

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LVII

Број  
7-9  

---

---

2019



## САДРЖАЈ

### ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

1. **Слободан МАРКОВИЋ**  
Повреда жига – водич кроз лавиринт кључних института  
права жига ..... 11
2. **Божин ВЛАШКОВИЋ**  
Заштита имена културних знаменитости жигом  
у немачком и европском праву ..... 31
3. **Сања РАДОВАНОВИЋ**  
Нека питања у вези са субјективном одговорношћу за накнаду  
штете причењене повредом ауторског права на интернету ..... 43
4. **Јелена ЂЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ**  
Одговорност платформи за електронску трговину због повреде  
жига у праву САД-а ..... 62
5. **Свјетлана ИВАНОВИЋ**  
Тужба за оспоравање жига ..... 77
6. **Синиша ДОМАЗЕТ**  
Правни аспекти чувања података у виртуелном „облаку“ у светлу  
опште Уредбе ЕУ 2016/679 о заштити података о личности ..... 93
7. **Соња ЛУЧИЋ**  
Правна заштита комунитарног дизајна и клаузула о поправци ..... 112
8. **Мина ЈОВАНОВИЋ**  
Процесноправни аспекти примене закона који уређују заштиту  
права интелектуалне својине ..... 122
9. **Новак ВУЈИЧИЋ**  
Изузетак од примене института исцрпљења права у праву жига ..... 134
10. **Андрија ЂОНОВИЋ**  
Коришћење туђег компјутерски генерисаног лика и  
интерпретације: између заштите интелектуалне својине  
и заштите личности ..... 160

## ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

1. **Гордана ИЛИЋ ПОПОВ**  
Подстицаји улагања у српску привреду .....186
2. **Дијана МАРКОВИЋ БАЈАЛОВИЋ**  
Заштита конкуренције у светлу Европске конвенције о заштити  
људских права и слобода .....200
3. **Душан ПОПОВИЋ**  
Моћ купца и њена улога у поступку контроле концентрација .....219
4. **Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ**  
Нагодба као кауза и последица рестриктивног споразума .....236
5. **Ивана РАКИЋ, Бојан РИСТИЋ**  
О потреби доношења смерница за оцену хоризонталних  
концентрација у Републици Србији .....252
6. **Ана ОДОРОВИЋ**  
Одређивање релевантног тржишта код двостраних платформи:  
проблеми и наговештаји решења .....270

## ТРГОВИНСКО И МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО

1. **Александар ЂИРИЋ**  
Правно теоријски поглед на делему судске праксе привредних  
судова у вези нерезидентног рачуна страног правног лица .....288
2. **Rainer KULMS**  
Blockchain Law – An Introduction .....307
3. **Мирјана РАДОВИЋ**  
Смисао и домен примене регулативе општих услова пословања .....332
4. **Владимир ВУЛЕТИЋ**  
Зато се спреми да одсечеш месо ал' крв да ниси просуо: Pretium  
iustum као категорички императив .....348
5. **Марко ЈОВАНОВИЋ**  
Правни оквир приступања Светској трговинској трганизацији .....368
6. **Светислав ЈАНКОВИЋ**  
Правни режим уговора о друмском превозу путника закљученог  
путем интернет платформе .....387
7. **Снежана ДАБИЋ, Катарина ДОЛОВИЋ БОЈИЋ**  
Располагање једног (ван)брачног друга непокретношћу у  
заједничкој својини .....407

8. **Катарина ЈОВИЧИЋ**  
Ограничења слободе уговарања – осврт на потрошачке уговоре .....437
9. **Милош ВУКОТИЋ**  
Неимовинска штета правних лица .....451
10. **Стефан ПЕТРОВИЋ**  
Промењене околности у Конвенцији УН о уговорима  
о међународној продаји робе .....469

## ПРАВО ОСИГУРАЊА

1. **Владимир ЧЛОВИЋ**  
Пренос портфеља осигурања .....486
2. **Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**  
Начело поступања дистрибутера осигурања у најбољем интересу  
потрошача услуга осигурања – фидуцијарна дужност дистрибутера .....501
3. **Ненад ГРУЈИЋ**  
Право корисника услуга осигурања на једнострани раскд уговора  
о осигурању закљученог на даљину .....525
4. **Мирјана ГЛИНТИЋ**  
Осигурање поверења као инструмент заштите имовине привредних  
друштава .....539
5. **Јасна БУЈУКЛИЋ МИТРОВИЋ**  
Медијација у области осигурања у светлу Закона о посредовању  
у решавању спорова .....553
6. **Филип ЖИВАНОВИЋ**  
Проблематика утврђивања политичких ризика у оквиру осигурања  
директних страних инвестиција .....572
7. **Ива ТОШИЋ**  
Одређени аспекти корпоративног управљања  
у осигуравјућим друштвима .....586

## РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

1. **Невена ПЕТРУШИЋ, Михајло ЦВЕТКОВИЋ**  
Границе грађанскоправне одговорности послодавца за  
дискриминаторске акте запослених према трећим лицима .....602
2. **Марија ДРАГИЋЕВИЋ**  
Појам „преноса предузећа“ у смислу европског радног права .....617

3.	<b>Радоје БРКОВИЋ, Ратомир АНТОНОВИЋ</b> Улога и значај привредних друштава за волонтирање .....	634
4.	<b>Љубинка КОВАЧЕВИЋ</b> Европски радноправни стандарди о обавештавању и консултовању запослених у привредним друштвима .....	649
5.	<b>Мила ПЕТРОВИЋ</b> Превенција повреда на раду и професионалних обољења – појам, трошкови и економски подстицаји за улагање у превенцију .....	679
6.	<b>Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ</b> (Радне) кооперативе као део политике одрживог економског развоја и концепта достојанства на раду .....	691
7.	<b>Велисав МАРКОВИЋ</b> Право на увећање зараде по основу прековременог рада .....	705
8.	<b>Филип БОЈИЋ</b> Кумулација зараде и старосне пензије – pro et contra .....	718
9.	<b>Драгана РАДОВАНОВИЋ</b> Радни однос за обављање послова изван просторија послодавца .....	740
10.	<b>Стојан МИЋОВИЋ</b> Уговорна казна као средство учвршћења обавезе запосленог.....	751
11.	<b>Вера БАКИЋ</b> Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца .....	769
12.	<b>Бојана РАДЕВИЋ</b> Предности и недостаци законског скраћивања радног времена као инструмента борбе против незапослености .....	786

## TABLE OF CONTENTS

### INTELLECTUAL RIGHTS

1. *Slobodan M. MARKOVIĆ*  
Trademark Infringement - Guide Through the Labyrinth  
of the Key Law Institutes of the Trademark ..... 30
2. *Božin VLAŠKOVIĆ*  
Protection of Names of Cultural Landmarks in the German  
and European Law ..... 42
3. *Sanja RADOVANOVIĆ*  
Some Questions Relating to the Subjective Responsibility  
for the Compensation of Damages Presented by the Copyright  
of Copyright on the Internet..... 61
4. *Jelena CERANIC PERISIC*  
Liability for Trademark Infringement for E-Commerce Platforms  
in Us Law - Examining the doctrine of secondary liability  
in the context of e-commerce ..... 76
5. *Svjetlana IVANOVIĆ*  
Challenge of a Trademark..... 92
6. *Siniša DOMAZET*  
Legal Aspects of Data Storage in a Virtual "Cloud" in the Light  
of General Regulation 2016/679 Of The European Union  
for the Protection of Personal Data ..... 111
7. *Sonja LUČIĆ*  
Protection of Community Design and Repair Clause ..... 120
8. *Mina JOVANOVIĆ*  
Procedural Aspects of the Application of Laws Regulating  
Intellectual Property Rights ..... 133
9. *Novak VUJIČIĆ*  
Exemption From the Application of the Principle  
of Trademark Exhaustion ..... 159

10. <b>Andrija ĐONOVIĆ</b>	
Using Antother Persons Computer Generated Appearance and Interpretation: Between Intellectual Property Rights and Personality Rights .....	185

## THE RIGHT OF COMPETITION

1. <b>Gordana ILIĆ-POPOV</b>	
Incentives to Investments in the Serbian Economy .....	199
2. <b>Dijana MARKOVIĆ BAJALOVIĆ</b>	
Protection of Competition in the Light of the European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms .....	218
3. <b>Dušan V. POPOVIĆ</b>	
Buyer Power and its Role in Merger Control .....	235
4. <b>Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ</b>	
The Consent as a Cause And Consequent of the Restrictive Agreement ....	251
5. <b>Ivana RAKIĆ, Bojan RISTIĆ</b>	
About the Need of Adopting a Guidelines on the Assessment of Horizontal Concentrations in the Republic of Serbia .....	269
6. <b>Ana ODOROVIĆ</b>	
Market Definition for Two-Sided Platforms: Conceptual Issues and Possible Solutions .....	287

## TRADE AND INTERNATIONAL TRADE LAW

1. <b>Aleksandar ĆIRIĆ</b>	
Legal-Theory View on the Dilemm of Judicial Practice of Economic Courts: Is the existence of a non-resident bank account of a foreign legal entity in a bank in Serbia a condition for a permit for a forcible execution? ...	306
2. <b>Rainer KULMS</b>	
Blockchain Law – an Introduction .....	307
3. <b>Mirjana RADOVIĆ</b>	
The Ratio and Scope of Regulation Concerning Standard Contract Terms .....	347
4. <b>Vladimir VULETIĆ</b>	
Therefore, Prepare Thee to Cut off the Flesh. Shed Thou No Blood: Pretium Iustum as a Categorical Imperative .....	367
5. <b>Dr. Marko JOVANOVIĆ</b>	
Legal Framework for the Accession to the World Trade Organization .....	386



<b>6. Svetislav JANKOVIĆ</b>	
The Legal Regime of Contract for the Carriage of Passengers Concluded by Internet Application .....	406
<b>7. Snežana DABIĆ, Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ</b>	
Transfer of Immovable Property in Joint Ownership by One Spouse (Domestic Partner) .....	435
<b>8. Katarina A. JOVIČIĆ</b>	
The Limits of Freedom of Contract - Review of the Consumer Contracts .....	450
<b>9. Miloš VUKOTIĆ</b>	
Non-Pecuniary Loss of Legal Persons .....	468
<b>10. Stefan PETROVIĆ</b>	
Changed Circumstances Under the un Convention on International Sale of Goods .....	485

## **RIGHTS OF INSURANCE**

<b>1. Vladimir ČOLOVIĆ</b>	
Transfer of Insurance Portfolio .....	500
<b>2. Nataša PETROVIĆ TOMIĆ</b>	
Principle that Insurance Distributors Should Act in the Consumer's Best Interest - Distributor's fiduciary duty .....	524
<b>3. Nenad GRUJIĆ</b>	
The Right of Users of Insurance Services to Unilateral Termination of Insurance Contract Concluded at a Distance.....	538
<b>4. Mirjana GLINTIĆ</b>	
Fidelity Insurance as an Instrument of Protection of the Company's Property .....	552
<b>5. Jasna BUJUKLIĆ MITROVIĆ</b>	
Mediation in the Field of Insurance in the Light of the Law on Mediation in Disputes Resolution.....	571
<b>6. Filip ŽIVANOVIĆ</b>	
The Problems of Determination of Political Risks within Insurance of Foreign Direct Investment .....	585
<b>7. Iva TOŠIĆ</b>	
Certain Aspects of Corporate Governance in Insurance Companies .....	601

## WORK AND SOCIAL LAW

1. **Nevena PETRUŠIĆ, Mihajlo CVETKOVIĆ**  
Limits of Civil Liability of the Employer for Discriminatory Acts  
of Employees Against Third Parties ..... 616
2. **Marija DRAGIĆEVIĆ**  
The Transfer of Undertakings in Terms of European Labour Law ..... 633
3. **Radoje BRKOVIĆ**  
The Role and Importance of Economic Volunteering Companies ..... 648
4. **Ljubinka KOVAČEVIĆ**  
European Labour Law Standards on Information and Consultation  
of Company Employees ..... 678
5. **Mila PETROVIĆ**  
Prevention of Work-Related Injuries and Occupational Diseases  
– Term, Costs and Economic Incentives for Investment in Prevention ..... 690
6. **Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ**  
Workers’ Cooperative as a Part of Sustainable Economic  
and Human Development and Concept of Decent Work ..... 704
7. **Velisav MARKOVIĆ**  
The Right to Increase Salary on the Basis of Overtime Work ..... 717
8. **Filip BOJIĆ**  
Cumulation of Earnings and Old-Age Pensions - *Pro et Contra* ..... 739
9. **Dragana RADOVANOVIĆ**  
Working Relationship for the Performance of the Office of the Office ..... 750
10. **Stojan MIĆOVIĆ**  
Contractual Penalty as a Performance Bond for Employee’s Obligations .. 768
11. **Vera BAKIĆ**  
An Annex Toemployment Contract as an Expression of the Governing  
Authorities and Freedom of Entrepreneurship of the Employer ..... 785
12. **Bojana RADEVIĆ**  
Advantages and Disadvantages of Legal Shortening of Working Time  
as an Instrument for the Fight Against Unemployment ..... 801

---

# ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

---

Др Слободан М. МАРКОВИЋ\*

## ПОВРЕДА ЖИГА – ВОДИЧ КРОЗ ЛАВИРИНТ КЉУЧНИХ ИНСТИТУТА ПРАВА ЖИГА\*\*

### *Резиме*

*У чланку се методологија поступања суда у парници због повреде жига рашичлањује на пар корака у којима се одговара на базична питања о: функцијама жигом заштићене ознаке, допуштености референцијалног коришћења туђе жигом заштићене ознаке, и апстрактној опасности од забуне потрошача. Ова методологија се заснива на увиду у друштвено-економску сврху права жига, и омогућује суду да тестира законитост своје намераване одлуке у односу на њен крајњи ефекат на тржишту.*

*Кључне речи: функције жига, порекло производа, референцијално коришћење, опасност од забуне*

### **I Увод**

Повод за овај чланак је пресуда Привредног суда у Београду бр. 9116144/2017 од 28.09.2018. године. Њоме је суд, поред осталог, утврдио повреду жига *Adidas*, до које је дошло увозом одређене количине спортске обуће која је била означена сличним знаком. Шта је разлог због којег ова пресуда завређује пажњу и доноси похвалу српском правосудју?

Српски правници који прате прилике у Европској унији преко праксе Европског суда правде у материји жигова, могли су током послед-

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Овај Чланак је прилог стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2019. годину.

ње две деценије запазити извесну неконзистентност и дисперзију схватања о неким кључним институтима права жига. С обзиром на висок степен усклађености нашег права с правом жига ЕУ<sup>1</sup>, није незамисливо да се та појава прелије у домаћу судску праксу. Због поменуте пресуде Привредног суда у Београду има разлога да одахнемо јер је евидентно да домаћи суд није пао у искушење да напусти терен здравог разума примењујући законске прописе у складу са њиховом сврхом. Ризик да се то деси у некој другој будућој парници ипак није искључен, али не због тога што домаћи судови прате праксу Европског суда правде, него стога што одредбе важећег права жига доиста остављају простор за проблематична тумачења.

Првобитно је овај чланак требало да буде центриран око питања сличности робних ознака које се пореде у парници због нелојалне конкуренције, с једне, и парници због повреде жига, с друге стране. Намера је била да се докаже да повреда жига може, али не мора да конзумира радњу нелојалне конкуренције.

Потом је ауторова амбиција нарасла. Наиме, поменуто питање не може се изоловати од ширег контекста смисла и циљева права жига. Отуда је почетна намера проширена на састављање једног водича за поступање у парници због повреде жига, који ће: а) олакшати суду да у сваком стадијуму обраде чињеничног стања има чврст ослонац за разликовање битног од небитног, и б) резултирати исправном применом материјалног права.

Ширина ове теме и ограниченост простора за њену обраду свакако ће се негативно одразити на теоријску дубину расправе. Пристајући да овај рад због тога остане невидљив за правну науку, аутор се нада да ће њиме дати бар користан и практичан прилог функционисању правне праксе у Србији.

## II Методологија утврђивања повреде жига

### 1. Разумевање разлога за постојање права жига – проблематика функције жигом заштићене ознаке

Опште место уџбеничке литературе<sup>2</sup> је да означавање робе и услуга (даље: робе) у промету има неколико функција. Традиционално, то су: а) функција разликовање робе од исте или сличне робе другог субјекта у

1 Директива ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015. и Уредба ЕУ 2017/1001 о жигу Европске уније из 2017. године.

2 Види нпр. Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, 6. Издање, Београд 2018, 152-153.

промету, б) функција указивања на порекло робе, в) функција гаранције квалитета робе и г) рекламна функција. **Централна функција је указивање на порекло робе.** Она обезбеђује да потрошач закључи да сва роба исте врсте, која је означена истом ознаком (највероватније) потиче од истог субјекта. Да би тај закључак био логички могућ, неопходно је да потрошач може да разликује ознаке различитих привредних субјеката. То значи да је тзв. функција разликовања (горе под а) нужна претпоставка за реализацију функције указивања на порекло робе.

Остале две функције ознаке су изведене из функције указивања на порекло робе. Наиме, ако истоврсна роба означена истом ознаком потиче од истог привредног субјекта, основано је претпоставити да ће сваки примерак те робе бити истог квалитета (функција гаранције квалитета). То је важан фактор у потрошачевој одлуци да набави или не набави робу тог субјекта. Такође, то је важан фактор у мотивисању субјекта од којег роба потиче, да одржава и унапређује квалитет робе коју означава својом ознаком. Коначно, без повезаности робне ознаке са субјектом који је ту робу означио није могуће пружити јавности никакву информацију о постојању робе и њеном квалитету, а камоли послати рекламну поруку с позивом на куповину те робе (рекламна функција).

Рекавши да право жига непосредно санкционише само функцију указивања на порекло робе, нисмо устврдили да су остале три функције изван домаћаја права жига. Напротив, право жига индиректно санкционише и остале три функције ознаке, али само као услов или као последицу функције указивања на порекло робе.

Свака робна ознака у промету (укључујући нерегистровану ознаку) врши поменуте функције само под једним нужним условом: **не сме бити два или више субјеката који истом (или сличном) ознаком означавају истоврсну робу, јер то ствара ризик од забуне потрошача о пореклу означеног производа.** Из те забуне настаје забуна о квалитету робе и о субјекту који шаље рекламну поруку. Стога, право жига (као облик државне интервенције у односе на тржишту), има превасходни задатак да правно обезбеди да **само један субјект једном ознаком означава једну врсту робе на тржишту.**

Сви кључни институти права жига делују у том правцу, почев од принципа специјалности<sup>3</sup>, преко законских услова за заштиту ознаке

---

3 Чл.12, ст.2 Закона о жиговима.

жигом<sup>4</sup>, те апсолутне и искључиве природе овлашћења титулара жига<sup>5</sup>, до правила о судској заштити жига.

Са аспекта методологије утврђивање повреде жига, значај до сад реченог је следећи. **Никакво чињенично стање и никаква правна конструкција не може се квалификовати као повреда жига, ако се не утврди угроженост функције указивања на порекло робе.** У савременом праву жига, та функција је угрожена ако постоји опасност да просечан потрошач погрешно закључи: а) да роба потиче од титулара жига, а не од повредиоца жига, или б) да су титулар жига и повредилац жига у некој врсти пословне везе, односно сарадње.<sup>6</sup>

Од овога постоји само један изузетак, а то је тзв. познати (чувени, реномирани) жиг<sup>7</sup>. Не улазећи у генезу овог института, оправданост његове миграције из права сузбијања нелојалне конкуренције у право жига итд., можемо констатовати да проширење његовог дејства на све врсте робе не служи правном санкционисању функције указивања на порекло робе, него циља на заштиту рекламне функције жига. То је једини изузетан случај кад је могуће утврдити повреду (чувеног) жига сасвим независно од проблематике функције указивања на порекло робе.

Враћајући се на терен општег правила, морамо бити свесни да се од прве половине XX века до данас развијају техника и наука маркетинга са циљем да привредни субјекти овладају понашањем потрошача приликом одлучивања о набавци одређене робе. Робна марка притом има кључну улогу јер, захваљујући великим инвестицијама у маркетинг, постаје симболичан израз читавог система вредности који се асоцира с робом титулара жига. Тако та робна марка постаје економска вредност *per se*, интегрише се у културни миље и почиње да функционише као средство споразумевања не само на тржишту, већ и изван њега<sup>8</sup>. Отуда постоји стални притисак индустријских лобија да под окриље права жига угурају и непосредно санкционисање инвестиционе и комуникационе

4 Чл.5, ст.1, тач. 9, 19 и 11 Закона о жиговима.

5 Чл.38, ст.2; чл.43, ст.1 Закона о жиговима.

6 Види нпр. чл 38, ст.2, тач 2 Закона о жиговима, који представља репродукцију чл.10, ст.2, тач б) ЕУ Директиве ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015.

7 Чл. 43, ст.2 Закона о жиговима.

8 Родоначелник афирмације идеје о робној марки као вредности *per se*, која је довела до посебне заштите тзв. чувеног жига је Frank Schechter, „The Rational Basis of Trademark Protection“, *Harvard Law Review*, бр. 40/6, 1927, 813-833. Размишљања овог аутора су и данас инспирација онима који се залажу за даље ширење заштите коју жиг пружа.

функције робне марке. Тај притисак је донекле уродио плодом у случају тзв. чувеног жига. У сваком другом случају, међутим, **дужност суда је да игнорише легитимност интереса које титулар жига, независно од функције указивања на порекло робе, има на основу инвестиционе и комуникационе функције његове заштићене робне марке.** Зашто?

Одговор на ово питање нас води у најдубље теоријско разматрање друштвене оправданости права жига. Покушаћемо да се на то осврнемо у свега пар реченица, макар по цену извесног поједностављења реалности. Судија који жели да се увери да законска норма коју примењује има свој дубоки друштвени смисао, требало би да превазиђе евентуални отпор према теорији, и разуме ово.

Економска анализа права, која даје објективно утемељење права жига, каже да се друштвена корист правне заштите функције указивања на порекло робе налази у смањењу асиметрије информисаности између понуђача и потражилаца робе, чиме се смањује трансакциони трошак, а повећава ефикасност тржишта<sup>9</sup>. Дакле, крајњи смисао постојања права жига јесте увећање ефикасности тржишта. Инвестирање титулара жига у популаризацију његове робне ознаке и квалитет означених производа јесте инвестирање у тзв. снагу обележавања те ознаке, и тиме не излази изван оквира функције указивања на порекло робе.

Да би право жига препознало инвестициону и комуникациону функцију робне ознаке **као независне од функције указивања на порекло робе**, економска анализа права би морала да идентификује економску корист коју друштво има од инвестирања у робну ознаку, независно од њене функције указивања на порекло робе. **Таква друштвена корист не постоји.**

Паралела која се повлачи са патентним правом, по којој је смисао патента да заштити инвестицију у истраживање и развој, потпуно је депласирана бар из три разлога. Први је да се економско утемељење патентног права налази у подстицању технолошког развоја, као друштвеној користи која се жели остварити заштитом инвестиције у истраживање и развој. Дакле, заштита инвестиције у патентном праву је средство за друштвено користан циљ. У праву жига се заштита инвестиције своди само на корист (економску ренту) титулара жига. Друго, патент је субјективно право које траје ограничено време (20 година од дана подношења

---

9 Опширније о томе, с референцама на одговарајућу литературу, види у Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, 2. Издање, Београд 2018, 182-188.

пријаве патента) те је логично да правна заштита мора да обезбеди повраћај инвестиције у том року. Жиг је временски неограничено субјективно право, те нема оправданог притиска да се обезбеди повраћај те инвестиције у кратком року. Трећи разлог се тиче друштвеног трошка дејства патента, с једне, и жига, с друге стране. Друштвени трошак деловања патента јесте тзв. статичка неефикасност тржишта (висока цена робе и недовољна приступачност потрошачима) која произлази из двадесетогодишњег искључења конкуренције приликом економског коришћења патентираног проналаска. Та неефикасност, међутим, бива надомештена тзв. динамичком ефикасношћу тржишта, која се огледа у технолошком развоју који је такође последица деловања патента. С друге стране, друштвени трошак самосталне правне заштите инвестиционе и комуникационе функције жига огледа се генерално у **ограничењу слободе комуникације**. Титулар жига који у први план ставља потребу заштите своје инвестиције у жиг, тежи да онемогући било који облик преливања позитивног екстерног ефекта његовог жига, тј. тежи да спречи тзв. бесплатну вожњу другог субјекта у свим аспектима његовог деловања, а не само у области пословања означеним производима.<sup>10</sup> Тиме дејство жига долази у сукоб с уставном гаранцијом слободе говора (слобода давања и пружања информација, слобода јавне критике, слобода стваралаштва и др.).

Изложена схватања представљају контуре тзв. утилитаристичке доктрине утемељења права интелектуалне својине, по којој патент, жиг или које друго субјективно право постоје да би се постигао одређени корисни друштвени циљ<sup>11</sup>.

## 2. Повредилац жига мора користити спорну ознаку у функцији жига

Усвојивши постулат по коме нема повреде жига, ако се не утврди угроженост функције указивања на порекло робе, имплицитно смо при-

---

10 Спречавање бесплатне вожње није вредност *per se* коју право штити. Да би било правно санкционисано, спечавање бесплатне вожње мора бити мотивисано одређеном економском користи за друштво. Пример за то је радња нелојалне конкуренције, која извршена паразитским коришћењем репутације туђег знака и оштећењем те репутације. Вредност коју право штити у том случају јесте лојална конкуренција. Отуда, наше најдубље уверење јесте да је заштити тзв. чувених жигова место у праву сузбијања нелојалне конкуренције, а не у праву жига.

11 Опозицију утилитаристичкој доктрини представља тзв. својинска доктрина која у први план истиче жиг као недодирљиву имовинску вредност *per se*, независно од друштвених ефеката заштите те вредности. Захваљујући овој доктрини данас имамо тзв. чувени жиг као институт права жига, као и стални притисак у смеру ширења заштите коју жиг пружа.



хватили да нема повреде жига ако је одређено лице користило туђ (исти или сличан) жигом заштићени знак у сврху која је објективно изван оквира функције указивања на порекло **сопствене робе**. Другим речима, постоје случајеви кад одређено лице користи знак који је исти или сличан туђем жигом заштићеном знаку за исту или сличну робу, при чему просечан потрошач разуме да то лице не шаље (преварну) поруку о пореклу свог означеног производа. У тим случајевима се сматра да не долази до угрожавања функције указивања на порекло робе која је означена жигом заштићеним знаком.

У литератури се овај тип коришћења туђе жигом заштићене ознаке зове **референцијално коришћење**. Најопштија карактеристика референцијалног коришћења јесте да се њиме **указује на робу титулара жига, а не на сопствену робу**. Дакле, референцијални корисник не користи туђу ознаку у функцији (преварног) указивања на (нетачно) порекло своје робе, због чега се сматра да то његово коришћење заправо уопште није у функцији жига.<sup>12</sup>

Референцијално коришћење има пуно појавних облика који се могу класификовати на различите начине. Нама се чини да је најрелевантнија подела на облике где референцијални корисник није конкурент титулара жига, и оне где он то јесте.

У прву (и мање спорну) групу свакако спада помињање робе у информационим медијима. Први пример може бити извештавање о неком саобраћајном удесу, уз навођење марки возилâ која су у томе учествовала. Други пример су специјализовни часописи и емисије за унапређење интереса и права потрошача, који спроводе (упоредне) тестове робе различитих привредних субјеката, и оцењују их. Притом, ти извештаји не морају бити неутрални у односу на квалитет или било које друго својство робе. Напротив, они могу садржавати критичке и негативне оцене о роби, али под условом да те оцене нису произвољне, него су засноване на објективним подацима и непристрасној анализи. У исту групу ћемо, поједностављења ради, убројати и коришћење туђе жигом заштићене ознаке као декорације на роби. Примера ради, произвођач пепељара украси обод свог производа жигом заштићеним ознакама за цигарете различитих произвођача; произвођач пешкира украси свој производ колажом састављеним од туђих жигом заштићених ознака за козметику;

---

12 Закон о жиговима СР Немачке из 1968. је у чл.16 користио управо тај израз (нем. – *warenzeichenmäßiger Gebrauch*).

произвођач сунцобрана украси сунцобран туђом жигом заштићеном ознаком за безалкохолно освежавајуће пиће. Посебно су занимљива и честа коришћења туђих жигом заштићених ознака на мајицама, постери-ма и сл., у контексту одређене духовите, критичке, па и непристојне поруке.

