирио своје потраживање, извршни поверилац може имати своје разлоге за одлагање извршења.<sup>12</sup>

---

7 Овакво законско решење је, у датом тренутку, било одговор законодавца на чињеницу да су извршни дужници и трећа лица институт одлагање извршења користили врло често у циљу одуговлачења поступка, те је на овај начин законодавац желео да спречи злоупотребу овог института и заштити извршног повериоца. Детаљније о тада важећим законским решењима: Владимир Боранијашевић, „Одлагање извршења“, *Правни живот*, бр. 12/2003, 235 – 244.

8 Закон о извршном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 63 – 67.

9 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО 2011, *Службени гласник РС*, бр. 21/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 – др. закон.

10 ЗИО 2011, чл. 6 ст. 2.

11 О одлагању извршења, видети и: Никола Бодирога, „Одлагање извршења домаће арбитражне одлуке“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2018, 271-274.

12 Нпр. извршни поверилац захтева одлагање извршења како би извршни дужник имао могућност да намири повериоцево потраживање у ратама, према њиховом договору или како би извршни дужник, услед побољшања имовинских прилика, услед запослења или оглашавања за наследника, намирио његово потраживање (Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, 1. издање, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 516; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 159).

Извршни поверилац може имати потребу да захтева одлагање извршења пре него што је спровођење извршења почело али и пошто је предузета прва извршна радња у стадијуму спровођења извршења. То управо значи да извршни поверилац може захтевати одлагање извршења у две ситуације – онда када спровођење извршења није започето<sup>13</sup> и онда када је поступак спровођења извршења у току. Обе ситуације су законом изричито регулисане и прописани су услови под којима извршни поверилац може да захтева одлагање извршења.

У случају да спровођење извршења није почело а извршни поверилац има интерес да се одложи извршење, он предлаже суду, односно јавном извршитељу, у зависности од тога ко је надлежан за спровођење извршења у конкретној извршној правној ствари, да се одложи извршење.<sup>14</sup> Он може да тражи одлагање извршења од тренутка када је примио решење о извршењу, тачније од тренутка када му је суд, односно јавни извршитељ доставио решење о извршењу.

Предлог извршног повериоца за одлагање извршења не мора да буде образложен. Такође, извршни поверилац није дужан да предлог поткрепљује доказима о постојању услова или разлога за одлагање извршења.<sup>15</sup> Ово стога што разлози за одлагање извршења на предлог извршног повериоца нису битни ни за суд ни за јавног извршитеља јер се они не упуштају у испитивање оправданости разлога за одлагање извршења нити њихово оцењивање. Исто тако, о предлогу за одлагање извршења извршног повериоца се не изјашњава ни извршни дужник, јер му одлагање извршења одговара.

О одлагању извршења суд, односно јавни извршитељ одлучује решењем. Онда када утврди да су испуњени законом прописани услови за одлагање извршења а извршни поверилац је предложио одлагање извршења које није још почело, суд, односно јавни извршитељ доноси решење о одлагању извршења. Против овог решења није дозвољена жалба.<sup>16</sup>

С друге стране, у другој ситуацији, када извршни поверилац захтева одлагање извршења пошто је предузета прва извршна радња у поступку спровођења извршења и пошто је овај стадијум поступка извршења

---

13 У овој ситуацији, донето је решење о извршењу а извршни поверилац захтевајући одлагање извршења одлаже почетак спровођења извршења.

14 Одредбама ЗИО извршена је јасна и прецизна подела надлежности између суда и јавног извршитеља када је у питању спровођење извршења (ЗИО, чл. 4).

15 Тако: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 516.

16 ЗИО, чл. 120 ст. 1.

започет, о предлогу за одлагање извршења неопходно је да се изјасни и извршни дужник. Изјашњење извршног дужника је суштински битно јер од њега зависи исход одлучивања о предлогу за одлагање извршења.

Када извршни поверилац предложи одлагање извршења, суд, односно јавни извршитељ који спроводи извршење доставља предлог извршног повериоца извршном дужнику на изјашњавање. Извршном дужнику се оставља одређени рок за изјашњавање о предлогу за одлагање извршења. Извршни дужник има могућност да се сагласи са предлогом извршног повериоца за одлагање извршења, може да се не изјасни о предлогу а може и да се успротиви одлагању извршења. У случају да се сагласи са предлогом за одлагање извршења, суд односно јавни извршитељ доноси решење о одлагању извршења. Ово решење ће суд, односно јавни извршитељ донети и у случају да се извршни дужник не изјасни о предлогу, сматрајући да извршни дужник прећутно пристаје на одлагање извршења.<sup>17</sup> С друге стране, у случају да се извршни дужник изјасни о предлогу за одлагање извршења и успротиви одлагању извршења, суд, односно јавни извршитељ одбија предлог извршног повериоца за одлагање извршења.<sup>18</sup> И тада се доноси решење којим се одбија предлог извршног повериоца за одлагање извршења а против овог решења није дозвољена жалба.<sup>19</sup>

Посебна ситуација постоји када је законом прописано да се извршење може захтевати у одређеном року. Тада извршни поверилац може предложити одлагање извршења само док тај рок не истекне.<sup>20</sup> Уколико извршни поверилац поднесе предлог за одлагање извршења након истека тог рока, суд, односно јавни извршитељ одбацује предлог за одлагање извршења.

Време на које се одлаже извршење предлаже извршни поверилац. Он је дужан да у предлогу за одлагање извршења одреди и трајање самог одлагања. У случају да је одредио временско трајање одлагања,<sup>21</sup> одлагање траје онолико колико је извршни поверилац предложио.<sup>22</sup> Изузетак од

17 У том смислу: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 517.

18 ЗИО, чл. 120 ст. 2.

19 ЗИО, чл. 120 ст. 4.

20 ЗИО, чл. 120 ст. 3.

21 У литератури има мишљења да пропуштање извршног повериоца да одреди временско трајање одлагања извршења доводи до тога да суд, односно јавни извршитељ одбија предлог за одлагање извршења јер не постоји могућност да се извршење одложи на неодређено време (Тако: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 516).

22 ЗИО, чл. 126 ст. 1.

овог правила постоји у оним ситуацијама када извршење може да се захтева само у одређеном року, те тада одлагање извршења може трајати док тај рок не истекне.

Законодавац није прописао рок у коме је суд, односно јавни извршитељ дужан да донесе решење о предлогу за одлагање извршења извршног повериоца, иако је то учинио када је у питању предлог за одлагање извршења извршног дужника или трећег лица. Суд, односно јавни извршитељ је дужан да о предлогу извршног повериоца одлучи у року од осам дана и одлуку отпрати у наредних пет радних дана.<sup>23</sup>

## 2. Одлагање извршења на предлог извршног дужника

До одлагања извршења може доћи и на предлог извршног дужника, под законом прописаним условима. Законодавац је желео да осујети злоупотребу процесних овлашћења од стране извршног дужника и спречи неоправдано одлагање коначног намирења потраживања извршног повериоца и због тога прописао услове који морају бити испуњени да би дошло до одлагања извршења на предлог извршног дужника.

Законодавац најпре прописује да извршни дужник може једном у току поступка да предложи одлагање извршења.<sup>24</sup> То значи да извршни дужник, сходно околностима у којима се налази, бира тренутак када ће захтевати одлагање извршења засновано на законом прописаним разлозима. Након тога, извршни дужник више у току поступка спровођења извршења неће имати право да предложи одлагање извршења. Овакво законско решење иде у прилог поштовања равноправности странака у поступку, те се и извршном дужнику даје могућност да једанпут у току поступка захтева одлагање извршења.

До одлагања извршења на предлог извршног дужника може доћи уколико су кумулативно испуњена два законом прописана услова. До одлагања извршења ће доћи ако извршни дужник учини вероватним да би услед извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, која је већа од оне коју би одлагањем извршења претрпео извршни поверилац, и ако одлагање извршења на његов предлог оправдавају нарочити разлози које доказује јавном или по закону овереном исправом.<sup>25</sup>

---

23 ЗИО, чл. 15 ст. 4.

24 ЗИО, чл. 122 ст. 1.

25 ЗИО, чл. 122 ст. 2.



Први услов<sup>26</sup> односи се на могућност наступања ненадокнадиве или тешко надокнадиве штете по извршног дужника, која је притом већа од оне коју би претрпео извршни поверилац уколико би дошло до одлагања извршења. Неспорно је да законодавац није одредио висину штете коју би извршни дужник могао да претрпи. Уколико би извршење било спроведено, висина штете коју би извршни дужник претрпео би се разликовала од поступка до поступка јер зависи од многобројних фактора у конкретной правној ствари. У том смислу, извршни дужник је дужан да учини вероватним наступање штете као услов за одлагање извршења.<sup>27</sup>

Други услов који мора бити кумулативно испуњен како би дошло до одлагања извршења на предлог извршног дужника је постојање нарочитих разлога који оправдавају одлагање извршења. Појам нарочити разлози се у овој ситуацији схвата као правни стандард јер ће у сваком конкретном случају суд или јавни извршитељ оцењивати да ли разлози које извршни дужник означава представљају нарочито оправдан разлог за одлагање извршења. Неспорно је да је извршни дужник дужан да у предлогу за одлагање извршења образложи управо постојање нарочитих разлога на којима заснива свој предлог за одлагање извршења. Ти разлози могу да се односе на извршну исправу, клаузулу извршности али нарочит разлог могу да буду и неке друге животне околности.<sup>28</sup>

Извршни дужник свој предлог за одлагање извршења, које може да захтева само једном у току поступка, подноси пошто прими решење о извршењу. Он предлог подноси суду или јавном извршитељу, у зависности од тога ко је надлежан за спровођење извршења. У случају да су испуњени законом прописани услови, суд, односно јавни извршитељ доноси

---

26 Када је у питању одлагање извршења на предлог извршног дужника, ранија законска решења су била сасвим другачија. Одредбама ЗИП 2004 таксативно су били прописани разлози због којих може доћи до одлагања извршења на предлог извршног дужника (чл. 64 ст. 1 т. 1 - 4). Такође, било је прописано да ће извршење бити одложено и у другим случајевима у којима за то постоје нарочито оправдани разлози које извршни дужник доказује јавном или по закону овереном исправом (ЗИП 2004, чл. 64 ст. 2). Детаљније: Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, друга свеска, *Вантарнично и извршно процесно право*, Ниш, 2007, 166 - 168; Гордана Станковић, Невена Петрушић, *Новине у грађанском процесном праву*, Ниш, 2005, 126 - 127.

27 Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 523. Аутори истичу и да могућност наступања штете неће бити разлог за одлагање извршења уколико је настанак штете извршни дужник могао да отклони или спречи предузимањем потребних радњи од тренутка правноснажности и извршности извршне исправе.

28 Тако: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 521.

решење о одлагању извршења и у решењу одређује време на које се извршење одлаже.

Суд, односно јавни извршитељ је дужан да решење о предлогу за одлагање извршења донесе у року од пет дана од дана пријема предлога. Решење се отправља у року од три радна дана од дана доношења.<sup>29</sup> Против овог решења дозвољен је приговор.

Уколико је извршни дужник затражио одлагање извршења, извршни поверилац има право да услови одлагање извршења полагањем јемства од стране извршног дужника. Он то може да учини све док траје поступак по предлогу извршног дужника за одлагање извршења.<sup>30</sup> Уколико је извршни поверилац предложио полагање јемства, суд, односно јавни извршитељ ће условити одлагање извршења полагањем јемства од стране извршног дужника. До условљавања полагањем јемства неће доћи само у ситуацији када би полагање јемства довело самог извршног дужника или чланове његове породице у тешку оскудицу, чиме се остварује начело социјалног поступања као једно од начела на којима се заснива поступак извршења. Суд, односно јавни извршитељ ће одредити рок у коме је извршни дужник дужан да положи јемство а уколико то не учини, сматра се да је предлог извршног дужника за одлагање извршења повучен. У том случају, сматра се да извршни дужник није ни предложио одлагање извршења па ће, услед законског правила да одлагање може тражити само једанпут, моћи поново да захтева одлагање извршења.

### 3. Одлагање извршења на предлог трећег лица

Према одредби из чл. 123. ЗИО на предлог трећег лица које је поднело приговор да се извршење на неком предмету извршења прогласи недозвољеним, јавни извршитељ одлаже извршење, само једном у току поступка, ако треће лице доказује своје право правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом. Из саме законске одредбе произлазе услови који морају бити испуњени како би дошло до одлагања извршења на предлог трећег лица. То су: да је треће лице поднело приговор да се извршење на неком предмету извршења прогласи недозвољеним, да своје право доказује правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом и да у претходном току поступка није тражило одлагање извршења јер то може учинити само једном у току поступка.

---

29 ЗИО, чл. 124 ст. 1.

30 ЗИО, чл. 122 ст. 3.

Сви ови услови морају бити кумулативно испуњени како би дошло до одлагања извршења на предлог трећег лица.

Приговор трећег лица је специфично правно средство које треће лице користи у стадијуму спровођења извршења, када тврди да на предмету извршења има неко право које спречава извршење и захтева да се утврди да је извршење на том предмету недозвољено.<sup>31</sup> Како се извршење спроводи на стварима које се налазе у државини извршног дужника, или на његовој целокупној расположивој имовини, могуће је да се међу стварима које се пронађу код извршног дужника нађу и ствари на којима треће лице има одређена права. Из тог разлога, треће лице изјављује приговор и захтева да се утврди да је извршење на тој ствари као предмету извршења недозвољено.

Други услов се односи на исправе којима треће лице доказује да на предмету извршења има право које спречава извршење. То су искључиво правноснажна одлука, јавна исправа или по закону оверена исправа.

Трећи услов тиче се законске забране виšekратног предлагања одлагања извршења од стране трећег лица. Како само једанпут у току поступка може да захтева одлагање извршења, да би дошло до одлагања извршења на предлог трећег лица потребно је утврдити да ли је треће лице, пре подношења предлога, евентуално захтевало одлагање извршења.<sup>32</sup> Уколико јесте, неће бити испуњени услови за доношење решења о одлагању извршења јер је треће лице искористило своје законско право да затражи одлагање извршења једанпут у току поступка. Уколико није, испуњени су услови да суд, односно јавни извршитељ донесе решење о одлагању извршења на предлог трећег лица.

Да би дошло до одлагања извршења на предлог трећег лица, оно подноси предлог надлежном суду, односно јавном извршитељу и у предлогу означава чињенице које се тичу његовог права на предмету извршења. Такође, треће лице је дужно да уз предлог приложи исправе којима доказује чињенице у погледу свог права на предмету извршења. Уколико су испуњени законом прописани услови, суд, односно јавни извршитељ ће донети решење о одлагању извршења.<sup>33</sup>

31 Видети детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 144 -146.

32 У том смислу: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 525.

33 Одредбама чл. 126. ЗИО, прописана су правила у погледу времена на које се извршење одлаже у случају да је одлагање предложио извршни поверилац или извршни дужник. Законодавац није одредио на које се време одлаже извршење на предлог трећег лица. Када треће лице предлаже одлагање извршења, оно је претходно поднело приговор да се утврди да је извр-

Суд, односно јавни извршитељ у року од пет дана од дана пријема предлога има дужност да одлучи о предлогу и донето решење отпрати у року од три радна дана од дана доношења. Против овог решења дозвољен је приговор.

У литератури процесног права се с правом истиче да је могућа ситуација у којој треће лице заједно са приговором кумулира и предлог за одлагање извршења и да тада долази до евентуалне кумулације. Ова врста кумулације је могућа из два разлога: 1) о оба предлога одлучује суд, односно јавни извршитељ који је надлежан за спровођење извршења и 2) чињенице на којима се заснива приговор и чињенице које се износе у погледу права трећег лица на предмету извршења исте су као и докази који се прилажу уз приговор и предлог за одлагање извршења.<sup>34</sup>

#### 4. Одлагање извршења на основу споразума

Одлагање извршења на основу споразума представља нови облик одлагања извршења који је по први пут законски регулисан. Законодавац прописује да до одлагања извршења може доћи и на основу споразума странака – извршног повериоца и извршног дужника али и на основу споразума странака и трећег лица, под законом прописаним условима.<sup>35</sup> То значи да се у први план ставља начело диспозиције јер се странкама али и странкама и трећем лицу даје право да међусобним споразумом одложе извршење. С друге стране, овакво законско решење је свакако одступање од начела официјелности према коме када суд одреди извршење, поступак по службеној дужности прелази у фазу спровођења извршења и које је, посебно у фази спровођења извршења наглашено и конкретизовано низом посебних законских одредаба.<sup>36</sup>

---

шење на одређеном предмету извршења недозвољено и логично је да одлагање траје до окончања поступка по правним лековима по том приговору (Тако: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 526). Има и мишљења да у овој ситуацији, као и када је у питању одлагање на предлог извршног дужника, трајање одлагања на предлог трећег лица одређује орган извршења у зависности од околности (Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Приручник за полагање правосудног испита, Службени гласник, Београд, 2017, 563).

34 Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 526.

35 Одлагање извршења на основу споразума странака познаје и хрватско законодавство. Према одредби члана 69. ст. 1. Овршног закона Републике Хрватске – ОЗ РХ, *Народне новине* бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, ако се извршни поверилац сагласи са предлогом извршног дужника о одлагању извршења, односно ако се извршни поверилац и извршни дужник сагласе с предлогом трећег лица о одлагању извршења, суд ће одредити одлагање извршења не испитујући постоје ли за то прописане претпоставке.

36 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 21.

Споразум о одлагању извршења је најпре могућ између странака у поступку извршења. И извршни поверилац и извршни дужник имају право да један другом предложи одлагање извршења а да се противна странка сагласи са предлогом друге странке. Онда када је то за њих повољно и када је у интересу и једне и друге странке, долази до закључења споразума о одлагању извршења. Тачније, само саглашавање са предлогом за одлагање извршења означава да је међу странкама закључен споразум о одлагању извршења.

Онда када је споразум закључен, он представља основ за доношење решења о одлагању извршења. Суд, односно јавни извршитељ ће донети решење којим се утврђује да је извршење одложено на основу споразума странака.<sup>37</sup>

Споразум о одлагању извршења могућ је и између странака и трећег лица. Треће лице има право да предложи странкама одлагање извршења а странке могу са предлогом да се сагласе или не сагласе, у зависности од сопствених интереса. Уколико се странке сагласе са предлогом трећег лица за одлагање извршења, закључен је споразум о одлагању извршења између странака и трећег лица. Овај споразум ће, као и споразум између странака, бити основ за доношење решења којим ће бити утврђено да је до одлагања извршења дошло на основу споразума странака и трећег лица.

Када су у питању и један и други споразум, на основу кога долази до одлагања извршења, законодавац изричито прописује да се решење о одлагању извршења доноси без испитивања разлога за одлагање.<sup>38</sup> То практично значи да суд, односно јавни извршитељ само на основу споразума о одлагању који је закључен између странака или између странака и трећег лица доноси решење о одлагању извршења, не упуштајући се у испитивање разлога за одлагање. Пошто је закључење споразума резултат диспозитивних радњи странака или странака и трећег лица, суд, односно јавни извршитељ не улази у мотиве и разлоге који су утицали да закључење споразума и одлагање извршења. Суд, односно јавни извршитељ само, у оба случаја, решењем констатује да до одлагања извршења долази на основу споразума странака или странака и трећег лица. Извршење се одлаже за време које је означено у споразуму и које је резултат договора

---

37 ЗИО, чл. 121 ст. 1.

38 ЗИО, чл. 121 ст. 2.

странака или странака и трећег лица.<sup>39</sup> Против овог решења није дозвољена жалба.<sup>40</sup>

Када је у питању одлагање извршења на основу споразума посебно је значајна одредба којом је прописано да се време на које је одложено извршење не рачуна у трајање поступка у погледу заштите права на суђење у разумном року.<sup>41</sup> У Републици Србији је 2015. године донет Закон о заштити права на суђење у разумном року,<sup>42</sup> којим су предвиђена правна средства којима странке могу да заштите своје право на суђење у разумном року, било да теже да спрече повреду тог права, било да је до повреде права на суђење у разумном року већ дошло. Како је „разумни рок“ правни стандард чија се садржина одређује у конкретном случају, поменута одредба ЗИО наглашава да је одлагање извршења, којим се продужава трајање поступка извршења, резултат воље странака или странака и трећег лица, те да се то време не може урачунати у трајање поступка у погледу заштите права на суђење у разумном року. У том смислу, за одуговлачење поступка и његово трајање нису одговорни ни суд ни јавни извршитељ већ странке или странке и треће лице који су закључили споразум о одлагању извршења.

### III Уместо закључка

Без обзира на чињеницу да се поступак принудног извршења базира на начелима хитности и ефикасности, поновно законско регулисање института одлагање извршења представља значајан корак на законодавном плану. У одређеним ситуацијама, када је то оправдано и потребно из различитих разлога, омогућено је извршном повериоцу али и извршном дужнику и трећем лицу да предложи одлагање извршења. Од одлагања извршења долази уколико су испуњени строги услови предвиђени законом, на основу решења суда, односно јавног извршитеља о одлагању извршења.

По први пут, регулисан је и нови облик одлагања извршења - одлагање извршења на основу споразума. Споразум о одлагању могу за

---

39 Одредбама ЗИО којима су прописана правила у погледу времена на које се одлаже извршење, није прописано на које се време одлаже извршење у случају да је закључен споразум о одлагању извршења. Но, како је и сам споразум резултат њихове диспозиције, логично је да ће се странке или странке и треће лице договорити и о трајању одлагања извршења.

40 ЗИО, чл. 121 ст. 5.

41 ЗИО, чл. 121 ст. 4. Идентичну одредбу садржи и ОЗ РХ, чл. 69 ст. 2.

42 Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

закључе странаке у поступку или странке и треће лице. У случају да је закључен споразум о одлагању извршења, вољом странака или вољом странака и трећег лица долази до одлагања извршења на време које су одредили споразумом. Како у овој ситуацији до одуговлачења поступка долази на основу споразума странака или странака и трећег лица, посебно је значајна одредба којом је прописано да се време на које се извршење одлаже на основу споразума не рачуна у трајање поступка са аспекта заштите права на суђење у разумном року.

**Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, Ph.D.**

**Full Professor**

**Faculty of Law, University of Priština**

**with a Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica**

## ENFORCEMENT POSTPONEMENT

### *Summary*

*Enforcement postponement represents a specific institute of executive procedural law and one of the ways of temporary suspension of the procedure of enforcement. Although the procedure of enforcement is based on the principles of efficiency and urgency, so that the executive creditor's receivables are settled forcedly as soon as possible, enforcement postponement can occur in the procedure of enforcement. This institute of executive procedural law had not been regulated by the Law on Enforcement and Security in 2011. However, the legislator regulated it normatively in the applicable Law on Enforcement and Security in 2015. The author analyzes the regulations related to the enforcement postponement on the request of the executive creditor, executive debtor and third party. Also, conditions that have to be fulfilled in order for the enforcement to be postponed on the request of one of the parties or third party are dealt with in detail. Additional attention is devoted to the agreement on enforcement postponement. This agreement, which is regulated by law for the first time, is concluded by the parties in the procedure of enforcement or the parties and third party and it represents the grounds for bringing a decision on enforcement postponement.*

**Keywords:** *enforcement postponement, executive creditor, executive debtor, third party, agreement on enforcement postponement.*

---

# УПРАВНИ СПОРОВИ

---

др Зоран Р. ТОМИЋ\*

## ПРАВНА ЗАШТИТА СЛОБОДНОГ ПРИСТУПА ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА\*

- право Србије -

"Ако не можемо да уживамо читајући једну књигу више пута,  
она уште и није вредна читања"  
(Оскар Вајлд, Пропаст лагања)

### Резиме

*Чланак се бави питањем правне заштите и положајем различитих правних субјекта у области слободног приступа информацијама од јавног значаја у Србији. У тој материји примењују се режим управног поступка и управног поступка, коригован специфичностима Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Стога је прописано да се против одлука Повереника - било да се њима усваја жалба, одбацује или одбија - може покренути управни спор, тужбом пред Управним судом. Поступак је хитан. Постоји и могућност да се, на захтев тужиоца, одложи извршење оспореног акта, до окончања управног спора. Правна заштита у разматраном контексту може даље да се тражи у одређеним случајевима, у складу са законом, од Врховног касационионог суда, а на крају - пре обраћања Европском суду за заштиту људских пра-*

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [ztomic@ius.bg.ac.rs](mailto:ztomic@ius.bg.ac.rs).

\* Овај чланак настао је настао као резултат учешћа на пројекту "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета у Београду (2019).



ва - (а пошто извршење Повереникове одлуке није успело да се издејствује ни преко Владе Републике Србије), од домаћег Уставног суда, по уставној жалби.

Поводом залагања за измену респективног закона у правцу да се и првостепенем органу убудуће пружи процесно право на тужбу у управном спору против Повереникових решења – у чланку је заузет став да би то била апсолутно погрешна и нелогична солуција, противна и слову и духу овдашњег управно-процесног права, али и правном положају Повереника – а нарочито темељним уставним поставкама у погледу јединства правног поретка, нивоа права грађана на обавештеност, као и места и функције државне управе у правном систему.

**Кључне речи:** право на обавештеност, информације од јавног значаја, Повереник, управни поступак, жалба, управни спор

## I Право на обавештеност

1. - У контексту Уставом зајемченог права на обавештеност,<sup>1</sup> садржана је и пасивна и активна компонента. Прва је да се буде истинито, потпуно и благовремено обавештен о питањима од јавног значаја. Друга - право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења (даље: органи јавне власти). Потоњој је посвећен текст који следи, у равни правне заштите.

С претходним у вези, три су уставна принципа од нарочите важности: Први се тиче ограничавања људских и мањинских права<sup>2</sup>. Односна ограничења су могућа под четири Уставом строго постављена кумулативна услова: 1) да се чине искључиво законом; 2) да их Устав предвиђа као могућа, и то само у сврхе које он допушта; 3) да је обим ограничења у сваком конкретном случају неопходан, и најмање могућ да се та уставна сврха постигне у демократском друштву; 4) да се том приликом не задире у суштину зајемченог права. Уз то, "достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати."<sup>3</sup> Други уставни принцип, тесно повезан са правом на обавештеност заокружујући га, је право на правично суђење.<sup>4</sup> Трећи - права на једнаку заштиту права и на правно средство.<sup>5</sup>

1 Члан 51 Устава Републике Србије.

2 Члан 20.

3 Став 2 члана 20.

4 Члан 32.

5 Члан 36.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЛЈП), у оквиру члана 10 - "Слобода изражавања", садржи и слојевити елемент слободe на примање и саопшавање информације<sup>6</sup>. А примање информације подразумева и активно права грађанина да до информације дође.<sup>7</sup> Тиме је Европски суд за заштиту људских права и основних слобода (ЕСЉП) стао на становиште - различито од свог дотадашњег - да право на приступ информацијама припада корпусу слободe примања информација, односно, најшире, слободи изражавања. Дакле, посреди је слобода тражења информација<sup>8</sup>, према новијој пракси ЕСЉП. У односу на Србију, Суд је у пресуди *Иницијатива младих за људска права* навео да слобода примања информација конзумира и право на приступ информацијама, утврдивши да "невладина организација која се бави питањима од јавног значаја заслужује заштиту сличну оној коју Конвенција пружа штампи".<sup>9</sup>

Дакако, многе од информација од јавног значаја тичу се привредне сфере, односно налазе се у поседу државних органа задужених за привреду, јавне финансије сл. (ресорних министарстава, инспектората, дирекција, агенција...), односно шривредних друштава, предузећа са јавним овлашћењима, као и оних правних лица која оснива, односно у целини или претежно финансира држава. Рецимо, подаци у погледу броја учесника на неком јавном тендеру, акционарских удела, одређених страних улагања, појединих клаузула капиталних уговора, подаци о

6 Ипак, код одређивања домашаја/садржине једног заштићеног права, односно слободe из Конвенције треба бити крајње опрезан. Тако у случају *Гаскин против Уједињеног Краљевства* (7- јули 1989, серија А, бр. 160, стр. 20, став 49), Суд налази да одбијање да се допусти увид у лични досије није кршење члана 10 ЕКЛЈП, већ може да се да се тиче члана 8 - Заштита личног и породичног живота. Према Жил Дитертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска оправа*, Београд, 2004, 291.

7 В. код Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима, коментар*, Београд, 2006, 296-297, са одговарајућом праксом.

8 *Társaság v. Szabadságjogokért v. Hungary no. 37374/05*, 14. 4. 2009. и *Kenedi v. Hungary*, no. 31475/05, 26.5.2009. - В. Беширевић, С. Царић, М. Драшкић, В. Ђерић, Г. П. Илић, И. Јанковић, Е. Корљан, И. Крстић, Т. Маринковић, Д. Поповић, *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Београд, 2017, 253-254.

9 *Youth Initiative for Human rights v. Serbia*, према Т. Маринковић, *Коментар Конвенције (...)*, 295-296. Наиме, у конкретном случају, Безбедносно-информативна агенција није поштовала налог Повереника, његову коначну, обавезујућу одлуку да - по захтеву респективне невладине организације - саопшти колико је људи било под електронским надзором током 2005. године, а међународни суд је такво понашање квалификовао противправним и арбитрним.

минималном износу оснивачког капитала у једном друштву за осигурање, и тд.

2. – Према *Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја*<sup>10</sup> (Закон), ради остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, установљен је *Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података* (Повереник). Он је независан и самосталан државни орган у вршењу своје надлежности.<sup>11</sup> *Информација од јавног значаја* је она која је настала "у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да зна."<sup>12</sup> Код информација од јавног значаја, тражилац никада не доказује оправдан интерес да је сазна. И ту је један од главних чворова анализиране теме. Иначе, садржина права на приступ информацијама од јавног значаја, тј. слобода приступа је у: а) омогућавању увида у одговарајући документ; б) издавање копије документа; ц) слање копије на адресу (електронску, поштанску...) тражиоца.

3. - *Ограничење права на приступ информацијама од јавног значаја*, на темељу Устава, Закон подвргава следећим условима<sup>13</sup>: 1) то се може учинити само изузетно; 2) једино ако је то неопходно у демократском друштву; 3) и то, у циљу заштите од озбиљније повреде претежнијег јавног интереса заснованог на Уставу или закону. Закон набраја<sup>14</sup> правне вредности, нарочито важне, егзистенцијалне и есенцијалне јавне интересе чија заштита од озбиљне претеће повреде може у конкретном случају довести до искључења или ограничења слободног приступа информацијама од јавног значаја: живот, здравље, сигурност, одбрана земље, правосуђе, национална и јавна безбедност, економска добробит земље и одговарајуће јавне, односно приватне тајне. При томе се правни стандарди као што су "битно умањено", "озбиљно угрозио", "тешке последице", и друго морају уско, минуциозно тумачити спрам времена и простора, узимајући у обзир сваку ситуацију посебно, све околности конкретног случаја - непрекидно мерећи пропорционалност оних интереса којима се у датој прилици било даје примат, било стављају у други план.