Проблематичнији могу да буду они случајеви у којима је референцијални корисник заправо конкурент титулара жига. На пример, одређено лице производи и ставља у промет робу која служи да буде уграђена у робу другог привредног субјекта, или да се користи заједно с њом, при чему тај други привредни субјект има свој жигом заштићени знак. То може да буде батерија за мобилни телефон, резервни део за аутомобил и сл. Да би потрошач знао да је батерија одговарајућа за одређени модел мобилног телефона, одн. да је одређени резервни део одговарајући за одређени модел возила, жигом заштићени знак произвођача мобилног телефона, односно возила мора бити назначен на тим производима. При том, често и сам титулар жига производи и ставља у промет те исте компоненте свог финалног производа, тако да је ту реч о директном конкурентском односу. На терену услуга, пример може бити одржавање и поправка мобилних телефона, одн. аутомобила. Пружалац такве услуге, који је специјализован за одређене моделе мобилних телефона или аутомобила, мора на видном месту испред свог локала, у рекламним материјалима и сл. назначити туђу жигом заштићену робну ознаку за производе за чију поправку се он специјализовао.

Имајући све ово у виду, пред правног практичара поставља се питање:

- да ли и под којим условима је допуштено референцијално коришћење туђег жигом заштићеног знака, без сагласности титулара жига, односно

- да ли у савременом праву жига постоји правило да се жиг може повредити само ако се заштићени знак користи у функцији жига.

Нажалост, на нивоу позитивног права одговор није сасвим јасан и недвомислен. Потражићемо га у Директиви ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015, и коресподентним одредбама Закона о жигу Србије.

Судећи по тач. 27 Преамбуле Директиве, неће повредити жиг лице које на поштен начин и у складу с добрим пословним обичајима користи туђ заштићени знак:

- за потребе идентификације робе или услуге самог титулара, или упућивања на ту робу;
- ради привлачења пажње потрошача на малопродају оригиналне робе која је стављена у промет од стране титулара жига или уз његову сагласност;
- за потребе уметничког изражавања;
- за другу потребу код које право на слободу комуникације има превагу над жигом.

Међутим, у „тврду“ норму Директиве (чл. 14, ст.1, тач. ц)) ушао је само првопоменути случај (коришћење туђег заштићеног знака за потребе идентификације робе или услуге самог титулара, или упућивања на ту робу), праћен **једним примером**:

- коришћење туђег заштићеног знака кад је његово коришћење неопходно ради назначења намене робе, односно услуге, а нарочито прибора и резервних делова.

Овде се може отворити питање односа између Преамбуле и прописа Директиве, у које ми свакако нећемо овом приликом улазити. Поменимо ипак да Преамбула у својој тач. 18 препушта националним законодавствима да уреде коришћење жигом заштићених знакова за сврхе које су различите од разликовања робе и услуга у промету.<sup>13</sup>

За нас је најбитније шта каже наш Закон о жиговима у одредби којом је извршена транспозиција чл. 14, ст.1, тач. ц) Директиве. Нажалост, та одредба (чл. 41, ст.2, тач.3 Закона) је фундаментално правило о допуштености референцијалног коришћења туђе жигом заштићене ознаке свела само на онај један случај који је у Директиви наведен тек као пример: „Носилац жига не може да забрани другом лицу да у складу са добрим пословним обичајима користи у привредном промету жигом заштићени знак, кад је његово коришћење неопходно ради назначења намене робе, односно услуге, посебно кад је реч о резервним деловима или прибору.“<sup>14</sup>

---

13 Сматрамо да се овде пре свега мисли на коришћење ознака у сврхе уметничког изражавања.

14 Конкретно, на пример, за произвођача из Обреновца, који производи и продаје ауспухе за модел аутомобила Volkswagen Golf IV, довољно ће бити да на амбалажу производа, поред ознаке „Volkswagen Golf IV“ видно и недвосмислено наведе да је производ начињен у његовој занатској радњи „XY“ из Обреновца, Србија. Аналогно важи и за услуге.

Другим речима, за разлику од Директиве, наш Закон о жигу не садржи опште правило да се жиг може повредити само ако се заштићени знак користи у функцији жига. Уместо тога он познаје само један уско дефинисани случај допуштености референцијалног коришћења туђе жигом заштићене ознаке. Правни практичар ће, користећи *argumentum a contrario*, извести закључак да су у Србији сви други облици референцијалног коришћења туђег жигом заштићеног знака недопуштени ако нема сагласности титулара жига. Тако је значајан број референцијалних коришћења туђег жигом заштићеног знака учињен радњом повреде жига, чиме је обим заштите коју жиг пружа осетно и неоправдано увећан.

Наше је уверење да је допуштеност поштеног и фер референцијалног коришћења туђе жигом заштићене ознаке „надзаконски принцип“ који произлази из теоријског образложења смисла и сврхе права жига, у духу тзв. утилитаристичке доктрине. Стога је неопходно да он представља оквир за тумачење одредаба Закона о жиговима.

Напред смо већ поменули да је економска функција права жига у смањењу асиметрије информисаности између понуђача и потражилаца робе, чиме се смањује трансакциони трошак, а повећава ефикасност тржишта. Другим речима мисија права жига је да поспеси и гарантује истинито информисање потрошача о пореклу производа, из чега произлази и истинито информисање о својствима производа, које потрошачи везују за одређени робни знак одређеног привредног субекта. Крајњи циљ те мисије је да омогући потрошачу да донесе информисану одлуку о набавци производа, што је темељна претпоставка слободне конкуренције. Следствено томе, не сме у пракси бити прихватљива било која конструкција повреде жига у случају кад је жигом заштићени знак коришћен од стране другог лица у функцији истинитог информисања потрошача и јавности. Још мање може бити прихватљива конструкција повреде жига кад друго лице користи заштићени знак у функцији декорације или уметничког изражавања (дакле, сасвим изван домена означавања робе).

Каква је ситуација са познатим (чувеним, реномираним) жигом? Ово питање је умесно стога што је код ове врсте жигова у првом плану њихова рекламна функција, која не сме бити оштећена тако што би се „коришћењем таквог знака (на било којој роби – прим. аут.) нелојално остваривала корист из стечене репутације чувеног жига или би се штетило његовом дистинктивном карактеру, односно репутацији<sup>15</sup>.”

---

15 Чл. 43, ст.2 Закона о жиговима.

У пракси, титулари чувених жигова склони су тумачењу да им је законодавац, проширивши заштиту на све робе и услуге, дао бланко заштиту од преливања позитивног екстерног ефеката (користи од репутације) жига или од оштећивања његове дистинктивности, одн. репутације. То није тако. Заштита постоји само у случају кад одређено лице испуњава четири кумулативна услова: (а) користи исти или сличан знак (б) означава или рекламира **своју** робу, (в) поступа нелојално (противно добрим пословним обичајима) и (г) остварује корист из стечене репутације чувеног жига или штети његовом дистинктивном карактеру, односно репутацији.

Изостанак било којег од ових услова чини коришћење туђег чувеним жигом заштићеног знака допуштеним. У парници због повреде чувеног жига тужилац мора да докаже испуњеност сваког од ових услова, а тужени може те доказе оспоравати<sup>16</sup>.

То значи да истинита информација о роби може и те како донети другоме корист из стечене репутације или нанети штету репутацији чувеног жига, али то не може представљати повреду жига ако је информација дата на фер и поштен начин, тј. у складу са добрим пословним обичајима<sup>17</sup>. Управо ту се налази граница где право жига уступа месту слободи говора (комуникације), као вишој правној вредности<sup>18</sup>.

---

16 Детаљније види Ксенија Влашковић, *Развој заштите познатих жигова у немачком праву у праву Европске уније*, Институт за упоредно право, Београд, 2016, 152-181.

17 Осећамо потребу да ову апстрактну мисао конкретизујемо хипотетичним примерима. Прво, произвођач малих аутомобила Х користи рекламу „Х је 100 пута јефтинији од Ферарија – проверите да ли је толико лошији“. Уколико је податак о цени тачан, сматрамо да овде нема повреде жига *Ferrari*, без обзира што помињање тог чувеног жига привлачи пажњу потрошача и несумњиво је да компанија Х на одређен начин експлоатише његову репутацију. Ипак, тешко би се овде могло говорити о нелојалности те радње.

Друго, ако се одређена мања компанија за производњу летилица на електрични погон рекламира тако што јавно истиче да је у последњих пет година поднела више пријава патента него чувени BOEING, евидентно је да иза тог поређења стоји сугестија о високом степену технолошке иновативности. Чувени жиг BOEING као референца, користи се ради угледа који има и који не само да треба да буде трансферисан на компанију која се рекламира, него и превазиђен (чиме се репутација жига BOEING умањује). Питање је да ли је то дозвољено. Прво треба проверити да ли је податак из рекламе тачан. Ако није тачан, реч је свакако о недопуштеном чину који се квалификује као повреда чувеног жига. Међутим, ако је податак тачан, још се не може закључити о допуштеном референцијалном коришћењу, него треба испитати колико је тај податак уопште релевантан за поређење степена технолошке иновативности компаније која се рекламира. Наиме, сама патентна пријава не говори ништа о технолошкој вредности проналаска који је пријављен за заштиту, будући да она може у

Ова проблематика се посебно живо прелама на пољу референцијалног коришћења туђег жигом заштићеног знака у сврхе компаративног рекламирања. Његова суштина је у објективном и истинитом поређењу одређених својстава производа који се рекламира и истоврсног производа конкурента. Том приликом је нужно прибећи референцијалном коришћењу туђе жигом заштићене ознаке. ЕУ је у склопу политике заштите потрошача допустила компаративно рекламирање (под одређеним условима)<sup>19</sup>, али се притом није ослонила на правила о допуштености референцијалног коришћења у праву жига, него је прво уредила то питање у пропису о компаративној реклами<sup>20</sup>, да би затим уградила одговарајућу упућујућу норму у право жига.<sup>21</sup>

Парадоксална последица тог специјалног прописа јесте што је одређеним произвођачима и продавцима робе практично ускраћена могућност да упуте потрошачима неопходну истиниту информацију о својој роби уколико морају да своју робу представе као имитацију или реплику туђе робе чији заштићени знак референцијално користе. Примера ради, парфемима су роба која се не штити патентом, што значи да је свакоме допуштено да у условима слободне конкуренције имитира туђи парфем. Како се парфемима идентификују путем робне марке, нема другог начина да се потрошачима укаже на својства парфема, него да се наведе да он мирише као туђи парфем за који публика већ зна. Такво референ-

---

поступку испитивања бити повучена, а свакако не мора довести до патента. Отуда било ко може да исфабрикује велики број патентних пријава да би тај податак употребио у реклами. Друго, ако је компанија која се рекламира активна у области истраживања и развоја једне младе и пропулзивне технологије, а BOEING окренут класичним технологијама у којима је учесталост патентбилних проналазака природно мања, поређење се показује као формално тачно, али суштински неумесно. У оба случаја било би речи о недопуштеном референцијалном коришћењу туђег чувеног жига.

18 Тач. 27 преамбуле Директиве ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015. каже, поред сталог, и ово: „Даље, ова директива би требало да се примењује на начин који обезбеђује пуно поштовање основних права и слобода, посебно слободе изражавања“.

19 Директива 2006/114 ЕЦ о обманујућем и компаративном рекламирању из 2006. године.

20 Види чл. 4, тач. ф) и г) Директиве 2006/114 ЕЦ о обманујућем и компаративном рекламирању. Према тим одредбама, референцијално коришћење туђе жигом заштићене ознаке приликом компаративног рекламирања допуштено је ако: „ф) то не представља нелојално коришћење репутације жига...“ и „г) ако се тиме роба и услуге не представљају као имитације или реплике робе или услуга означених жигом...“

21 Види чл. 10, ст.3, тач.ф) Директиве ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015.

цијално коришћење туђе заштићене ознаке било би допуштено на основу опште одредбе о референцијалном коришћењу из чл.14, ст.1, тач ц) Директиве ЕУ 2015/2436 за хармонизацију закона о жиговима држава чланица из 2015. Међутим, оно је изричито забрањено одредбом о компаративној реклами. То је типичан пример игнорисања базичне економске мисије права жига. Наиме, жиг индиректно постаје средство заштите робе, а не робне ознаке, чиме се практично елиминише конкуренција, на штету потрошача и ефикасности тржишта.<sup>22</sup>

Није тешко закључити да иза тихог процеса законског сужавања правила о допуштеном референцијалном коришћењу туђе жигом заштићене ознаке стоји лоби најјачих индустрија, који настоји да афирмише концепт заштите жига као инвестиције и вредности *per se*, независно од његове улоге у унапређењу ефикасности тржишта<sup>23</sup>.

### 3. Питање истоветности или сличности ознака и означене робе

Расправи овог питања приступа се тек пошто је утврђено да је коришћењем спорног знака тужени потенцијално угрозио функцију указивања на порекло производа означеног заштићеним знаком, тако што га је користио у функцији жига, а не у функцији допуштене референце на производ титулара жига<sup>24</sup>.

Поента овог питања јесте да ли потрошач, суочен са знаком туженог на одређеној роби, бива доведен у опасност да погрешно закључи да:

---

22 Истини за вољу, овде се треба сетити и једног архаичног правила из нашег Закона о жиговима. Реч је о одредби чл.71, ст.3, која гласи: „Повредом (жига – прим. аут.) из става 1. овог члана сматра се и додавање знаку речи "тип", "начин", "по поступку" и сл.” Некритичком применом ове одредбе могло би се у пракси доћи до сличног резултата као у ЕУ у вези са забраном компаративног рекламирања.

23 Врло квалитетну анализу проблема коришћења ознаке у функцији жига види у још увек необјављеној докторској дисертацији Владимир Боровац, *Право жига – од заштите информационе функције робне ознаке до заштите робне ознаке као вредности по себи*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017, 261-291.

24 Ако је реч о тзв. чувеном жигу, питање сличности ограничава се само на ознаке, и отвара се тек ако је утврђено да је спорни знак коришћен у функцији означавања или рекламе сопственог производа и то на нелојалан начин који резултира остваривањем користи из стечене репутације чувеног жига или оштећењем његовог дистинктивног карактера, односно репутације. Ако се, пак, ради о томе да је друго лице користило знак заштићен чувеним жигом на истој роби за коју је чувени жиг регистрован, примењују се правила која важе за „обичан жиг“ а не правила која важе за чувени жиг. „Чувеност“ ће се тад узети у обзир код процене тзв. снаге обележавања заштићене ознаке.

(а) та роба потиче од тутлара жига, а не од туженог (тзв. непосредна опасност од забуне), или (б) да су тужени и титулар жига у пословној вези (тзв. посредна опасност од забуне). Ако је одговор позитиван, сматра се да је извршена повреда жига. У супротном, повреде жига нема.<sup>25</sup>

Савремено право жига прави разлику између случаја кад су ознака и роба туженог истоветни ознаци и роби титулара жига, и случаја кад су ознаке и/или роба само слични.

#### *а) Истоветност ознака и робе*

Овај случај (у литератури често збуњујуће назван „двоструки идентитет“) решава се релативно једноставно. Тужени који је користио знак идентичан туђем жигом заштићеном знаку, на роби која је идентична роби за коју је жиг регистрован, одговоран је за повреду жига, без потребе да суд утврђује поменућу опасност од забуне просечног потрошача. Овде је реч о **необоривој претпоставци забуне** коју тужени не може обарати доказивањем супротног. Оно што тужени свакако може истицати у своју одбрану јесте да његово коришћење истог знака за исту робу није било у функцији жига, већ је имало карактер допуштеног референцијалног коришћења. Тиме се, додуше, индиректно оспорава и опасност од настанка забуне код потрошача, али то је материја коју суд апсолвира у претходним стадијумима анализе случаја (види горе 1 и 2), а не у овом стадијуму поређења робе и услуга<sup>26</sup>.

#### *б) Сличност ознака и / или робе*

Кад би *erga omnes* дејство жига било предметно ограничено само на регистровани знак за регистровану робу, жиг не би могао да врши своју функцију смањења трансакционог трошка и повећања ефикасности тржи-

25 Исто питање поставља се и у управном поступку за признање жига, будући да истоветност или сличност пријављене ознаке и/или робе са ознаком и/или робом носиоца старијег права (пријава жига или регистровани жиг) представља препреку за признање жига.

26 Школски пример судску одлуку у којој је утврђена повреда жига на основу правила о „двоструком идентитету“, а да претходно није било расправљено питање да ли је реч о допуштеном референцијалном коришћењу заштићене ознаке јесте одлука Европског суда правде у предмету *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie vs Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd. iz 2009. godine (C-487/07)*. Занемаривши да је реч о референцијалном коришћењу заштићене ознаке, суд је на основу правила о „двоструком идентитету“ утврдио повреду жига, свестан да заправо нема забуне о пореклу производа. Стога је своју одлуку оправдао потребом заштите инвестиционе и комуникационе функције.



шта, јер би потрошачка јавност била збуњена множином сличних знакова за сличну робу, те не би поуздано закључивала о пореклу тако означене робе. Стога право жига проширује дејство жига и на сличне ознаке за сличну робу. О том проширењу се у теорији говори као о обиму заштите.<sup>27</sup>

Кључно питање у сваком конкретном случају јесте колико је широк круг сличних ознака и сличне робе, који су обухваћени дејством жига. Традиционално, као мера сличности се у праву жига користи правни стандард опасности од забуне просечног потрошача<sup>28</sup>. То значи: а) забуна не мора доиста настати у свести конкретног потрошача, него је довољно да се забуна може очекивати са високим степеном вероватноће, б) забуна мора бити у вези с пореклом производа и в) забуна мора имати потенцијал да утиче на одлуку потрошача о набавци производа.

Квалификације наведене под а), б) и в) важне су за праксу из следећег разлога. Наш Закон о жиговма је, поштујући Директиву, прописао да вероватноћа настанка забуне „обухвата и вероватноћу довођења у везу тог знака са ..... раније заштићеним знаком (титулара жига – прим. аут.)“.<sup>29</sup> Овом формулацијом се, на први поглед, појам посредне забуне проширује у односу на раније законске формулације по којима је забуна укључивала и забуну о постојању пословне везе између титулара жига и лица које користи његов заштићени знак. Неко би могао помислити да је данас довољно да знак туженог изазове код потрошача било какву менталну асоцијацију на знак титулара жига, па да се сматра да је наступила вероватноћа настанка забуне. То није и не може бити тако, јер се противи смислу означавања робе, а тиме и правноекономској мисији права жига. Конкретно, примера ради, препознавање звездица, људске главе, одређене животиње и др. као заједничких елемената у знаку туженог и знаку титулара жига, само по себи, може довести до менталне асоцијације тих знакова, али то не мора бити правно релевантна асоцијација. Она постаје правно релевантна тек под условима из тачака а), б) и в) горе. Другим речима, могуће је да потрошачка јавност, упркос поменутој асоцијацији, схвата да су то знакови различитих и неповезаних субјеката,

---

27 Узгред, проблематика обима заштите појављује се код свих субјективних права интелектуалне својине, и подлеже посебним правилима за сваку врсту права понаособ.

28 Актуелно право жига користи мање драматичну формулацију истог садржаја: „вероватноћа настанка забуне у релевантном делу јавности“.

29 Види чл.38, ст.2, тач.2 Закона о жиговима.

чиме је функција означавања робе ради указивања на њено порекло остала неугрожена<sup>30</sup>.

Управна и судска пракса нуде обиље примера за сличност и различитост ознака и/или робе, и наша намера није да расправљамо те појединости.<sup>31</sup> Уместо тога, скренућемо пажњу само на један, наизглед, детаљ који понекад измиче разумевању правних практичара. Ниједна одлука Завода за интелектуалну својину, нити судска пресуда у којој је одлучено о сличности ознаке и/или робе не може бити обавезујући репер за наредне одлуке тих органа, јер се сваки случај сматра засебним. Легитимно очекивање странака да управа и судови доносе уједначене одлуке, у праву жига се ограничава само на доследну примену формираних или уочених принципа одлучивања, а никако не обухвата закључивање да утврђена сличност између ознака А и Б у предмету Х, мора довести до утврђења сличности и између ознака Ц и Д у предмету У.

Централни предмет нашег интересовања тиче се питања да ли се у праву жига вероватноћа настанка забуне о пореклу робе процењује само на основу сличности робе и/или услуга, или се узимају у обзир и све друге околности које просечном потрошачу нису могле остати непознате приликом одлуке о куповини.

То је питање на које је Привредни суд у Београду исправно одговорио у поменутој пресуди бр. 9116144/2017 од 28.09.2018. Спорно је било да ли је дошло до повреде жига Адидас за спортску обућу тиме што је тужени увезао у Србију одређену количину спортских патика означених знаком сличним Адидас знаку. Тужени је истицао неколико околности које, узете кумулативно, смањују или чак елиминишу вероватноћу да просечни потрошач купи те патике, верујући да је купио „оригиналне“ *Adidas* патике. Те околности су:

---

30 Детаљно о томе на примерима из европске и немачке судске праксе види у Божин Влашковић, „Нови приступ у одређивању опасности замене у ширем смислу“, *Право и привреда*, 2013, бр.4-6, Београд, 653 и даље. Аутор је представио судску праксу у предметима *Life/Thompson Life*, *Siera Antigo/ 1800 Antigo*, *Metro/ Rollers Metro* и др. Кључни значај за установљење посредне опасности од забуне има питање да ли део комплексног млађег знака, који је преузет из старијег знака, има самосталну обележавајућу улогу. Ако је то случај, сматра се да постоји опасност од посредне забуне. У супротном, такве опасности нема. Такође, види Ксенија Влашковић, *Развој заштите познатих жигова у немачком праву у праву Европске уније*, Институт за упоредно право, Београд, 2016, 124-130.

31 Види монографију Владимир Марић: *Сличност жигова*, Београд, 2009.

- графички знак који је тужени употребио није идентичан, него је само сличан графичком знаку *Adidas*;
- на патикама туженог се поред тог графичког знака јасно види и његов вербални знак који нема никакву сличност са *Adidas*-ом;
- малопродајна цена патика које је тужени увезао је знатно испод цене за *Adidas* патике;
- малопродајна места на којима се могу купити патике туженог нису она места на којима се купују „оригиналне“ патике (*Adidas*, *Reebok*, *Nike* и др.).

Из свих тих околности тужени извлачи закључак да потрошач, користећи повишени степен пажње који се обично примењује код куповине обуће, не може да не запази да се овде не ради о „оригиналним“ *Adidas* патикама. Отуда, по њему, нема забуне о пореклу производа, па самим тим нема ни повреде жига.

Ми се можемо сложити с тим да је, имајући у виду све набројане околности, мала (ако не и непостојећа) вероватноћа да просечан потрошач купи патике туженог, верујући да је купио *Adidas* патике. Међутим (као и суд) сматрамо да та околност у овом предмету никако води закључку да нема повреде *Adidas* жига.

Логика права жига налаже:

а) да се раздвоји:

- вероватноћа забуне на основу свих околности (тзв. конкретна опасност од забуне), од
- вероватноће забуне на основу само једне околности, а то је сличност ознака и/или робе (тзв. апстрактна опасност од забуне)<sup>32</sup> и

б) да се, приликом утврђења повреде жига, као релевантна узме само апстрактна опасност од забуне<sup>33</sup>.

Покушаћемо то да образложимо с два аргумента. Први се тиче паралеле са повредом жига у случају тзв. двоструког идентитета (види

---

32 Прецизности ради, овде је реч не само о сличности, него и о околностима које утучу на оцену сличности, као што су степен дистинктивности ознаке, њена снага обележавања, степен пажње потрошача и сл.

33 О проблематици конкретне и апстрактне опасности од забуне, на примерима из праксе Европског суда правде и немачких судова, види детаљно у Божин Влашковић, „Апстрактна или конкретна опасност замене у праву жига“, *Право и привреда*, 2018, бр.7-9, Београд, 66 и даље.

горе). Следећи Директиву, наш законодавац не допушта да се у том случају оспорава вероватноћа забуне, него сматра да забуна свакако постоји. Она, дакле, постоји и у случају кад, на пример, одређено лице без сагласности титулара жига *Rolex* (за сатове), нуди на бувљој пијаци реплике тих сатова са ознаком *Rolex*, по цени која је сто пута нижа од цене оригиналног *Rolex* сата. Евидентно је да у овој ситуацији нема конкретне опасности од забуне о пореклу сатова (свакоме је јасно да је реч о кривотвореној роби), али ово чињенично стање се према чл. 38, ст.2, тач.1 Закона о жиговима недвосмислено сматра повредом жига. Из тога извлачимо закључак да се законодавац определио за принцип тзв. апстрактне вероватноће забуне, тј. забуне која може да настане само на основу поређења ознака и /или робе. Све остале околности остају изван разматрања.

Неко може оспорити валидност закључка да принцип апстрактне вероватноће забуне нужно важи и у случају сличних ознака и/или робе. Слажемо се с тим да слово Закона није недвосмислено у овом питању, па ћемо зато прећи на други аргумент. Он се тиче поређења правног положаја титулара жига, с једне, и субјекта који користи нерегистровани робни знак, с друге стране, у случају да треће лице неовлашћено користи тај знак. Титулар жига има на располагању тужбу за повреду жига, а овај други субјект може да се користи тужбом због нелојалне конкуренције.

Успех у тужби због нелојалне конкуренције зависи од доказивања тужиоца да је тужени, користећи његов знак, поступао противно добрим пословним обичајима и тиме му нанео штету. Дакле, сама чињеница неовлашћеног коришћења туђег знака није довољна да би се сматрало да је реч о радњи нелојалне конкуренције. Замислимо да је тужени у *Adidas* спору био тужен за радњу нелојалне конкуренције. Горенаведене (неспорне) околности би га највероватније извеле из зоне поступања противног добрим пословним обичајима будући да просечни потрошач који купује спортске патике највероватније не би купио патике туженог верујући да је купио „оригиналне“ *Adidas* патике. Реч је, дакле, о непостојању конкретне опасности забуне.

Поента овог аргумента је у ставу да, при датом чињеничним стању, мора постојати нека разлика у исходу спора због нелојалне конкуренције, с једне, и због повреде жига, с друге стране. Ако би и у спору због повреде жига био одлучујућ изостанак конкретне опасности од забуне, то би значило да је у Србији свеједно да ли *Adidas* (или било који други субјект) има жиг или користи нерегистровани робни знак. Тад бисмо се могли запитати који је смисао права жига у правном систему у којем

постоји заштита од нелојалне конкуренције. Полазимо, дакле, од тога да је свакоме (макар интуитивно) јасно да титулар жига мора бити у повољнијем положају од лица које има нерегистровани робни знак, приликом судске заштите својих интереса. **Та повољност се састоји, поред осталог, у примени принципа апстрактне опасности од забуне у праву жига.** За такво гледиште се определио и Привредни суд у Београду у горепоменутој пресуди.

Није неумесно да овде поменемо предмет из праксе Европског суда правде *O2 Holdings Ltd & Anor vs. Hutchison 3G UK Ltd* (даље: O2)<sup>34</sup>. Наиме, упркос неспорној сличности ознака и идентичности услуге, суд је закључио да нема повреде жига јер, узимајући у обзир укупност конкурентског поступања туженог, не постоји опасност од забуне о пореклу услуге. Има схватања да је овиме афирмисан принцип конкретне опасности у праву жига у ЕУ<sup>35</sup>. Ми сматрамо да разлог за овакву пресуду није изостанак конкретне опасности од забуне, него допуштеност референцијалног коришћења туђег заштићеног знака у компаративној реклами (о чему је било речи у тач 2.2. горе)<sup>36</sup>.

### III Закључак

Право интелектуалне својине, укључујући право жига, спада у оне правне гране у којима је слово закона штуро, тако да језичко тумачење норме не открива ни изблиза њено пуно значење.

Ову тврдњу потврђује проблематика повреде жига, која се за недовољно упућеног правног практичара своди на утврђење вероватноће да ће потрошач доћи у забуну о пореклу означеног производа. За ово схватање се никако не може рећи да је у потпуности погрешно: доиста, ако нема вероватноће забуне, не може бити ни повреде жига (осим у случају тзв. чувеног жига). Међутим, овде је реч о једном колосалном поједностављењу ствари, које у пракси може да доведе до великих неспоразума. Наиме, непостојање вероватноће забуне може бити последица различитих разлога.

---

34 C-533/06.

35 Тако Влашковић, *op.cit.*, 70.

36 Види образложење пресуде на веб страници <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3153C514F0F794827886505C3B0A7246?text=&docid=69019&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3266629>.

Да би се ти неспоразуми избегли, препоручљиво је да суд анализира чињенично стање на поступан (фазни) начин. Прво треба да установи да ли се у парници уопште тражи заштита функције жига да укаже на порекло робе. То свакако неће бити случај ако је жигом заштићена ознака коришћена на допуштен референцијални начин. У том случају (изузев код чувеног жига), нема потребе за упуштање у детаљну анализу сличности ознака и/или робе, јер се сматра да повреде жига свакако нема. Међутим, ако се у парници тражи заштита функције жига да укаже на порекло робе, а није реч о допуштеном референцијалном коришћењу, мора се прећи на детаљну анализу сличности ознака и /или робе ради утврђења опасности од забуне. Том приликом нужно је примењивати принцип апстрактне опасности од забуне, док принцип конкретне опасности од забуне остаје применљив само у праву сузбијања нелојалне конкуренције.