10 *Службени гласник РС*, бр.120/04, 54/07, 104/09 36/10.

11 Члан 1 став 2. Закона.

12 Члан 2 став 1. Закона

13 Члан 8 Закона.

14 В. члан 9.

## II Остваривање права на приступ информацијама

Право на приступ информацијама од јавног значаја остварује се, по основу захтева грађанина, пред органом власти за кога тражилац сматра да такву информацију поседује. Тај орган тада, према Закону<sup>15</sup>, има позицију *првостепеног органа*, у смислу Закона о општем управном поступку<sup>16</sup> (ЗУП). Орган власти при томе утврђује евентуално постојање ралога за ускраћивање приступа траженом документу, чињенично аргументујући свој став.

*Укратко*, у материји слободног приступа информацијама од јавног значаја правно вреди специфичан режим предвиђеним Законом, допуњен - где год нема особене регулативе Закона - правним прописима управног и управно-судског процеса. Што се тиче управног поступка, није посреди сходна, прилагођена, већ супсидијарна примена. Одступање од ЗУП-а је нарочито у томе да када орган јавне власти удовољи захтеву за слободан приступ, сачињава о томе службену белешку, а не доноси посебно решење

*Управно извршење решења* Повреника спроводи сâм Повереник - принудном мером, односно новчаном казном - у складу са ЗУП-ом (разуме се, ако Законом није другачије одређено). А ако Повереник не може спровести извршење средствима која му стоје на располагању, Влада му, на његов захтев, у томе пружа помоћ, "применом мера из своје надлежности, односно обезбеђивањем извршења решења Повреника непосредном принудом".<sup>17</sup>

## III Правна заштита против повереникових решења

### 1. Управна жалба

*Повереник, ex lege*<sup>18</sup>, има процесни положај другостепеног, надређеног и контролног органа из ЗУП-а. Он је дужан да донесе решење по жалби на решења (или "ћутање") првостепеног органа у року од 30 дана од пријема жалбе. Пре доношења решења, Повереник утврђује чињенично стање - и спроводи тзв. тест пропорционалности, ако је потребно - а дужан је и да омогући првостепеном органу да се писано изјасни.<sup>19</sup>

---

15 Члан 21, супсидијарна примена Закона о општем управном поступку.

16 *Службени гласник РС*, број 18/16.

17 В. члан 29.

18 Члан 23, супсидијарна примена ЗУП-а.

19 В. чл. 24 и 26.

*Повереникова решења су обавезна, коначна и извршина.*<sup>20</sup> Отуда, ако Повереник уважи жалбу - наставши да је она основана - наређује првостепеном орган да тражиоцу омогући слободан приступ информацији од јавног значаја о којој је конкретно реч.

## 2. Управно-судска тужба

1. - На одлуке Повереника - о уважавању жалбе или пак о њеном одбацивању, односно одбијању - може се повести управни спор, тужбом пред Управним судом<sup>21</sup>. Тај судски поступак је *хитан*<sup>22</sup>. Уз могућност да се, по предлогу тужиоца, судски одложи до завршетка спора извршење оспореног акта.<sup>23</sup> Иначе, од контроле Повереника законски су изузети највиши органи власти: Народна Скупштина, председник Републике, Влада, Уставни суд, Врховни касациони суд и Републичко јавно тужилаштво. Њихове одлуке, у рангу првостепених у материји слободног приступа информацијама од јавног значаја, су коначне у управном поступку, непосредно нападљиве пред Управним судом (о чему ће касније бити још говора).

*Право на тужбу у управном спору против решења Повереника, de lege lata, имају:* 1) тражилац информације првостепеном одлуком чију жалбу Повереник није уважио, и - према *Закону о управним споровима*<sup>24</sup> (ЗУС) - 2) надлежни јавни тужилац ако сматра да је у конкретном случају Поверениковом одлуком повређен закон на штету јавног интереса. *Ту и такву активну легитимацију по важећем Закону нема првостепени орган, орган јавне власти чије је решење Повереник поништио поступајући по жалби.* У том погледу је, поред осталих, и ранија и садашња управно-судска пракса, јединствена и доследна: одбачене су листом све (*sic!*) тужбе првостепених органа (из различитих управних материја) – без испитивања њихове основаности, као недопуштено поднете, односно изјављене од неовлашћеног правног субјекта. И то искључиво из разлога *што је подносилац тужбе био првостепени орган, тј. нижи орган у претходећем поступку управног одлучивања, а не странка*<sup>25</sup>. Речју, сједињава-

20 В. члан 28.

21 Члан 27 став 1.

22 Члан 27 став 2.

23 Члан 23 ЗУС-а.

24 *Службени гласник РС*, број 111/09. – члан 11 став 2.

25 У том смислу: Савезни врховни суд, Уз-2965/54 од 29.10.1954; Закључак саветовања управних одељења врховних судова република и покрајина и Врховног војног суда са Врховним судом Југославије, одржаног 13-14.2.1968; Окр. суд у Крагујевцу, У-79/81 од 18.11. 1981;

ње у истом правном субјекту и позиције првостепеног органа и наводног тужиоца у управном спору је – беспоговорно забрањено и судски санкционисано.

*Изменама Закона се поред осталог жели признати и првостепеном органу право на тужбу против Повереникових решења. Тако се Нацртом новеле Закона из 2018. године, прописује: "Против Решења Повереника, орган власти, као и друга лица предвиђена законом, могу покренути управни спор". Надаље, "против правноснажне одлуке Управног суда странка и јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке".<sup>26</sup>*

2. - По питању *активне (тужилачке) легитимације у управном спору у анализираној материји*, изгледа да је стручна јавност доброно подељена. Једни сматрају да би се тиме остварио одређени баланс у путевима тражења правне заштите у овој области. Тврди се да равнотежа сада не постоји, те да је јавни интерес према актуелним законским солуцијама недовољно обезбеђен спрам права на тражење информација од јавног значаја, а сâм Повереник, нарочито кад усваја жалбе грађана, није – веле - довољно и делотворно правно контролисан. С тим у вези, примерице, *хрватски Закон о праву на приступ информацијама*<sup>27</sup>, управни спор против решења Повереника, пред Високим управним судом Републике Хрватске, може покренути и "тјело јавне власти које је донијело првоступањско рјешење", при чему тужба има одложно дејство ако је решењем омогућем приступ информацији.<sup>28</sup> Тако да признавање права на управно-судску тужбу органу јавне власти који је донео првостепено решење, није (толико) нелогично и несистемско!

Други, опет, сматрају, да би баш предлагана нова солуција довела до искривљавања две стандардне правне шеме, уобичајеног процесног реда, сукцесивности: прво, трасе између тражиоца информације, онда првостепеног органа, па жалбом анагажованог другостепеног органа/Повереника, затим тражиоца информације као тужиоца - и на концу, Суда; друго, линије тражилац информације – првостепени орган - Повереник – јавни тужилац - Суд. А ево и става потписника овога текста.

---

Врховни суд Србије, У. 2749/2005 одц 1.3.2006 и У. 2983/2006 од 14.9.2006, и бројне касније пресуде Управног суда Србије - према Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго, допуњено издање, Београд, 2012, 359, 369, 374-375.

26 Члна 14 Новеле којим се мења, односно допуњује члан 27 Закона.

27 "Народне новине", бр. 25/13, 85/15, члан 26 став 2.

28 Члан 26 став 1, трећа реченица, *in fine* истога прописа.

*Првостепени орган никада није странка у управном поступку (остављам по страни управни уговор, двострани правни посао склопљен у јавном интересу, где је орган једна страна-уговорница, наспрам странке). Он је надлежни јавноправни субјект који на основу и при примени закона у поједначним правним предметима остварује јавни интерес, утврђује припадајуће дужности појединачних субјекта, или омогућава, односно ограничава или ускраћује уживање права и слобода које по закону начелно припадају грађанима и њиховим колективитетима, странкама у поступку. Значи, том приликом - (и) у друштвеној сфери коју претресам - не одлучује се о било каквом праву или обавези првостепеног органа, нити он као „трећи“/умешач учествује у поступку ради заштите некакве сопствене правне ситуације које тада и нема (а стандардно страначко својство подразумева управо конкретан правни случај одеђеног субјекта!).<sup>29</sup> Насупрот, тада баш он, на основу закона у одговарајућем правном поступку, први решава о праву одређеног лица/грађанина на слободан приступ информацији од јавног значаја. Као такав, првостепени орган – ни у једној управној области – не би смео да буде законски легитимисан да судски напада решења другостепеног органа, па тако и Повереника, да побија пред Судом одлуке које су задобиле својство коначности, обавезности и извршности у управном поступку – и за странку, и за њега, као првостепеног органа. То је апсолутно *изван логике целине управне и управно-судске процедуре, туђе каквоћи и профилу управно-процесне вертикале, речју - системски је противно и ЗУП-у и ЗУС-у. Једна таква претпостављена одредба, предметно процесно право првостепеног органа, директно би противуречило принципу уставности и законитости, посебно Уставом прокламованом начелу јединства правног поретка Србије.*<sup>30</sup> Побитијати тужилачки, од стране првостепеног органа пред судом одлуке другостепеног, којем је тај и такав хипотетички „тужилац“ у поступку хијерархијски-управно потчињен, у овдашњем законодавству никада правно није ни било пуноважно, ни правно допустиво – а надам се и да неће. Укратко, *није посреди – и не може да буде – било каква судска парница између првостепеног и другостепеног органа, ма ко он конкретно био, па и Повереник - већ је на судскоме столу спор о законитости одређене коначне, другостепене управне одлуке (или другостепеног „ћутања“, изостанка било какве одлуке по изјављеној жалби).* И то у два могућа облика: а) својеврсни судско-правни дуел, спорење другостепеног органа/Повереника и незадовољне странке/тражиоца информа-*

29 Члан 44 ЗУП-а.

30 Члан 4 став 1 и члан 194 став 1 Устава.

ције исходом другостепеног поступка, а то значи поступка у целини - јер је једниство првог и другог управног степена, непорециво; или б) процесна котрадикторност пред Управним судом између јавног тужиоца и другостепеног органа/Повереника поводом оспорене одлуке потоњег. Тиме је заокружено питање путева и легитимисаних субјекката на управно-судску тужбу, како ради заштите објективне законитости и јавног интереса, тако и у циљу заштите субјективне ситуације странке.

Образложење према којем треба правно омогућити управи да тужи Повереника/његов правни акт Суду јер он – иако номинално другостепени орган у управном поступку - не припада управном апарату, па као „спољни фактор“, по сопственој природи и усмерењу, не води довољно рачуна о јавном интересу који тако остаје недовољно заштићен - никако не стоји. Јер, у управном спору објективна и законитост и јавни интерес су амалгамисани тако да о њима по службеној дужности води рачуна јавни тужилац, у улози активно легитимисаног у управном спору. Фактичко је питање, па и ствар јавно-тужилачке политике, када и колико он то своје овлашћење, надлежност практично активира, користи. А Повереник је доиста посебан другостепени орган, искључиво у области за коју је основан; он је, као независан, организационо и функционално јачи од „обичног“ другостепеног органа. Наиме, он формално није управа, није подређен Влади, али је у датом миљеу управно надређени, независни контролор јавне управе. Контролор чије су одлуке потом подложне завршној и дефинитивној судској контроли, по тужби у управном спору.

Због свега тога, закључујем: будуће намеравано законско предвиђање права првостепеног органа на тужбу, било би: 1) апсолутно неспособно са концепцијом и конструкцијом управног поступка; 2) са независношћу Повереника, који је у позицији вишег органа управе по функцији, а организационо – засебна, спољна (изван управног апарата) контролна институција. Тако да би законски подупрta „поплава“ тужби првостепеног органа против Повереникових одлука, као очекивана, била опасан преседан, представљала би малтене сталну претњу и осветнички манир, тиме и дубоко подривање Поверениковог ауторитета. Осим тога, посебно, таква процесна прерогатива првостепеног управног нивоа било би начелно супротно уставној улози државне/јавне управе<sup>31</sup> и њеним пословима одређеним *Законом о државној управи*.<sup>32</sup> Још нешто: усвајањем законског предлога који овде критикујем, умањила би се крхка, слабашна

31 Члан 136 Устава.

32 *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14, 47/18 и 30/18 – др. закон, члан 12-21.



послушност, од стране Владе ионако неучвршћена дисциплина првостепеног органа у односу на Повереникове налоге, тј. на његова решења. А извршење Повереникових одлука је и иначе један од највећих проблема у досадашњој примени Закона.

Разуме се, Повереник није ни пуномоћник, ни законски заступник грађана, он није ексклузивно „на страни грађана“, већ на линији савременог праведног права и њиме обухваћених људских права, тачније једног значајног из тога свежња - *уставног права на обавештеност*.<sup>33</sup> Повереник је основан да повеже оптималну слободу – она безобална на друштвеном чаршаву не постоји! - и легитимни јавни интерес у односној области. Уосталом, у јавном интересу је остваривање приватних интереса, у складу са законом, па тако и поштовање права на обавештеност грађана о питањима од јавног значаја, нарочито стављање тражиоцу на увид таквих информација од стране органа власти у чијем су поседу. А приватни интереси не могу да буду противни оном јавном, законски пројектованом и препознатом у датом животном догађају, уз нарочито неговање гесла пропорционалности при нужном ограничавању људских слобода и права. Повереник је прва степеница заштите права грађана да – када то траже - буде правовремено упознати са подацима од јавног значаја који се налазе код органа власти. Али, никако не на штету признатог јавног интереса. Повереник мора да буде одговорна савест и свест друштва, мост финог, минуциозног повезивања заједнице и њених чланова са државом и њеним неопходним тајнама, са цивилизацијским јавним поретком.

3. - Ни *временска димензија целине поступка* није небитна, напротив. Заинтересовани грађанин тежи да му се што пре стави на располагање тражена информација. Рокови за поступање и првостепеног органа („без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од пријема захтева...“)<sup>34</sup> – по захтеву, и Повереника као другостепеног („без одлагања, а најдоцније 30 дана од дана предаје жалбе...“)<sup>35</sup> – поводом жалбе, су законски кратки и прецизни. Понављам: „административно извршење решења Повереника спроводи Повереник принудом (принудном мером, односно новчаном казном)“, и то у опет складу са ЗУП-ом. У поступку тог извршења искључена је жалба која се односи на акте и радње сâмога извршења, што би – по законодавчевој замисли - требало додатно да убрза цео поступак. Али, у случају неуспеха Повереника у поступку извршења, он се - како је

33 Члан 51 Устава.

34 Члан 16 став 1 Закона.

35 Члан 24 став 1 Закона.