Примена ове методологије била би олакшана кад би суд знао не само како одређена норма гласи, него и зашто она постоји. Крајњи циљ овог приступа је да се афирмишу два постулата: а) истинито информисање потрошача о роби је у служби ефикасности тржишта, као ултимативне вредности којој право жига служи, и б) право жига мора у што мањој мери бити препрека истинитом информисању потрошача, јер у супротном оно компромитује сврху свог постојања.

**Dr Slobodan M. MARKOVIĆ**

## **TRADEMARK INFRINGEMENT - GUIDE THROUGH THE LABYRINTH OF THE KEY LAW INSTITUTES OF THE TRADEMARK**

### *Summary*

*In the article, the methodology of court proceedings in a trademark infringement lawsuit is broken down into a couple of steps in which it answers basic questions about: the functions of a trademark, the permissibility of referential use of other's trademark, and the abstract likelihood of consumer's confusion. This methodology is based on an insight into the socio-economic purpose of the trademark law, and allows the court to test the legality of its intended decision in relation to its ultimate effect on the market.*

**Key words:** *trade mark functions, origine of goods, referential use, likelihood of confusion.*

Божин ВЛАШКОВИЋ\*

## ЗАШТИТА ИМЕНА КУЛТУРНИХ ЗНАМЕНИТОСТИ ЖИГОМ У НЕМАЧКОМ И ЕВРОПСКОМ ПРАВУ

### Резиме

У пракси немачких и европских судова прихваћен је став да су имена културних знаменитости апстрактно дистинктивна. Међутим, мишљења су различита када је реч о конкретној дистинктивности у вези са неким производима или услугама. Наиме, у немачкој пракси сматра се да жиг који је образован од имена неке знаменитости није конкретно дистинктиван у односу на производе који се типично продају као сувенири, ако се у промету схвата само као ознака знаменитости, а не као ознака производа и услуга. Насупрот томе, у пракси европских судова се сматра да у Ничанском споразуму не постоји ниједна класа производа која се односи на сувенире. За оцену описујућег карактера ознаке небитно је да се пријављени производи продају као сувенири. Приписивање неком производу својства сувенира није објективно обележје које је инкорпорисано у његову суштину, јер такво својство зависи од слободне воље купца. Поред тога, место продаје није подесно да означи својства, особине или нарочитост, које су повезане са географским пореклом. Њиме се не могу означити традиција, клима или вештине које су битне за својства производа и услуга.

**Кључне речи:** *дистинктивност, описујући карактер, сувенири, место производње, место продаје.*

### І Увод

Дистинктивност је један од основних услова за заштиту неке ознаке жигом.<sup>1</sup> С обзиром на различити значај, садржину и подручје примене раз-

---

\* професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

1 Божин Влашковић, „Дистинктивност као услов за регистрацију жига“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015, 11-19.

ликују се апстрактна и конкретна дистинктивност. Апстрактна дистинктивност је подобност ознаке да уопште може да служи разликовању производа и услуга. Временом је ширен круг ознака које су подесне за ту сврху, што је видљиво и у развоју европских прописа који се односе на жиг.<sup>2</sup>

Конкретна дистинктивност је подобност ознаке да у појединачном случају може да служи разликовању производа и услуга. Некада се питање конкретне дистинктивности, узимајући у обзир својства ознаке и навика у промету, посматра у ширем контексту и повезује са питањем апстрактне дистинктивности, нарочито када је реч о ознакама које у ранијем периоду нису могле бити заштићене жигом.<sup>3</sup> При том велики значај припада и потреби за слободним коришћењем ознака, као другом основном услову за стицање жига.

Наведени услови испитују се независно, иако су њихова подручја примене често подударна. То значи да се за потврђивање дистинктивности не могу поставити строжи услови иако је евентуално утврђена потреба за слободном употребом ознаке. Наиме, случајеви у којима постоји потреба за слободном употребом ознаке одређени су у самим законима, што значи да се независно од њих не може говорити о потреби за слободном употребом и негирању дистинктивности по том основу.

У раду је размотрена заштита жигом имена значајних културних знаменитости. Она је посматрана и са аспекта дистинктивности ознака и са аспекта потребе за њиховом слободном употребом. Анализа је изведена на основу праксе немачких и европских судова у вези са регистрацијом имена замка *Neuschwanstein*.

## II Пракса немачких судова

У пракси Савезног патентног суда Немачке разматрано је питање поништаја жига „*Neuschwanstein*“, који је, на пример, био регистрован за музичке инструменте, текстилне производе, рибу, пециво, шибице, услу-

---

2 Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, *Official Journal* L 40, 1, Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlament und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, *Official Journal* L 336, 1–26, Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke, *Official Journal* L 78, 24.3.2009, 1–42, Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke, *Official Journal* L 154, 16.6.2017, 1–99.

3 Божин Влашковић, „Тродимензионални жигови и жигови у боји“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, 833–844.



ге смештаја и исхране гостију, финансијске услуге, новчане трансакције, телекомуникације, фармацеутске и ветеринарске производе итд. Овај жиг је поништен у поступку пред Уредом за патенте и жигове Немачке. Савезни патентни суд Немачке је одлуку потврдио и то у погледу свих пријављених производа и услуга.<sup>4</sup>

У образложењу одлуке овај суд истиче да се наведена ознака у вези са сувенирима у промету схвата само као опис места на којем се они нуде. Исто важи и за друге производе и услуге које се уобичајено додатно нуде у околини истоименог замка. У погледу дистинктивности, Савезни патентни суд Немачке понавља ставове који су већ изнети у судској пракси.<sup>5</sup> На пример, нису дистинктивне језички уобичајене ознаке догађаја, не само у вези са самим догађајима, него такође и са производима и услугама које се у промету доводе у везу са њима. Према схватању суда са ознакама неког догађаја поистовећују се и подаци којима се означава нека туристичка атракција, пре свега она која је нарочито позната. У њеном окружењу нуде се најразличитији производи као сувенири, или производи за подмиривање потреба туриста у погледу јела, пића и осталих услуга. У промету ће се тада језички уобичајена ознака туристичке атракције, у вези са таквим производима и услугама, сматрати само као упућивање на место где се нуде ови производи и услуге, а не као упућивање на њихово порекло.<sup>6</sup> Реч „*Neuschwanstein*“ означава замак који је подигнут у XIX веку на захтев краља Лудвига II. Појам „*Neuschwanstein*“ употребљава се и схвата као синоним у смислу „*замак Neuschwanstein*“. Другим речима, ознаком се једнозначно и искључиво указује на краљевски замак, као значајну знаменитост.<sup>7</sup> Према схватању Савезног патентног суда Немачке ознаке културног наслеђа заједнице спадају у податке који се увек разумеју само као такви, а не као упућивање на порекло. Независно од својинских односа, таква значајна културна добра су истовремено општа добра, која се не могу монополизovati жигом, па су изузета из комерцијализације. Полазећи од тога, појам „*Neuschwanstein*“ не поседује никакву моћ упућивања на неко индивидуално предузеће.<sup>8</sup>

4 Закључак Савезног патентног суда Немачке, ВPatG; Beschlussvom 4.2.2011, 25 W (pat) 182/09, [https://openjur.de/u/2011, 113644, 12.3.2019](https://openjur.de/u/2011/113644/12.3.2019).

5 Б. Влашковић (2015), 15.

6 Наведени закључак 25 W (pat) 182/09, тач.. II. 2. (b).

7 Исто, тач.. II. 2. (a), (b).

8 Исто, тач. II.2. (b).

Против ове одлуке дозвољена је делимична правна жалба Савезном врховном суду. Наиме, сматрало се да питању дистинктивности ознака, које се односе на културне и историјске знаменитости, припада начелан правни значај, без обзира да ли се производи и услуге доводе или не доводе у везу са знаменитостима.

Решавајући по уложеној правној жалби, Савезни врховни суд Немачке је делимично усвојио наводе који су у њој изнети и у том делу укинуо одлуку Савезног патентног суда. Предмет је враћен на поновно одлучивање, када је реч о фармацеутским и ветеринарским производима, теписима и осталим подним простиркама из класе 27, као и за услуге из класе 36, 38, 39 и 44, Ничанског споразума. У преосталом делу потврђена је одлука Савезног патентног суда.<sup>9</sup> Савезни врховни суд Немачке је прихватио констатацију претходне судске инстанце да се пријављени производи типично продају као сувенири у околини туристичке знаменитости, као и за подмиривање потреба туриста у погледу јела и пића. На основу тога је тачан закључак да се у промету реч „*Neuschwanstein*“ у вези са овим производима схвата само као ознака знаменитости „*SchlossNeuschwanstein*“, а не као ознака производа.

Поред тога, овај суд није прихватио наводе изнете у правној жалби да је име (у конкретном случају име замка) типично средство обележавања које је подесно да упути на производно порекло. Наиме, суд је као једино одлучујућу чињеницу сматрао да ли се у промету реч схвата као средство разликовања којим се дотични производи означавају као они који потичу од одређеног предузећа. То није случај када се реч „*Neuschwanstein*“ у вези са сувенирима и потребама туриста у меродавним прометним круговима везује искључиво за сам објекат, па се зато не схвата као ознака производа.<sup>10</sup> Истовремено, није прихваћен ни ни жалбени навод да ови производи могу да служе и у друге сврхе, а не само као сувенири или за потребе путовања. На пример, у жалби се истиче да се музички инструменти, с обзиром на врсту и обликовање, могу сматрати сувенирима. Међутим, с обзиром на величину и цену, они не могу да буду обухваћени појмом сувенира. Анализирајући ове наводе, суд истиче да употреба у друге сврхе нема значаја. Наиме, забрана регистрације ознака генерално важи већ и онда када

---

9 Закључак Савезног врховног суда Немачке, BGH, Beschlussvom 8.3.2012, I ZB 13/11 „*Neuschwanstein*“, *GRUR* 10/2012, 1044-1048.

10 Исто, тач. 15. (1), 1045.

постоји само за појединачне производе или услуге, које су обухваћене хиперонимом наведеним у пријави.<sup>11</sup>

У овом закључку нарочита пажња посвећена је одређивању појма дистинктивности. Суд је, при том, истакао да могућност употребе ознаке „*Neuschwanstein*“ као жиг на производима или њиховим паковањима није увек основ на којем се може заснивати дистинктивност. Том приликом потврђен је општи став да се при оцени дистинктивности жига узимају у обзир и убрајају уобичајене навике у погледу обележавања производа на одређеном привредном сектору. Ту спада врста и начин на који се уобичајено употребљава средство обележавања, а нарочито место на које је ознака стављена. Другим речима, од фактичког начина и врсте стављања ознаке зависи да ли ће се она у конкретним случајевима у меродавним прометним круговима разумети као упућивање на порекло. Међутим, стављање ознаке на начин како се то чини са жигом на производе, етикете или паковање нема увек за последицу да се она у промету схвати као упућивање на порекло. Напротив, и када је реч о оваквом начину постављања ознаке одговор на питање да ли се ознака схвата као упућивање на порекло варираће у зависности од врсте ознаке и производа. На пример, у случају да се ознаком блиско указује на могућности употребе производа, промет је може разумети само у описујућем смислу, независно од конкретне презентације на производу, етикетама или паковању. Другим речима, ознака неће бити схваћена као средство упућивања на порекло.<sup>12</sup>

Суд у даљој анализи сматра да дистинктивност жига „*Neuschwanstein*“ не може бити негирана већ самом околношћу да се у окружењу замка пријављени производи и услуге продају или пружају туристима.<sup>13</sup> При том се понавља већ изречена констатација да је одлучујућа околност да ли се у промету жиг за пријављене производе или услуге схвата само као повезаност са објектом „*SchlossNeuschwanstein*“ или као средство разликовања производа или услуга. У претходном поступку, наиме, није утврђено да постоји распрострањена пракса и навика у промету да пријављене производе и услуге означава именом знаменитости у циљу успостављања одговарајуће везе са објектом. Оваква веза није утврђена када је, на пример, реч о фармацеутским производима или санитарним производима за медицинске сврхе, као ни о финансијским услугама, новчаним трансакцијама или телекомуникацијама. Суд оцењује и став

11 Исто, тач. 17, 1045.

12 Исто, тач. 20, 1045.

13 Исто, тач. 24, (bb), 1046.

претходне инстанце да се ознаке значајних културних добара генерално не могу монополизovati и комерцијализовати, па супротно томе, истиче да дистинктивност не може бити ускраћена зато што је у питању ознака која се односи на веома познату знаменитост. То, такође, важи и када се замак „*Neuschwanstein*“ сматра националним или светским културним наслеђем.<sup>14</sup> Претходна одлука је, такође, укинута, јер је донета и под утицајем ранијих решења по којима потреба за слободном употребом ознаке директно утиче и на утврђивање степена њене дистинктивности. Наиме, у изложеном закључку је, дакле, потврђена апстрактна дистинктивност имена значајних културних знаменитости, али не и постојање конкретне дистинктивности када је реч о неким производима. Другим речима, сматра се да ознака која је образована од имена неке знаменитости није конкретно дистинктивна у односу на производе који се типично продају као сувенири, ако се у промету схвата само као ознака знаменитости, а не као ознака производа и услуга.

### III Пракса европских судова

Слободна Држава Баварска (нем. *Freistaat Bayern*) је реч *NEUSCHWANSTEIN* пријавила и регистровала као жиг Уније према Уредби 207/2009. Регистрацији се успротивило Савезно удружење за сувенире и поклоне и затражило поништај жига. У захтеву за поништај истакнуто је да је замак *Neuschwanstein* географско место, па је несумњиво да жиг садржи описујући податак у погледу географског порекла производа и услуга и на тај начин се и опажа у прометним круговима.<sup>15</sup> Анализирајући овај став Европски суд прве инстанце је, најпре, истакао да је према константној судској пракси нека географска ознака географски податак, у смислу чл. 7, ст. 2 (ц) наведене уредбе, када се њоме означава место које се у меродавним прометним круговима у садашњости доводи у везу са дотичном групом производа и услуга или када се разумно може очекивати да ће таква веза бити успостављена у будућности. Регистрација географских ознака као жигова Уније је искључена када се њима означава географско место које је за дотичну групу производа и услуга већ чувено или познато и зато се у меродавним прометним круговима доводи у везу са дотичном групом производа и услуга. Према наведеном чла-

---

14 Исто, тач. 29, (2), 1046.

15 Соња Спасојевић, Однос између географске ознаке и знака који са штити жигом у току и после поступка регистрације, 1. издање, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет, Крагујевац, 2018, 60 и 61.

ну Уредбе 207/2009 начелно није искључена регистрација географских ознака које нису познате учесницима у промету као ознака неког географског места. Исто важи и када је реч о регистрацији ознака којима се, због особина одређеног места, изазива мала вероватноћа да се у прометним круговима претпостави да одатле потичу наведени производи и услуге.<sup>16</sup> На основу ових околности, овај суд сматра да се замак *Neuschwanstein* не може сматрати као географско место, иако се може географски локализовати у општини *Schwangau*. Сама чињеница да се оспореним жигом специјално обележава замак не омогућава закључак да се жигом неизбежно описује географско порекло сувенира и услуга. Европски суд прве инстанце наглашава да је замак *Neuschwanstein*, пре свега музејско место, чија основна функција није ни производња или пласман сувенира, нити пружање услуга, него очување културног наслеђа. Дотични производи, такође, нису произведени у замку, него су тамо пласирани у туристичке сврхе. Наиме, замак није познат на основу продаје сувенира или услуга које се тамо нуде, него због своје архитектонске јединствености. С обзиром да замак као такав није место производње сувенира или пружања услуга, оспорени жиг не може да буде упућивање на географско порекло пријављених производа и услуга.<sup>17</sup>

Међутим, подносилац захтева за поништај жига је истакао да постоји традиција продаје сувенира у замку и његовој околини и да зато меродавни прометни кругови ознаку „*Neuschwanstein*“ сматрају упућивањем на географско порекло. Насупрот томе, Европски суд прве инстанце сматра да се у овом замку, као и у другим музејима или споменицима културе, продају сувенири којима се остварује додатни приход. У конкретном случају реч је о производима свакодневне употребе. Поред тога, из списка предмета не проистиче да се оспорени жиг користи за пласман специјалних сувенира, нити за понуду нарочитих услуга за које је жиг традиционално познат, на основу чега би промет могао да закључи о упућивању на географско порекло. Другим речима, меродавни прометни кругови не могу да успоставе довољно директну и конкретну везу између жига *NEUSCHWANSTEIN* и пријављених производа и услуга.<sup>18</sup>

У свом захтеву тужилац још истиче да је оспорени жиг описујући, јер се пласирањем сувенира у меродавним прометним круговима изазива

16 Пресуда Европског суда прве инстанце, *Urteildes Gerichts (Dritte Kammer) vom 5.7.2016*, T-167/15, тач. 25, <http://curia.europa.eu/juris/document.jsf?text=&docid=181289>, 17.3.2019.

17 Исто, тач. 27, 181289.

18 Исто, тач. 29, 181289.

пријатан осећај и ствара позитивна веза између посете замку и купљеног сувенира. Европски суд прве инстанце ,пак, наглашава да су дотични производи намењени свакодневной употреби и немају никаква нарочита својства. Околност да ови производи постају сувенири стављањем имена замка, узета по себи, није описујуће својство ових производа. Оспореним жигом не омогућава се меродавном промету да непосредно и без накнадних размишљања препозна опис дотичног производа или неког његовог својства.<sup>19</sup> Поред питања о географском пореклу, суд је разматрао и дистинктивност ознаке, истакавши да није неопходно да жиг садржи тачне податке о идентитету произвођача или пружаоца услуга. Наиме, довољно је да се жигом омогућава меродавним прометним круговима разликовање њиме обележених производа и услуга од производа и услуга које имају друго порекло. На тај начин се закључује да су сви производи обележени жигом произведени, продати или испоручени, а услуге пружене, под контролом титулара жига који је и одговоран за њихов квалитет.<sup>20</sup> Истовремено потрошач је у прилици да при следећим куповинама одлуку донесе у зависности од тога да ли је стекао добра или лоша искуства. Европски суд прве инстанце и у овом контексту понавља констатацију да је реч о производима свакодневне употребе и о уобичајеним услугама које се само њиховом ознаком разликују од сувенира и других услуга у вези са туристичким активностима. Наиме, ознаком се не означава само замак са особином музејског места, него и сам оспорени жиг. Реч *NEUSCHWANSTEIN* је идентична са именом замка, поседује фантастични карактер и није у описујућој вези са пласираним или понуђеним производима и услугама. Име замка *Neuschwanstein* дословно значи „der neue Steindes Schwans“ (у преводу: нова стена лабуда). Повезивањем оспореног жига са производима или услугама омогућава се њихово разликовање од других производа и услуга свакодневне употребе, који се продају или пружају на другим комерцијалним или туристичким местима.<sup>21</sup>

На крају, Европски суд прве инстанце констатује да се оспореним жигом меродавним прометним круговима не омогућава само сећање на посету замку, него и разликовање производног порекла производа и услуга. Другим речима, овај жиг је упућивање на порекло производа и услуга и зато је дистинктиван.

---

19 Исто, тач. 30, 181289.

20 Ксенија Влашковић, *Развој заштите познатих жигова у немачком праву и праву Европске уније*, 1. издање, Институт за упоредно право Београд, 2016, 133.

21 Наведена пресуда Т-167/15, тач. 36-42, 181289.

О регистрацији комунитарног жига *NEUSCHWANSTEIN* одлучивао је и Европски суд, који је прихватио оцену претходне инстанце и потврдио регистрацију, са истим аргументима, које смо већ представили.<sup>22</sup> Из тог разлога изложићемо само неке од карактеристичних из ове пресуде.

Европски суд у свом разматрању полази од мишљења општег правозаступника *Melchior Wathelet-a* да у Ничанском споразуму не постоји ниједна класа која се односи на сувенире. Напротив, оспорени жиг односи се на производе и услуге свакодневне понуде и потрошње.<sup>23</sup> Поновљена је и чињеница да из списка не произилази да производи и услуге поседују нарочита својства или особине по којима је замак традиционално познат и за које је вероватно да би се у промету могло претпоставити да потичу са овог места или да су ту произведени. Поред тога, за оцену описујућег карактера ознаке „*Neuschwanstein*“ небитно је да се пријављени производи продају као сувенири. Приписивање неком производу својства сувенира није објективно обележје које је инкорпорисано у његову суштину, јер такво својство зависи од слободне воље купца.<sup>24</sup> Ознака „*Neuschwanstein*“ указује на замак са истим именом. Стављањем ове ознаке на дотичне производе свакодневне употребе омогућава се меродавним прометним круговима да их такође сматрају сувенирима. С обзиром да ови производи, само на основу стављања ознаке постају сувенири, не може се говорити о неком битном својству којим се описује производ. На основу тога се у свести меродавне публике, сећањем на замак, не изазива представа о неком својству или битном обележју производа.

Европски суд анализира и аргумент тужиоца којим се упућује на пресуду „*Chiemsee*“. Наиме, у овој пресуди установљено је да се веза између неког производа и географског места не мора нужно заснивати на производњи у том месту.<sup>25</sup> На основу тога, тужилац сматра да је за меродавне прометне кругове одлучујуће место продаје сувенира, јер се такви артикли готово искључиво продају у непосредној околини саме знаменитости. Другим речима, место продаје се зато мора сматрати као податак о

---

22 Пресуда Европског суда, EuGH, Urteildes Gerichtshofsvom 6.9.2018, C-488/16 P, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-488/16>, 20.3.2019.

23 Мишљење општег правозаступника Melchior Watheletaу предмету C-488/16 P, тач. 39, Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Watheletvom 11.1.2018, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-488/16>, 20.3.2019.

24 Наведена пресуда C-488/16 P, тач. 44.

25 Пресуда Европског суда, EuGH, Urteildes Gerichtshofsvom 4.5.1999, C-108/97 „*Chiemsee*“, тач. 36, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-108/197>, 21.3.2019.

географском пореклу. Међутим, Европски суд сматра да ставови из наведене пресуде, по којима се тачка везивања не ограничава на место производње, нужно не значе да се место продаје управо сматра и тачком везивања, што важи и за сувенире. Другим речима, сама околност да се наведени производи и услуге нуде на неком одређеном месту није описујући податак за њихово географско порекло. Наиме, место продаје није подељено да означи својства, особине или нарочитости, које су повезане са географским пореклом, јер се њиме не могу означити традиција, клима, вештине које су битне за својства производа.<sup>26</sup> На тај начин је потврђен став претходне инстанце да замак није познат на основу продаје сувенира или услуга које се тамо нуде, него због своје архитектонске јединствености. Европски суд је узео у обзир и околност да се све наведене услуге не нуде непосредно тамо где се налази замак. Поред тога, није искључено да се производи нуде и продају и на другим местима, а не само у окружењу замка. С обзиром на ове околности, разумно се не може очекивати да је место продаје, на које се односи ознака, у свести потрошача описивање неке особине или битног својства производа или услуга на које се жиг односи.<sup>27</sup> Европски суд на крају закључује да замак *Neuschwanstein*, као такав, није место производње или пружања услуга, те се оспореним жигом не упућује на географско порекло дотичних производа и услуга.

#### IV Закључак

Упоредна анализа праксе немачких и европских судова указује на постојање одређених разлика у погледу заштите жигом имена значајних културних знаменитости. У пракси Савезног врховног суда Немачке прихваћен је став да се оваквим ознакама не може оспорити дистинктивност само зато што се њима означавају културна добра која припадају националној или светској културној баштини. Поред тога, прихваћен је и став да се не може говорити о општој потреби за слободном употребом ових ознака. У наведеним аспектима не постоји разлика између немачких и европских судова. Међутим, немачки судови сматрају да ове ознаке нису дистинктивне када се у промету, у вези са производима који се типично продају као сувенири, схватају само као ознаке знаменитости, а не као ознаке производа.

Оваква оцена по нашем мишљењу је непотпуна, јер се само наводи да је реч о „типичним сувенирима“. Наиме, недостаје и приближна

26 Наведена пресуда C-488/16 P, тач. 50.

27 Исто, тач. 53.



дефиниција шта се подразумева под појмом „типични сувенири“, као и на основу којих елемената ће се сматрати да промет ознаку везује за саму знаменитост, а не схвата је као средство разликовања производа и услуга. Насупрот томе, у пракси европских судова истакнут је став да је у вези са производима небитно да ли се они продају као сувенири. Чињеница да се производу приписује својство сувенира није објективно својство, које је садржано у самој природи производа, него, напротив, зависи од слободне воље купца. Поред тога, производи на које се односи ознака не припадају сувенирима, него је реч о производима свакодневне потрошње, који не показују нарочита својства или специјалне особине по којима је замак *Neuschwanstein* традиционално познат. У Ничанском споразуму не постоји ниједна класа означена као „сувенири“. Уколико би и постојала била би толико разноврсна да не би могла да означи никакву конкретну групу производа. У изложеној пракси немачких судова првенствено је анализирано питање дистинктивности, а не и питања која су везана са значењем географске ознаке порекла, што је, пак, кључно у пракси европских судова. У том контексту европски судови сматрају да место продаје не мора нужно да буде тачка везивања између производа или услуга и тог места. То важи и за сувенире, јер се они могу продавати било где, а не само у околини знаменитости. На основу места продаје производу се не могу приписати одређена својства, која се везују за традицију, технику, занатство и природне услове одређеног локалитета. Учесници у промету упознати су са околношћу да се у знаменитостима не само пружају услуге, него такође продају производи, обележени њиховим именом, у циљу допуњавања основне услуге. То значи да меродавни учесници у промету жиг не схватају само као упућивање на замак, него и као упућивање на производно порекло.

**Dr. Bozin VLAŠKOVIĆ, PhD**  
**Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

**PROTECTION OF NAMES OF CULTURAL LANDMARKS  
IN THE GERMAN AND EUROPEAN LAW**

*Summary*

*In the practice of German and European courts it is accepted that the names of cultural sites are abstractedly distinctive. However, opinions are different when it comes to specific distinctiveness in relation to some products or services. Namely, in German practice, it is considered that a trademark that is formed from the name of a certain landmark is not specifically distinctive in relation to products that are typically sold as souvenirs, if they are considered in traffic only as a sign of the landmark, and not as a sign of products and services. In contrast, in the practice of European courts, it is considered that there is no class of products related to souvenirs in the Nice Agreement. In order to assess the descriptive character of the label, it is irrelevant that the declared products are sold as souvenirs. Attributing a souvenir feature to a product is not an objective characteristic that is incorporated into its essence, since such a feature depends on the buyer's free will. In addition, the place of sale is not appropriate to indicate the features, properties or particularities associated with the geographical origin. It cannot label tradition, climates or skills that are relevant to the properties of products and services.*

**Key words:** *distinctiveness, describing character, souvenirs, place of production, place of sale.*

Др Сања РАДОВАНОВИЋ\*

## НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА СУБЈЕКТИВНОМ ОДГОВОРНОШЋУ ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ПРИЧИЊЕНЕ ПОВРЕДОМ АУТОРСКОГ ПРАВА НА ИНТЕРНЕТУ

### Резиме

*Појава Интернета, представљала специфичан притисак на законодавне субјекте да уреде питање коришћења ауторских дела у њеним оквирина. Из тих разлога је WIPO Уговором о ауторском праву успостављено ново искључиво овлашћење аутора – овлашћење на сваки облик јавног саопштавања дела жичним или бежичним путем, што обухвата и такво саопштавање јавности које се врши на начин да свако може имати приступ тим делима са места и у време које сам одабере, актуелна платформа веб 2.0 технички дозвољава корисницима да активно учествују у креирању садржаја који су доступни на интернету и да га међусобно размењују (у компјутерској терминологији file sharing). Генерисан садржај је врло често заштићен неким од права интелектуалне својине. Стога, проблем интернет пиратерије заузима значајно место у промишљањима о одговарајућем правном оквиру ауторскоправне (или сродноправне) заштите стваралаштва. У овом раду посебна пажња се посвећује праву аутора да захтева накнаду штете причињене повредом права на Интернету. Иако се изричито односним законима предвиђа да се у овим случајевима примењују општа правила облигационог права, кроз анализу нормативних одредаба настојаћемо да укажемо на слабости одговорности по основу кривице.*

**Кључне речи:** ауторско право, интернет пиратерија, интернет посредник, кривица, накнада штете.

---

\* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## I Уводна разматрања

Размена информација у савременом друштву највећим делом се одвија путем Интернета. Разумљиво, коришћење ауторских дела, која суштински представљају информацију, представља значајан део те размене. У периоду настанка глобалне рачунарске мреже, посебно важно је било питање уређења правних оквира искоришћавања ауторских дела путем Интернета. Стога појава ове рачунарске мреже, већ од њеног настајања, представљала специфичан притисак на законодавне субјекте да уреде питање коришћења ауторских дела у њеним оквирима. Из тих разлога је WIPO Уговором о ауторском праву успостављено ново искључиво овлашћење аутора – овлашћење на сваки облик јавног саопштавања дела жичним или бежичним путем, што обухвата и такво саопштавање јавности које се врши на начин да свако може имати приступ тим делима са места и у време које сам одабере.<sup>1</sup> Овом интернет одредбом обухваћена је радња постављања, али не и преузимања са интернета, која (радња) постаје правно санкционисана тек проширењем појма умножавања дела на све облике непосредног или посредног, привременог или трајног сачињавања копија, било којим начином и у било којој форми, у целини или делимично.<sup>2</sup>

Наведеним нормативним интервенцијама аутору су дати правни оквири у којима је могуће вршити ауторско право и у интернетском окружењу. Оно што законодавац није могао у односном временском моменту да предвиди јесу техничко-технолошки капацитети уз помоћ којих се комуникација у рачунарској мрежи одвија, а која својим континуираним усавршавањем оставља нормативну активност у заостатку. Тако, од пионирских форми интернет технологије (*www – world wide web*, светска мрежа) којим су корисници били омогућени само да складиште садржај, актуелна платформа веб 2.0 технички дозвољава корисницима да активно учествују у креирању садржаја који су доступни на интернету (тзв. *User Generated Content*<sup>3</sup>) и да га међусобно размењују (у компјутер-

1 WIPO Уговор о ауторском праву из 1996. године, у: В. Тодоровић, Међународни уговори – интелектуална и друга права, Београд 2000, 87, чл. 8.

2 Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*) - Direktiva 2001/29, чл. 2.

3 Употреба рачунарске технологије у савременом друштву у великој мери је утицала и на заступљеност компјутерске терминологије у њеном изворном облику, тј. на енглеском језику. Српски превод појединих термина обично не указује у довољној мери обичним читаоци-

ској терминологији *file sharing*).<sup>4</sup> Тако генерисан садржај је врло често заштићен неким од права интелектуалне својине.<sup>5</sup>

Из тих разлога, проблем интернет пиратерије заузима значајно место у промишљањима о одговарајућем правном оквиру ауторскоправне (или сродноправне) заштите стваралаштва. У првом реду истиче се потреба преиспитивања садржине ауторскоправне заштите, увођења нових ограничења у корист корисника и других субјеката укључених у актуелне проблеме<sup>6</sup>, али и питање одговорности за повреде ауторског права на Интернету.

Овај рад има за циљ да анализира управо питање (грађанскоправне) одговорности за накнаду штете због повреде ауторског права путем интернета.

## II Примена општих правила о накнади штете на штете настале повредом ауторског права на Интернету

Закон о ауторском праву и сродним правима изричито предвиђа да носилац ауторског права може, због учињене повреде, захтевати накнаду штете, према општим правилима облигационог права.<sup>7</sup>

Према општим правилима пак одговорност се заснива на кривици (претпостављеној) штетника код субјективне одговорности или на узрочности (опет претпостављеној) код објективне одговорности. Објективна одговорност је предвиђена за случај да је штета проузрокована услед опасне ствари или вршења опасне делатности, као и у случајевима који су изричито наведени. Уколико не постоји никаква посебна правила о одговорности, за штету се одговара по принципу субјективне одговорности. Поседовање рачунара и коришћење интернета не бисмо могли сматрати опасном ствари нити вршењем опасне делатности. Следствено, за штету

---

ма на њихову садржину или је превод превише гломазан за потребе брзе и ефикасне комуникације коју намеће дигитално окружење. Стога ће се у раду претежно користити енглески термини, осим у случајевима када је и српски превод довољно јасан.

4 Т. О'Reilly, *Web 2.0 Compact Definition: Trying Again*, <http://radar.oreilly.com/2006/12/web-20-compact-definition-tryi.html>, 20. 03. 2019.

5 Размена података, пак, одвија се на различите начине, а најчешће путем *peer to peer (P2P)* модела, *cloud computing*-а, друштвених мрежа, линковањем (*linking*), итд.

6 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд 2014, 157-179.

7 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 - одлука УС - ЗАСП, чл. 205, ст. 1, тачка 5.

која је настала повредом права на интернету одговара лице које је својом радњом повредило право аутора, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.<sup>8</sup>

Основ одговорности је, дакле, претпостављена кривица субјекта чијом радњом је штета настала. Конкретно, лице које је без овлашћења носиоца права предузело радњу која је обухваћена искључивим овлашћењима аутора, дужно је да накнади штету насталу недопуштеним искоришћавањем на интернету. С аспекта општих правила, оштећени титулар, да би успео са захтевом за накнаду, треба да докаже да између недопуштеног искоришћавања ауторског дела од стране одређеног субјекта и наступеле штете (коју ћемо, за потребе рада претпоставити да постоји) постоји узрочна веза. Јасно је да његова позиција у интернет окружењу наступеле повреде није ни мало лака.

### **III Питање субјективне одговорности за повреде ауторског права на Интернету**

Да бисмо боље разумели контекст у којем се питање одговорности за повреду ауторског права на интернету јавља као спорно, илустроваћемо односе који уобичајено настају у комуникацији путем глобалне рачунарске мреже.

У првом реду, учесници у размени информација на интернету јесу титулари ауторског права. Интерес аутора да своје дело економски искоришћава у данашње време се најлакше остварује саопштавањем дела публици на Интернету. Тиме се стварају услови за даљу експлоатацију, у реалном и дигиталном свету, убирањем накнада од коришћења, умножавања и на друге начине. Истовремено, коришћење дела без сагласности аутора или без контроле од стране аутора или другог носиоца права, за титулара представља губитак, који се у глобалној мрежи значајно увећава. Следствено, ефикасност нормативног проширења ауторскоправне заштите учињеног пред крај двадесетог века недвосмислено зависи од питања ефикасности спровођења реформисаних закона. У том домену пак утврђивање одговорности за учињену повреду има пресудан значај.

С друге стране, корисници Интернета, коме је размена информација овим путем доминантан начин комуникације, преузимају доступан садржај и даље га деле другим корисницима, без обзира на чињеницу да

---

<sup>8</sup> Закон о облигационим односима, *Службени 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), - ЗОО, чл. 154, ст. 1.

ли су те информације заштићене или не, те да ли имају овлашћења за такве акте. Штавише, у свести корисника још није довољно изграђена потреба сагледавања да ли је оно што је технички допуштено и могуће истовремено допуштено и правно.

На крају, комуникација између претходно наведених субјеката не би могла да се одвија без интернет посредника (пружаоца интернет услуга, интернет провајдера). Њихова делатност јесте управо посредовање на интернету, по правилу на комерцијалној основи.<sup>9</sup>

При том, а што је у контексту овог рада релевантно, интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом ауторског права. Онда када то јесте случај, они свакако одговарају по општим правилима одговорности због неовлашћеног вршења ауторског права. То значи да се на њих примењује општи режим грађанске, односно казнене одговорности. Али, кад такве, непосредне одговорности нема, за титулара права које је путем интернета повређено, одређивање субјекта према коме ће истаћи свој захтев, што је свакако предуслов успеха у спору, није нимало лак задатак. Да би, дакле, остварио накнаду причињене штете, аутор мора да докаже да између радње одређеног субјекта и наступеле штетне последице постоји узрочна веза. У интернет окружењу, ниједна од ових релевантних чињеница није очигледна. Уз то, чини нам се као већи проблем, примена општин правила у питању ефикасне заштите показује своје слабости.

## 1. Одговорност интернет посредника

У пракси је присутнији, па тиме и значајнији, проблем који се јавља у оним случајевима када је интернет посредник својом услугом омогућио постављање недозвољеног садржаја и његово дељење међу корисницима. Посредник није непосредно извршио повреду, али је својом услугом омогућио да до повреде дође. Одговорност пружаоца услуге је, стога, посредна (подељена или одговорност за другог). При том, њено утврђивање се, према општим правилима о одговорности, заснива на питању савесности, односно питању да ли је интернет посредник знао

---

9 Стога је њихов интерес да проток информација између корисника буде брз и интензиван. Услуге, пак, могу да буду различитог садржаја, а најчешће се диференцирају у три групе: обично посредовање (*mere conduit*), *caching* услуге и *hosting* услуге. Опширније о томе в: Сања Радовановић, „Грађанскоправна одговорност интернет посредника за повреду ауторског права – упоредноправни аспект“, у: Д. Поповић (ур.) *Интелектуална својина и Интернет*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 83-112.

или могао да зна да се путем његове услуге врши повреда ауторског права.<sup>10</sup> Другим речима, одговорност посредника условљена је питањем да ли је са пажњом доброг привредника пружао услугу уз помоћ које је повреда извршена?

Технолошко окружење у којима се одвија размена података, затим количина информација које се преносе путем Интернета, као и брзина њиховог протока, само су неке од околности које отежавају оцену савесности. У чему се огледа узрочна веза између пружања услуге посредовања у интернетској размени информација и наступеле повреде? Следствено, које су то ситуације у којима се узима да је посредник знао или могао да зна за повреду права, односно у којима није поступао за захтеваном пажњом? То је нарочито значајно ако се узме у обзир начелно одсуство права и обавезе пружаоца интернет услуга да надзире, тј. контролише комуникацију између корисника.<sup>11</sup>

#### *а) Одговорност интернет посредника у праву ЕУ*

Јасније позиционирање интернет посредника поводом повреде настале у ланцу размене информација, бар када је о европском континенту реч, уследило је након доношења Директиве о електронској трговини. Укратко, интернет посредник одговара за повреду ауторског права онда када је у имао активну улогу у комуникацији путем интернета, под следећим условима: а) уколико је био несавестан, односно уколико је знао да је постављен недозвољени садржај<sup>12</sup> или б) уколико, након сазнања о повреди, такав садржај није уклонио или онемогућио приступ<sup>13</sup> (*notice and take down*). Када је реч о захтеву за накнаду штете, пружалац хостинг

10 Опширније о томе вид. М. Leistner, „Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe“, *Journal of Intellectual Property Law&Practice*, 1/2014, 75-90, Е. Smith, „Lord of the Files: International Secondary Liability for Internet Service Providers“, *68 Wash.&Lee Law Review* (2011), 1555-1588.

11 26. марта Европски парламент је усвојио Предлог директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, који је у стручним круговима критикован управо из разлога што оставља простора за мониторинг корисника и друге видове угрожавања приватности. Текст Предлога, доступан на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0231+0+DOC+XML+V0//EN>, 15.04.2019.

12 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), *OJ L 178*, 17.7.2000, - Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка а.

13 Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка б.



услуга одговара ако је према чињеницама и околностима конкретног случаја могао да зна за очигледну повреду права.<sup>14</sup> То се најпре огледа у утврђивању да ли је код интернет посредника постојала свест о повреди, односно да ли је посредник знао или могао да зна да је путем услуге коју он пружа учињена повреда ауторског или неког другог права. Као релевантне околности, у законима држава чланица, узима се у обзир да ли је посредник сазнао за повреду, али и на који начин (формално или неформално), да ли се то сазнање тиче конкретног неовлашћеног садржаја, те које су то чињенице из којих он може да сазнаје да је постављеним садржајем учињена повреда права.<sup>15</sup> Ово последње је нарочито спорно ако се има у виду да интернет посредници, према још увек важећим прописима, немају обавезу да врше надзор над разменом информација која се одвија посредством пружене услуге<sup>16</sup>, осим уколико таква обавеза не произлази из одлуке судске или управне власти за конкретан случај.<sup>17</sup>

Надаље, када је интернет посредник обавештен да је учињена повреда права путем услуге коју пружа, он има обавезу да уклони спорни садржај или онемогући приступ таквом садржају. Међутим, у државама чланицама се различито тумачи испуњење услова који доводи до његове одговорности. Наиме, у појединим државама чланицама се не сматра да је настала обавеза посредника уколико је обавештење добијено по приватној иницијативи (нпр. у Португалији). У другима се слање обавештења условљава посебним захтевима, који се односе првенствено на начин на који се обавештење доставља, на податке које мора да садржи, а нарочито оних који упућују на прецизност одређивања интернет локације на

14 Директива 2000/31, чл. 14, ст. 1, тачка а.

15 У судској пракси вид. *L'Oreal v. eBay*, Е.С.Ј. С-324/09, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de866bfff7867124955b994a7720a12822e.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obxe-Ne0?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=36325>, 1.04.2019, 120-122, *Twentieth Century Fox et al. v. British Telecommunication PLC*, U.K. High Court, Case No. HC10C04385, 28.07.2011, [http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/28\\_07\\_11\\_bt\\_newzbin\\_ruling.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/28_07_11_bt_newzbin_ruling.pdf), 1.04.2019, *Ricardo v. Rolex*, BGH (Bundesgerichtshof), I ZR 73/05, 30.04.2008, <http://lexetius.com/2008,1253>, 1.04.2019,.

16 Директива 2000/31, чл. 15, ст. 1.

17 Директива 2000/31, чл. 15, ст. 2, у вези са тачком 47 Преамбуле. Међутим, управо је судска пракса појединим својим одлукама, на посредан начин, подигла ову обавезу на општи ниво. Опширније вид. Д. Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, *Право и привреда*, 4-6/2010, 589, као и: С. Field, В. Nordemann, „Hosting provider liability: new cases illustrates differences between EU and US“, [https://www.aippi.org/enews/2013/edition31/Corey\\_Field.html](https://www.aippi.org/enews/2013/edition31/Corey_Field.html), 5. april 2015.

којој је повреда наступила, као и опис повреде. Само ретке државе садрже изричите одредбе о поступку обавештавања, пре него што се одлучи о одговорности интернет посредника.<sup>18</sup>

Доведемо ли наведена правила о одговорности интернет посредника са обавезом накнаде штете, закључујемо да посредник може да буде обавезан на накнаду штете уколико није поступио на очекивани начин, односно онда када је наступила његова несавесност.

### б) Одговорност интернет посредника у праву Србије

Одговорност интернет посредника, односно пружаоца услуга информационог друштва у праву Републике Србије нормативно је уређено Законом о електронској трговини (у даљем тексту: ЗЕТ).<sup>19</sup> Имајући у виду да је ЗЕТ донесен по узору на европску Директиву, ни усвојена решења се суштински не разликују од наведених европских оквира. Стога ћемо, за потребе даље анализе, истакнути укратко границе у којима се креће одговорност посредника за наступелу штету.

Тако, једнако праву ЕУ, посредник одговара за повреду онда када је знао или могао да зна за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај података и није, одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклонио или онемогућио приступ том податку.<sup>20</sup>

Ни у нашем праву није предвиђена обавеза надзора садржаја који се складишти и размењује путем интернета. Међутим, уколико постоји основана сумња да се коришћењем услуге предузимају недопуштене радње или размењује недопуштени садржај, посредник је у обавези да о томе обавести надлежни државни орган. Откривање података о кориснику, као и уклањање садржаја и онемогућавање приступа сумњивом садржају могуће је само на основу судске или управне одлуке.<sup>21</sup> Потоње се непосредно надовезује на питање одговорности за накнаду штете. Уколико

---

18 *EU Studies on the Legal Analysis of a Single Market for the Information Society – New rules for a New Age?*, 6. *Liability of online intermediaries*, DLA Piper 2009, 19. Судска пракса земаља чланица Европске уније изградила је и додатни услов одговорности провајдера, који Директива о електронској трговини не поставља изричито. Реч је о економској користи интернет провајдера која стоји у непосредној вези са извршеном повредом ауторског права путем услуге провајдера. Опширније вид. Д. Поповић, „Повреда ауторског права и сродних права на Интернету: преиспитивање улоге посредника“, 583.

19 Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009 и 95/2013 – ЗЕТ, чл. 1.

20 ЗЕТ, чл. 18.

21 ЗЕТ, чл. 20, у вези са ЗАСП, чл. 210.

пођемо од тога да се кривица, као услов одговорности за накнаду штете, може искључити онда када посредник докаже да није поступао са намером нити непажњом, одсудна чињеница јесте условљена питањем шта се сматра непажњом у пружању услуге.<sup>22</sup>

Претходно смо истакли да посредник нема обавезу да контролише садржину информација које се размењују на интернету. У том смислу, он свакако не одговара за штету која је проузрокована неовлашћеним искоришћавањем ауторског дела путем интернета до тренутка када је за повреду сазнао. Али, да ли је обавештавање посредника од стране лица чија су права повређена довољан сигнал да посредник треба да предузме радње којима би се спречила даља штета?

Могло би се замислити да посредник спречи даљу повреду, тиме што ће онемогућити приступ недозвољеном садржају или уклонити недозвољени садржај. Међутим, таквим поступањем би се могла повредити права других субјеката. Ту, у првом реду, имамо у виду право на слободу изражавања и право на приватност. Због тога се у правничким круговима нарочито инсистира на дефинисању позиције посредника у погледу повреде права, јер посредник нема ингеренције да одлучује о правима, па тако ни о повредама. С тим у вези, обавештавање о постојању повреде иницира настанак обавезе посредника да о томе обавести надлежне органе и даље поступа у складу са њиховим одлукама.

У контексту одговорности за накнаду штете, подсетимо се, посредник се не сматра несавесним онда када је запримио обавештење о евентуалној повреди, већ онда када пропусти да о томе обавести надлежне органе. Уз то, посредник би могао да одговара и онда када на основу одговарајућег судског или управног акта не пружи податке који су релевантни за откривање субјекта који је својим поступањем непосредно проузроковао штету.<sup>23</sup> Тада се његово пропуштање може сматрати непажњом. Дакле, кривица посредника постоји и његова одговорност за накнаду причињене штете јесте субјективна, јер није поступао са очекиваном пажњом. Обавештавањем надлежних органа о повреди и, касније, о починиоцу, посредник се ослобађа одговорности.

---

22 Марио Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектуалне својине у праву Србије и праву суседних држава“, у: *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Душан Поповић), 2016, 119-134.

23 ЗЕТ, чл. 20, ст. 3, а сходно ЗАСП-у, чл. 213.

## 2. Одговорност непосредног починиоца повреде ауторског права на Интернету за накнаду штете

Након што је утврђен (учињен вероватним) субјект који је својом радњом могао непосредно извршити повреду ауторског права, оштећени титулар може поднети захтев за накнаду претрпљене штете против лица које је означено као претпостављени починилац. Одређивање дужника накнаде штете заснива се на претпоставци да је лице које је власник *ip* протокола уједно и лице које је непосредно предузело радњу повреде права аутора, чиме је проузрокована штета. Ова претпостављена веза између власника *ip* адресе, радње повреде и проузроковане штете најчешће одговара стварном стању. Ипак, према општим правилима о накнади штете, кривица, као основ одговорности, се претпоставља за лице из чије радње или пропуштања је настала штета. Узрочну везу између радње и штете, као и саму штету треба да докаже оштећени.

Претпоставка да је власник *ip* адресе предузео штетну радњу у одређеној мери се удаљава од примене општих правила о одговорности. У случају повреде права путем интернета, дакле, претпостављена кривица се заснива на претпостављеној узрочној вези. Подсетимо се, претпоставка узрочности је основ објективне одговорности. У домену субјективне пак тужилац треба да докаже да је тужени предузео штетну радњу, а његова кривица се претпоставља.

С обзиром на то да је основ одговорности претпостављена кривица власника, односно корисника, означени дужник накнаде штете се може ослободити одговорности, сходно општим правилима, ако докаже да је штета настала без његове кривице, да до повреде ауторског права није дошло ни намерно, нити крајњом непажњом. У контексту повреде права путем интернета, тешко је замисливо да постоје околности које би упутиле на одсуство кривице. Опрезност корисника приликом размене садржаја на интернету јесте понашање које се очекује од учесника на интернету. Другим речима, уздржавање корисника од постављања садржаја који није сам створио или за које нема сагласност требало би да буде једнако уздржавању од коришћења ауторских дела у традиционалном значењу. Међутим, нису незамисливе ситуације у којима тужени није уопште предузео штетну радњу. Примера ради, због одсуства тужени није био ни физички у могућности да приступа интернету са означене *ip* адресе. Очигледно је да се применом општих правила његова одговорност искључује. Разлог томе није (само) одсуство кривице, већ околност

која искључује и узрочну везу између поседовања *ip* адресе и предузете радње којом је учињена повреда ауторског права.

У погледу остваривања захтева за накнаду штете чини нам се да је ствар јасна: носилац права неће успети у спору, јер власник *ip* адресе није пасивно легитимисан, сходно правилима о субјективној одговорности. С аспекта титулара права, овакав исход није охрабрујући, већ због чињенице да је утврђивање конкретног субјекта који је радњу предузео дуготрајан и неизванстан поступак. Онда када власник није извршио повреду права, штетну радњу је могло да предузме било које лице. Терет доказивања пада на тужиоца, због чега би се могло догодити да правна заштита поводом проузроковане штете изостане.

*а) Екскурс: одлука Европског суда у предмету  
Bastei Lübbe GmbH & Co. KG против Michaela Strotzera, C-149/17<sup>24</sup>*

У спору који се у првостепеном поступку водио пред Општинским судом у Минхену, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG*, као произвођач фонограма и носилац ауторског и сродних права на звучној верзији једне књиге, захтевао је од туженог новчану накнаду штете настале недозвољеним преузимање и дељењем наведене књиге путем платформе за размену, а са интернетског прикључка чији је власник тужени. Настојећи да искључи своју одговорност, *Michael Strotzer* је негирао предузимање радњи повреде, наводећи да је његов интернетски прикључак био довољно заштићен, а у време настале повреде и искључен. Осим тога, тужени је навео да су спорном прикључку могли приступити и његови родитељи са свог рачунара, али да у њиховом рачунару није пронађено спорно дело нити су се његови родитељи уопште користили програмом интернетске мреже за размену.

Наведено чињенично стање могли бисмо сматрати уобичајеним, не улазећи у то да ли родитељи јесу или нису предузели непосредно радњу повреде, јер дигиталне копије садржаја једним кликом могу да буду избрисане из меморије рачунара. Нас, стога, посебно интересује правна оцена поступајућег суда.

С тим у вези, првостепени суд је одбио тужбу, уз образложење да тужени није одговоран за накнаду штете, јер су недозвољену радњу могли предузети и његови родитељи.

---

24 *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG vs. Michael Strotzer, C-149/17*<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CN0149&from=EN>, 20.02.2019.

Одлучујући по жалби, Земаљски суд у Минхену I, одбија аргументацију првостепеног суда, наводећи да се околношћу да су и трећа лица имала могућност да користе исти интернетски прикључак не доказује да ту радњу није предузео управо тужени. Међутим, поступајући суд је сматрао да би обавезивање туженог могло бити противно према тумачењу судске праксе Савезног врховног суда, у смислу којег тужени може да ускрати давање информација о могућим починиоцима недозвољених радњи, уколико су они чланови породице.

Наиме, тужилац, да би успео у спору, треба да докаже повреду ауторског права. Савезни врховни суд сматра да је претпоставка да је власник интернетског прикључка извршио непосредну радњу повреде ако се нико други истим прикључком није могао користити у тренутку када се повреда догодила. То пак значи да претпоставка одговорности власника не постоји у оним случајевима када интернетски прикључак није био довољно заштићен или је био свесно остављен на коришћење и другим особама. Тада секундарни терет доказивања пада на власника, који у довољној мери испуњава обавезу коју има, ако само наведе да су друга лица, уз евентуално откривање њихових идентитета, имала самостални приступ интернетском прикључку и да су могле учинити повреду права. Међутим, уколико су друга лица чланови уже породице, сходно посебној заштити брака и породице из чл. 7 Повеље ЕУ и односних одредаба немачког уставног права, ова обавеза не постоји. С тим у вези, поступајући Земаљски суд је прекинуо поступак и Европском суду упутио два претходна питања:

1. Треба ли чл. 8, ст. 1. и 2. у вези са чл. 3, ст. 1 Директиве 2001/29<sup>25</sup> тумачити на начин да су санкције за повреде права стављања на располагање јавности одређеног дела и даље „ефикасне и одвраћајуће“ у случају када је одговорност власника интернетског прикључка преко којег су почињене повреде ауторског права преузимањем и дељењем садржаја искључена ако је навео да је осим њега бар још један члан породице имао

---

25 Према овим одредбама, државе чланице морају предвидети примерене санкције и правна средства у односу на повреде права и обвеза одређених овом Директивом и предузети све потребне мере за примену тих санкција и правних средстава. Тако прописане санкције морају бити ефикасне, пропорционалне и одвраћајуће. Осим тога, свака држава чланица мора предузети потребне мере како би обезбедила да носиоци права чији су интереси угрожени радњом којом се врши повреда на њеној државној територији могу поднети, између осталог, тужбу за накнаду штете и/или захтјев за издавање судског налога.

могућност приступа том интернетском прикључку, али при том није пружио више детаља о томе ко је и на који начин користио интернет?

2. Треба ли чл. 3, ст. 2 Директиве 2004/48<sup>26</sup> тумачити на начин да су мере за осигурање права интелектуалне својине и даље ефикасне у случају кад је одговорност власника интернетског прикључка преко којег су извршене повреде права дељењем заштићеног садржаја искључена онда када је власник навео да је уз њега бар још један члан породице имао приступ том интернетском прикључку, а да није пружио више детаља на основу којих би се могло утврдити како је и када тај члан породице користио интернет?

Премда је захтев за новчану накнаду штете из наведене одлуке био заснован на потраживању специфичне уговорне казне која је саставни део опомене носиоца права упућене лицу које је повреду извршило (нем. *Abmahnung*)<sup>27</sup>, питање о којем се суштински расправља тиче се постојања одговорности. Европски суд је у одлуци истакао да се немачко законодавство, према тумачењу суда који је упутио захтев, а на основу којег власник интернетског прикључка, преко којих су неовлашћено дељени садржаји, не може бити одговоран ако је именовано барем једног члана своје породице који је имао приступ том прикључку, али при том није пружио више детаља о томе како се и када тај члан породице користио наведеним прикључком.

- 
- 26 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Text with EEA relevance), *OJ L 157, 30.4.2004*, – Директива 2004/48. У смислу ове Директиве, под истим претходно наведеним условима, у случају повреде почињене у комерцијалне сврхе државе чланице предузимају оне мере које су потребне да се надлежним судским телима омогући да наложе, када је прикладно, и на темељу захтева странке, доставу банковних, финансијских или пословних докумената који су под контролом супротне странке, подложно заштити повјерљивих информација о спровођењу
- 27 *Urheberrechtsgesetz (Закон о ауторском праву)*, § 97а, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/UrhG/97a.html>, Gesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273), 11.04. 2019. Наиме, уколико дође до повреде искључивог права, титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (*Abmahnung*) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (*Vertragsstrafe*). Овај институт, који бисмо у суштини могли свести на обавезу плаћања уговорне казне због непоштовања законске обавезе нечињења, у немачком праву је био признат у судској пракси и пре него што је нормативно уобличен. Наше право не познаје сличан институт, али се у теорији расправљало о његовој допуштености. Вид. Сања Радовановић, «Законске обавезе нечињења као предмет уговора (у праву интелектуалне својине)», *Право и привреда*, 7-9/2017, 247-263, Сања Радовановић, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Нови Сад 2017, 52-81.

На овом месту ћемо изоставити аргументе које је Европски суд истакао у образложењу одлуке. Оно што привлачи нашу пажњу јесте исход тумачења које је Суд у одлуци пружио, а посебно с аспекта домаћег права. Дакле, како власник прикључка, који очигледно није проузроковао штету, може да буде ослобођен одговорности за њену накнаду уколико пружи довољно информација које ће учинити вероватним да је одређено друго лице, или више њих, учинило повреду, то значи да ће власник прикључка одговарати за накнаду штете, чак и ако је очигледно да је није проузроковао, уколико таквим информацијама не снабде титулара права.

*б) Одговорност непосредног починиоца повреде ауторског права путем интернета за накнаду штете у праву Србије de lege lata*

У домаћем праву, како смо већ навели, одговорност за проузроковану штету заснива се на претпостављеној кривици. Применом општих правила, то би значило да се власник интернет прикључка ослобађа одговорности, уколико докаже, у контексту примера из немачке судске праксе, да радњу повреде уопште није ни предузео. Чини се да право аутора на накнаду штете, која при том може да буде и имовинска и неимовинска, и уз то великог обима, тиме остаје осујећено.

Међутим, према ЗАСП-у<sup>28</sup>, суд може наложити туженом да да обавештења о трећим лицима која су повезана са повредом или преда документе који су у вези са повредом. Уколико то не учини, тужени ће одговарати за штету која тиме буде проузрокована.

Тако, када је носилац ауторског права поднео тужбу против власника прикључка ради накнаде штете због повреде настале дељењем заштићеног садржаја путем интернета, који очигледно такву радњу није предузео, суд може туженом да наложи достављање података о лицима која су повезана са повредом и за то му остави примерени рок. У случају да тужени не поступи по налогу, суд може да усвоји тужбени захтев и обавезе туженог на накнаду штете. Његова одговорност тада није због предузете радње повреде, већ због пропуштања да се пружи информације о повреди.