већ приказано - обраћа Влади да она, мерама из своје надлежности, обезбеди извршење.<sup>36</sup> Но, вишекратна, тако рећи трајна пасивност Владе у протеклом периоду у том погледу, осетно је забрињавајућа, готово алармантна. Елем, претпоставимо да *de lege ferenda* првостепени орган чије решење Повереник поништио - а он се упорно оглушава о обавезне и извршне налоге Повереника да тражену информацију пружи - задобије активну легитимацију у управном спору. Па поднесе и тужбу и уз њу захтев за одлагање оспореног, Поверениковог решења. У таквој ситуацији је практично могуће продужено одуговлачење поступка, тако што би Суд често, односно не ретко одложио извршење утуженог Поверениковог решења до завршетка спора. Код решавања да ли ће изрећи односну привремену мера, Суд сваки пут одмерава тежину и (не)надокнадивост могуће штете која би наступила било за јавни интерес, било за тражиоца информације у случају (не)одлагања извршења Поверениковог решења о налагању органу/тужиоцу да омогући грађанину слободан приступ траженој информацији (било и за треће лице – ако такво постоји - оно које је у респектабилној вези са правним предметом). Тако да све наречено може довести до тога да односни увид, након протеча неразумно дугог времена, изгуби смисао, постане беспредметан, за дотичног грађанина и јавност неинтересантан – а Повереникова улога том (не)приликом битно умањена, да не кажем уназађена, споредна.

*Уставно право на обавештеност* - чијој пуној заштити у домену слободног приступа информацијама од јавног значаја је посвећен и текст који приводим крају - подлеже, као и остала, темељном уставном принципу и уходаној европској тековини: *да се достигнути ниво љдских и мањинских права не сме, не може смањивати.*<sup>37</sup> А тим друштвеним вредностима се нипошто не доприноси парадоксалним давањем права првостепеном органу да буде тужилац у управном спору против Повереникових одлука. Баш супротно! Узгред, првостепени орган може свакад – и до сада - надлежног јавног тужиоца да снабдева подацима које он (првостепени орган) сматра потребним за одбрану сопственог интегритета и угледа, односно за очување јавног интереса како га он конкретно сагледава и мери, аргументима против Повереникове одлуке којом је поништено његово решење. Тако би се првостепени орган ипак „из сенке појавио“ у судском поступку, по тужби јавног тужиоца (ако она у одређеној ситуацији уопште буде поднета) - додуше у њему „учествујући“ само „издалека“ и посредно, крајње бочно, а не директно, формално-правно.

---

36 Члан 28 Закона.

37 Члан 20 став 2 Устава.

4. - Можда се предстојећом законске реформом у разматраном исечку стварности – обухватајући и проблем који сам, поред осталог, анализирао - у суштини баш хоће институционално другачији, нормативно рањиви(ји) и сапети(ји) Повереник?! Е, онда на тој и таквој јавној функцији - у крајњој линији - може да буде убудуће (и)сваки/неки про Владин „повлађеник“, обичан чиновник-послушник у служби политичких интереса. Уместо да то остане и даље пункт – и институционално и персонално - једне од последњих (ако не и последње!?) светлих и поузданих (од)брана каквог-таквог права, слободе и демократски обликованог јавног интереса.

### 3. Уставна жалба

1. - Правна заштита слободног приступа информацијама од јавног значаја заокружује се у националним размерама - након исцрпљивања свих расположивих правних средстава - *пред Уставним судом, по уставној жалби*.<sup>38</sup> Све док се не омогући увид у одређену информацију, на темељу Повереников решења којим се то наређује, тражилац не ужива, нема уставно право на обавештеност у конкретном случају. Ту су могуће две ситуације. Прва, да је против Повреников решења јавни тужилац покренуо управни спор. Друга - да је управни спор остао неискоришћен (протекао је рок ка тужбу), тако да је Поверниково решење постало правноснажно. При првој претпоставци, могуће су опет две варијанте: а) да је суд, по захтеву тужиоца, одложио извршење оспореног акта, и б) да одлагања није било - у ком случају се Поверениковао има беспоговорно извршити, те омогућити тражени увид. Ако је одложено извршење до доношења судске пресуде, од исхода спора зависи и даљи правни пут. Када Управни суд одбије тужбу јавног тужиоца, Поверниково решење се обавезно извршава, без или уз накнадну сарадњу Владе (по захтеву Повереника), у складу са Законом и ЗУП-ом. Налазим да је - у случају да Повереник не успе да издејствује извршење - тражилац дужан да поднеском захтева да се Повереник обрати Влади ради њене одговарајуће интервенције у датом миљеу. Тек пасивност Владе, односно бесплодност обраћања Влади, рађа право тражиоца информације на уставну жалбу.<sup>39</sup>

---

38 Члан 170 Устава.

39 Другачије код Марко Давинић, *Независна контролна тела у Републици Србији*, Београд, 2018, 67-68, уз уставно-судску праксу тамо наведену.

А ако је Повереник одбио његову жалбу, тражилац може да покрене управни спор. Одбијајућа пресуда је правноснажна (уосталом, као и Поверениково решење које том приликом неуспешно побијано), те тражиоцу информације (пре)остаје обраћање Уставном суду. Илустрација уважавања уставне жалбе је поништење пресуде Управног суда која није била потпуно и правилно образложена, чиме је повређено право на правично суђење, уједно и уставно право на обавештеност, што ће рећи и слобода изражавања зајемчена у чласну 10. ЕКЛЈП.<sup>40</sup>

2. - С друге стране, у случају да највиши државни органи (набројани на почетку овога текста) - на чије одлуке је жалба Поверенику искључена - одбију приступ траженој информацији, тражилац има непосредно право на управно-судску тужбу. На евентуално одбијајући пресуду Управног суда, стоји му (баш из разлога односне управне једностепености!) на располагању захтев за ванредно приспитивање судске одлуке пред Врховним касациониом судом (ВКС).<sup>41</sup> Тај правни пут се ипак може сматрати начелно *делотворним*<sup>42</sup> *судским правним леком против правноснажних управно-судских одлука*, имајући у виду следећа његова својства<sup>43</sup>: 1) девољутивност – изјављује се и о њему одлучује други, виши (а не исти) орган, ВКС; 2) тај други, односно виши орган је суд у пуном смислу те речи, независан орган, највиши суд у Србији; 3) правни лек је на располагању у важним случајевима<sup>44</sup>, и то: а) када је нижи, Управни суд одлучивао у пуној јурисдикцији, б) када је управни поступак *ex lege* био једностепен, тј. када је управна жалба била унапред искључена и ц) у другим случајевима предвиђеним законом<sup>45</sup>; 4) правну легитимацију за подношење захтева о којем реч има како странка из управног спора (тужилац, тужени и заинтересовано лице), тако и надлежни јавни тужилац; 5) законски разлози за побијање правноснажне судске одлуке су релативно широко постављени - потенцијално, и материјална и формално-процесна незаконитост, премда чињенична грешка међу њима није поменута; 6) овлашћења тог вишег суда (ВКС), у односу на Управни суд, иду и даље од констатације утврђене незаконитости – ВКС том приликом може и укинути, али и преиначити одлуку која се побија,<sup>46</sup> дакле може сам предмет да „захвати“ и мериторно; када

40 Уставни суд, Уж.1823/2010 од 23.5.2013. године.

41 Члан 49 став 2 тач. 3 ЗУС-а.

42 У смислу члана 35 Устава и члана 13. ЕКЛЈП.

43 Према З. Р. Томић, *Коментар (...)*, 665-666.

44 В. Препоруку СЕ, П /2004/ 20, о судској контроли управних аката, Б, 4, под и.

45 Члан 49 став 2 ЗУС-а.

46 Члан 55 став 2 ЗУС-а.

се предмет враћа Управном суду, тај суд је дужан да изведе све процесне радње и расправи сва питања на која му је указао надлежни суд; 7) конформност али и строгост законски одређеног рока за подношење: 30 дана од дана достављања странци, односно јавном тужиоцу, а за јавног тужиоца када му одлука није достављена – 60 дана од дана достављања странци којој је последњој достављена.<sup>47</sup>

Најзад, тек после, узмимо, одбијајуће одлуке ВКС (којом би тражилац информације и даље остао ускраћен на слободан приступ), отвара се процесна могућност уставне жалбе, Уставном суду.

3. - Поставља се на питање ко пружа судску заштиту, по тужби у управном спору. у случају одбијања приступа траженој информацији баш од самог Управног суда? После претпостављеног, рецимо такође одбијајућег решења Повереника поводом изјављене жалбе, одговор би - до хипотетичке законске измене - могао, као производ стваралачког тумачења, с тежњом ка објективности и непристрасности, да буде двојак. По тужби би одлучивала, или а) Општа седница Управног суда, или, б) посебно веће ВКС коме би, иначе стандардна надлежност Управног суда за решавања по тужби, као вишем била уступљена, односно супституисана; предност дајем, као реалнијој и оперативној, првој солуцији.<sup>48</sup> А у случају непосредног одбијања приступа информацији од ВКС (на чије одлуке је жалба Поверенику, подсећам, искључена!), сматрам да би о одбијајућој пресуди Управног суда по тужби против негативне одлуке ВКС - надаље морала, по одговарајућем захтеву, да се изјасни било Општа седница ВКС, било Уставни суд!?

"Да: ја сам сањар. Јер, сањар је само онај који под месечином може да нађе пут, а казна му је што види зору пре него други....Друштво често опрашта злочинцу, али никада не опрашта сањару" (Вајлд).

#### IV Закључна разматрања

1. - У оквиру уставног права на обавештеност је и право на приступ одацима у поседу органа јавне власти, информацијама од јавног значаја. Оно је и елеменат слободе изржавања из Европске конвенције о људским правима и основним слободама. У чланку се приказује и разматра позиција различитих правних субјекта у области слободног приступа информацијама од јавног значаја у Србији. Иначе, у тој материји се при-

47 Члан 51 ЗУС-а

48 Упореди са М. Давинић, 43.

мењује и матични меродавни закон, и Закон о општем управном поступку, као супсидајарни и допунски општи процесни пропис, нужно повезан са Законом о управним споровима. Тако да су анализираним контекстом обухваћени следећи учесници: 1) грађанин, тражилац информације; 2) орган власти за кога тражилац сматра да односну информацију поседује, у рангу првостепеног органа из управног поступка; 3) Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података, као другостепени орган из управног поступка, а по положају независна контролна институција која, поред осталих надлежности, решава по жалбама на решења или „ћугање“ првостепених органа; 4) надлежни јавни тужилац чији је задатак да – када оцени да је коначном одлуком Повереника повређен закон на штету јавног интереса – поднесе тужбу Управном суду ради поништавања тога акта у управном спору; 5) Управни суд, дефинитивни правни котролор рада јавне управе и заштитник како објективне законитости, тако и права грађана и њихових колективитета – решавајући управни спор о законитости Повереникових одлука, иначе коначних у управном поступку, извршних и обавезујућих. Правна заштита у разматраном контексту може даље да се тражи у одређеним случајевима, у складу са законом, од Врховног касационионог суда, а на концу - пре обраћања Европском суду за заштиту људских права - (а пошто извршење Повереникове одлуке није успело да се издејствује ни преко Владе Републике Србије), од домаћег Уставног суда, по уставној жалби.

2. - Поводом залагања за измену респективног закона у правцу да се и првостепеном органу убудуће пружи процесно право на тужбу у управном спору против Повереникових решења – у чланку је заузет став да би то била апсолутно погрешна и нелогична солуција, противна и слову и духу овдашњег управно-процесног права, али и правном положају Повереника – а нарочито темељним уставним поставкама у погледу јединства правног поретка, нивоа права грађана на обавештеност, као и места и функције државне управе у правном систему.

3. - На концу, и једна тема за допунско размишљање. Да не би терет главнине Поверениковог посла и одговорности опет пао на плећа једног човека (и његове вредне екипе) – ма и вредног, одлучног и храброг правничког аса! – предлажем да убудуће уместо Повереника буде основан колегијални орган, зборно решавајући колегијум: рецимо, Повереништво или Трибунал за информације од јавног значаја. Састављен(о) од елитних правника из науке и струке, које би струка и наука саме и бирале. Док би заштита података могла да буде стављена у надлежност другог тела, такође независног и ауторитативног (никако ауторитарно!).

**Zoran R. TOMIĆ, PhD**

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

## LEGAL PROTECTION OF FREE ACCESS TO THE INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE

### *Summary*

*In the matter to which this paper is dedicated the legal regime of the administrative procedure and administrative dispute is applied, but corrected by the specificities of the Law of free access to information of public importance. That's why it has prescribed that against the decisions of the Commissioner - regardless of whether an appeal is adopted or rejected - an administrative dispute can be initiated. That procedure is urgent. There is also a possibility, after a proposition of the claimant, to postpone execution of the disputed act until the completion of the proceedings. For further legal protection in certain cases it would be competent the Supreme Court of Cassation. At the end, before addressing the European Court for the Protection of Human Rights, the Constitutional Court is competent.*

*The author is dealing with a question whether it is convenient to recognize the procedural right to initiate administrative dispute to a first instance body - not only to the information seeker and to the public prosecutor - against the decisions of the Commissioner. Author took the stance that it would be a wrong and illogical solution, contrary to the both the letter and the spirit of the administrative procedural law. Author concludes that proposed change of the law is contrary to the legal position of the Commissioner and especially to the constitutional principle of the unity of legal order, to the level of citizens' right to information as well as the position and the function of administration in the legal system.*

**Keywords:** *right to information, freedom of expression, information of public importance, citizen, Commissioner, administrative procedure, first instance body, appeal, second instance body, complaint, public prosecutor, administrative dispute, Constitutional Court, European Court.*

Др Добросав МИЛОВАНОВИЋ\*

## РАЗМАТРАЊЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНОГ ОКВИРА ЗАШТИТЕ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ<sup>1</sup>

### Уводна разматрања

Јавне набавке имају енорман значај са аспекта задовољавања јавног интереса, интереса привредних субјеката који у њима учествују, као и сваког грађанина који користи прибављена добра, услуге или радове непосредно, или кроз функционисање одређеног наручиоца коме су то претпоставке за успешно обављање послова и задатака. Услови за реализацију наведених циљева подразумевају правилно утврђивање врсте и обима потреба наручилаца, постављање јасних и оправданих критеријума за одабир најповољније понуде, обезбеђење реализације потпуно равноправне конкуренције, уз елиминисање корупције и недозвољених споразума. Поред тога, једна од кључних претпоставки за делотворно, ефикасно, транспарентно и недискриминаторно одвијање поступака јавних набавки је правилно постављен систем контроле поступака јавних набавки, који омогућава заштиту права учесника који сматрају да су оштећени, као и спровођење одредаба о јавним набавкама у интересу наручилаца и јавности. Такође, делотворан и ефикасан институционални оквир и правна средства подстичу учешће већег броја понуђача, обезбеђују наручиоцима најповољније услове и јачају поверење у систем јавних набавки.

Полазећи од оваквих идеја, Директива 2007/66/ЕЗ<sup>2</sup> захтева да државе чланице обезбеде ефикасно и брзо преиспитивање одлука нару-

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

1 Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

2 Директива је усвојена 2007. године, ради измена и допуна Директива Савета 89/665/ЕЕЗ (класични сектор) и 92/13/ЕЕЗ (инфраструктурни сектор), ради повећања ефикасности правне заштите у поступцима јавних набавки. О начину на који је ова Директива транспонована у холандски правни систем видети *Wouter-Jan Berends, "Judicial Protection in the Field of Public*



чилаца у складу са прописаним условима. Овакав став заузео је и Европски суд правде у случају Алкател, сматрајући да је циљ Директиве 89/665/ЕЕС<sup>3</sup> да успостави делотворне и брзе процедуре за преиспитивање незаконитих одлука наручилаца у фази у којој је још увек могуће отклонити неправилности.<sup>4</sup>

Према томе, механизам заштите права у поступку јавне набавке би требало да омогући благовремено оспоравање сваке нерегуларности одлука и радњи наручилаца током поступка набавке. Такође, то подразумева и могућност предузимања привремених мера против било које одлуке наручилаца, укључујући и одлуку о додели уговора. Све ово повећава законитост и транспарентност поступака, као и одговорност службеника за јавне набавке и наручилаца. С друге стране, систем контроле не би требало (неоправдано) да одуговлачи поступак и реализацију циљева јавних набавки и морао би да онемогући потенцијалне злоупотребе подносилаца правних средстава.

### Основна начела заштите права

Поуздан и делотворан систем правне заштите у поступцима јавних набавки требало би да буде заснован на следећим основним начелима:

1. **Законитости и предвидивости** – према коме су наручиоци и контролни органи дужни да одлуке доносе у складу са законом, водећи рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним стварима.<sup>5</sup>

2. **Транспарентности** – на основу кога би наручиоци и контролни органи требало да обавесте све заинтересоване стране о исходу процедуре за разматрање правног средства, што подразумева и објављивање одлука на званичним интернет страницама.

3. **Поштеног поступка** – које подразумева да контролни органи: (1) имају обавезу да обавесте заинтересоване стране уколико је против њих покренут поступак, дајући им тако право на изјашњавање; (2) не

---

*Procurement: The Transposition into Dutch Law of Directive 2007/66/EC Amending the Remedies Directives*", *Merkourios* 2010 – Volume 27/Issue, 71, Article, pp. 17-25. URL: [www.merkourios.org](http://www.merkourios.org)

3 Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts

4 Case C-81/98, *Alcatel Austria AG and Others v. Bundesministerium fur Wissenschaft und Verkehr* (1999) ECR I-07671. para 38.

5 Видети одредбу чл. 141. ст. 4. ЗУП-а, према којој образложење садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима.

смеју имати лични интерес у погледу исхода поступка и (3) могу одлучивати само у складу са логички представљеним доказима (тзв. правило "нема доказа").<sup>6</sup>

4. **Непристрасности** - контролни органи морају у потпуности да буду независни у односу на обе стране (наручиоце и привредне субјекте), као и у односу на државу. Ово начело обезбеђује поузданост институција, као и њихових одлука и целокупног система јавних набавки.

5. **Недискриминације** - свим понуђачима би требало омогућити да траже заштиту права, без било каквог облика дискриминације.

### Законодавни оквир заштите права

Систем заштите права у поступцима јавних набавки у Србији регулисан је следећим законима:

- **Закон о јавним набавкама (ЗЈН)**<sup>7</sup> је основни закон који уређује заштиту права. Поглавље VIII регулише институционални оквир и процедуру за спровођење контролних механизма у јавним набавкама.<sup>8</sup>

- **Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (ЗЈПК)**<sup>9</sup> односи се на заштиту права понуђача који учествују у поступцима јавних набавки за ЈПП и концесије.

- **Закон о општем управном поступку (ЗУП)**<sup>10</sup> дефинише правила на основу којих органи поступају у управним стварима. У односу на део ЗЈН који се односи на поступак заштите права, ЗУП представља *lex generalis*, тако да се његове норме примењују на сва питања која нису другачије уређена ЗЈН-ом.

- **Закон о управним споровима (ЗУС)**,<sup>11</sup> обезбеђује судску заштиту појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним стварима.

---

6 Законитост одлуке која није поткрепљена доказима могуће је оспорити у смислу да се она сматра неразумном.

7 Службени гласник Републике Србије бр. 124/2012, бр.14/2015 и 68/2015.

8 Позитивно законодавство Србије којим се уређују правна средства за заштиту права у поступцима јавних набавки углавном је у складу са правним тековинама ЕУ о механизму контроле.

9 Службени гласник Републике Србије бр. 88/11.

10 Службени гласник Републике Србије бр.18/2016.

11 Службени гласник Републике Србије бр. 111/09.

- **Закон о прекршајном поступку (ЗПП)**,<sup>12</sup> предвиђа принципе и услове за прекршајну одговорност и поступак за издавање прекршајног налога.

- **Кривични законик (КЗ)**<sup>13</sup> предвиђа кривично дело злоупотреба у вези са јавним набавкама.

Поступак контроле је исти за све врсте јавних набавки чија је вредност процењена изнад 500.000 динара. Другачије контролне процедуре предвиђене су само у случајевима јавних набавки ради отклањања последица елементарних непогода и техничко-технолошких несрећа.<sup>14</sup>

### **Институционални оквир заштите права**

У упоредном праву, у зависности од карактеристика националног правног система и традиције, модел институционалног оквира за заштиту права у поступцима јавних набавки појављује се у облику:

1. Јединственог система, где о правним средствима у вези са поступцима јавних набавки решава искључиво судско тело, што значи грађански или управни суд.

2. Двојног система, код кога о правним средствима најпре решавају не-судска или "квази-судска" тела. Ова одлука се касније може оспорити пред судом, који је може поништити или изменити.

На основу институционалне аутономије, државе су овлашћене да изаберу опцију која обезбеђује делотворну контролу поступака јавних набавки. Према најбољим међународним праксама, правна средства се подносе пред посебним телима за различите аспекте процедуре.

У Србији је успостављен двојни систем за заштиту права. Наиме, после контроле од стране наручилаца, захтеве за заштиту права разматра "квази-судски" орган, против чијих се одлука може покренути управни спор. Према томе, главни институционални носиоци система заштите права су: 1) наручилац кроз самоконтролу на основу захтева за заштиту права; 2) Републичка комисија<sup>15</sup> која, у својству другостепеног органа, одлучује о заштити права и 3) Управни суд, који проверава законитост одлука или "ћутања" Републичке комисије у оквиру управног спора.

---

12 Службени гласник Републике Србије бр. 65/13.

13 "Службени гласник РС", бр. 85/05, 88/05 - исправка, 107/05 - исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

14 Погледати члан 131а-131е ЗЈН.

15 У питању је Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.

## Поступак заштите права пред наручиоцем

Захтев за заштиту права са прописаном садржином подноси се наручиоцу, а копија се истовремено доставља Републичкој комисији. Овлашћење да поднесе захтев има понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице, који има интерес за доделу уговора, односно оквирног споразума у конкретном поступку јавне набавке и који је претрпео или би могао да претрпи штету због поступања наручиоца противно одредбама ЗЈН. Захтев може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник.

Захтев за заштиту права може се поднети у току целог поступка јавне набавке, против сваке радње наручиоца (тј. врсте поступка, садржине позива за подношење понуда или конкурсне документације, одлуке о додели уговора, итд.). Међутим, на основу недостатака или неправилности конкурсне документације, захтев се може поднети само уз испуњење кумулативних услова: (1) да је подносилац претходно указао наручиоцу на нерегуларности у писаној форми 5 дана пре истека рока за подношење понуда; и (2) да их наручилац није отклонио.

ЗЈН прописује различите рокове за подношење захтева у зависности од фазе поступка јавне набавке, садржине захтева и врсте поступка јавне набавке. С друге стране, захтевом се не могу оспоравати радње наручиоца, ако су подносиоцу захтева раније били или могли бити познати разлози за подношење, а он га није поднео пре истека рока за подношење захтева. Такође, ако исти подносилац у истом поступку јавне набавке поново поднесе захтев, у њему се не могу оспоравати радње наручиоца за које је подносилац знао или могао знати приликом подношења претходног захтева.

Наручилац објављује обавештење о захтеву на Порталу јавних набавки и својој интернет страници најкасније у року од два дана од дана пријема захтева.

Захтев за заштиту права не задржава даље активности наручиоца у поступку јавне набавке. Међутим, у зависности од тренутка подношења, предвиђене су различите последице. Наиме, ако је захтев поднет:

1. **пре одлуке о додели уговора**, наручилац не може донети одлуку о додели уговора, о закључењу оквирног споразума, о признавању

квалификације и о обустави поступка, нити може закључити уговор о јавној набавци, пре него што се донесе одлука о овом захтеву.<sup>16</sup>

**2. након закључења уговора**, наручилац не може започети извршење уговора о јавној набавци пре доношења одлуке о захтеву за заштиту права.

Ипак, одговорно лице наручиоца може одлучити да настави са активностима у поступку, пре одлуке о захтеву, уколико процени да би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке. Ова одлука мора бити образложена.<sup>17</sup> Поред тога, на предлог наручиоца, Републичка комисија може дозволити наручиоцу предузимање ових активности, када би њихово задржавање значајно угрозило интерес Републике.

По пријему и претходном испитивању захтева за заштиту права, наручилац закључком одбацује захтев који не садржи све обавезне елементе,<sup>18</sup> који је неблаговремен или га је поднело лице које нема активну легитимацију и доставља га подносиоцу захтева и Републичкој комисији.

После претходног испитивања, у року од пет дана од дана пријема уредног захтева за заштиту права, наручилац може:

1) да усвоји захтев решењем, које доставља подносиоцу захтева, понуђачима и Републичкој комисији у року од три дана од дана доношења;

2) да делимично усвоји захтев решењем. У том случају, подносилац захтева може писаним изјашњењем да настави поступак пред Републичком комисијом у року од три дана од дана пријема решења, о чему истовремено обавештава наручиоца, који је дужан да у року од три дана од пријема овог изјашњења комплетну документацију достави Републичкој комисији.

3) доставити Републичкој комисији одговор у којем ће се изјаснити на све наводе захтева и комплетну документацију из поступка јавне

---

16 Осим ако због изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, наручилац није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак. При том, околности које оправдавају хитност не могу бити у било каквој вези са наручиоцем.

17 Ову одлуку наручилац без одлагања доставља Републичкој комисији и објављује на Порталу јавних набавки и на својој интернет страници.

18 Пошто се против закључка може изјавити жалба, неопходно је ускладити ЗЈН са ЗУП-ом који, уместо закључка предвиђа да се ова одлука доноси у форми решења, што је већ унето у текст Нацрта новог ЗЈН.

набавке, ради одлучивања о захтеву. Наручилац је дужан да писмено обавести подносиоца захтева у року од три дана од дана достављања захтева Републичкој комисији.

4) после пријема писменог обавештења о повлачењу захтева, наручилац закључком обуставља поступак заштите права.

### **Поступак пред Републичком комисијом**

Републичка комисија је самосталан и независан орган и одговорна је Народној скупштини. Она одлучује о захтеву за заштиту права и жалби против закључка наручиоца, одлучује о предлогу наручиоца да поднети захтев не спречава доношење одлуке, односно закључење уговора или оквирног споразума, као и о предлогу подносиоца захтева да се забрани закључење или извршење уговора о јавној набавци, прати и контролише спровођење одлука које доноси, поништава уговор о јавној набавци и покреће поступак за утврђивање његове ништавости.<sup>19</sup>

Републичка комисија је надлежна за разматрање захтева за заштиту права и поступа у следећим ситуацијама:

1. ако је наручилац делимично прихватио захтев, а подносилац се писано изјаснио за наставак поступка испитивања пред Републичком комисијом;

2. ако је подносилац захтева поднео жалбу Републичкој комисији на закључак наручиоца којим је одбачен његов захтев због процесних недостатака, односно на закључак којим је наручилац обуставио поступак због повлачења захтева од стране подносиоца.

3. ако наручилац одлучи да је захтев неоснован, Републичка комисија ће аутоматски размотрити захтев, тако да у овом случају није потребна било каква додатна активност подносиоца захтева.

Републичка комисија може пре доношења одлуке да тражи додатну документацију, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтева или других учесника у поступку, Управе за јавне набавке и других лица и да оствари увид у остале документе код странака у поступку јавне набавке, као и да прикупи друге податке за доношење одлуке. У случају да понуђач или наручилац нису доставили тражену документаци-

---

19 Такође, она одлучује о трошковима поступка заштите права и трошковима припреме понуде, изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, изриче новчане казне подносиоцима захтева у случајевима злоупотребе захтева за заштиту права и води прекршајни поступак у првом степену

ју, податке, објашњења или мишљења у остављеном року, Републичка комисија доноси одлуку према стању расположивих доказа у предмету, односно сумња која је последица изостанка наведених доказа, узима се на штету странке која није поступила по налогу. Странке у поступку могу предложити<sup>20</sup> да се одржи усмена расправа ако сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева, о чему одлучује Републичка комисија.

Републичка комисија одлучује у границама поднетог захтева и дужна је да се изјасни о свим наводима подносиоца захтева, као и о повредама за које подносилац захтева није знао, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Поред тога, она по службеној дужности испитује да ли су испуњени законски услови за примену одређеног поступка јавне набавке, да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може поништити или је ништав, као и да ли постоје разлози због којих поступак јавне набавке не може да се оконча на законит начин. У том случају она може наставити поступак и ако подносилац повуче захтев. Такође, Републичка комисија ће извести доказе за које оцени да су од утицаја за доношење правилне и законите одлуке.

Републичка комисија одлучује закључком или решењем. Она закључком: 1) одбацује захтев, односно писано изјашњење о наставку поступка из процесних разлога; 2) обуставља поступак на основу писменог обавештења о одустајању од захтева; 3) одбацује жалбу из процесних разлога и 4) одбацује захтев за покретање прекршајног поступка. С друге стране, Републичка комисија решењем: 1) усваја захтев као основан и у целини или делимично поништава поступак јавне набавке; 2) одбија захтев као неоснован; 3) потврђује или поништава закључак наручиоца; 4) усваја или одбија предлог наручиоца, односно подносиоца захтева да се (не) задржавају даље активности наручиоца у поступку јавне набавке; 5) изриче новчане казне; 6) поништава уговор; 9) одлучује у прекршајном поступку.

Републичка комисија је дужна да образложи своју одлуку и може да наложи наручиоцу предузимање одређених радњи у сврху правилног и законитог окончања конкретног поступка јавне набавке.

Републичка комисија је дужна да о захтеву одлучи решењем у року од 20 дана од дана пријема комплетне документације потребне за утврђивање чињеничног стања и одлучивање, уз могућност да се овај рок

---

20 Подносилац захтева у захтеву за заштиту права, а наручилац у одговору на захтев.

изузетно,<sup>21</sup> у нарочито оправданим случајевима, може продужити за 15 дана. Она је дужна да одлуку достави наручиоцу, подносиоцу захтева и изабраном понуђачу у року од пет дана од дана доношења. Одлука се потом одмах објављује на њеној интернет страници и на Порталу јавних набавки. Наручилац је дужан да обавести све учеснике у поступку о овој одлуци.

### Поступак правне заштите пред Управним судом

Управни спор може се покренути пред Управним судом,<sup>22</sup> који испитује законитост одлуке, односно "ћутања" Републичке комисије. Тужбу против одлуке Републичке комисије може поднети свако лице на чија права, обавезе, или правне интересе може утицати исход поступка.<sup>23</sup> Управни спор се покреће тужбом,<sup>24</sup> у року од 30 дана,<sup>25</sup> од дана пријема одлуке Републичке комисије. При томе, са аспекта поступка јавних набавки, важно је напоменути да подношење тужбе не одлаже извршење одлуке Републичке комисије, која је обавезујућа за странке у поступку. Такође, у управном спору може се тражити и повраћај одузетих ствари и накнада штете која је тужиоцу нанета извршењем акта који се оспорава.<sup>26</sup>

Управни спор се може покренути у случају: 1) да је Републичка комисија одбила захтев за заштиту права и подносилац захтева жели да путем тужбе преиспита ту одлуку; или 2) да Републичка комисија није донела и доставила одлуку у предвиђеним роковима (тзв. ћутање управе).