У даљем поступку, тужени би могао да истиче да не постоји његова кривица, јер он нема сазнања о чињеницама које треба да саопшти другој страни. Такав случај би био, примера ради, онда када његов интернетски прикључак није заштићен, односно преко њега се свако лице

---

28 ЗАСП, чл. 213.



може слободно користити интернетом. Оштећени носилац ауторског права би се тиме поново нашао у почетној позицији. Повреда постоји, штета постоји, али је штетник који би био обавезан на њену накнаду, и даље непознат. Тужени власник интернетског прикључка се ослобађа одговорности.

Чак и да тужени поступи по налогу суда, остваривање захтева за накнаду штете остаје упитно. Подсетимо се, успех тужиоачевог захтева зависи од оборивих претпоставки: о томе да је извршио повреду (само због чињенице да је у техничком смислу могао да је изврши) и о кривици.

*в) Преиспитивање концепта субјективне одговорности непосредног починиоца повреде ауторског права путем интернета за накнаду штете у праву Србије*

Субјективна одговорност јесте облик одговорности за повреде ауторског права. У највећем броју случајева недозвољеног искоришћавања ауторског дела кривица субјекта који се позива на одговорност јесте присутна или је бар тешко доказати да ње нема. Када је реч о повреди права путем интернета, чини нам се да субјективна одговорност у свом изворном значењу није облик који титулару гарантује остваривање његовог права.

Први разлог томе јесте околност да примена општих правила о накнади штете из ЗОО није могућа без извесних корекција. Једна од њих јесте и питање претпоставки о околностима које су релевантне за успех у спору. Док се према општим правилима претпоставља кривица субјекта који је предузео штетну радњу, у овом случају се претпоставља који субјект је ту радњу предузео, а у другом реду његова кривица. То, надаље, значи да се лице чија се одговорност претпоставља, може ослободити одговорности ако докаже да је повреду права која је проузроковала штету извршило неко друго лице. Уколико то не докаже, претпостављени одговорни може да буде обавезан на накнаду штете, ако не пружи релевантне информације којима је (опет претпостављено) располагао.

Посматрамо ли наведена правила, која успоставља ЗАСП, према којима штету ипак може да сноси власник интернетског прикључка, без обзира на кривицу за учињену повреду, чини нам се да одговорност за накнаду штете због повреде права путем интернета ипак није субјективна одговорност у свом чистом виду. Истина, није реч ни о објективној одговорности, јер се тужени обавезује на накнаду штете не због повреде права која је непосредно проузрокована коришћењем интернетског при-

кључка, већ због пропуштања да достави податке релевантне за остваривање права на накнаду штете носиоцу ауторског права. Исто тако, не можемо говорити ни о одговорности за другог, не само због тога што законодавац не предвиђа изричито такву одговорност, већ и због чињенице да власник интернетског прикључка постаје дужник обавезе накнаде у изузетним случајевима и под посебним условима. Следствено, чини нам се да је интервенција законодавца била неизбежна како би се оштећеном аутору или другом титулару обезбедило остваривање права. Та интервенција, ипак, није доследна нити је до краја задовољила циљ. Ни предстојећа реформа домаћег Закона о ауторском праву и сродним правима не доноси значајније новине у овом питању. Штавише, имамо ли у виду раније цитирану одлуку Европског суда, можемо очекивати додатну неизвесност у погледу принудног остваривања права аутора.

Наиме, У Предлогу Закона о изменама и допунама ЗАСП<sup>29</sup>, који је у скупштинској процедури од почетка фебруара ове године, предложена је измена односног члана, на начин да суд може да нареди лицу које је извршило повреду ауторског или сродног права да пружи информације о трећим лицима која су учествовала у повреди ауторског или сродног права и о њиховим дистрибутивним каналима, или да преда документе који су у вези са повредом права.<sup>30</sup> Достављање информација може се наредити и лицу код кога је пронађена роба која се налази у промету и којим се повређује ауторско или сродно право, које пружа услуге у промету којима се повређује ауторско или сродно право, за које је утврђено да у обављању делатности пружа услуге које се користе у активностима којима се повређује ауторско или сродно право или које је од стране претходно наведених лица наведено као лице укључено у производњу или дистрибуцију роба или пружање услуга којима се повређује ауторско или сродно право.<sup>31</sup> У процесном смислу, лица којима се налаже достављање информација имају својство сведока. Из тих разлога, Предлогом је изричито предвиђена сходна примена Закона о парничном поступку у погледу права сведока да одбије сведочење, односно одговор на постављена питања. Дакле, сведок може да ускрати одговор на поједина питања ако за то постоје оправдани разлози, а нарочито ако би својим одговором на

29 Предлог Закона о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (даље: Предлог ЗАСП), који је у скупштинској процедури од 08. фебруара 2019. године. [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2019/225-19.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/225-19.pdf), 27.03.2019.

30 Реч је о чл. 213 важећег ЗАСП. Предлог ЗАСП, чл. 60, ст. 1.

31 Предлог ЗАСП, чл. 62, ст. 2.

та питања изложио тешкој срамоти, знатној имовинској штети или кривичном гоњењу себе или своје сроднике одређене врсте и степена родбинске везе.<sup>32</sup>

У образложењу Предлога, у вези са наведеном изменом, односно новом одредбом, наводи се да се њеним увођењем настоји ускладити домаће право са чл. 8 Директиве 2004/48/EУ (о праву на информисање) и темељним вредностима модерног европског друштва.<sup>33</sup> Ипак, управо је Европски суд у одлуци *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG* против *Michaela Strotzera*, истакао „да се задирање у породични живот сматра недопустивим“ онда када носилац ауторског права има на располагању друга средства којим би се могло обезбедити утврђивање грађанскоправне одговорности власника интернетског прикључка. Уколико то није случај, посебна заштита породице противи се циљу Директиве 2001/29 и Директиве 2004/48, којима се настоји титулару права обезбедити ефикасна заштита. Заштита породице је, дакле, подређена заштити аутора.

#### IV Уместо закључка

Неспорно је да питање заштите ауторског права (и сродних права) у ери доминације дигиталне размене садржаја још увек није добило задовољавајући нормативни одговор. Штавише, у погледу одговорности за повреду ауторског права путем интернета чини се да је несклад између традиционалних правних оквира и захтева за нужном модернизацијом права посебно изражен. Иако је одговорност по основу претпостављене кривице стуб савременог одштетног права, у интернетском окружењу она показује своје слабости. Наиме, остваривање права аутора на накнаду штете зависи суштински од терета доказивања у поступку који се овим поводом води. (Уосталом, у томе се делом налази и оправдање претпоставке о кривици у савременом одштетном праву). Стога свака неизвесност у погледу елемената од којих зависи остваривање накнаде штете, његов поверилачки положај чини тежим. Тим пре када неизвесност потиче од различитих тумачења постојећих одредаба од стране оних који те одбредбе имају да примене на конкретан случај. Осим тога, осврнемо ли се на одлуку Европског суда поводом спора пред немачким судом, у којој се истиче „да претпоставка одговорности власника не постоји у оним случајевима када интернетски прикључак није био довољно зашти-

32 Закон о парничном поступку (ЗПП), *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 249, ст. 1.

33 Образложење уз чл. 62 Предлога, 57-58.

ћен или је био свесно остављен на коришћење и другим особама“, чини се да је остваривање права аутора на накнаду штете причињене дељењем садржаја путем интернета ипак упитно или изискује велике трошкове.

Стога смо мишљења да се инсистирањем на субјективној одговорности, односно одговорности за сопствене радње, може угрозити право аутора, у смислу остваривања одштетног захтева. На сличне ризике је правни поредак поредак већ одговорио преваљивањем обавезе накнаде са штетника на треће лице, у случајевима изричито прописане одговорности за другог или посебних случајева одговорности. *Ratio legis* оваквих нормативних решења налази се у околности да између штетника и одговорног лица уобичајено већ постоји посебан правни однос који ово радвајање штетника и одговорног чини оправданим. При том, чак и када се питање утврђивања штетника не јавља као спорно, обавезивање трећег је целисходније (с аспекта оштећеног, а уједно и функционсалности правног поретка).<sup>34</sup> Штавише, када је у питању одговорност за накнаду штете причињене повредом права аутора на интернету, лице које би се могло обавезати на накнаду (власник *ip* адресе, нпр.), најчешће и јесте непосредно својом радњом извршило повреду. Околност да се позиција оштећеног аутора чини лакшом у погледу остваривања накнаде, заштиту права чини ефикаснијом. Коначно, ни превентивна функција не би била занемарена, будући да би одговорна лица настојала заштитити приступ својим *ip* адресама, налозима на друштвеним мрежама или другим интернетским локацијама.

---

34 М. Караникић Мирић, *Објективна одговорност*, Београд 2013, 218, 219. Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудац, *Облигационо право*, 2018, 492.

PhD, *Sanja* RADOVANOVIĆ

Associate professor at the Law Faculty of the University of Novi Sad

**SOME QUESTIONS RELATING TO THE SUBJECTIVE  
RESPONSIBILITY FOR THE COMPENSATION OF DAMAGES  
PRESENTED BY THE COPYRIGHT OF COPYRIGHT  
ON THE INTERNET**

*Summary*

*The occurrence of the Internet represented a specific pressure on the legal entities to regulate the issue of using copyrighted works in its framework. For these reasons, the WIPO Copyright Treaty has established a new exclusive authorization of the author - the authorization for every form of public communication of a piece of wire or wireless, including such a public announcement that is made in such a way that everyone can access those works from place and time which they choose, the current web 2.0 platform technically allows users to actively participate in the creation of content that is available on the Internet and exchange it interchangeably (in computer terminology file sharing). Generated content is often protected by some of the intellectual property rights. Therefore, the problem of Internet piracy takes a significant place in the discussions about the appropriate legal framework of copyright (or related law) protection of creativity. In this paper, special consideration is paid to the author's right to claim damages caused by violations of Internet rights. Although explicitly by the relevant laws it is foreseen that in these cases the general rules of the obligation right will be applied, we shall endeavor to point out the lack of liability based on fault through the analysis of normative provisions.*

**Keywords:** *copyright, internet piracy, internet provider, liability, fault, compensation of damage.*

Др Јелена ЂЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ\*

## ОДГОВОРНОСТ ПЛАТФОРМИ ЗА ЕЛЕКТРОНСКУ ТРГОВИНУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА У ПРАВУ САД – преиспитивање доктрине посредне одговорности у контексту електронске трговине

### Апстракт

*Доктрина посредне одговорности за повреду жига резултат судске праксе америчких судова. Услове одговорности Суд је први пут установио 1982. године у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.* Уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, он је посредно одговоран за сваку повреду нанету као резултат преваре (тзв. “Inwood” тест). Суд је касније проширио примену ове доктрине и на посредничка тржишта. У чувеном предмету *Tiffani Inc. v. eBay Inc.* из 2008. године, „Inwood“ тест примењен је на платформе за електронску трговину, што је изазвало опречне реакције јавности. Пар година касније, предмет *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.* покренуо је дискусију о адекватности примене „Inwood“ теста и уопште овако конципиране доктрине посредне одговорности у контексту електронске трговине. Рад настоји да одговори на питање да ли би услове посредне одговорности, установљене пре више од тридесет година, требало редефинисати? И да ли би улога интернет посредника требало да буде активнија, у смислу да они заједно са титуларима жигова надзиру коришћење жигова на својим платформама?*

**Кључне речи:** *повреда жига, посредна одговорност, платформе за електронску трговину, кривотворење, судска пракса.*

---

\* Виши научни сарадник, Институт за упоредно право

## I Увод

Убрзани развој технологије крајем 20. и почетком 21. века утицао је на готово све сегменте привреде и друштва, па тако и на привредни промет. Појава масовног коришћења интернета допринела је успостављању нових начина трговине који се умногоме разликују од оних класичних. Средином деведесетих година прошлог века основане су прве платформе за електронску трговину које су потпуно измениле концепт трговине. Нов начин трговине на интернету повећао је и могућности повреде права интелектуалне својине. На платформама за електронску трговину најчешће долази до повреде права жига и то продајом кривотворене робе. Упућујући судбински изазов праву интелектуалне својине, интернет није заобишао ни право жига.<sup>1</sup> Принцип функционисања платформи за електронску трговину веома је повољан за продавце кривотворене робе: ниски трошкови продаје, мали ризик од утужења, могућност отворања другог налога, уколико је први угашен због продаје кривотворене робе.<sup>2</sup>

У трговину на овим платформама укључене су три групе субјеката: корисници интернета (продавци и купци), пружаоци интернет услуга (интернет посредници) и титулари права жига. Основно питање које се поставља када је реч о повредама жига на платформама за електронску трговину јесте ко може бити одговоран за повреду? Да ли само корисници платформи или и интернет посредници, тј. платформе за електронску трговину? И под којим условима се може успоставити одговорност платформи за електронску трговину за повреду жига – посредна одговорност?

Уколико би платформе за електронску трговину генерално биле одговорне за проблематичан садржај који постављају корисници, оне би морале да ограниче своје активности на трансмисију унапред одобрених садржаја са кратке листе провајдера.<sup>3</sup> У том случају, њихов начин рада би се приближио начину на који функционишу кабловске мреже које нуде преселектован садржај из ограниченог броја извора. Стога је успостављен режим тзв. „сигурних лука“ (енгл. *safe harbours*) у области жиговног права.

- 
- 1 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд 2014, 215.
  - 2 Esther A. Zuccaro, "Gucci v. Alibaba: A Balanced Approach to Secondary Liability for E-Commerce Platforms", *North Carolina Journal of Law and Technology*, 144/2016, 146-147.
  - 3 Mark A. Lemley, "Rationalizing Internet Safe Harbours", *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101.

Овај режим односи се на имунитет од одговорности интернет посредника за повреду које учине трећа лица, корисници онлајн платформи.<sup>4</sup>

У раду се разматра одговорност платформи за електронску трговину због повреду жига у праву Сједињених Америчких Држава. Будући да је доктрина посредне одговорности резултат судске праксе америчких судова, у раду се ова доктрина анализира кроз призму судске праксе, од њеног успостављања у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*,<sup>5</sup> преко чувеног предмета *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*,<sup>6</sup> па све до недавно окончаног спора у предмету *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.*<sup>7</sup> Рад настоји да одговори на питање да ли је дошло време да се стандарди посредне одговорности редефинишу у светлу модерне електронске трговине? И да ли би улога интернет посредника требало да буде активнија, у смислу да заједно са титуларима жигова надзиру своје платформе?

## II Секундарна одговорност у праву САД-а

У праву САД-а израз секундарна (посредна) одговорност (енгл. *secondary liability*) користи се као тзв. кишобран термин (енгл. *umbrella term*) и обухвата различите врсте одговорности за повреду жигом заштићене ознаке. Заједничко им је да није одговоран само онај који је непосредно користио жиг тужиоца. У случајевима секундарне одговорности, тужени је одговоран за повреду до којих је дошло тако што је трећа страна користила жиг. Титулар жига често се опредељује да поднесе тужбу за секундарну (посредну) одговорност уместо да тужи трећу страну за непосредно (директно) наношење повреду. Подношење тужбе за посредну одговорност утиче и на ефикасност, јер омогућава титулару жига да се, у једном поступку, заштити од стране чије понашање омогућава истовремене вишеструке непосредне повреду жига.<sup>8</sup>

Жиговно право САД-а уређено је на федералном нивоу Ланхамовим законом (енгл. *Lanham Act*) који не садржи одредбе о посредној одговорности. Доктрина посредне одговорности резултат је судске праксе. Врховни суд САД-а је у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories*

4 Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, "Lessons From the Trademark Use Debate", *Iowa Law Review*, 92/2007, 1703.

5 Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

6 Апелациони суд САД, *Tiffany (NJ) Inc. v eBay Inc.*, 600 F 3d 93 (2nd Cir NJ, 2010).

7 Окружни суд САД, *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.*, 15-cv03784 (S.D.N.Y. 2015).

8 Graeme B. Dinwoodie, "Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape", *Columbia Journal of Law & Arts*, 37/2014, 463.



*Inc.* први пут установио услове за упостављање посредне одговорности. У деценијама које су уследиле, амерички судови развијали су ову доктрину.

### 1. Ланхамов закон

Ланхамов закон из 1946. године регулише право жига на федералном нивоу у САД. Жигом заштићена ознака дефинисана је као реч, скуп речи или симбол који се користи за обележавање производа одређеног произвођача или продавца и за њихово разликовање од других производа. Како би се утврдила повреда жига, потребно је доказати да је тужени користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе, у вези са продајом, нуђењем на продају, дистрибуцијом или оглашавањем робе или услуга. Такође се мора доказати и да постоји могућност изазивања забуне.<sup>9</sup>

Облик директне повреде до кога долази када тужени користи ознаку идентичну жигом заштићеној ознаци тужиоца за исту врсту робе и продаје ту робу у директној конкуренцији са тужиоцем се често назива и кривотворење жига. Ланхамов закон дефинише кривотворени жиг као лажан жиг који је идентичан или се суштински не може разликовати од жига који се користи и који је регистрован. Потрошачи који купе кривотворену робу вероватно су збуњени јер верују да су купили оригиналну робу.<sup>10</sup>

Овај закон ипак не садржи одредбе о посредној одговорности. Доктрина посредне (секундарне, индиректне) одговорности за повреду жига настала је као резултат судске праксе, а почива на деликтном обичајном праву (енгл. *common law of torts*). У складу са принципима индиректне кривичне (деликтне) одговорности „лице је одговорно уколико дозволи [трећој особи] да делује његовим средствима, знајући или имајући основа да зна да тај други делује или ће деловати деликтно.”<sup>11</sup>

### 2. Посредна одговорност – тзв. „Inwood“ тест

Услове за упостављање посредне одговорности установио је Врховни суд САД-а 1982. године у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*<sup>12</sup> У овом предмету, тужени произвођач лекова продао

9 Вид. Душан Поповић, „Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на интернету“, *Право и привреда*, 4-6/2011, 930-931.

10 Kurt. M. Saunders, Gerlinde Berger-Walliser, “The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analyses of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 37/2011, 41-42.

11 *Ibid.*, 42.

12 Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

је апотекама лекове који изгледају као генерчки. Поједине апотеке продавале су даље тај лек представљајући га као бредниран. Тужилац је тужио произвођача лекова за посредну повреду жига. Врховни суд заузео је следеће становиште: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или ако наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету као резултат преваре. Дакле, на основу тзв. „Inwood“ теста постоје две ситуације када се може установити посредна одговорност:<sup>13</sup>

- 1) намерно навођење;
- 2) наставак снабдевања уз знање о повреди.

Некада је за успостављање посредне одговорности било је потребно „стварно знање“ да други користе производ у циљу повреде. Након доношења ове пресуде, критеријум знања формулисан је тако да је и нешто мање од „стварног знања“ „имање основа за знање“ довољно да се успостави посредна одговорност.<sup>14</sup>

### 3. Примена посредне одговорности на оператере посредничких тржишта

У пракси се појавило питање да ли се доктрина посредне одговорности може, поред произвођача и дистрибутера, применити и на власнике/ оператере посредничких тржишта, као што су пијаце.

У предмету *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*<sup>15</sup> примена доктрине посредне одговорности проширена је и на власнике/ оператере бувљих пијаца. Компанија *Hard Rock Café Licensing Corp.* регистровала је жиг *Hard Rock* за обележавање одевних предмета. Као титулар жига одобрила је његову употребу оператерима ресторана *Hard Rock Café*. Само су ови ресторани били овлашћени да продају производе који носе жигом заштићену ознаку *Hard Rock*. Компанија *Concession Services Incorporated (CSI)*, власник три бувље пијаце, издавала је простор појединачним продавцима за продају робе. Компанија *SCI* поставила је знак да је забрањена продаја нелегалних производа. Титулар жига *Hard Rock* открио је да продавци на бувљој пијаци продају мајце са кривотвореном жигом зашти-

13 G. Dinwoodie (2014), 472.

14 Elizabeth K. Levin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

15 Апелациони суд САД, *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc* 955F.2d 1143 (1992).

ћеном ознаком *Hard Rock* и о томе више пута обавестио компанију *CSI*. Напоследку је титулар жига тужио власника бувље пијаце због посредне повреде жига. Питање које се нашло пред судом је следеће: да ли власник бувље пијаце који продавцима даје у закуп простор може бити посредно одговоран за то што они продају фалсификовану робу? Позивајући се на ранију судску праксу, пре свега у предмету *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, Суд је утврдио да тужени може бити одговоран за повреду жига коју је починио продавац ако је знао или имао основа да зна за повреду, при чему је и намерно затварање очију еквивалентно „стварном знању“. Да би се сматрало да постоји „намерно затварање очију, власник мора да сумња на повреду и добровољно пропусти да је истражи”.<sup>16</sup> Према томе, тужени не може бити посредно одговоран за обично пропуштање да предузме мере предострожности како би спречио директну повреду.<sup>17</sup>

Слично, у предмету *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*,<sup>18</sup> корпорација *Fonovisa, Inc.*, титулар жига и ауторских права за аудио снимке латинско музике, тужила је власника пијаце, као и појединачне оператере (колективно *Cherry Auction*) за посредну повреду жига и ауторских права. Реч је о пијаци на којој се окупљају ентузијастички и колекционари ради продаје или размене производа од заједничког интереса (енгл. *swap meet*). Продавци плаћају дневну ренту (закупнину) власницима земљишта за изнајмљивање штанда. *Cherry Auction* задржава право да искључи сваког продавца из било ког разлога, укључујући и повреду жига. Поред тога, *Cherry Auction* добија накнаду од улазнице коју купац плати како би ушао на пијацу. Корпорација *Fonovisa* поднела је тужбу против *Cherry Auction*, између осталог и због посредне повреде жига. Окружни суд одбацио је тужбу, након чега се корпорација *Fonovisa* жалила Апелационом суду. Апелациони суд је и на овај спор применио „*Inwood*“ тест. Иако *Cherry Auction* не снабдева продавце снимцима, он им обезбеђује неопходан простор за продају и пружа пратеће услуге (паркинг, рекламе, комуналне услуге итд.). Осим тога, тужени има финансијску корист од фиксне дневне закупнине коју плаћа сваки продавац. Дакле, *Cherry Auction* ипак је знао да продавци продају кривотворене аудио снимке.<sup>19</sup> Ослањајући се на прецеденте *Inwood* и *Hard Rock*, Апелациони суд је установио да је тужени одговоран за посредну повреду жига.

16 K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, 42.

17 *Ibid.*

18 Апелациони суд САД, *Fonovisa, Inc. v. Cerry Auction, Inc.*, 76F.3d259 (1996).

19 K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, 44.

### III Предмет *Tiffany & Co v. eBay*

Најпознатији предмет из судске праксе САД-а, када је реч о повреди жига на платформама за електронску трговину, јесте спор између чувене њујоршке златаре и сребрнарнице Тифани (*Tiffany*) и сајта за аукцијску продају робе „eBay“.

Компанија Тифани, основана давне 1837. године, током више од 180 година рада, постала је симбол луксуза и престижа.<sup>20</sup> Портфељ компаније Тифани обухвата регистроване жигове за ознаке “Tiffany”, “Tiffany & Co”, као и боју тзв. Тифани плаво. Производи марке Тифани, често су мета кривотворења.<sup>21</sup>

Почетком новог миленијума компанија Тифани водила је низ спорова у вези са повредом жига продајом кривотворене робе на интернету. Охрабрена првобитним успесима, 2008. године поднела је тужбу против компаније “eBay” зато што је својим понашањем олакшала продају кривотворене робе. Компанија Тифани упоредила је “eBay” са бувљом пијацом на којој се продају фалсификати.<sup>22</sup>

#### 1. Пресуда Окружног суда

Компанија Тифани тужила је “eBay” за непосредну и посредну повреду жига, нелојалну конкуренцију, лажно рекламирање и непосредно и посредно разводњавање жига. Рад се фокусира само на део тужбе који се односи на посредну повреду жига.

Компанија “eBay” одбацила је све оптужбе, наводећи да је компанија Тифани, суочена са кривотворењем широм света, одабрала да „одржи лекцију“ не онима који су одговорни за производњу, увоз и покушаје продаје кривотворене робе, већ интернет посреднику “eBay”, привредном субјекту који никада није поседовао, сам трговао, или свесно дозволио трећим странама, корисницима његове палтформе за електронску трговину, да тргују кривотвореном робом. Компанија “eBay” истакла је да титулари имају законску обавезу на надзиру своје жигове и утужују повреде.<sup>23</sup>

20 Јелена Ђеранић, „Поведа жига на сајтовима за аукцијску продају робе“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић,), Београд 2016, 51.

21 Да би проверила који је проценат накита кривотворен, компанија Тифани је 2004. и 2005. године купила велики број производа марке Тифани на сајту „eBay“. Испоставило се да је око 75 одсто купљених производа било кривотворено.

22 Matthew Rimmer, „Breakfast at Tiffany's: eBay Inc, Trade Mark law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information and Science*, 1/2011, 7.

23 *Ibid.*, 7.

Кључни аргумент компаније Тифани био је да је “eBay” на неки начин свесно „затворио очи“ пред продајом кривотворене робе марке Тифани, што повлачи посредну одговорност (као што је утврђено у предмету *Hard Rock Café*). Компанија “eBay” овај аргумент побијала је доказима о вишегодишњим напорима које улаже у циљу елиминисања кривотворене робе са своје платформе. Она је предузела велики број мера како би осигурала аутентичност производа који се оглашавају на њеном сајту. Најпре, развила је и управља Програмом за проверу права власника (енгл. *the Verified Rights Owner (VeRO) Program*), тзв. програм VeRO. Реч је о систему обавештења и уклањања (енгл. *notice and take down system*) који омогућава титуларима жигова да доставе обавештење о повреди (енгл. *a Notice of Claimed Infringement (NOCI)*) компанији “eBay”. У обавештењу титулар жига мора да наведе појединачне огласе који нуде кривотворену робу да би “eBay” могло да их уклони са своје трговачке платформе.<sup>24</sup> Такође, “eBay” пружа самим титуларима жигова простор на свом сајту, тзв. страница о мени (енгл. *an „About Me“ page*), где они подучавају кориснике како да разликују оригиналне производе од фалсификата. Компанија “eBay” креирала је и аутоматске поруке упозорења које се појављују када продавац оглашава Тифанијеве производе на продају.<sup>25</sup> Осим тога, заједно са компанијом за електронско плаћање, „PayPal“, “eBay” је направио програм заштите купаца. Уколико се испостави да производи купљени на сајту “eBay” нису оригинални, купци могу да добију новац назад. Најзад, “eBay” суспендује стотине хиљада продаваца сваке године због сумње да су укључени у нелегалне радње.<sup>26</sup>

У одлуци Окружног суда се наводи да је у обостраном интересу да се реши проблем продаје кривотворене робе – компаније Тифани како би заштитила славно име и репутацију, а компаније “eBay” како би сачувала углед своје платформе као сигурног места за пословање. Стога је кључно питање ко је одговоран да надзире, тј. контролише коришћење жигом заштићених ознака на сајтовима за аукцијску продају робе. Дакле, срж овог спора није да ли би продаја кривотвореног Тифанијевог накита требало да цвета на трговачкој платформи “eBay”, већ ко би требало да надзире употребу Тифанијевог жига.<sup>27</sup>

24 Јелена Теранић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Београд 2018, 43.

25 Ове поруке упозоравају продавца да “eBay” не толерише оглашавање реплика, фалсификата и да повреда ове политике може резултирати суспензијом налога.

26 G. Dinwoodie (2014), 472-473.

27 Окружни суд САД, *Tiffany Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY, 2008), 469.

У закључку пресуде стоји да је титулар тај који дужан да надзире коришћење жигом заштићене ознаке, а да интернет посредник, као што је “eBay”, не може бити одговоран за повреду жига само на основу тога што је знао или имао основа да зна да на његовој платформи може генерално доћи до повреде жига. Није довољно да постоји уопштено знање о могућностима повреде, већ се оно мора односити на конкретне огласе.

Компанија “eBay” ослобођена је пресудом Окружног суда. Међутим, компанија Тифани поднела је жалбу Апелационом суду.

## 2. Пресуда Апелационог суда

Првостепена пресуда у предмету *Tiffany & Co v. eBay* изазвала је велику пажњу америчке, па и светске јавности. На адресу Апелационог суда стигао је приличан број поднесака тзв. *amicus curiae*. Једни су подржавали првостепену пресуду, као нпр. „Yahoo“, Амазон, Гугл и др., изражавајући страх да би у супротном право жига могло представљати препреку комуникацији на интернету. Други су се, пак, противили пресуди, захтевајући да се успостави одговорност интернет посредника “eBay” за повреду жига, пошто пружа услугу захваљујући којој се продаје велика количина кривотворене робе.

Апелацини суд детаљно је размотрио аргументацију обе стране и напослетку потврдио првостепену пресуду. Позивајући се на судску праксу и „Inwood“ тест, Суд је констатовао да “eBay” није намерно омогућавао продају кривотворене робе. Сваки пут када Тифани достави компанији “eBay” обавештење о повреди (NOCI), наводећи огласе у којима се нуде на продају кривотворени производи, “eBay” веома брзо (у року од 24 часа), те огласе уклони. Никада се није догодило да “eBay” одбије да то учини. Сходно томе, тужба компаније Тифани се своди на то да “eBay” наставља да пружа услуге у вези са другим огласима, за које на основу општег знања о повредама на сајту “eBay”, има основа да зна да су преварни.<sup>28</sup> Ипак, за успостављање посредне одговорности за повреду жига потребно је да пружалац услуге (платформа за електронску трговину) има више од општег знања или основа да зна да се његов сајт користи како би се продавала кривотворена роба. Иако је компанија “eBay” признала да генерално зна да се на њеном сајту тргује и кривотвореном робом

---

28 G. Dinwoodie (2014), 473.

марке Тифани, то није довољан ниво знања да би се успоставила посредна одговорност на основу „Inwood“ теста.<sup>29</sup>

### 3. Петиција Врховном суду САД-а

Компанија Тифани, незадовољна одлуком Апелационог суда, затражила је дозволу да се жали Врховном суду САД-а. У петицији се наводи да је Апелациони суд некоректно одговорио на постављена питања, иначе веома важна у доба електронске трговине. Жигови су од виталног значаја за модерну интернет економију јер омогућавају потрошачима да оцене квалитет производа који не могу ни да виде ни да додирну. Осим тога, компанија Тифани истакла је да би изјашњавање Врховног суда у овом предмету било уједно прилика да он појасни доктрину посредне одговорности за повреду жига како би она делимично осликавала, или бар не би игнорисала, дубоке промене које су се догодиле од времена када је последњи пут одлучио о овом питању. Електронска трговина отворила је нова тржишта и нове могућности за повреде које нису постојала пре тридесет година.<sup>30</sup> Ипак, Врховни суд одбио је петицију, образлажући одлуку тиме да су нижи судови савесно обавили посао.<sup>31</sup>

### IV Предмет *Gucci v. Alibaba*

Један од новијих предмета из судске праксе САД-а који се тиче повреде жига на платформама за електронску трговину је спор између француске групе Керинг (*Kering SA*), власника луксузних модних брендова и кинеске компаније Алибаба (*Alibaba*), познатије као „интернет Мека за кривотворену робу“.<sup>32</sup>

Компанија Алибаба, основана 2000. године, данас је највећа кинеска компанија за електронску трговину.<sup>33</sup> Њен концепт пословања веома је интересантан јер обухвата услуге електронске трговине, претраживања и процесовања кредитних картица. Дакле ова компанија пружа услуге

29 J. Ђеранић (2018), 43.

30 Tiffany & Co, 'Petition to the Supreme Court of the United States for the Writ of Certiorari', Submission in *Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc*, 2010 WL 3442072 (US), 24.

31 J. Ђеранић (2016), 56-57.

32 Cameron Wolf, "The Internet's Mecca for Counterfeiting Clothing, Is Being Sued by a Group of High-Fashion Brands", <https://www.complex.com/style/2015/05/alibaba-being-sued-by-kering-group-again>, 18.04.2019.

33 Под окриљем компаније Алибаба налазе се три сајта за електронску трговину: *Taobao*, *Tmall* и *Alibaba.com*.

које компаније “eBay”, Амазон, Гугл и „PayPal“ пружају заједно.<sup>34</sup> Компанија Алибаба има већи обим пословања у односу на све сличне компаније у свету. Штавише, последњих година њене трансакције су веће него трансакције Гугла и Амазона заједно.<sup>35</sup>

Предмет *Gucci v. Alibaba*<sup>36</sup> остаће упамћен по томе што отворио је дискусију о потреби редефинисања услова посредне одговорности у контексту трговине на интернету. С обзиром на специфичне околности у којима се одвија електронска трговина, титуларима жигова веома је компликовано да докажу да платформе испуњавају услове одговорности на основу „Inwood“ теста. Стога се намеће питање колико су уопште ови стандарди прикладни за успостављање посредне одговорности у ери електронске трговине? И да ли би улога интернет посредника требало да буде активнија, у смислу да имају обавезу да заједно са титуларима жигова надзиру своје сајтове у борби против кривотворења?

Чинило се да ће предмет *Gucci v. Alibaba* донети благи заокрет у судској пракси САД-а када је реч о доктрини посредне одговорности. Међутим, стране у спору склопиле су споразум о поравнању, тако да Суд није ни добио прилику да преиспита ову доктрину.

## 1. Тужба

Група Керинг је 2014. године поднела тужбу против компаније Алибаба Окружном суду државе Њујорк због продаје велике количине кривотворене робе на њеним сајтовима. У тужби се наводи да је платформа за електронску трговину свесно олакшала својим корисницима продају кривотворене робе марке Гучи (*Gucci*), Ив Сен Лорен (*Yves Saint Laurent*), Баленсијага (*Balenciaga*) и Ботега Венета (*Bottega Veneta*). После неколико месеци, тужба је повучена пошто су странке склопиле споразум о поравнању.

Међутим, Керинг је 2015. године поново поднео тужбу зато што компанија Алибаба није поштовала услове поравнања, тј. споразум према коме је дужна да помаже групи Керинг у елиминисању продаје кривотворене робе на својим сајтовима. Штавише, она је олакшавала и подстицала

---

34 А. Zuccaro, 152.

35 Разлози су двоструки: прво у Кини постоји већи број онлајн купаца него у САД-а, а друго, многи велики градови у Кини немају шопинг молове, те се Кинези окрећу онајн шопингу. Оснивач компаније Алибаба сликовито је објаснио да је електронска трговина у САД-а дезерт, док је у Кини главно јело – због лоше инфраструктуре трговина је веома компликована. (Вид. А. Zuccaro, 151).

36 Окружни суд САД, *Gucci Am. Inc. v. Alibaba Grp. Holding Ltd.*, 15-cv03784 (S.D.N.Y. 2015).



продају кривотворене робе. Компанија Алибаба порицала је наводе из тужбе, истичући да је и сама жртва кривотворења и да има доказе о томе да је сарађивала са титуларима жигова у борби против кривотворења.<sup>37</sup>

Иначе, због количине кривотворене робе доступне за продају, продавци на палтформи Алибаба представљају већу претњу за титуларе жигова него они на сајтовима, као што је “eBay”. Продавци на сајту “eBay” нуде ограничени број кривотворених производа директно купцима, док продавци на платформи Алибаба најчешће нуде цео контингент, обећавајући ниске цене по комаду за велике поруџбине.<sup>38</sup>

Месец дана након подношења тужбе, Суд је, у складу са Ланхамовим законом, донео одлуку о трајној забрани и накнади штете у корист компаније Керинг, а против појединачно оптужених продаваца. Оваква одлука протумачена је као мали корак ка победи луксузних брендова.<sup>39</sup>

## 2. Ниво знања компаније Алибаба

Група Керинг је у тужби навела да компанија Алибаба нема јасне и ефикасне мере за борбу против продаје кривотворених производа. Компанија Алибаба није спроводила мере како би осигурала аутентичност производа који се продају на њеној платформи. Исто тако, није ни уклањала огласе након добијања обавештења о повреди, нити је суспендовала продавце због продаје кривотворене робе. Заправо компанија Алибаба дозвољавала је и подстицала кориснике да наставе са продајом кривотворене робе на платформама, упркос томе што је била изричито и конкретно обавештена да продавци продају фалсификате, а чак су и они сами то отворено признавали. Не само да је компанија Алибаба знала да подстиче продају фалсификата, већ је и настављала такву праксу како би профитирала од тих трансакција.<sup>40</sup>

Група Керинг изнела је озбиљну аргументацију у прилог овим тврдњама. Прво, компанија Алибаба је свесно помагала продавцима у практично свим аспектима њихових нелегалних радњи.<sup>41</sup> Због опсега услуга које пружа, Алибаба обезбеђује не само тржиште за продају робе, већ и услуге подршке, маркетинга, логистике, оглашавања на основу кључних речи, про-

---

37 C. Wolf.

38 A. Zuccaro, 171.

39 *Ibid.*, 158.

40 *Ibid.*, 178-179.

41 *Ibid.*, 179.

цесовања кредитних картица и шпедиције (тзв. „екосистем Алибаба“<sup>42</sup>). Компанија Алибаба је чак нудила позајмице малим и средњим трговцима који су имали проблема да добију кредите од великих финансијских институција.<sup>43</sup> Друго, компанија Алибаба пружала је услуге оглашавања на основу кључних речи, као што су „реплика“, „имитација“ и жигом заштићене ознаке као што су „Gucci“ или „Balenciaga“.<sup>44</sup> Осим тога, сама компанија предлагала је да, када потенцијални купац откуца „Gucci“ у поље за претрагу, претраживач излиста и линкове за огласе који као кључне речи садрже „Gucci“ или „Guchi“.<sup>45</sup> Треће, санкције компаније Алибаба за повреду права интелектуалне својине, као што су тзв. „политика три ударца“ или систем казни заснован на поенима, нису уопште осмишљене да спрече повреду жига и продају кривотворене робе. „Политика три ударца“ омогућава продавцима да наставе да продају кривотворену робу све док их не ухвате да продају производе који повређују идентичне жигове у три различита дана.<sup>46</sup> Политика обавештења и уклањања платформе *Taobao* дозвољава да она направи листу приоритета како ће поступати са примљеним обавештењима о повредама у зависности од тога како је рангиран подносилац обавештења.<sup>47</sup>

Због свега тога, група Керинг тврдила је да је компанија Алибаба знала за продају кривотворене робе, да је чак и подстицала, те је посредно одговорна за повреде жига које чине корисници њене платформе.

### 3. Споразум о поравнању

Иако би, с правне тачке гледишта, било занимљиво видети како би амерички суд поступио у овом спору, странке су у августу 2017. године склопиле су споразум о поравнању. Група Керинг повукла је тужбу, уз напомену да ће поднети и трећу уколико компанија Алибаба настави да се понаша као после првог поравнања.<sup>48</sup>

42 C. Wolf.

43 A. Zuccaro, 179.

44 *Ibid.*, 180.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, 182.

47 Рангирање зависи од тога колико су подносиоци обавештења о повредама били прецизни у прошлости. Ако је титулар био најмање 90 одсто у праву, рангиран је као „добар“, а оглас ће бити уклоњен у року од три радна дана. Ако је био у праву мање од 90, али више од 45 одсто, рангиран је као „нормалан“ и оглас ће бити уклоњен у року од три радна дана. Ако је био у праву у мање од 45 одсто, рангиран је као „лош“ и не зна се када ће оглас бити уклоњен.

48 “Kering, Alibaba Settle Counterfeiting Lawsuit. Again. But Will it Stick”, <http://www.thefashion-law.com/home/kering-alibaba-agree-to-settle-counterfeiting-lawsuit-again>, 16.04. 2019.

## V Закључна разматрања

Одговорност платформи за електронску трговину због повреде жига једно је од комплекснијих питања са којима се суочава право интелектуалне својине данас. У САД доктрина посредне одговорности резултат је судске праксе, а услови одговорности установљени су осамдесетих година 20. века.

Питање адекватности примене ових услова на платформе за електронску трговину постављено је још у предмету *Tiffany v. eBay*. С обзиром на специфичне околности под којима се одвија електронска трговина, титуларима жигова веома је компликовано да докажу да платформе имају захтевани ниво знања на основу „Inwood“ теста. Иако је у овом спору интернет посредник „eBay“ ослобођен одговорности, део научне и стручне јавности упозоравао је да се Суд оглушио о нове изазове у ери интернет економије и да ће морати да ревидира своје ставове. Оваква одлука Суда имала је озбиљне импликације на титуларе жигова, јер је подразумевала да су они обавезни да сами пажљиво надзиру бројне сајтове за електронску трговину.<sup>49</sup> Неколико година касније, предмет *Gucci v. Alibaba* отворио је дискусију о потреби редефинисања услова посредне одговорности у контексту електронске трговине. Због начин пословања компаније Алибаба (тзв. „екосистем Алибаба“) и количине кривотворене робе која се продаје на њеним сајтовима, неизводљиво да титулари сами надзиру употребу својих жигова. У интересу ефикасности борбе против продаје кривотворене робе, требало би да улога интернет посредника буде активнија, у смислу да заједно са титуларима жигова надзиру своје сајтове. Уосталом, интернет посредници имају знање и снагу за то. Они би требало да контролишу приступ тржиштима, задржавајући могућност да забране фалсификаторе, успоставе филтере, прегледају идентитете продаваца и дефинишу услове приступа платформама.<sup>50</sup>

Интересантно је да се у свим споровима који се тичу повреде жига на платформама за електронску трговину, обе стране, и титулари жигова и интернет посредници, формално представљају као заштитници права потрошача.<sup>51</sup> Међутим, чини се да је ситуација сасвим супротна. У жестокој борби између великих и моћних компанија (луксузних брендова и

---

49 G. Dinwoodie (2014), 463.

50 A. Zuccaro, 183.

51 M. Rimmer, 8.

интернет посредника) забрањавајуће је да су интереси потрошача потпуно занемарени.

**Jelena CERANIC PERISIC, Ph.D,**  
Senior Research Fellow  
Institute of Comparative Law

**LIABILITY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT  
FOR E-COMMERCE PLATFORMS IN US LAW - Examining the doctrine  
of secondary liability in the context of e-commerce**

**Summary**

*The paper analyses liability for trademark infringement for e-commerce platforms in US Law. The standard for determining secondary liability for trademark infringement was first enunciated by the U.S. Supreme Court in the case of Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc. If a manufacturer or distributor intentionally induces another to infringe a trademark, or if it continues to supply its product to one whom it knows or has a reason to know is engaging in trademark infringement, the manufacturer or distributor is contributorially responsible for any harm done as a result of deceit (Inwood test). After being applied in the case Tiffani Inc. v. eBay Inc., the secondary liability standard has been criticized in recent years for its inadequate application to the modern e-commerce context. The discussion has been intensified by the Gucci v. Alibaba litigation. This paper presents an attempt to answer the question whether secondary liability standard should be redefined? And whether internet intermediaries should be more proactive, i.e. whether e-commerce platforms should share the burden of policing counterfeiters with trademark owners, working together to combat trademark infringement.*

**Key words:** trademark infringement, secondary liability, e-commerce platforms, counterfeiting, case law.

Свјетлана ИВАНОВИЋ\*

## ТУЖБА ЗА ОСПОРАВАЊЕ ЖИГА

### Резиме

Аутор у раду анализира тужбу за оспоравање жига као правно средство којим се коригује ситуација у којој неовлашћено лице подноси пријаву за заштиту или стиче жиг. Тужба за оспоравање жига може се подићи у два случаја: ако је жиг стечен или је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења, и ако је заштићени знак исти или сличан знаку који друго лице користи у промету и који је стекао статус општепознатог у смислу члана 6<sup>bis</sup> Париске конвенције за заштиту индустријске својине. Анализирајући изворе права и судску праксу, аутор наводи критеријуме који се морају узети у обзир приликом процјене непоштеног понашања, као и одређивања појма општепознатог знака. С обзиром да се у нашем правном систему жиг стиче искључиво регистрацијом, а не употребом, тужбом за оспоравање жига штите се корисници нерегистрованих ознака онда када је то правично.

**Кључне ријечи:** жиг, општепознати знак, члан 6<sup>bis</sup> Париске конвенције, принцип савјесности и поштења.

### I Увод

Жиг је субјективно право којим се штити знак који се у промету користи за обиљежавање робе или услуга једног привредног субјекта у циљу разликовања од исте или сличне робе или услуга другог привредног субјекта. Као и остала субјективна права индустријске својине, жиг се стиче у управном поступку пред надлежним органом управе. Надлежни орган, у границама својих овлашћења и могућности, испитује испуњеност формалноправних и материјалноправних услова за заштиту нематеријалног добра. Основни услов за заштиту знака жигом је дистинктивност зна-

---

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

ка, тј. подобност знака да врши функцију разликовања. Поред дистинктивности, постоје апсолутни и релативни услови, тј. сметње, за регистрацију жига. У државама у којима се поступак регистрације врши по систему опозиције, надлежни орган управе по службеној дужности испитује испуњеност апсолутних услова, док о релативним сметњама одлучује само по приговору заинтересованог лица. Приликом испитивања услова за заштиту, надлежни орган управе не испитује да ли је лице које подноси пријаву овлашћено да то чини. С обзиром да ствараоци интелектуалних добара могу располагати овлашћењем на подношење пријаве и стицање заштите, хипотетички, свако лице може поднијети пријаву за стицање права.

Орган управе надлежан за послове интелектуалне својине не испитује да ли лице које подноси пријаву заиста има право на заштиту.<sup>1</sup> Уколико неовлашћено лице поднесе пријаву за заштиту или чак стекне субјективно право, овлашћено лице има могућност да тужбом оспорава његово право. Тужба за оспоравање права на заштиту специфична је за сва субјективна права индустријске својине, осим за стицање својства овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла. Због посебних функција жига, као и правне природе заштите, оспоравање жига се у извијесној мјери разликује у односу на оспоравање осталих права индустријске својине. Тужба за оспоравање жига може се подићи у два случаја. Први случај постоји уколико је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења, а други се односи на оспоравање права на заштиту туђег општепознатог знака.

## **II Оспоравање жига регистрованог супротно принципу савјесности и поштења**

Ако је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења или је жиг регистрован на основу такве пријаве, лице чији је правни интерес тиме повријеђен, може тражити да га суд прогласи за подносиоца пријаве или носиоца права. Такође, исти захтјев могуће је поставити у случају да је пријавом повријеђена законска или уговорна обавеза.<sup>2</sup> Уколико суд усвоји тужбени захтјев, надлежни орган ће, по

1 Изузетак постоји у поступку стицања статуса овлашћеног корисника регистрованог имена поријекла или географске ознаке, будући да се испитују услови које подносилац пријаве мора испуњавати да би стекао својство овлашћеног корисника. То је последица непреносивости својства овлашћеног корисника, као и чињенице да свако лице које обавља дјелатност на одређеној територији може стећи својство овлашћеног корисника регистроване ознаке географског поријекла.

2 Закон о жигу – ЗОЖ БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 53/10, чл. 91, Закон о жиговима –ЗОЖ РС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 10/2013 и 44/2018 – др. закон, чл. 80.

пријему пресуде или на захтјев тужиоца, уписати тужиоца као подносиоца пријаве или носиоца жига у одговарајући регистар. Дакле, ово је облик оспоравања жига у којем је пријаву за заштиту поднијело или је жиг стекло неовлашћено лице.

Један од релативних разлога за одбијање пријаве жига у праву Босне и Херцеговине постоји када је знак поднесен супротно принципу добре вјере, савјесности и поштења.<sup>3</sup> Уколико је пријава жига поднесена супротно наведеном принципу, знак неће бити заштићен само уколико заинтересовано лице поднесе приговор. Надлежни орган управе не испитује по службеној дужности постојање наведеног услова, већ је неопходно да заинтересовано лице, у року од три мјесеца од дана објављивања уредне пријаве, поднесе приговор. Заинтересованим лицем сматра се лице које би имало право да поднесе пријаву. Ако заинтересовано лице пропусти наведени рок и жиг буде признат, могуће је оглашавање рјешења о признању жига ништавим.

Уколико је жиг регистрован супротно принципу савјесности и поштења, могуће је оспоравање жига у судском поступку, путем тужбе за оспоравање којом тужилац захтијева од суда да га прогласи носиоцем жига. Такође, истом тужбом је могуће оспоравати право на подношење пријаве и захтијевати да суд тужиоца прогласи за подносиоца пријаве.

### 1. Принцип савјесности и поштења у пракси Европског суда правде

Основно питање које се поставља је како тумачити принцип савјесности и поштења и шта се под тим принципом подразумејева. Принцип савјесности и поштења или добре вјере, како се назива у изворима права Европске уније, представља правни стандард који се конкретизује у зависности од околности конкретног случаја. Директивом о усклађивању права држава чланица у области жигова, пријава поднесена у злој вјери предвиђена је опционо као један од апсолутних разлога за одбијање регистрације или поништај жига.<sup>4</sup> То значи да државе нису обавезне, одно-

3 Законодавац истовремено спомиње принцип добре вјере и савјесности и поштења, мада би се могло рећи да се ради о изразима који имају исто значење. Појам који се означава изразом савјесност и поштење у континенталном праву одговара појму који се означава изразом добра вјера (*good faith*) у англосаксонском праву. Вид. Оливер Антић, "Савесност и поштење у облигационом праву", *Правни живот*, бр. 10/2003, 568.

4 Директива 2015/2436 Европског парламента и Савјета од 16. децембра 2015. године о усклађивању законодавстава држава чланица о жиговима, *Службени лист Европске уније*, L 336, чл. 4, ст. 2.

сно, да имају слободу имплементирања наведене одредбе. Такође, државе чланице могу предвидјети да ће као један од релативних разлога за одбијање регистрације или поништај жига постојати уколико се жиг може замијенити са ранијим жигом који је заштићен у иностранству, под условом да је у тренутку подношења пријаве подносилац пријаве дјеловао у злој вјери.<sup>5</sup> То ће бити случај ако је подносилац пријаве знао за намјеру носиоца жига у иностранству да прошири своје пословање и на земљу пријавиоца. Подношење пријаве у злој вјери један је од апсолутних разлога за оглашавање жига Европске уније ништавим.<sup>6</sup>

У пракси Европског суда правде, није се претјерано често расправљало о принципу зле вјере. Један од случајева у коме се расправљало о несавјесном понашању, тј. о понашању у злој вјери, односио се на комунитарни жиг. Спор је настао између учесника на тржишту који су производили производе сличног облика и изгледа. Тужилац и тужени су се дуго низ година бавили производњом истих производа веома сличног спољашњег изгледа, а један од њих је регистровао тродимензионални комунитарни жиг. Тужени је противтужбом захтијевао поништај комунитарног жига из разлога што је тужилац поднио пријаву за заштиту жига у злој вјери. Европски суд правде је имао прилику да се изјасни о тумачењу појма зле вјере, односно о томе који су фактори неопходни и довољни да би се сматрало да је учесник на тржишту поступао у злој вјери приликом подношења пријаве.

Суд је у пресуди истакао неколико критеријума који се морају узети у обзир приликом процјене да ли је подносилац пријаве поступао у злој вјери, тј. супротно принципу савјесности и поштења. Прво, мора се узети у обзир чињеница да ли је подносилац пријаве знао или је морао знати да треће лице користи, бар у једној држави чланици, идентичан или сличан знак за идентичан или сличан производ који се може довести у везу са знаком за који се тражи заштита. Други критеријум је намјера подносиоца пријаве да спријечи трећа лица да наставе са коришћењем знака. Трећи критеријум је степен правне заштите коју ужива знак трећег лица и знак за који се тражи заштита.<sup>7</sup>

5 Директива 2015/2436, чл. 5, ст. 4 (с).

6 Уредба 2017/1001 Европског парламента и Савјета од 14. јуна 2017. године жигу Европске уније, *Службени лист Европске уније*, L 154, чл. 59, ст. 1 (b).

7 Пресуда Европског суда правде *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v Franz Hauswirth GmbH*, C-529/07, 11.06.2009. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxu->



Знање подносиоца пријаве или чињеница да је морао знати за постојање истог или сличног знака који се користи за обиљежавање истог или сличног производа, може произаћи из општег познавања тржишта спорног производа или трајања такве употребе. Уколико се знак користи у дужем временском периоду, претпоставља се да је подносилац пријаве морао знати за ту чињеницу. Међутим, чињеница да је подносилац пријаве знао или морао знати да треће лице дуго користи исти или сличан знак, сама по себи није довољна за закључак о постојању зле вјере. Осим његовог знања, неопходна је и намјера да трећим лицима онемогући коришћење знака, као субјективни критеријум. Показатељ постојања намјере да се конкурентима ограничи коришћење знака може бити регистрација без намјере стварног коришћења тог знака.<sup>8</sup>

Ако је спорни знак дуготрајном употребом за обиљежавање истих или сличних производа стекао одређени степен правне заштите, подношење пријаве у циљу елиминисања конкуренције са тржишта може бити један од показатеља несавјесног понашања. Дакле, потребно је водити рачуна о репутацији и степену познатости оба знака, знака за који се подноси пријава и знака који користе остали конкуренти. Оно што је у конкретном случају било од нарочитог значаја је сам знак, тачније чињеница да је у питању тродимензионални знак који се састоји од облика и изгледа цијелог производа. Према мишљењу општег правозаступника, неопходно је испитати у којој мјери постојећи конкуренти имају слободу избора у погледу обликовања производа, нарочито узимајући у обзир техничке и комерцијалне карактеристике производа и сам начин производње. Ако је слобода избора облика производа ограничена, онда је стицање монопола над тим обликом један од показатеља поступања подносиоца пријаве у злој вјери.<sup>9</sup> Чак би се могло поставити питање да ли је конкретни знак у довољној мјери дистинктиван и може ли се уопште

---

*Tahn0?text=&docid=74488&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390*, (16. 02. 2016. године).

8 *Ibid.*, пар. 39-44.

9 У конкретном случају, заштићен је облик и спољашњи изглед чоколадног ускршњег зеке, који је везан за традицију прославе ускршњих празника у Аустрији и земљама њемачког говорног подручја. Вид. мишљење општег правозаступника *Sharpston* у случају *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, C-529/07, 12.03.2009, пар. 66, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d57ce7f54918d042aebfc1e67bf56fecb3.e34KaxiLc3qMb40Rch0Saxu-Tahn0?text=&docid=73741&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1247390>, (16. 02. 2016. године).

заштитити такав облик.<sup>10</sup> Ситуација би била потпуна другачија да је у питању дводимензионални знак или знак који има висок степен дистинктивности.

Подносилац пријаве који већ успјешно послује на одређеном тржишту могао би стицањем правне заштите спријечити паразитско копирање од стране нових учесника на тржишту. Уколико би то био начин да се подносилац пријаве осигура од паразитског понашања других учесника, онда бисмо тешко могли рећи да се ради о непоштеном или неетичком понашању на тржишту. Дакле, чак и намјера да се остали учесници на тржишту спријече да користе одређени знак не мора бити сама по себи непоштена.<sup>11</sup>

Наведеном пресудом су одређени критеријуми на основу којих се може одредити непоштено понашање или понашање у злој вјери. Присуство неког од наведених критеријума није по себи доказ несавјесног понашања, већ се све околности морају узети у обзир и сагледати од случаја до случаја.

У другом случају пред Европским судом правде расправљано је о томе да ли је само знање или претпоставка знања подносиоца пријаве да се у вријеме подношења пријаве исти или сличан знак користи у иностранству, довољно за закључак да подносилац пријаве поступа у злој вјери, или су потребни још неки субјективни критеријуми. Суд је потврдио став изнесен у претходној пресуди, према коме је за поступање у злој вјери потребно узети у обзир све околности случаја које су постојале у вријеме подношења пријаве. Ако је подносилац пријаве знао или је морао знати да друго лице користи исти или сличан знак за обиљежавање исте или сличне робе у иностранству, то не значи да је пријава поднијета у злој вјери.<sup>12</sup>

10 Заштита тродимензионалних знакова жигом темељи се у већини случајева на дистинктивности стеченој дуготрајном употребом, а из заштите су изричито искључени облици условљени природом производа, облици неопходни за постизање техничког резултата и облици који производу дају суштинску вриједност. Детаљније: Божин Влашковић, „Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању*, (уредник Божин Влашковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2013, 77-87.

11 Мишљење општег правозаступника у случају C-529/07, пар. 67-68.

12 Пресуда Европског суда правде *Malaysia Dairy Industries Pte. Ltd v Ankenævnet for Patenter og Varemærker*, C-320/12, 27.06.2013. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138862&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1253493>, (18. 02. 2016. године).

## 2. Околности од значаја за непоштено понашање

Појам зле вјере се може дефинисати као непоштено понашање које није у складу са стандардима прихваћеног привредног понашања којег се придржава разумно и искусно лице на одређеном тржишту.<sup>13</sup> Да би се утврдило да постоји зла вјера, односно, да се подносилац пријаве понаша супротно принципу савјесности и поштења, неопходно је доказати двије ствари: да је подносилац пријаве знао или је морао знати да знак припада неком трећем лицу и да је знак пријавио у непоштеној намјери.<sup>14</sup>

Поставља се питање како доказати да је подносилац пријаве знао или је морао да зна да знак припада трећем лицу. Уколико се подносилац пријаве може довести у везу са лицем које заиста има право на заштиту, односно, ако су они већ у неком односу, пословном, уговорном, радном, личном и слично, онда се може закључити да је подносилац пријаве знао да то лице има право на заштиту.<sup>15</sup> У пракси се често дешава да по престанку радног односа или неког другог облика сарадње, једно лице поднесе пријаву за заштиту знака који је раније заједнички коришћен или који се и даље користи.<sup>16</sup> Такође, ако је у питању знак који ужива одређени степен познатости, односно ако је у питању општепознати знак, претпоставка је да је подносилац пријаве знао за ту чињеницу. Велика сличност између знакова указује на то да је подносилац пријаве знао или је

---

13 ОНМ Студија о случајевима зле вјере, *Bad Faith Case Study*, ОНМ, 31.01.2003. године, стр. 3, доступно на: <http://euipo.europa.eu/en/enlargement/pdf/badfaithCS3101.pdf>, (20. 02. 2016. године).