У управном спору суд решава на основу чињеница утврђених на усменој јавној расправи. Суд решава без одржавања усмене расправе, само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања или ако

- 
- 21 Рок за одлучивање о жалби против закључка наручиоца је осам дана од дана пријема жалбе.
  - 22 Управни суд је успостављен као суд посебне надлежности и почео са радом 2010. године са седиштем у Београду са три одељења изван седишта суда у Крагујевцу, Нишу и Новом Саду.
  - 23 Ако је одлуком Републичке комисије повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац, а ако су том одлуком повређена имовинска права и интереси Републике, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво.
  - 24 Укључујући и оригинални примерак или фотокопију релевантне одлуке и, у случају ћутања управе, доказ да се подносилац захтева обратио Републичкој комисији.
  - 25 У случају да органима или заинтересованом лицу није достављена одлука Републичке комисије, онда они могу поднети тужбу у року од 60 дана од дана достављања одлуке странци.
  - 26 У погледу јавних набавки, првенствено је могуће тражити накнаду штете, а повраћај одузетих ствари нпр. у случају поништења уговора.



странке на то изричито пристану. Суд је обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу. Веће суда ће увек одржати расправу због сложености предмета спора, или ради бољег разјашњења стања ствари, као и у случају да Републичка комисија и после другог захтева не достави суду све списе који се односе на предмет управног спора у року од осам дана, или ако изјави да их не може доставити. Расправа је обавезна и ако је у управном поступку учествовало две или више странака са супротним интересима, као и када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.

Није предвиђен временски оквир за доношење одлуке Управног суда од дана подношења тужбе. Међутим, Закон о заштити права на суђење у разумном року<sup>27</sup> захтева доношење одлуке „у разумном року“.

Управни суд доноси пресуду већином гласова чланова већа, којом потврђује тужбу или је одбија као неосновану. За разлику од Републичке комисије, Управни суд не објављује усвојену одлуку на својој интернет страници, али објављује одабране одлуке у свом Билтену судске праксе.<sup>28</sup>

То је последњи степен контроле поступака јавних набавки, јер су одлуке суда правноснажне, с обзиром да се против њих не може поднети жалба. С друге стране, у изузетним случајевима, одлука Управног суда, може бити преиспитана од стране Врховног касационог суда, по основу захтева за преиспитивање судске одлуке.<sup>29</sup> Такође, у предвиђеним ситуацијама могуће је поднети ванредно правно средство „понављање управног спора“, пред Управним судом.

### Преиспитивање постојећег модела

Постојећи модел заштите права би требало сагледати са аспекта свеукупних циљева јавних набавки и заштите права учесника у поступку јавних набавки од стране релевантних органа. У питању су следећи циљеви:

- потпуна реализација начела ефикасности и економичности (чл. 9. ЗЈН) према коме је наручилац дужан да прибави добра, услуге или радове одговарајућег квалитета имајући у виду сврху, намену и вредност јавне

---

27 „Службени гласник РС“, бр. 40/15.

28 У свом издању бр. 8/2017 Управни суд је у свом Билтену, посветио посебан део пресудама у случајевима јавних набавки.

29 Погледати неке случајеве на: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-5322016-javne-nabavke> или <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-4102016-tro%C5%A1kovi-postupka> или <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-4962015>

набавке. Такође, наручилац је дужан да обезбеди да се поступак јавне набавке спроводи и додела уговора врши у роковима и на начин прописан ЗЈН-ом, са што мање трошкова поступка и извршења јавне набавке;

- обезбеђење економски најповољније понуде\_- тренутно је у пракси најчешћи критеријум за одабир понуде најнижа цена. Међутим, нови текст ЗЈН, који је тренутно у законској процедури, као и негативне последице које су уочене у пракси јавних набавки,<sup>30</sup> указују на потребу за озбиљним заокретом у правцу економски најповољније понуде као опредељујућег критеријума, који обезбеђује потпуно сагледавање свих аспеката, предности и недостатака одређене понуде током целокупног животног циклуса реализације уговора о јавној набавци. На наведени начин добија се максимална вредност за уложени новац (пореских обвезника) уз могућност постизања осталих жељених циљева као што су одрживост и поштовање еколошких стандарда кроз тзв. зелене набавке, а што је у складу са светским трендовима, као и начелом заштите животне средине и обезбеђивања енергетске ефикасности предвиђеног ЗЈН-ом;

- Заштита равноправне конкуренције<sup>31</sup> доводи до повећања квалитета купљених роба, пружених услуга и изведених радова, уз истовремено смањивање цене предмета јавне набавке.<sup>32</sup> Такође, то позитивно утиче на опредељење понуђача да дугорочно инвестирају у разноврсне иновације, како би обезбедили бољу конкурентску позицију;

- обезбеђење једнакости понуђача. Наиме, према одредби чл. 12. ЗЈН наручилац је дужан да у свим фазама поступка обезбеди једнак положај свим понуђачима. Он не може да одређује услове који би значили националну, територијалну, предметну или личну дискриминацију међу

---

30 Према истраживању које је спровео *LEAR* у оквиру пројекта Министарства за државну управу и локалну самоуправу, утврђено је да је критеријум најниже цене коришћен у периоду 2015-2017 године коришћен у 93 процента поступака. При томе, посебан проблем је узимање у обзир свих трошкова животног циклуса предмета конкретне јавне набавке, као и касније откривени недостаци прибављеног предмета јавне набавке због неодговарајућег квалитета дате робе, услуга или радова...

31 Према одредби чл. 10. ЗЈН (Начело обезбеђивања конкуренције) наручилац је дужан да у поступку јавне набавке омогући што је могуће већу конкуренцију. Наручилац не може да ограничи конкуренцију, а посебно не може онемогућавати било којег понуђача да учествује у поступку јавне набавке неоправданом употребом преговарачког поступка, нити коришћењем дискриминаторских услова, техничких спецификација и критеријума.

32 Обезбеђење довољне конкуренције представља један од кључних проблема у поступцима јавних набавки. Према наведеном истраживању које је спровео *LEAR* просечан број понуђача је био само 2,07.

понуђачима, нити дискриминацију која би произлазила из класификације делатности коју обавља понуђач. Равноправан положај понуђача у поступку и пред институцијама које спроводе јавне набавке или обезбеђују правну заштиту њихових права, повратно стимулише њихово учешће у поступцима јавних набавки и тиме повећава конкуренцију;

- елиминисање или максимално сужавање простора за корупцију и недозвољене договоре између понуђача. То се најпре постиже подизањем компетенција, знања и вештина службеника који се баве јавним набавкама (професионализација), јачањем њихове самосталности у раду и одговорности. С друге стране, потребно је обезбедити релевантна знања и на страни понуђача. Поред тога, неопходно је максимално уклонити било какве непотребне баријере за улазак нових понуђача на тржиште различитих предмета јавних набавки. Коначно, потребно је стално унапређивати нормативни аспект и механизме за делотворно откривање и ефикасно санкционисање недозвољених понашања, где координација свих релевантних органа и тела има немерљив значај;<sup>33</sup>

- делотворна и ефикасна заштита у поступцима јавних набавки, где време одлучивања представља кључни фактор. Наиме, због потребе ефикасног прибављања предмета јавне набавке у складу са потребама наручиоца (нпр. болнице, инспекцијске службе, електропривреде и сл.), након одређеног периода може се искључиво утврђивати да ли постоји основ за накнаду штете одређеном понуђачу, а не и да ли је предмет јавне набавке правилно дефинисан, да ли је тиме неоправдано сужена конкуренција, као и остала питања од којих зависи законитост и делотворност одређеног поступка јавне набавке,;

- поред потпуне заштите права понуђача, потребно је обезбедити и делотворну заштиту наручилаца и органа који пружају правну заштиту (Републичке комисије и Управног суда) од могућих злоупотреба процесних права и намерног одуговлачења поступака јавних набавки. Такође, требало би обезбедити превазилажење честе праксе да Управни суд у поступку испитивања законитости одлуке Републичке комисије пресудом поништи њену одлуку и врати предмет на поновно одлучивање, након чега Републичка комисија најчешће донесе исту одлуку, чиме се читав поступак заштите права понуђача у поступку јавне набавке пролонгира и обесмишљава.

---

33 Агенција за борбу против корупције, Комисија за заштиту конкуренције, Управа за јавне набавке, Јавно тужилаштво, Министарство унутрашњих послова, Министарство правде и други релевантни органи у оквиру свог делокруга и надлежности.

У суштини, могућа су два главна модела заштите права:

1. постојећи, према коме наручилац врши самоконтролу у поступку који се води по поднетом захтеву за заштиту права (тзв. самоконтрола), Републичка комисија преиспитује одлуке наручиоца, уз одређена додатна овлашћења и Управни суд који поступа по тужбама на одлуке или ћутање Републичке комисије. Код овог модела се, уз одређене специфичности везане за јавне набавке, у погледу правне заштите, у суштини, примењују одредбе рада првостепеног и решавања другостепеног органа по жалби у управном поступку, као и поступања по тужби у управном спору.

На који начин би се овај модел могао унапредити? Најпре, требало би у одређеној мери прилагодити састав Републичке комисије (кога чине првенствено правници), како би се обезбедила структура која одговара потреби да се дубински сагледа законитост поступања, за шта су неопходни не само правни, него и економско-финансијски и технички аспекти (у зависности од предмета јавне набавке). С друге стране, из истих разлога потребно је веће ангажовање вештака, с обзиром да стални састав Републичке комисије никада не може да покрије све специфичности различитих предмета јавних набавки.

С друге стране, постоји дилема да ли би требало задржати модел према коме се наручилац и Републичка комисија у поступку одлучивања по захтеву за заштиту права налазе у улогама "класичног" првостепеног и другостепеног органа. Наиме, тренутно је по овом питању судска пракса Управног суда и Врховног касационог суда јединствена у смислу немогућности наручиоца да покрене тужбом управни спор пред Управним судом против одлуке или "ћутања" Републичке комисије.<sup>34</sup> Оправдање за ово сватање је у аналогији са моделом ЗУП-а, односно ЗУС-а по коме у управном поступку првостепени орган није овлашћен да поднесе тужбу против решења другостепеног органа, због међусобног хијерархијског односа и чињенице да првостепени и другостепени орган одлучују са аспекта истог (јавног) интереса), да се налазе у истој врсти односа са другом страном која заступа уже интересе и да располажу суштински истим овлашћењима.<sup>35</sup> Међутим, да ли се ова аналогија може до краја сматрати прихватљивом? Најпре, у поступку пред Републичком комисијом, наручилац и подносилац захтева имају равноправан положај, који се може

34 Тужба због "ћутања" би имала значај када је суспендовано даље предузимање активности наручиоца у поступку јавних набавки.

35 Уз додатна касаторна овлашћења другостепеног органа, што је у складу са његовом позицијом.

поредити са позицијом туженог органа чије је коначно решење тужбом оспорио тужилац пред Управним судом. У потоњем случају обе стране (дакле и тај орган) могу да изјаве правно средство (захтев за преиспитивање судске одлуке) пред Врховним касационим судом у ситуацијама када је то средство иначе допуштено. Такође, потребно је имати у виду да Републичка комисија није у позицији хијерархијски надређеног органа у односу на наручиоца (нпр. орган јединице локалне самоуправе, министарство, школа), него се у односу на њега, као и у односу на подносиоца захтева за заштиту права, појављује са статусом самосталног и независног органа Републике, које има карактеристике "судског тела" према Директиви 2007/66/ЕЗ и има другачија овлашћења у односу на она која располаже наручилац.<sup>36</sup> На овај начин, уочавамо битно другачије карактеристике односа између наручиоца и Републичке комисије у односу на класичан однос првостепеног и другостепеног органа у управном поступку. Овде сходна примена одредаба ЗУП-а у вези са заштитом права не значи да је наведени однос идентичан.

Следећи, још важнији аргумент је да, иако се наручилац од самог почетка поступка јавних набавки налази у позицији "јаче" стране (са аспекта дефинисања техничке спецификације, избора најповољније понуде, одлучивања у првом степену о захтеву за заштиту права и сл.), ипак крајњи циљ окончања поступка јавних набавки представља закључење двостраног правног акта, уговора о јавним набавкама, где настају узајамна права и обавезе и где одлука Републичке комисије, хипотетички, може бити незаконито донета на штету наручиоца. То за последицу може имати ситуацију у којој наручилац не задовољава или непотпуно, односно неправилно задовољава одређене потребе у јавном интересу, или да се не уочи злоупотреба права од стране подносиоца захтева. Све то може довести и до неоправданог ометања редовног функционисања наручиоца (нпр. неког државног органа, јавног предузећа, болнице - што није у јавном интересу) или до обавезе наручиоца да надокнади штету и/или трошкове поступка за заштиту права подносиоцу захтева. У том контексту, поставља се питање да ли би у овим ситуацијама законом требало омогућити наручиоцу да и он добије право на подношење тужбе,

---

36 Она не може да доноси одлуке и предузима радње из којих се састоји поступак јавних набавки, него одлучује о законитости донетих одлука и предузетих радњи, такође она може да поништи уговор о јавној набавци и покреће поступак за утврђивање његове ништавости, изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, а такође и оним подносиоцима захтева који злоупотребе захтев за заштиту права и води прекршајни поступак у првом степену.

уместо да то, по постојећем систему, уместо њега чини јавни тужилац подносиће тужбу у јавном интересу. Ово постојеће решење није добро, јер јавни тужиоци нису у довољној мери специјализовани за све аспекте поступака јавних набавки, при чему несумњиво стоји и додатна чињеница да наручилац много боље зна у чему се састоје евентуалне незаконитости одлуке Републичке комисије код конкретне набавке. Друго, јавни тужиоци су иначе преоптерећени бројним предметима који "природно" спадају у њихове главне послове (кривична дела, привредни преступи) и треће, на овај начин би се убрзало подношење тужби Управном суду, а тиме и одлучивање у овим поступцима, јер су за наручиоце прописани краћи рокови. Такође би се избегло да наручиоци зависе од воље јавног тужиоца у погледу подношења тужбе.

С обзиром да тужба по правилу нема одложно дејство, а да природа потреба и јавног интереса које је неопходно задовољити кроз поступак јавних набавки захтева да се он спроведе што пре, односно у разумном временском периоду, онда се заштита кроз управни спор углавном састоји у утврђивању постојања основа за накнаду штете понуђачу који докаже да му је незаконито повређено његово право.

Да би модел управно-судске заштите пружио квалитетније резултате, сматрамо да би требало предузети две врсте активности:

а) повећање броја судија и специјализација судских већа по посебним областима, при чему јавне набавке представљају типичан пример потребе за специјализацијом, у циљу квалитетнијег и бржег одлучивања;

б) уношење специфичних одредби у поступање по тужби у управном спору у циљу убрзања поступка, као и разматрање врсте и начина уређења привремених мера, позиције туженог органа, односно заинтересованог лица при њиховом одређивању, као и правних средства против привремених мера (нпр. у ЗУС-у не постоји правно средство против одлагања извршења).

2. Други модел подразумева да се поступак правне заштите заврши на нивоу Комисије за заштиту права понуђача. Овакво решење је прихваћено у Словенији уз образложење да је у складу са директивама ЕУ. Наиме, како је раније наведено Директива 2007/66/ЕЗ захтева ефикасно и брзо преиспитивање одлука наручилаца, у складу са прописаним условима.