14 Ана Рачки-Маринковић, „Жигови пријављени у злој вјери у хрватском праву и праву Европске уније“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2-3/2009, 328.

15 *Ibid.*, 329.

16 „Тужилац је оснивач и суиздавач часописа за историју науке, под називом „Флогистон“, јединог такве врсте у нашој земљи, који је познат у научним круговима и чији је први број изашао 1995. године. Тужени је био запослен код тужиоца, као одговорни уредник овог часописа, до 2002. године, када му је престао радни однос на његов лични захтев, те који је Савезном заводу за интелектуалну својину СЦГ, поднео пријаву за признање жига за знак „Флогистон“ на своје име. Обавестио је тада председника тужиоачевог управног одбора да часопис не може даље носити исто име јер је реч „Флогистон“ регистрована и заштићена у Заводу. У поступку по ревизији Врховни суд је нашао да су првостепени и другостепени суд тужиоцу пружили грађанскоправну заштиту за повређено право из пријаве жига за знак, односно за реч, која је назив стручног часописа, а тиме и носиоцем права из пријаве у смислу одредбе члана 66 Закона о жиговима. Ово будући да је тужиоцев правни интерес повређен, јер је пријава за признање жига поднета противно начелу савесности и поштења, нелојалним поступком туженог, без консултације са тужиоцем као суиздавачем.“ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1639/07 од 04.10.2007. године, Билтен Округног суда у Београду, Београд 2008.

морао да зна за ранији знак.<sup>17</sup> Очигледан примјер несавјесног поступања, чак у извијесним случајевима и предаторске праксе, је регистравање личних имена познатих или историјских личности, као и назива ауторских дјела која су у јавном домену.<sup>18</sup>

С обзиром да се жиг стиче регистрацијом и да се признати жиг службено објављује, подносилац пријаве увијек може да се информише о постојању истих или сличних жигова, те бисмо у сваком случају могли да претпоставимо да је могао или чак морао да зна за постојање туђег регистрованог жига. То би нарочито био случај ако су у питању жигови регистровани у другој држави. Међутим, чак и кад бисмо могли да претпоставимо да је подносилац пријаве морао да зна за регистрацију, то још увијек није доказ несавјесног понашања. Осим тога, неопходна је непоштена намјера пријавиоца.

Савјесност и поштење представљају корективни принцип у односу на принцип првенства, односно, правило први у времену, јачи у праву. Први у времену не мора и не би требало да буде јачи у праву, уколико је првенство стекао непоштено. Овдје се заправо мисли на првенство у погледу регистрације, односно подношења пријаве, мада лице чије су интереси оштећени најчешће раније почне да користи знак у промету, те бисмо могли говорити о фактичком првенству. У законодавствима у којима се заштита стиче искључиво регистрацијом, тј. у којима се заштита не може заснивати на употреби, одбијањем заштите или оглашавањем ништавим жига због пријаве поднесене у злој вјери, фактички се штите нерегистровани знакови које користе домаћи привредници.<sup>19</sup>

Концепт зле вјере, односно понашање супротно принципу савјесности и поштења, на први поглед, близак је нелојалној конкуренцији. Под појам нелојалне конкуренције подводи се свако понашање које је супротно добрим пословним обичајима. Међутим, за санкционисање нелојалне конкуренције, неопходан предуслов је постојање конкурентског односа, што не мора увијек бити случај када је у питању оспоравање жига.<sup>20</sup>

---

17 Alexander Tsoutsanis, *Trademark Registrations in Bad Faith*, Oxford University Press, 2010, 195.

18 *Ibidem*, 197.

19 Annette Kur, *Not Prior in Time, But Superior in Right: How Trademarks Registrations Can Be Affected by Third Party Interests in a Sign*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13-10, 23.

20 ОНМ Студија о случајевима зле вјере, 3.

### III Оспоравање права на заштиту општепознатог знака

Осим наведеног, други облик оспоравања жига односи се на оспоравање заштите за знакове који имају статус општепознатих у смислу члана 6<sup>bis</sup> Париске конвенције за заштиту индустријске својине. Физичко или правно лице које у промету користи знак за обиљежавање робе или услуга који има статус општепознатог знака, а да при томе тај знак није регистрован, има могућност да тужи друго лице које је касније за тај исти знак поднијело пријаву или га регистровало на своје име за обиљежавање исте или сличне врсте робе или услуга.<sup>21</sup>

Чланом 6<sup>bis</sup> Париске конвенције предвиђена је обавеза земаља чланица да одбију или пониште регистрацију и забране употребу фабричког или трговачког жига који представља репродукцију, подражавање или превод знака који се у земљи регистровања или употребе сматра несумњиво познатим. Пријављени или регистровани жиг мора бити такав да може створити забуну са несумњиво познатим знаком и мора се употребљавати за обиљежавање истовјетних или сличних производа. То чак не мора бити цјелокупан знак, довољно је да битан дио жига представља репродукцију или подражавање несумњиво познатог знака.<sup>22</sup> Дакле, неопходно је постојање вјероватноће изазивања забуне између пријављеног или регистрованог жига и знака који се користи у промету и који има статус несумњиво познатог. Осим тога, спорни знак се мора користити за обиљежавање истовјетних или сличних производа.

#### 1. Критеријуми за одређивање познатости знака

За одређивање да ли је знак несумњиво познат узима се у обзир упознатост релевантног дијела јавности са знаком, а релевантну јавност чине стварни и потенцијални корисници робе, односно услуга које се обиљежавају тим знаком и лица укључена у токове дистрибуције те робе и услуга. Дакле, приликом одређивања релевантног дијела јавности не мисли се на општу јавност, него ипак на ужи круг потрошача, крајњих корисника робе, као и лица која су укључена у дистрибуционе токове робе или услуга обиљезених знаком. Релевантну јавност не морају чинити само просјечни потрошачи, већ и лица која су добављачи, трговци и сл. У зависности од робе или услуге која је обиљезена знаком, то може бити заиста мали дио потрошача,

21 ЗОЖ БиХ, чл. 92, ЗОЖ РС, чл. 81.

22 Париска конвенција, чл. 6<sup>bis</sup>. Текст конвенције у: Весна Бесаровић, Благота Жарковић, *Интелектуална својина, Међународни уговори*, Београд, 1999.

нпр. у иностраној пракси било је случајева да се знаку призна статус познатог, иако је познат само међу ужим кругом корисника који представља релевантну јавност за луксузне бродове и јахте.

Детаљније смјернице за одређивање који се знак сматра општепознатим или несумњиво познатим дате су у Заједничкој препоруци WIPO-а о условима заштите општепознатих жигова из 1999. године.<sup>23</sup> Фактори који могу да буду од значаја приликом процјене степена познатости знака су нарочито: степен познатости или препознавања знака у релевантном дијелу јавности, трајање, опсег и географско подручје употребе знака, трајање, опсег и географско подручје промоције знака, укључујући рекламирање и излагање на сајмовима и изложбама робе или услуга која се означава знаком, трајање и географско подручје било које регистрације или пријаве знака у мјери у којој утичу на употребу или препознавање знака, подаци о поступцима заштите права која се односе на знак, вриједност повезана са знаком.<sup>24</sup>

Посебно интересантно је питање географске распрострањености знака. У пракси Европског суда правде расправљано је о географском подручју на коме знак мора бити познат. Европски суд правде сматра да знак мора бити познат на територији цијеле државе или у знатном дијелу државе, а шта се може сматрати знатним дијелом државе, фактичко је питање. У конкретном случају, спор је настао између два лица која су користила исти знак за исту врсту услуга, у питању су били агенти за некретнине у Шпанији. Први је регистровао знак *FINCAS TARRAGONA*, а други је дужи период времена користио исти такав знак за исту дјелатност, с тим што није поднио пријаву за заштиту. Први је тужио другог за повреду регистрованог жига, а други је у своју одбрану истицао да користи знак у свом пословању од 1978. године и да је стекао епитет познате ознаке, те је поднио противтужбу за поништај регистрованог жига. Национални суд је установио да је тужени користио нерегистровану ознаку само у граду Тарагона и околној регији, што значи да релевантну јавност чине потрошачи и конкуренти који нити су из цијеле Шпаније, нити из значајног или већег дијела Шпаније. Питање које је постављено

---

23 *Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks*, adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization (WIPO) at the Thirty-Fourth Series of Meetings of the Assemblies of the Member States of WIPO, September 20 to 29, 1999, WIPO Geneva 2000. (У даљем тексту Заједничка препорука.)

24 Чл. 2, ст. 1 Заједничке препоруке.

Европском суду правде гласило је: Мора ли концепт ноторног или општепознатог у држави чланици означавати само и искључиво познавање знака у цијелој држави или знатном дијелу државе или је за одређивање општепознатости ознаке довољно да буде позната на ужој територији, нпр. региону, округу, граду и сл., у зависности од робе или услуга које се означавају знаком и особа којима је упућена, односно, у зависности од тржишта на коме је знак употребљен. Ово питање се односи само на географско подручје на коме је ознака позната, а не на друге критеријуме за евентуално одређивање познатости знака. Суд је установио да ознака мора бити позната на територији цијеле државе или у знатном дијелу државе. Закључак суда је да за познатост ознаке није довољно да је позната у ужем подручју, тј. подручју града и његове шире околине.<sup>25</sup>

Поред наведених, постоје и додатни критеријуми који могу утицати на одређивање познатости знака. Основни услов заштите знака жигом је његова дистинктивност, тј. подобност за разликовање робе или услуге једног привредног субјекта од робе или услуге другог привредног субјекта. Дистинктивност знака у односу на конкретну робу и услугу сигурно може да допринесе познатости знака, тј. што је знак дистинктивнији, већа је могућност да стекне статус познатог. Штавише, у појединим државама, заштита познатих, а нерегистрованих знакова темељи се на стеченој дистинктивности у очима релевантне јавности.<sup>26</sup>

Трајање и обим коришћења знака за робу или услугу утичу на степен његове познатости. Нарочито би требало узети у обзир напор да се знак појави на тржишту, дакле улагање у рекламу, обим продаје производа обиљежених знаком, удио на тржишту производа који су обиљежени тим знаком у односу на исте производе и услуге. Осим тога, шири географски, односно територијални оквир коришћења указује на степен познатости ознаке.

Приликом одређивања степена упознатости релевантног дијела јавности са знаком треба узети у обзир податке о броју потрошача, податке о добављачима и о потражњи потрошача, преференцијама и препознавању знака на тржишту. Не постоји јединствен критеријум који је степен познатости знака довољан да би знак имао статус познатог. То је фактичко

25 Пресуда Европског суда правде *Alfredo Nieto Nuño v Leonci Monlleó Franquet*, C-328/06, 22.11.2007. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&d ocid=70040&pageIn dex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1263357>, (20. 02. 2016. године).

26 Verena von Bomhard, Artur Geier, „Unregistered Trademarks in EU Trademark Law“, *The Trademark Reporter*, Vol. 107, No. 3, 2017, 689.

питање које се одређује у сваком случају. У упоредном праву, нпр. у Њемачкој, заступљена је пракса да се захтијева да најмање 50% релевантне јавности буде упознато са знаком. За одређивање овог процента релевантно је истраживање тржишта. Истина, такво одређење у процентима је можда лакше, али је с правом предмет критике Европског суда правде. Европски суд правде је у случају који се односио на утврђивање дистинктивности стечене употребом знака, истакао да се она не може темељити на општим и апстрактним подацима као што је проценат познавања знака. Оно што је релевантно јесте да ли је знак познат значајном дијелу јавности која је заинтересована за робе и услуге који се обиљежавају знаком. За одређивање те чињенице узимају се у обзир све околности случаја, као што је удио на тржишту, обим, географска распрострањеност и дужина употребе и промоција знака.<sup>27</sup>

На степен познатости знака могу утицати природа и обим коришћења идентичног или сличног знака од стране конкурената. Ако потенцијални конкуренти користе идентичан или сличан знак, суд може да претпостави да је знак стекао одређену репутацију или бар препознатљивост. Знак који је већ стекао одређени степен познатости, привући ће потенцијалне конкуренте да почну да користе исти или сличан знак.

## 2. Заштита општепознатих знакова у судској пракси

Париском конвенцијом предвиђен је рок од пет година од дана регистравања жига који је исти или сличан општепознатом знаку, за тражење брисања таквог жига, осим у случају да је жиг регистрован или употребљаван злонамјерно, у ком случају нема временског ограничења. Зла намјера постоји ако је лице које региструје или користи спорни знак знало за постојање несумњиво познатог знака и вјероватно намјеравало да извуче корист од могуће забуне између несумњиво познатог знака и оног који он користи.<sup>28</sup>

Тужилац је лице које користи општепознати знак који није регистрован, а тужени лице које је за тај исти знак поднијело пријаву или стекло жиг ради обиљежавања исте или сличне робе и услуга. У овом случају, одступа се од правила о првенству које важи у праву индустријске својине.

27 Пресуда Европског суда правде *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97, 04.05.1999. године, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44567&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2789139>, (20. 02. 2016. године).

28 G. H. C. Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, BIRPI, 1969, 93.



Тужилац од суда тражи да му призна право на заштиту и да у регистар жигова унесе његово име умјесто имена туженог. Ако тужени докаже да је исти или сличан знак користио у промету исто колико и тужилац или дуже од њега, тужбени захтјев ће бити одбијен. Тужбу за оспоравање регистрације општепознатог знака могуће је подићи у року од пет година од уписа жига у регистар жигова. Временско ограничење тужбе за оспоравање регистрације жига предвиђено је из разлога правне сигурности, јер се не може вјечно чекати да корисник општепознатог знака искористи своја овлашћења.

Уколико суд усвоји тужбени захтјев којим се оспорава жиг или несумњиво познати жиг, тачније којим се оспорава право на заштиту, надлежна управа за индустријску својину ће уписати тужиоца као подносиоца пријаве или носиоца жига у одговарајући регистар и податке о томе објавити у службеном гласилу. Права трећих лица прибављена од подносиоца пријаве или носиоца права чије је право оспорено, престају даном уписа новог подносиоца пријаве, односно носиоца жига. Ако су трећа лица прибавила права од ранијег подносиоца пријаве или носиоца права, чије је право судском одлуком оспорено, даном уписивања новог подносиоца пријаве, односно новог носиоца жига, престају сва права трећих лица.

У пракси судова у Босни и Херцеговини оспоравање жига није честа појава. У једном случају, суд у Брчко Дистрикту имао је прилику да се изјасни о оспоравању жига на основу коришћења сличног знака, за који је тужилац тврдио да има статус општепознатог. Тужилац и тужени су привредна друштва која се баве производњом и прометом прехранбених производа. У свом производном асортиману оба привредна друштва имала су, између осталог, исту врсту производа који су продавали у скоро идентичној амбалажи, с једином разликом у погледу назива производа.<sup>29</sup> Тужени је први регистровао жиг, а тужилац је, у законом предвиђеном року од пет година од регистрације, подигао тужбу за оспоравање жига, тврдећи да се ради о општепознатом знаку који је тужилац почео раније да користи. У међувремену, тужени је подигао противтужбу за повреду права, тврдећи да тужилац, и уједно противтужени, врши повреду његовог жига. С обзиром да је тужилац засновао свој тужбени захтјев на чињеници да је раније почео да користи знак у промету и да је стекао статус општепознатог, то је уједно била и кључна чињеница коју је требало доказати у поступку.

---

29 У питању је флипс са кикирикијем, који су оба привредна друштва паковала у наранџасте кесице, са скоро идентичним графичким рјешењем и једином разликом у погледу назива производа, „GOLD FLIPS“ и „TIMI FLIPS“.

Првостепени суд је, након поступка који је трајао више од десет година, усвојио захтјев тужиоца оглашавајући га за носиоца жига, да би потом апелациони суд укинуо првостепену пресуду и предмет вратио на поновно суђење.<sup>30</sup> Тужилац је тврдио да спорни знак користи од 1987. године, а да је тужени почео да користи знак тек након регистрације 2001. године, те да је знак општепознат на подручју Тузланског кантона и шире, али је у поступку успио да докаже само да је знак коришћен, а не и да је стекао статус општепознатог. Наиме, тужилац је као доказна средства користио потврде о квалитету производа и награде са сајмова, из којих се не може закључити да је шира јавност била упозната са самим производом и знаком у довољној мјери да има статус општепознатог. Споран је и територијални домашај коришћења знака, јер тужилац није успио да докаже да је продавао производе у цијелој држави, већ само у неколико кантона, евентуално на подручју једног ентитета. Осим тога, производ никада није рекламиран ни промовисан. Чињеница је да су знакови веома слични и да просјечан потрошач, без обраћања посебне пажње, не може примијетити разлику између њих, али то не значи да је знак постао општепознат, што је заправо од кључног значаја за успјех у спору.

Коришћење знака у дужем временском периоду може бити један од показатеља да је знак стекао статус општепознатог, али свакако то није довољно, већ се морају узети у обзир и остале околности. С обзиром да се тужилац опредјелио за оспоравање жига на основу ранијег коришћења знака, евидентно је да има мало изгледа за успјех, будући да се жиг може оспорити само ако се ради о знаку који је стекао статус ноторног или општепознатог у смислу члана 6<sup>bis</sup> Париске конвенције. Босна и Херцеговина спада у ред држава у којима не постоји заштита нерегистрованих ознака, изузев ако имају статус општепознатих. У упоредном праву, постоје и другачији модели заштите нерегистрованих ознака које су коришћене у промету. Тако, у Њемачкој се тражи да је ознака стекла одређени степен препознавања у релевантној јавности, у неким државама одређене квалификаторне околности, док је у Данској довољно само коришћење знака.<sup>31</sup> Чак се у изворима права Европске уније као један од релативних разлога за одбијање пријаве наводи постојање права која проистичу из нерегистрованог жига који се користи у промету и чија

30 Пресуда Основног суда Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, бр. 96 0 Ps 007606 06 Ps од 19.12.2016. године и пресуда Апелационог суда Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, бр. 96 0 Ps 007606 06 17 Pž 4 од 01.12.2017. године

31 V. von Bomhard, A. Geier 690.

важност није само локалног карактера.<sup>32</sup> С обзиром да се жиг у нашем праву не може стећи употребом, већ само регистрацијом, тужиоцу који не докаже да је његов знак постао општепознат, преостаје могућност оспоравања жига само уколико је стечен на несавјестан начин.

#### IV Закључак

Основни недостатак управног поступка за стицање субјективних права индустријске својине односи се на могућност да неовлашћено лице стекне заштиту, тј. субјективно право. Правно средство којим се отклања тај недостатак је тужба за оспоравање права на заштиту. Тужба за оспоравање жига може се подићи уколико је жиг стечен или је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења, и уколико се ради о знаку који друго лице већ користи у промету и који је стекао статус општепознатог знака у смислу члана 6<sup>bis</sup> Париске конвенције за заштиту индустријске својине.

Ако је жиг регистрован или је пријава поднесена супротно принципу савјесности и поштења, овлашћено лице има право да захтијева да га суд огласи за носиоца права или подносиоца пријаве. Приликом утврђивања да ли у конкретном случају постоји несавјесно и непоштено поступање, узимају се у обзир одређени критеријуми. Први критеријум је знање подносиоца пријаве за коришћење знака од стране трећег лица, дакле, неопходно је испитати да ли је подносилац пријаве знао или је морао знати да треће лице већ користи знак. Осим тога, за несавјесно поступање потребна је и непоштена намјера да се треће лице спријечи да даље користи знак. Поред наведених субјективних критеријума, од значаја је и статус самог знака и репутација коју евентуално ужива.

Други случај у коме се може подићи тужба за оспоравање жига односи се на оспоравање права на заштиту општепознатог знака. Лице које користи у промету знак који је постао општепознат, а при томе није заштићен жигом, има право да у року од пет година од уписа у регистар, оспори право другог лица које је за исти или сличан знак поднијело пријаву или стекло заштиту. За успјех у поступку оспоравања жига, неопходно је да се ради о знаку који друго лице већ користи у промету за обиљежавање робе или услуга и који је стекао статус општепознатог знака. Пријављени или регистровани знак мора бити исти или сличан општепознатом знаку у мјери да може изазвати забуну на тржишту и њиме се морају обиљежавати

---

32 Уредба 2017/1001, чл. 8, ст. 4, Директива 2015/2436, чл. 5, ст. 4.

исти или слични производи. Приликом процјене да ли се знак може сматрати општепознатим, неопходно је узети у обзир упознатост релевантног дијела јавности са знаком, трајање, обим и географско подручје коришћења и промоције знака, као и вриједност повезана са знаком.

Тужба за оспоравање жига је правно средство којим се омогућава кориговање недостатака система регистрације у државама које предвиђају искључиво такав начин стицања жига. Она предвиђа одступање од правила да је први у времену јачи у праву, онда када то није у складу са стварним стањем на тржишту или када је првенство стечено непоштеним поступањем. Стицање жига регистрацијом доприноси правној сигурности али није увијек у складу са начелом правичности јер штити онога ко је први поднио пријаву, а не онога ко је први почео да користи знак. Стога, ова тужба пружа правни оквир за заштиту нерегистрованих ознака које привредни субјекти користе у промету робе и услуга.

**Svjetlana IVANOVIĆ**

**Assistant professor at the Faculty of Law University of Istočno Sarajevo**

## CHALLENGE OF A TRADEMARK

### Summary

*The paper deals with action for challenge of a trademark which is legal remedy if application was filed or sign was registered by unauthorized person. The action for challenge of a trademark can be raised in two cases: if the application was filed contrary to the principle of bona fide or if a sign was registered on the basis of such application, and if protected sign was identical or similar with a sign that is used in course of trade by another person, and if that sign has been well-known within the meaning of article 6<sup>bis</sup> of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. Author lists the criteria that must be taken into account in assessing unfair behavior, as well as determining the notion of well-known sign. Since in our legal system, the trademark is acquired exclusively by registration, and not by use, the claim for challenge a trademark is a legal remedy for protecting users of unregistered trademarks.*

**Key words:** trademark, well-known sign, article 6<sup>bis</sup> of the Paris Convention, principle of good faith.

Др Синиша ДОМАЗЕТ\*

## ПРАВНИ АСПЕКТИ ЧУВАЊА ПОДАТАКА У ВИРТУЕЛНОМ „ОБЛАКУ“ (КЛАУДУ) У СВЕТЛУ ОПШТЕ УРЕДБЕ 2016/679 ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ<sup>1</sup>

### *Резиме*

*У Европској унији не постоји „кровни“ пропис којим се уређује чување података у клаудима, већ је то уређено већим бројем правних аката. Један од главних извора права у вези са чувањем података у клауду представља Уредба Европске уније о заштити појединца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података, као и стављању ван снаге Директиве 95/46/ЕЗ. Уредба се примењује и на клауд провајдере са седиштем изван Уније. Истраживање је показало да ће клауд провајдери бити одговорни за своје поступке у вези са обрадом података о личности. За непоштовање одредаба Уредбе предвиђене су високе новчане казне до чак 20 милиона евра или 4% годишњег промета. Посебан проблем за клауд провајдере представљаће спровођење права на заборав, с обзиром да су локације података често непознате, као и велику покретљивост података у клауд окружењу. Клауд провајдери ће имати обавезу да процењују да ли је захтев за брисање података оправдан, што представља правно питање, и изискиваће значајне трошкове за клауд провајдере. Истраживањем је утврђено да је потребно детаљније уредити област преношења података између различитих клауд платформи, а показало се да ће мањи клауд провајдери имати тешкоће у вези са уговором са под-обрађивачима, с обзиром на строге захтеве Уредбе. Најзад, утврђено је да Уредбом нису детаљније уређена питања зашти-*

---

\* Универзитет Едуконс, Сремска Каменица, sdomazetns@gmail.com

1 Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

те података псеудонимизацијом или шифровањем. У раду су коришћени нормативни метод и правно-логички методи индукције и дедуције.

**Кључне речи:** право, привреда, безбедност, лични подаци, Европска унија, клауд

## І Увод

Све већи број предузећа користи данас виртуелни облак или клауд (енг. *cloudcomputing*) базирану инфраструктуру – виртуелне ресурсе који се - као сервис обезбеђују преко интернета<sup>2</sup>. Постоје три основна типа клауд окружења: приватни, јавни и хибридни. Три основна модела сервиса у сваком од клауд окружења су: инфраструктура као сервис, платформа као сервис и софтвер као сервис. Сваки од ова три модела има различит утицај на примену безбедности у клауду и ниједна мера није универзално примењивана - сва три модела. Свака комбинација клауд сервиса носи посебан сет ризика и захтева посебне мере заштите. Безбедност као појам у својој основи подразумева расположивост (доступност овлашћеним лицима), интегритет (ненарушавање целовитости) и поузданост (поверљивост, обезбеђење од крађе). Безбедност у клауду такође мора да испуни ове основне захтеве, али и неке специфичне као што су: безбедност мреже од злонамерних активности споља, безбедност трансакција унутар датацентра и између корисника и датацентра, безбедност платформе односно софтверских апликација, заштиту чувања и складиштења података, сагласност са регулативом и прописима. Безбедност у клауду се може поделити у две базичне категорије: безбедност која се односи на клауд провајдере и безбедност која се тиче корисника. Провајдери морају обезбедити да њихова клауд архитектура буде безбедна, а подаци и апликације корисника заштићени. Корисници са своје стране морају бити сигурни да је клауд провајдер предузео све неопходне мере за заштиту њихових података<sup>3</sup>.

Ово посебно важи с обзиром на чињеницу да се правна заштита неретко разликује од државе до државе, а да хакери широм света могу на различите начине допрети до осетљивих личних или пословних података. Није редак случај ни да подаци похрањени у „облаку“ (клауду) буду компромитовани од стране професионалаца које су ангажовале конкурентске компаније или државе, чиме се прелази на тло индустријске

2 У раду ће бити коришћен термин клауд.

3 Ненад Вељковић, Безбедност у клауду, 2013, доступно на адреси: <https://pcpress.rs/bezbednost-u-cloud-u/>, 15.03.2019.

шпијунаже. За пословне кориснике клауд технологија предвиђа читав низ предности, укључујући обезбеђење флексибилности, приступ новим услугама, помоћ у дигиталној трансформацији, брзину развоја и трошковну ефикасност<sup>4</sup>.

Развој клаудинг-а је веома значајан и омогућио је бројне предности у складиштењу и чувању осетљивих личних и пословних података. Колико је значајна клауд инфраструктура, говори податак да ће удео клауда у рачунарским активностима предузећа порасти од садашњих 10% на 45% до 2026. године<sup>5</sup>.

Имајући у виду наведено, од великог значаја је да постоји *адекватна правна регулатива* која ће омогућити већу безбедност података, како физичких лица, тако и компанија. У тексту који следи, биће више речи о правној регулативи у вези са клауд технологијама.

## II Преглед правне регулативе Европске уније у вези са чувањем података у клауду

Треба истаћи да на нивоу Европске уније не постоји један „кривни“ пропис којим се уређује области чувања података у клаудима (*cloud computing*), већ је ова материја уређена већим бројем аката секундарног законодавства ЕУ и одредбама националног законодавства. Један од главних извора права у вези са чувањем података у клауду представља *Уредба Европске уније о заштити појединца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података, као и стављању ван снаге Директиве 95/46/ЕЗ* (Општа уредба о заштити података, у даљем тексту: Уредба)<sup>6</sup>.

Поред GDPR Уредбе, чување података у клауду уређено је, поред осталог, и у *Директиви 2016/1148 Европског парламента и Савета од 6. јула 2016. године о мерама за висок заједнички ниво безбедности мрежних и информационих система широм Уније*, потом у *Директиви 2002/58 Европског парламента и Савета од 12. јула 2002. године о обради личних података и заштити приватности у подручју електронских комуника-*

4 Richard Kemp, „Legal aspects of cloud security“, *Computer law & security review*, Vol. 34, Nr. 4/2018, 929.

5 David Floyer, „Cloud Vendor Revenue” Projections 2015-2026”, Wikibon, 2017, *доступно на адреси: <https://wikibon.com/cloud-vendor-revenue-projections-2015-2016/>*, 15.03.2019.