Ова Директива омогућава, да се правна заштита обезбеди: а) преко тела, који су по својој природи правосудна (судска) тела или б) преко

тела, који по својој природи нису правосудна. У овом другом случају мора постојати могућност судске заштите или заштите од стране другог тела, који је суд или судско веће у смислу члана 267 Уговора о функционисању Европске уније - УФЕУ)<sup>37</sup> и које је независно и од наручиоца и од тела надлежног за правну заштиту. Према потоњој варијанти, појам судског већа се посматра са аспекта европског, а не националног права, тако да обухвата „класичне“ судове и тзв. „трибунале“ (члан 267 УФЕУ).

У вези са тим, критеријуме које је утврдила ова Директива за судско веће су следећи: 1) независност тела, 2) именовање и разрешавање чланова тела са функције под истим условима као и носилаца правосудне функције у погледу органа надлежног за њихово именовање, мандат и разрешење, при чему бар председник тела мора имати исте правне и професионалне квалификације као носиоци правосудних функција, 3) да тело доноси одлуке у поступку у којем се омогућава изјашњавање обе стране и 4) да су одлуке тела правно обавезујуће.

С друге стране, према пракси Суда правде ЕУ за судско веће постављени су следећи критеријуми: 1) да је реч о телу које је основано по закону, 2) да је оно трајног карактера, 3) да су одлуке тела обавезујуће, 4) да се поступак води *inter partes*, 5) да се примењују законске норме и 6) да је у питању независно тело.<sup>38</sup>

---

37 Члан 267. Уговора о функционисању Европске уније (ранији члан 234. Уговора о Европској унији) према коме је Суд Европске уније надлежан да одлучује о претходним питањима која се тичу: (а) тумачења Уговора и (б) ваљаности и тумачења аката институција, тела, канцеларија или агенција Уније. Ако се такво питање појави пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да је одлука о том питању потребна да би могао донети пресуду, да затражи од Суда да о томе одлучи. Ако се такво питање појави у предмету који је у току пред судом неке државе чланице, против чијих одлука према националном праву нема правног лека, тај је суд дужан упутити то питање Суду. Ако се то питање постави у предмету који је у току пред судом неке државе чланице у погледу лица коме је одузета слобода, Суд Европске уније делује у најкраћем могућем року.

38 Такође, у пресуди *JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber), 19 September 2006, In Case C-506/04, REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC by the Cour administrative (Luxembourg), made by decision of 7 December 2004, received at the Court on 9 December 2004, in the proceedings Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, суд је изнео следеће ставове. Појам независности, који је инхерентан циљу пресуде, првенствено подразумева орган који делује као трећа страна у односу на орган који је усвојио побијану одлуку... Концепт има два друга аспекта. Први, спољашњи, претпоставља да је орган заштићен од спољне интервенције или притиска који би могао угрозити независну пресуду његових чланова у погледу поступака који се пред њима одвијају... Та суштинска слобода од спољних фактора захтева одређене гаранције довољне да заштите лица чији је задатак да пресуђују у спору, као што су гаранције против удаљења са функције... Други аспект, унутрашњег

У вези са наведеним, Словенија ја пошла од тога да је према правним тековинама ЕУ у поступку заштите права код јавних набавки неопходно да се обезбеди заштита од стране тела које има независну позицију, али да то истовремено не значи да то тело формално мора да буде суд. Предности овог модела су што се поступак одвија пред телом које је специјализовано за сложену област јавних набавки и што се сва питања решавају у релативно кратким роковима. На тај начин обезбедила би се најквалитетнија заштита права понуђача, али и спречиле потенцијалне злоупотребе понуђача у овом поступку. Наравно, интердисциплинаран састав овог тела и ангажовање независних стручњака у зависности од области био би од кључног значаја за остварење свих циљева заштите. С друге стране, поставља се питање да ли би једноступеност заштите (по свим питањима) била довољан вид заштите законитости, односно на који начин обезбедити независну заштиту од незаконитих одлука или ћутања овог тела.

Правна заштита у поступцима јавних набавки се у 15 држава чланица ЕУ пружа пред специјализованим телима, а у осталим државама она се обезбеђује пред "класичним" (грађанским или управним судовима). Специјализована тела која су надлежна само за јавне набавке постоје нпр. у Словенији, Хрватској, Мађарској, Малти, Словачкој. С друге стране, специјализована тела која су такође надлежна и за друге области постоје нпр. у Чешкој Републици или Летонији. Судови су надлежни за поступке јавних набавки нпр. у Аустрији, Италији или у Француској.

### **Закључна разматрања**

Тренутно се у завршној фази законодавне процедуре налази нови Закон о јавним набавкама, који би требало да доврши поступак хармонизације са правним тековинама ЕУ у овој области.<sup>39</sup> С друге стране, предстоји рад на новом Закону о управним споровима и законима који уређују статус и организацију управног судства и статус судија. Мере за унапређење заштите права у поступцима јавних набавки би се могле подели-

---

карактера, повезан је са непристрасношћу и настоји да обезбеди једнаке услове за странке у поступку и њихове интересе у погледу предмета тог поступка...Те гаранције независности и непристрасности захтевају правила, посебно у погледу састава органа и именовања, дужине радног стажа и основа за уздржавање, одбијање и разрешење њених чланова, како би се одбацила свака разумна сумња појединаца о непропусности тог тела према спољним факторима и његовој неутралности у односу на интересе који се пред њим појављују.

39 У тексту Нацрта новог ЗЈН нису предвиђене значајније промене модела заштите права.



ти на краткорочне, које је већ сада могуће предузети и дугорочне које зависе од реформе управног судства и управног спора.

Најпре, у циљу повећања квалитета и брзине доношења одлука Републичке комисије, требало би при избору нових чланова обезбедити већу интердисциплинарност. Такође, са повећањем броја судија Управног суда које је у току, могло би се постепено ићи у правцу специјализације судских већа по областима, што би повећало квалитет и ефикасност одлучивања. Веома је важно и да се убрза доношење одлука Управног суда, посебно јер тужба по правилу нема одложно дејство, како се оне суштински не би свеле на одлучивање о праву подносиоца на накнаду штете.

Дугорочно, потребно је размотрити да ли би се и наручилац уопште могао (и у којим ситуацијама појавити у својству тужиоца против одлука Републичке комисије. Затим, у управном спору поводом поступака јавних набавки (а и иначе), требало би размотрити врсте и начин уређења привремених мера, позицију туженог органа, односно заинтересованог лица при њиховом одређивању, као и правна средства против привремених мера. Такође, уколико се уведе двостепеност одлучивања у управном спору, требало би размотрити да ли би и у којим ситуацијама требало дозволити жалбу, имајући у виду потребну за ефикасним одлучивањем код јавних набавки.

**Dobrosav MILOVANOVIĆ**

**REVIEW OF THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK  
FOR THE PROTECTION OF RIGHTS IN PUBLIC PROCUREMENT  
PROCEDURES**

*Summary*

*At present, the new Public Procurement Act is in the final stage of the legislative procedure. It should complete the process of harmonization with the EU acquis in this area. On the other hand, there is the beginning of the reform of Administrative Disputes Act and laws regulating the status and organization of the administrative judiciary and the status of judges. Measures to improve the protection of rights in public procurement procedures could be divided into short-term ones and long-term ones.*

*First, in order to increase the quality and speedness of decision-making of the Republic Commission, the election of new members should provide greater interdisciplinarity. Also, by increasing the number of judges of the Administrative Court in progress, it could gradually move towards greater specialization of court councils by areas, which would increase the quality and efficiency of decision-making. It is very important to speed up the decision of the Administrative Court, particularly because the lawsuit, as a rule has no suspensive effect, and in essence it is reduced to deciding on the right of the applicant to compensation.*

*In the long term, it is necessary to consider whether to allow the contracting authority (and in which situations) to act as a plaintiff against the decision of the Republic Commission. Then, in the administrative dispute regarding the public procurement procedures (and otherwise), the types and modalities of the interim measures, the position of the respondent authority or the interested party in their decision-making, as well as the legal remedies against interim measures, should be considered. Also, if two levels of decision-making will be introduced in an administrative dispute, consideration should be given to whether and in which situations the appeal should be allowed, taking into account the need for effective decision-making in public procurement.*

Маја САНДИЋ\*

## ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНОВАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ О БЕЗБЕДНОСТИ ХРАНЕ У СВЕТЛУ НАЈНОВИЈИХ РЕШЕЊА У РЕГУЛАТИВИ ЕУ

### Резиме

*Закон о безбедности хране из 2009. године измењен је и допуњен 2019. године у циљу унапређења система безбедности хране и усклађивања домаћег законодавства са захтевима ЕУ. Нова законска решења су посужила као одговор на недостатке уочене у претходној верзији Закона, и односила су се на, до тада, нејасно дефинисање поделе надлежности за вршење службених контрола хране, функционално успостављање Дирекције за националне референтне лабораторије и прецизније дефинисан правни основ за усвајање подзаконских прописа за спровођење Закона о безбедности хране. Новине ће неминовно утицати на субјекате у пословању храном, међутим испуњавањем ЕУ захтева, не само да се отварају врата за трговину на територији ЕУ, већ и на глобалном тржишту. Измене и допуне Закона упућују на међународне стандарде Codex Alimentarius који служе као смерница за задовољавање услова за излазак српских производа на светско тржиште.*

**Кључне речи:** безбедност хране, службене контроле, подела надлежности, лабораторије, следљивост

### І Увод

С обзиром на чињеницу да је наша земља оријентисана ка европском путу у току је усаглашавање домаћег законодавства са захтевима које поставља Европска Унија (ЕУ). У области безбедности хране, систем који је ЕУ успоставила стреми да осигура висок ниво безбедности хране и уколико Србија постигне да у потпуности усагласи домаћи систем са захтевима ЕУ, отвара се могућност глобалне трговине. Испуњавањем

---

\* Правни консултант УН за безбедност хране

високих стандарда које поставља ЕУ, задовољавају се и глобални критеријуми за безбедност хране. Међутим, овај систем је изузетно комплексан и прилично скуп, те је потребно уложити значајне напоре и новчана средства како би се испунили поменути захтеви.

Неопхоно је да се за ЕУ успостави административна структура која је у стању да врши инспекцијски надзор и контролу прехранбених производа, укључујући и одговарајуће лабораторијске капацитете. Влада Републике Србије је прихватила правне тековине ЕУ које се односе на безбедност хране, ветеринарску и фитосанитарну политику, и не очекују се потешкоће приликом преношења и спровођења правних тековина до датума приступања. Са друге стране, привреда такође мора да испуни нове захтеве и усклади своје пословање са захтевима ЕУ који су ригорозни, скупи и неретко изискују промене у постојећим системима.

Република Србија се определила за нови приступ а по узору на систем безбедности хране ЕУ који поставља добре темеље за исправљање наслеђених пропуста у овој области и успостављања кохерентног система за безбедност хране. Закон о безбедности хране<sup>1</sup> је усвојен 2009. године у циљу хармонизовања са новим трендовима у свету у области безбедности хране. Кроз праксу су уочени недостаци поменутог Закона те је измењен и допуњен 2019. године ради успостављања функционалног система безбедности хране у Србији, Законом о изменама и допунама Закона о безбедности хране<sup>2</sup>.

## II Разлози за измене и допуне Закона о безбедности хране

Измене и допуне Закона о безбедности хране су донете пре свега ради исправљања недостатака по питању поделе надлежности, односно регулисања надлежности за спровођење службених контрола хране у малопродаји која није била дефинисама у првобитној верзији усвојеној 2009. године. Изменама и допунама подела надлежности и одговорности је јаснија за органе задужене за спровођење службених контрола, и овим законским решењем је целокупан ланац хране покривен, укључујући и контролу хране у фази малопродаје. Други недостатак који је исправљен изменама и допунама јесте увођење правног основа као и прецизније дефинисање обима већ утврђених правних основа за доношење свих подзаконских прописа за спровођење Закона. Стварање услова за успоста-

---

1 Закон о безбедности хране - ЗБХ, Службени гласник РС, број 41/2009

2 Закон о изменама и допунама Закона о безбедности хране - ЗИДЗБХ, Службени гласник РС, број 17/19

вљање и функционисање мреже овлашћених и националних референтних лабораторија које су у стању да пруже подршку пољопривредној производњи и државним органима задуженим за спровођење службене контроле је додатни разлог за измене и допуне Закона.

Безбедност хране је област која је једна од највећих изазова у ЕУ из разлога што не постоји јединствени приступ или правило у земљама чланицама када је у питању подела одговорности у области службене контроле безбедности хране. Свака земља политичком одлуком именује или успоставља институције одговорне за безбедност хране. Од суштинског значаја је да се именује једна одговорна институција за безбедност и стратешку контролу хране, која у свом саставу може имати све контролне органе (инспекције) или пак снагу и „моћ” да координира рад инспекција у саставу других институција. Стога и Србија, као приступна чланица ЕУ, има обавезу да прецизно дефинише који су то надлежни органи одговорни за послове безбедности хране. Ове надлежности су неминовно у ресору министарстава надлежних за послове пољопривреде и послова здравља, али изменама и допунама су само наведена министарства а не и прецизније службе, односно која тачно инспекцијска служба би била надлежна за контролу хране у одређеној фази ланца хране. То ће бити регулисано подзаконским актима на које треба додатно чекати ради усклађивања пословања привредника у овој области.

У претходној верзији Закона о безбедности хране, као правном основу за доношење подзаконског прописа, недостајале су потребне основе за преузимање правних тековина ЕУ у области службених контрола хране, као што су систем одобравања и сертификације, начин сарадње са другим органима у земљи и надлежним органима земаља чланица ЕУ и трећих земаља, начин узимања узорака, критеријуми за одређивање рокова за спровођење службене контроле, као и извештавање о спроведеним службеним контролама. Ово је покушај успостављања свеобухватног приступа у области здравља и добробити животиња, здравља биља и целокупног ланца безбедности хране од њиве до трпезе, односно решавања поделе надлежности и елиминисања несигурности субјекта у пословању храном у погледу спровођења службених контрола.

Један од циљева измена и допуна Закона јесте и стварање олакшица у пословању малим произвођачима хране који користе традиционалне методе или старе занате а којима се омогућава одступање од примене хигијенских правила и анализу критичних контролних тачака (*Hazard Analysis of Critical Control Points – HACCP*), све у циљу да се осигура

основни постулат овог Закона односно заштита здравља људи и интереса потрошача. Нова решења доприносе олакшању пословања и смањењу трошкова изградње и опремања објеката, планирању самоконтрола и очувању специфичности саме производње по узору на решење овог питања у ЕУ<sup>3</sup>. За њих су предвиђена одступања од општих и посебних хигијенских правила на основу процене ризика, али тако да се не наруши циљ овог Закона, односно да се минималним одступањима постигне исти ефекат и обезбеди заштита здравља људи и интерес потрошача.

Област лабораторијског испитивања хране, која је уједно и једна од најважнијих области система безбедности хране, захтевала је постојање акредитованих лабораторија, које су компетентне и стручно оспособљене да прате трендове модерне лабораторијске дијагностике и аналитике у циљу пружања стручне и научне експертизе. За њихов рад је неопходно да постоји законски основ и јасно утврђене надлежности и обавезе који су јасно дефинисани изменама и допунама Закона. Сходно томе, још један од циљева измена Закона је и успостављање мреже референтних и службених лабораторија, односно укључивање постојећих, кадровски оспособљених, државних институција.

### III Изазови у области прилагођавања законодавства

Област безбедности хране у ЕУ је регулисана тзв. *food safety acquis*-ем, што представља изузетно обиман сет прописа који регулишу област безбедности хране. Кровни закон о храни је Уредба (ЕК) бр. 178/2002 Европског Парламента и Савета од 28. јануара 2002, којом се дефинишу општа начела и услови закона о храни, процедуре које уређују област безбедности хране и оснива Европска управа за безбедност хране<sup>4</sup>, донета 2002. године. Хигијенски пакет из 2004. године састоји се од три уредбе: Уредба Европског Парламента и Савета бр. 852/2004 о хигијени прехранбених производа<sup>5</sup>, Уредба Европског Парламента и Савета бр. 853/2004 којом се дефинишу посебни прописи из области хигијене хране за храну животињског порекла<sup>6</sup> и Уредба Европског Парламента и Савета бр. 854/2004 којом се дефинишу посебни прописи из области организације

3 EFSA Journal, *Hazard analysis approaches for certain small retail establishments in view of the application of their food safety management systems*, Parma, 2017, 17

4 Regulation (EC) No 178/2002 laying down the general principles and requirements of food law, Official Journal L 31

5 Regulation (EC) 852/2004 on the hygiene of foodstuffs, Official Journal L 139

6 Regulation (EC) 853/2004 laying down specific hygiene rules for food of animal origin, Official Journal L 139

званичних контрола производа животињског порекла који су намењени за исхрану људи<sup>7</sup>. Уредба 854/2004 престаје да важи 14. децембра 2019. године, а Уредба 852/2004 ће претрпети измене и допуне које се налазе у недавно усвојеној Уредби (ЕУ) 2017/625 Европског Парламента и Савета од 15. марта 2017. године о службеним контролама и другим службеним радњама које се врше ради обезбеђења примене закона о храни и храни за животиње, правила о здрављу и добробити животиња, средствима за здравље биља и заштиту биља<sup>8</sup>. Дакле, поред изазова израде нацрта прописа у складу са ЕУ захтевима, потребно је пратити измене у поменутиим захтевима и редовно ажурирати домаће законодавство у складу са задатим новинама.

Измене и допуне Закона предвиђају члан 2а који дефинише „Међународно прихваћене стандарде, смернице, водичи и препоруке као оне који су разрађени у оквиру Организације Уједињених нација за храну и пољопривреду (*FAO*), Светске здравствене организације (*WHO*), Комисије *Codex Alimentarius*, Међународне организације за заштиту здравља животиња (*OIE*), Међународне конвенције о заштити биља (*IPPC*), Европске и медитеранске организације за заштиту биља (*EPPO*), Међународног удружења хемијских аналитичара (*AOAC*), Међународног колаборативног савета за аналитику пестицида (*CIPAC*), Европске организације за сарадњу и развој (*OECD*), Европске агенције за безбедност хране (*EFSA*), Међународне организације за стандардизацију (*ISO*) и др.”<sup>9</sup> Овим се јасно ставља до знања да ће се поштовати међународни стандарди постављени од стране најеминентнијих међународних организација из области безбедности хране.

Некадашњи члан 14. Закона о безбедности хране из 2009. године који је прописивао да „Међународне обавезе у области безбедности хране се извршавају у складу са препорукама релевантних међународних организација, Споразумом о примени санитарних и фитосанитарних мера (*SPS Agreement*) Светске трговинска организација (СТО), међународним конвенцијама и другим одговарајућим међународним споразумима и размењују се информације са другим националним организација-

---

7 Regulation (EC) 854/2004 laying down specific rules for the organisation of official controls on products of animal origin intended for human consumption, Official Journal L 139

8 Regulation (EU) 2017/625 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products, Official Journal L 95

9 ЗИДЗБХ, чл. 1

ма одговорним за безбедност хране<sup>10</sup> је допуњен и директно упућује на стандарде, смернице и препоруке, а у складу са *Codex Alimentarius*. С обзиром да Србија није члан СТО а самим тим ни потписник Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера који препоручује имплементацију стандарда *Codex Alimentarius*<sup>11</sup>, поменута допуна може донети боље решење у спровођењу поменутих међународних стандарда из области безбедности хране. Међутим, још један документ СТО који је неопходно узети у обзир је Споразум о техничким препрекама трговини (*Technical Barriers to Trade – TBT Agreement* – ТБТ споразум). Циљ тог Споразума је да се уклоне све препреке у трговину између чланица СТО. Поменути Споразум је често у колизији са позитивним прописима управо због захтева за либерализацију тржишта. Ипак, постоји могућност да се чланице СТО оградe од неких захтева приликом доношења прописа који садрже одредбе које су у супротности са Споразумом, али само уз детаљно образложење које се директно доставља СТО. Република Србија овде наилази на велику препреку с обзиром да се у ЕУ прописима некад налазе захтеви који су опречни захтевима постављеним у ТБТ споразуму. ЕУ Уредба 178/2002, тзв. Закон о храни ЕУ, прописује начело предострожности (*precautionary principle*) на основу ког инспектори који контролишу храну могу да одбију пошиљку на граници само на основу сумње да садржи небезбедан састојак у храни. Ово представља озбиљну препреку за трговину, а Закон о безбедности хране је преузео поменуто начело, тако да Србија у свом основном Закону садржи одредбу која би могла да спречи чланство у СТО. Поред овог примера постоје и други, али све указује на неопходност припремања стратешког приступа овој проблематици и начина на који Република Србија намерава да превазиђе овакве сукобе у захтевима различитих међународних организација. У овој проблематици најугроженији су привредници с обзиром да начин испуњавања међународних стандарда, нарочито оних опречних, није јасно одређен.

Један од битних захтева Закона о безбедности хране јесте то да прописује да у свим фазама производње, прераде и промета хране и хране за животиње мора бити обезбеђена следљивост. „Следљивост подразумева могућност праћења хране, хране за животиње, животиња које служе за производњу хране, сировина или супстанци намењених, или за које се очекује да ће бити уграђене у храну или храну за животиње, кроз све фазе

---

10 ЗБХ, чл. 14

11 FAO & WHO, *CODEX ALIMENTARIUS COMMISSION PROCEDURAL MANUAL*, 24th edition, Rome, 2015, 28



производње, прераде и промета”.<sup>12</sup> Дакле, субјект у пословању храном и храном за животиње дужан је да идентификује сваки субјект од којег набавља и којег даље снабдева храном, храном за животиње, животињама које служе за производњу хране, или било коју супстанцу која се уграђује или се очекује да ће бити уграђена у храну или храну за животиње. Целокупна следљивост се документује и зато је субјект у пословању храном дужан да има успостављен систем и процедуре, које обезбеђују доступност података о следљивости.

Следљивост у ланцу хране омогућава да уколико се појави ризик, свака карика у ланцу може да идентификује субјекта од кога је добила сировину, производ или храну или коме је проследила, да би могао да се утврди узрок ризика. У ситуацији кад се утврди да је небезбедан сир, а када постоји адекватна следљивост, требало би брзо установити са ког газдинства је пореклом млеко и где је тачно настао ризик. Што се брже реагује на овакве проблеме, то је мања опасност по јавно здравље. Постојање следљивости (*traceability*) и система за размену података о небезбедној храни би допринело спречавању многих препрека у пословању и развоју привреде. У Србији је овај систем у повоју, а и поред комплексности и великих трошкова за успостављање горепомнутих система, потребна је политичка воља да се сви предуслови испуне како би ови системи постали оперативни.

Успостављање следљивости је предуслов за брзу и ефикасну размену података о небезбедној храни. У ЕУ постоји систем за брзу размену информација о небезбедној храни (*Rapid Alert for Food and Feed Safety – RASFF*) путем којег сви надлежни органи земаља чланица размењују информације о ризицима за јавно здравље везаних за храну. У оквиру *RASFF* се шаљу хитна обавештења о ризичној храни, а затим адекватна карика у ланцу даје одговор. Захваљујући овом систему, многи ризици су били спречени пре него што су и стигли до потрошача. Постоје прописане процедуре које обезбеђују да се у најкраћем року процењује ризик, повлачи храна са тржишта уколико је то потребно и предузимају адекватне мере да небезбедна храна не стигне до потрошача. Сличан систем је предвиђен Законом о безбедности хране који покрива територију Србије, али још увек није оперативан. Овакав систем би знатно помогао у правилном реаговању на нотификације о небезбедној храни пореклом из Србије које добијамо од *EU RASFF*, зато што смо као земља која извози у ЕУ дужни да пружимо повратне информације и образложимо реша-

---

12 ЗБХ, чл. 4

вање проблема уколико се утврди да је храна пореклом из Србије небезбедна.

Једна од кључних препрека у спровођењу реформи јесте велики утицај приватног сектора на државни сектор у Србији. Субјекти у пословању храном треба да уложе значајна средства у унапређење капацитета свог пословања, те постоји отпор са њихове стране. Стога, спровођење поменутих реформи је неизводљиво без постојања јаке политичке воље и спремности државе.

#### **IV Изазови за привреду у изградњи система безбедности хране усаглашеног са ЕУ прописима**

Решења у изменама и допунама неће створити додатне трошкове грађанима, али могу изазвати одређене трошкове привреди. Изменама Закона је предвиђено издавање међународне потврде (сертификата) о безбедности хране биљног порекла која се извози, као и хране која је у надлежности Министарства здравља, а за која није постојао правни основ у претходној верзији Закона о безбедности хране (осим за храну животињског и мешовитог порекла, утврђен у пропису којим се уређује област ветеринарства), чиме ће се отклонити проблеми које су постојали код извоза наведене хране.

У студији под називом „Трошкови кумулативних ефеката са правом ЕУ за мала и средња предузећа”<sup>13</sup> (*Cost of the Cumulative Effect of Compliance with EU Law for SMEs*) се анализирају трошкови које привредници са седиштем у ЕУ имају за прилагођавање пословања прописима који су на снази у ЕУ. За процену се користе следећи кораци:

1. Упознавање са трошковима (они који се јављају приликом упознавања са легислативним захтевима);
2. Трошкови прилагођавања (трошкови за увођење промена ради усклађивања са прописима); и
3. Административни трошкови (за спровођење административних обавеза прописаних законодавством).

Студија је обимна и закључак је да поред високих трошкова које трговци имају у циљу усклађивања пословања са прописима, дугорочно

---

13 Centre for Strategy & Evaluation Services May Cost of the Cumulative Effects of Compliance with EU Law for SMEs, Brussels 2015, доступно на адреси: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6aeaa502-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1>, 1 април 2019, 9

гледано, строга регулатива може да донесе само позитивне резултате. Систем самоконтроле субјеката у пословању хране заснован на принципима *НАССР*, иако иницијално скуп да се уведе, одржава високи ниво пословања и омогућава уочавање неправилности у најранијим фазама. Студија такође образлаже да је за сваку грану производње потребан потпуно различит приступ анализе пословања и усклађивања, стога не постоји јединствени модел.

По Закону о безбедности хране једна од најважнијих обавеза које је субјект у пословању храном дужан да испуни јесте увођење система за осигурање безбедности хране у свим фазама производње, прераде и промета хране (осим на нивоу примарне производње) у сваком објекту под његовом контролом, а у складу са принципима добре произвођачке и хигијенске праксе и *НАССР*. *НАССР* је систем који субјекти у пословању храном користе да сами контролишу своје пословање и подразумева значајна улагања у самом почетку, затим континуирано праћење сопственог система које може да укључује вршење лабораторијских испитивања што подразумева редовне трошкове за трговца. Међутим, када је овај систем правилно успостављен, онда он указује и на неправилности и уколико се реагује на време, могу се избећи тешке последице. Када инспекције службе спроводе контролу објеката који имају успостављен *НАССР*, није неопходно да буду детективи и врше детаљне контроле, довољно је да се провери исправност *НАССР* система и пратећа документација. Ово јеста нека врста превентиве, која знатно умањује трошкове и за државну управу и за приватни сектор.

Привредни сектор, односно конкретни субјекти у пословању храном у Србији ће имати велике намете да реорганизују своје пословање како би могли да тргују у ЕУ. Тренутно, ово се односи на извоз хране за тржиште ЕУ, а када Србија постане чланица ЕУ, то би била обавеза за све субјекте у пословању храном. Поред финансијског аспекта, потребно је проценити и реални временски период у којем се реформе могу спровести.

## V Закључак

Србија усклађује систем безбедности хране да би задовољила стандарде постављене од стране ЕУ, а који је заснован на принципу превентиве, а не санкција за неиспуњавање прописаних мера. Потребно је уложити значајна средства у реформисање система како у оквиру државне управе, тако и на страни привреде. Испуњавање сложених захтева које поставља ЕУ омогућава трговину на глобалном тржишту и отвара могућ-

ност знатно веће зараде за српске привреднике иако иницијално изискује значајна улагања.

Потребно је урадити процену трошкова (*cost benefit*) као и финансијску процену потребних улагања и државе и привреде, а нарочито малих и средњих предузећа. Преузимање обавеза које захтева ЕУ, изискује значајне инвестиције, не само инфраструктурне, већ и кадровске. Удружења привредника, коморе или цивилни сектор би могли да допринесу анализама процене кумулативних ефеката усклађивања производње и прераде различитих врста прехранбених производа.

Измене Закона ће имати утицај на цео систем безбедности хране, пре свега на спровођења службених контрола над субјектима у пословању храном и храном за животиње. Правни основи за доношење подзаконских аката за спровођење овог закона, који раније нису постојали или нису били потпуни, и успостављање мреже лабораторија које ће вршити испитивања хране, такође би допринели унапређењу безбедности хране у Србији.

Све ово обезбеђује неопходно поверење потрошача у читав систем безбедности хране, који ће куповати храну са мање сумње у њену исправност и квалитет, док ће произвођачи хране и хране за животиње лакше пласирати своје пољопривредне и прехранбене производе на тржишта не само околних земаља и земаља чланица ЕУ, већ и на глобално тржиште.

**Maja SANDIĆ**  
**UN Legal Expert for Food Safety**

**AMENDMENTS TO THE SERBIAN LEGISLATION  
ON FOOD SAFETY IN THE LIGHT OF THE LATEST SOLUTIONS  
IN THE EU REGULATIONS**

**Summary**

*The Food Safety Law from 2009 was amended in 2019 with an aim to improve the food safety system and harmonize domestic legislation with the EU requirements. New legal solutions served as a response to the shortcomings detected in the previous version of the Law, as they unclearly define the division of competencies for performing official controls of food, the functional establishment of the Directorate for National Reference Laboratories, and a more precise legal basis for the adoption of secondary legislation for the implementation of the Food Safety Law. The novelties will inevitably affect food business operators, but by meeting the EU requirements, not only will the door open for trade on the territory of the EU, but also on the global market. The amendments to the Law clearly refer to the international standards from Codex Alimentarius, which serve as guidelines for meeting the conditions for the export of Serbian products to the global market.*

**Key words:** *food safety, official controls, division of responsibilities, laboratories, traceability*

XXVIII СУСРЕТ  
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ  
ДАРОДАВЦИ

\* \* \*





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. LVII, бр. 4-6 (2019) - . - Београд :

Удружење правника у привреди Србије, 2019- (Београд :  
Cicero). - 24 cm

Тромесечно. - Је наставак: Privredno pravni priručnik =

ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343