6 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

ција (Директива о приватности и електронским комуникацијама), Директиви 2000/31/ЕЗ Европског парламента и Савета од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва на унутрашњем тржишту, посебно електронске трговине (Директива о електронској трговини), Директиви 2009/22/ЕЗ Европског парламента и Савета од 29. априла 2009. године о судским налозима за заштиту интереса потрошача (кодификована верзија), Уредби (ЕУ) 2018/302 Европског парламента и Савета од 28. фебруара 2018. године о решавању питања неоправданог географског блокирања и других облика дискриминације на унутрашњем тржишту на основу држављанства, места боравишта или места пословног седишта клијената, те о измени Уредби (ЕЗ) бр. 2006/2004 и (ЕУ) 2017/2394 и Директиве 2009/22/ЕЗ, Директиве 2017/1564 Европског парламента и Савета од 13. септембра 2017. године о одређеним дозвољеним употребама одређених дела и других предмета заштите који су заштићени ауторским правом и сродним правима у корист лица која су слепа, која имају оштећење вида или имају других тешкоћа у коришћењу штампаних материјала и о измени Директиве 2001/29/ЕЗ о усклађивању одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, Уредбе (ЕУ) 2017/1563 Европског парламента и Савета од 13. септембра 2017. године о прекограничној размени између Уније и трећих држава примерака у доступном формату одређених дела и других предмета заштите који су заштићени ауторским правом и сродним правима у корист лица која су слепа, која имају оштећење вида или имају других потешкоћа у коришћењу штампаних материјала, као и актима националних законодавстава држава чланица ЕУ. Поред наведених прописа, од значаја за *cloud-computing* је и серија стандарда ISO 27000 (нарочито стандарди ISO 27001, 27108), ISO 38500 (IT-управљање), ISO/IEC 38505 (управљање подацима), и слично.

### **III Изазови у примени Опште Уредбе о заштити података на чување података у клауду**

Област клаудинг-а је уређена са више одредаба Уредбе. Поменутом Уредбом се успостављају одређене обавезе за клауд провајдере. То подразумева да клауд провајдери имају уговорну одговорност. С тим у вези, треба нагласити да постоје два субјекта: клауд провајдер и клауд клијент. Клауд клијент би се могао сматрати лицем које (у складу са Уредбом) рукује подацима (руковалац података), док би се клауд провајдер требао сматрати обрађивачем података.



У пракси велики проблем представља чињеница да понекад није лако утврдити да ли је клауд провајдер руковалац или обрађивач података. У стварности, појединачни руковаоц података који користи услугу клауда обично не одређује сврху и средства на који начин ће лични подаци које он/она контролише бити обрађени. У клауд базама података, подаци се складиште међу серверима и другом опремом за складиштење података до којих корисници могу доћи уношењем одговарајућих креденцијала<sup>7</sup>. Информације и лични подаци се брзо преносе од једног центра за складиштење података ка другом и корисници немају контролу над средствима уз помоћ којих се подаци обрађују. Поред тога, постоје многе потрошачки усмерене клауд услуге, где су корисницима обезбеђене бесплатне услуге, док клауд провајдери користе сакупљене личне податке у циљу плаћања за услуге. У том контексту, провајдери клауд услуга би се (према слову Уредбе) могли означити као руковаоци података. Због тога се улога клауд провајдера мора истражити у сваком појединачном случају, у складу са природом клауд услуге<sup>8</sup>.

Према Уредби, провајдери клауд услуга морају да испуне читав низ обавеза, од којих се истичу обавеза вођења евиденције активности обраде за коју су одговорни<sup>9</sup>, обавеза примене одговарајућих техничких и организационих мера како би се постигао одговарајући ниво безбедности сходно ризику<sup>10</sup>, обавеза вршења процене утицаја предвиђених поступака обраде на заштиту података о личности<sup>11</sup>, обавеза именовања овлашћеног лица за заштиту података о личности (*data protection officer*)<sup>12</sup>, обавеза сарадње са надзорним органом на националном нивоу<sup>13</sup>.

Осим наведеног, у складу са чланом 5. поменуте Уредбе, лични подаци морају бити обрађивани на начин којим се обезбеђује одговарајућа безбедност личних података, укључујући заштиту од неовлашћене или незаконите обраде, као и од случајног губитка, уништења или оштећења

7 Christopher Milard, *Cloud computing Law*, 1st edition, Oxford, 2013, 3.

8 Peter Hustinx, European Data Protection Supervisor, Data protection and Cloud Computing under EU law, Third European Cyber Security Awareness Day, European Parliament, 13 April 2010, available at <http://www.edps.europa.eu>, in: Allesandro Mantelero, „Cloud computing, transborder data flows and the European Directive 95/46/EC: applicable law and task distribution”, *European Journal of Law and Technology*, Nr.2/2012, 3.

9 Уредба, чл. 30.

10 Уредба, чл. 32.

11 Уредба, чл. 35.

12 Уредба, чл. 37.

13 Уредба, чл. 31.

применом одговарајућих техничких или организационих мера („целовитост и поверљивост“).

Даље, у делу Уредбе који се односи на обавезе руковооца обраде података, наводи се да, узимајући у обзир природу, опсег, контекст и сврхе обраде, као и ризике различитих нивоа вероватности и озбиљности за права и слободе појединаца, руковалац обраде ће спровести одговарајуће техничке и организационе мере како би обезбедио и могао доказати да се обрада спроводи у складу са овом Уредбом. Те се мере према потреби преиспитују и ажурирају<sup>14</sup>. У члану 25. Уредбе се наводи да, узимајући у најновија достигнућа, трошак спровођења као и природу, опсег, контекст и сврхе обраде, као и ризике различитих нивоа вероватности и озбиљности за права и слободе појединаца који произлазе из обраде података, руковалац обраде, и у време одређивања средстава обраде и у време саме обраде, спроводи одговарајуће техничке и организационе мере, попут псеудонимизације, за омогућавање ефикасне примене начела заштите података, као што је смањење количине података, као и укључење заштитних мера у обраду како би се испунили захтеви из ове Уредбе и заштитила права испитаника<sup>15</sup>.

Потом, област клаудинга је обухваћена и чланом 28(1) Уредбе, у коме се истиче даако се обрада спроводи у име руковооца, руковалацсе-користи једино обрађивачима који у довољној мери гарантују спровођење одговарајућих техничких и организационих мера на начин да је обрада у складу са захтевима из ове Уредбе и да се њом обезбеђује заштита права испитаника. Поменути члан је нарочито важан, јер се њиме уређује питање *уговорних обавеза између обрађивача и руковооца података*. С тим у вези, наводи се да се обрада од стране обрађивача уређује уговором или другим правним актом који је обавезујући за обрађивача у односу на руковооца. У поменутом уговору се дефинише предмет и трајање обраде, природа и сврха обраде, врста података о личности и категорије лица на која се подаци односе, као и обавезе и права руковооца. Уговором се дефинишу и *посебне уговорне обавезе за обрађивача*, као што су обавеза обезбеђења да се лица овлашћена за обраду података обавезу на поштовање поверљивости, обавеза предузимања адекватних мера за заштиту од губитка података, обавеза да се помаже руковооцу уз помоћ одговарајућих техничких и организационих мера у испуњавању обавезе руковооца да одговори на захтеве за остваривање права лица на која се подаци односе, обавеза да обрађивач по избору руковооца, брише или враћа руковоо-

14 Уредба, чл. 24(1).

15 Уредба, чл. 25(1).

цу све податке о личности након окончања пружања услуга у вези са обрадом и уништава постојеће копије, обавеза обрађивача да руковаоцу ставља на располагање све информације неопходне за доказивање поштовања обавеза и руковаоцу или другом ревизору којег овласти руковалац омогућава вршење ревизије, укључујући и инспекције, и помаже у њиховом вршењу, и слично<sup>16</sup>.

Посебно је важно решење Уредбе по којем је руковалац одговоран за радње обрађивача података. Тако, у складу са Уредбом, ако се обрада врши у име руковаоца, руковалац сарађује искључиво са обрађивачима који у довољној мери гарантују примену одговарајућих техничких и организационих мера, тако да обрада буде у складу са захтевима из Уредбе и да обезбеђује заштиту права лица на која се подаци односе<sup>17</sup>.

Уредбом је предвиђена и обавеза заједничких руковалаца података да међусобним договором одреде одговорности свакога од њих у циљу извршавања обавеза из уредбе, нарочито у вези са остваривањем права лица на која се подаци односе и дужности свакога од њих у погледу пружања информација. Лице на које се подаци односе може да остварујесвојаправа у односунасвакогруковаоца и противсвакогодњих<sup>18</sup>.

С обзиром да постоји тенденција да провајдери клауд услуга нуде услуге појединцима и крајњим корисницима, поставило се питање да ли ће провајдери клауд услуга бити обухваћени Уредбом. С тим у вези, у Уредби се наводи да се она не примењује на обраду података о личности коју врше физичка лица у току искључиво личне или кућне активности и због тога није повезана са професионалном или привредном делатношћу. Личне или кућне активности могу да обухватају кореспонденцију и поседовање адреса или друштвено умрежавање и активности на интернету које се врше у контексту таквих активности. Међутим, уредба се примењује на руковаоце или обрађиваче који пружају средства за обраду података о личности за такве личне или кућне активности<sup>19</sup>.

Посебан проблем за провајдере клауд услуга представља обавеза да се претходно да специјална или генерална писмена сагласност руковаоца другом под-обрађивачу података. Ово нарочито долази до изражаја када се клауд услуге обезбеђују преко већег броја под-обрађивача, чиме

---

16 Уредба, чл. 28.

17 Исто.

18 Уредба, чл. 26.

19 Уредба, тачка 18.

долази до повећаног ризика за обраду личних података у недозвољене сврхе. Разумљиво, под-обрађивач података мора, у складу са чланом 28. Уредбе, испуњавати исте обавезе у погледу заштите података о личности, као што би био случај у уговору између обрађивача и руковоаца података (посебно кад је реч о примени одговарајућих техничких и организационих мера), јер ће у случају неиспуњења обрађивач сносити одговорност за његове поступке и радње.

Директан утицај на клауд провајдере имају и два нова права која су загарантована Уредом: *право на брисање (право на заборав)* и *право на преносивост података*.

Кад је реч о *праву на брисање*, у члану 17. Уредбе се наводи да испитаник има право од руковоаца затражити брисање личних података који се на њега односе без непотребног одлагања, а руковалац има обавезу да обрише личне податке без непотребног одлагања, уколико је испуњен *макар један* од следећих услова: лични подаци више нису нужни у односу на сврхе за које су прикупљени или на други начин обрађени; испитаник повуче сагласност на којој се обрада заснива и ако не постоји друга правна основа за обраду; испитаник уложи приговор на обраду те не постоје јачи легитимни разлози за обраду, или испитаник уложи приговор на обраду у случају директног маркетинга; лични подаци су незаконито обрађени; лични подаци морају се брисати ради поштовања правне обавезе из права Уније или права државе чланице којем подлеже руковалац; лични подаци прикупљени су у вези с понудом услуга информационог друштва које се односе на децу<sup>20</sup>.

С обзиром да су се појавили приговори да је овакво решење Уредбе у супротности са основним правима, као што је право на информисање или право говора, у Уредби је наведено да се право на брисање мора избалансирати са овим фундаменталним правима, уколико је то у сагласју са обавезама Уније или држава чланица, за потребе обављања задатака од значајног јавног интереса, из разлога јавног интереса у области јавног здравља, за потребе научног или историјског истраживања или статистичке потребе, и слично<sup>21</sup>.

За клауд провајдере је од посебног значаја део Уредбе (тачка 66), у којем се наводи да у циљу јачања „права на заборав“ у онлајн окружењу,

20 Синиша Домазет, Здравко Скакавац, „Право на заборав“ и Општа уредба Европске уније 2016/679 о заштити података о личности, *Европско законодавство*, бр. 66/2018, 79.

21 Уредба, чл. 23.

право на брисање треба да буде проширено тако да руковалац који је објавио податке о личности има обавезу да обавести руковоаоце података који такве податке обрађују да обришу све линкове за те податке о личности или копије или реконструкције тих података. Том приликом, руковалац мора да предузме одговарајуће мере, узимајући у обзир доступну технологију и средства доступна руковоаоцу података, укључујући и техничке мере, да обавести руковоаоце података који обрађују податке о личности о захтеву лица на које се подаци односе. Проблем представља чињеница да Уредба није прописала које су то „одговарајуће мере“, стога ће спровођење ове обавезе бити тежак задатак за клауд провајдере, посебно узимајући у обзир да подаци у отвореним мрежама, као што је интернет, могу бити копирани, постављени поново на различите локације, чињеницу да се често не може лако утврдити ко је руковалац или како да изворни руковалац открије друге руковоаоце. Ипак, постоје мишљења да је овакво решење Уредбе добро, јер ће руковоаоци морати добро да анализирају захтеве за брисање података о личности, с обзиром на високе санкције за кршење ове Уредбе<sup>22</sup>. Ипак, намеће се дилема да ли ће руковоаоци података (клауд провајдери) бити довољно стручни да решавају овако сложена питања.

Друго веома важно право предвиђено Уредбом односи се на *право на преносивост података*.

С тим у вези, лице на које се подаци односе има право да прими податке о личности који се односе на њега, а које је пружило руковоаоцу података у структурираном, уобичајеном и машински читљивом формату и има право да преноси те податке другом руковоаоцу података без ометања од стране руковоаоца којем су подаци о личности пружени уколико је обрада заснована на пристанку или уговору<sup>23</sup>. Проблем представља чињеница да се клауд провајдери прилично разликују с обзиром на формате у којима чувају податке. Генерално, постоје бројни проблеми у вези са преносивошћу података, јер не постоји неки стандардни формат података који би био усвојен од стране свих клауд провајдера, нити интерфејси који омогућавају интероперабилност и преносивост података. Може се претпоставити да би велики клауд провајдери могли да издвоје финансијска средства за инвестирање у нове системе за трансфер података, али то би био

---

22 О овоме видети: Gilbert Francoise, “The Right of Erasure or Right to be Forgotten: What the Recent Laws, Cases, and Guidelines Mean for Global Companies”, *Journal of Internet Law*, Nr. 8/2015, 1, 8; ML Rustad and S Kulevska, “Reconceptualising the Right to be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Nr. 2/2015.

23 Уредба, чл. 20.

превелик терет за мале клауд провајдере. Постоје и мишљења да би „миграција“ података требала бити сматрана наплативом додатном услугом која би се нудила од стране клауд провајдера. То би могло створити ризик да велики клауд провајдери повећају трансакционе трошкове неопходне да се пређе од једне услуге на другу, и на тај начин би се њихови корисници „закључали“ у њиховим системима. Таква пракса би била сматрана злоупотребом доминантног положаја на тржишту<sup>24</sup>.

Ипак, треба истаћи да је Уредбом забрањено да руковалац наплаћује било какву накнаду за достављање личних података, сем у случају да се ради о очигледно неоснованом или претераном захтеву или о захтеву који се пречесто подноси<sup>25</sup>. Стога ће наплата таквих услуга бити везана само за појединачне случајеве (дефинисане Уредбом), али не и за сваки захтев који дође до клауд провајдера.

Посебан проблем у вези са услугама клауда јавља се у вези са *анонимизацијом и псеудонимизацијом података о личности*. У том смислу, наводи се да физичка лица могу да буду повезана са мрежним идентификаторима које пружају њихови уређаји, апликације, алати и протоколи, као што су адресе интернет протокола, идентификатори колачића или други идентификатори као што је ознака за радио-фреквенцијску идентификацију. То може да остави трагове који, посебно у комбинацији са јединственим идентификаторима и другим информацијама које примaju сервери, могу да се користе за профилисање физичких лица и њихову идентификацију<sup>26</sup>. Дакле, што је дефиниција личних података шире постављена и уколико се они обрађују, утолико су веће шансе да се услуге клауд провајдера подведу под примену Уредбе. Треба узети у обзир и да корисници могу да шифрују њихове личне податке и да их затим поставе на клауд, тако да клауд провајдер нема никакав приступ кључу за дешифровање, па се не може ни поставити питање ризика по приватност<sup>27</sup>. Дакле, намеће се дилема да ли ће обрађивач података моћи да се подведе под захтеве Уредбе, с обзиром да поседује личне податке, али без кључа за дешифровање? Другим речима, да ли ће се подаци који су учињени

24 Primavera De Filippi, Luca Belli, “Law of the Cloud v Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation”, *European Journal for Law and Technology*, Nr. 2/2012, 6.

25 Уредба, чл. 12.

26 Уредба, тачка 30.

27 Kuan Hon, “Dark Clouds?”, *Intermedia Journal of the International Institute of Communications*, Nr. 4/2016, доступно на адреси: <http://www.iicom.org/intermedia/intermedia-past-issues/intermedia-january-2016/dark-clouds>, 20.03.2019.

анонимнима, псеудонимизовани или шифровани пре него што су постављени у кладу, бити сматрани личним подацима? Од одговора на ова питања зависи и правни положај клауд провајдера.

У Уредби се, поводом наведених питања, заузима став да начела заштите података не треба примењивати на анонимне информације, односно информације које се не односе на физичко лице чији је идентитет одређен или може да се одреди, или на податке о личности који су учињени анонимнима тако да идентитет лица на које се подаци односе не може да се одреди. Због тога се Уредба не односи на обраду таквих (анонимних) информација<sup>28</sup>. Кад је реч о псеудонимизацији података, Уредба је дефинише као обраду података о личности на такав начин да подаци о личности више не могу да се повежу са конкретним лицем на које се подаци односе без коришћења додатних информација, под условом да се такве додатне информације чувају одвојено и да се на њих примењују техничке и организационе мере да би се обезбедило да подаци о личности не могу да се повежу са физичким лицем чији је идентитет одређен или се може одредити<sup>29</sup>. Дакле, Уредба псеудонимизацију, као и шифровање, третира као меру заштите безбедности података. Такође, Уредба садржи својеврсне подстицаје за псеудонимизацију података о личности, наводећи да треба омогућити да исти руковалац може да спроводи мере псеудонимизације и општу анализу у случајевима када је тај руковалац предузео техничке и организационе мере потребне за обезбеђивање, у конкретној обради, ове уредбе, и одвојено чување додатних информација за приписивање података о личности одређеном лицу на које се подаци односе<sup>30</sup>. На пример, уколико је дошло до компромитовања личних података одређеног лица, који су били заштићени, а да притом није дошло до компромитовања кључа за дешифровање, физичка лица не морају бити обавештена о томе.

Иако се у Уредби констатује да примена псеудонимизације на податке о личности може да смањи ризике за лица на која се подаци односе и да помогне руковаоцима података и обрађивачима у испуњавању њихових обавеза у вези са заштитом података, то не искључује било које друге мере за заштиту података<sup>31</sup>.

---

28 Уредба, тачка 26.

29 Уредба, чл. 4.

30 Уредба, чл. 32. и тачка 29.

31 Уредба, тачка 28.

Дакле, анонимизацији, псеудонимизацији и шифровању података се у Уредби придаје велика пажња. Али, поставља се питање колики је стварни домашај ових одредби? Другим речима, да ли подаци који су учињени анонимним, псеудонимизовани или шифровани могу ипак бити идентификовани, с обзиром на све бржи развој информационо-комуникационих технологија и одговарајућих софтвера и алата који олакшавају процес идентификације? Одговор на ово питање је веома важан, јер ће од одговора зависити да ли ће обрада података потпасти под Уредбу или не. Иако Уредба захтева од руковоца података да примени одговарајуће организационе и техничке мере у циљу спречавања идентификације заштићених података о личности, треба узети у обзир да подаци који су учињени анонимним не потпадају под Уредбу, за разлику од анонимизованих података.

Како би се утврдило да ли идентитет физичког лица може да се одреди, треба узети у обзир сва средства, као што је издвајање, која ће руковалац или било које друго лице вероватно користити за непосредно или посредно одређивање идентитета физичког лица. Приликом процене која средства за одређивање идентитета физичког лица ће вероватно да буду употребљена, треба узети у обзир све објективне факторе, као што су трошкови и време потребно за утврђивање идентитета, узимајући у обзир технологију доступну приликом обраде и технолошки развој<sup>32</sup>.

У пракси се могу јавити одређене тешкоће приликом одговора на питање да ли је неко физичко лице могуће идентификовати, примера ради преко динамичке *IP*-адресе. Према схватању Суда правде у случају *Breyer*, динамичка *IP*-адреса ће се третирати као податак о личности уколико обрађивач података, у складу са националним правом, може тражити додатне информације од треће стране како би се физичко лице идентификовало. Стога се може закључити да је у Уредби прихваћен *објективни стандард* приликом процене могућности идентификације физичког лица на које се подаци односе.

Проблем представља и чињеница да развој модерних технологија све више отежава анонимизацију података о личности, то јест, идентификацију физичког лица чини лакшом. Самим тим, положај клауд провајдера на тржишту ће бити све комплекснији, јер ће то изискивати додатне трошкове за технологије које ће унапредити приватност корисника клауд услуга. Имајући у виду да клауд провајдери, махом, у својим

---

32 Уредба, тачка. 26.



условима коришћења услуге уопште не наводе одредбе о политици шифровања података, може се закључити да они неће хтети да обезбеде квалитетнију заштиту приватности корисника приликом обраде њихових личних података (посебно оних вредних), уколико не постоји одговарајућа правна регулатива која ће их обавезати на кораке у том правцу.

Још један велики проблем за клауд провајдере представља одредница да се Уредба може *примењивати и изван граница Уније*. О томе сведочи члан 3. Уредбе, у коме се наводи да се Уредба примењује на обраду података о личности у оквиру активности оснивања седишта руковооца или обрађивача у Унији, независно од тога да ли се обрада врши у Унији или не.

Овакав концепт није повољан за клауд провајдере. Разлог је у томе што клауд провајдери могу имати већи број центара за складиштење података, који су географски лоцирани у различитим државама чланицана Уније, а да се притом главно седиште клауд провајдера налази изван Уније. Због тога би у оваквом случају било јако тешко одредити који је центар за складиштење података представљао главно седиште. Ипак, уколико је руковалац (корисник клауд услуга) или обрађивач података (клауд провајдер) стационаран на територији Уније, тада ће се несумњиво применити решења Уредбе, чак и уколико се обрада врши ван граница Уније.

Такође, на клауд провајдере се може применити и одредба Уредбе којом се дефинише да се Уредба примењује на обраду података о личности лица на која се подаци односе у Унији коју врши руковалац или обрађивач који нема седиште у Унији, ако су активности обраде повезане са нуђењем робе или услуга таквим лицима на која се подаци односе у Унији, независно од тога да ли лице на које се подаци односе треба да изврши плаћање или праћењем њиховог понашања, под условом да се њихово понашање одвија унутар Уније<sup>33</sup>. Ова одредба је нарочито важна, јер на тржишту постоје клауд сервиси који нуде робе или услуге корисницима, а притом прикупљају личне податке корисника ради лакшег плаћања њихових услуга<sup>34</sup>.

Поставља се питање на који начин утврдити да ли руковалац података нуди робе или услуге корисницима у Унији. Према Уредби, треба утврдити да ли је очигледно да руковалац или обрађивач намерава да понуди услуге лицима на која се подаци односе и која се налазе у једној или више држава чланица Уније. Иако сама доступност интернет страна

---

33 Уредба, чл. 3.

34 На пример, један од таквих клауда се може пронаћи на следећем линку: <https://headspring.com/industries/consumer-goods-services/>

руковаоца, обрађивача или посредника у Унији или адресе електронске поште и других контакт података или коришћење језика који је уопштено у употреби у трећој земљи у којој руковалац има седиште нису довољни за утврђивање такве намере, фактори као што је коришћење језика или валуте који су уопштено у употреби у једној или више држава чланица уз могућност наручивања робе или услуга на том другом језику, или помињање купаца или корисника који се налазе у Унији, могу јасно да покажу такву намеру<sup>35</sup>.

С друге стране, да би се одредило да ли активност обраде може да се сматра праћењем понашања лица на које се подаци односе, треба утврдити да ли се физичка лица прате на интернету, укључујући и могуће накнадно коришћење техника обраде података о личности које се састоје од профилисања физичког лица, посебно ради доношења одлука које се односе на њега или ради анализе или предвиђања његових личних склоности, понашања и ставова<sup>36</sup>. Ова одредба је посебно значајна кад се говори о социјалним мрежама које прикупљају податке од корисника и продају их на тржишту, у циљу спровођења рекламних кампања.

Једно од најспорнијих питања у вези са применом Уредбе на клауд провајдере односи се на *прекогранични проток података о личности*, с обзиром да се подаци складиште на различитим локацијама, а обрада података складиштених у клауду се одвија у различитим јурисдикцијама широм света. Поред тога, клауд провајдери ретко обелодањују информације где складиште личне податке корисника, а национални прописи држава чланица у погледу заштите података о личности се могу разликовати. Проблем додатно компликује и чињеница да се највећи проценат клауд компанија налази у САД.

У складу са Уредбом, сваки пренос личних података који се обрађују или су намењени за обраду након преноса у трећу земљу или међународну организацију одвија се једино ако, у складу са другим одредбама ове Уредбе, руковалац и обрађивач делују у складу са условима који важе и за даље преносе личних података из треће земље или међународне организације у још једну трећу земљу или међународну организацију<sup>37</sup>. Дакле, неовлашћени трансфер личних података (са клауда) је незаконит.

---

35 Уредба, тачка 23.

36 Уредба, тачка 24.

37 Уредба, чл. 44.

Уредба ограничава пренос личних података у трећу земљу или међународну организацију (дакле, ван ЕУ) уколико Комисија одлучи да трећа земља, територија, или један или више конкретних сектора унутар те треће земље или међународна организација не обезбеђује адекватан ниво заштите. Штавише, Уредбом се захтева да трећа земља треба да понуди гаранције којима се обезбеђује одговарајући ниво заштите који је суштински исти као ниво заштите обезбеђен у Унији, а посебно када се подаци о личности обрађују у једном или више конкретних сектора<sup>38</sup>. Комисија је задржала право да периодично преиспитује раније донете одлуке о адекватности на сваке четири године, као и да спроводи мониторинг над развојем догађаја у трећим земљама или међународним организацијама. Уколико доступне информације указују да трећа земља, територија или један или више одређених сектора унутар треће земље или међународна организација више не обезбеђује адекватан ниво заштите, Комисија актима за спровођење ставља ван снаге, мења или суспендује одлуку<sup>39</sup>.

У случају да одлука о адекватности није донета, руковацац или обрађивач може да пренесе податке о личности у трећу земљу или међународну организацију само ако су предвидели заштите мере, уколико то одобри Комисија или национално тело за заштиту података<sup>40</sup>. Као одговарајуће заштите мере наводе се стандардне клаузуле о заштити података, као и обавезујућа корпоративна правила. Уколико су испуњени услови предвиђени Уредбом<sup>41</sup>, надлежно национално тело за заштиту података ће одобрити поменута правила. Ово је одредба која се свакако може применити у области услуга клауда. Када је реч о стандардним клаузулама за заштиту података, оне могу бити усвојене од стране Комисије, али се за њих не тражи сагласност националног тела за заштиту података. У погледу клауд провајдера, као добро решење би се могле навести модел клаузуле садржане у одлуци Комисије о стандардним клаузулама за пре-

---

38 Уредба, чл. 45; Уредба, т. 104.

39 Уредба, чл. 45(5). С тим у вези, јавио се велики проблем у односима између САД и ЕУ, јер је Унија сматрала да САД не обезбеђују адекватан ниво заштите личних података, услед великог „уплива“ америчких обавештајних служби у личне податке грађана (посебно услед случаја Едварда Сноудена). Слично је потврђено и у случају *Schrems*. Покушај да се пронађе излаз из ове ситуације је извршен склапањем такозваног „*EU-US Privacy Shield* споразума, али су сумње у адекватну заштиту остале и даље.

40 Уредба, чл. 46.

41 Уредба, чл. 47.

нос личних података обрађивачима у трећим земљама<sup>42</sup>, али треба нагласити да се ове клаузуле не могу применити на клауд провајдере који имају седиште изван ЕЗ, па је у том погледу неопходно извршити одговарајуће измене и допуне Уредбе.

Поред тога, Уредба наводи и одобрене кодексе понашања и одговарајуће механизме сертификације као облик заштитних мера<sup>43</sup>, али треба нагласити да ове одредбе нису довољно прецизно регулисане, што такође представља својеврсни недостатак постојеће Уредбе и додатно усложњава положај клауд провајдера на тржишту.

Уколико не постоји одлука о адекватности, или одговарајуће заштите мере, пренос или скуп преноса података о личности у трећу земљу или међународну организацију врши се само под једним од услова одређених Уредбом. То подразумева да је лице на које се подаци односе изричито пристало на предложени пренос након што је упознато са могућим ризицима таквих преноса за лица на која се подаци односе због непостојња одлуке о адекватности и одговарајућих заштитних мера. Тај пристанак мора да се даје јасном потврдном радњом којом се изражава добровољан, конкретан, информисан и недвосмислен пристанак лица на које се подаци односе на обраду података о личности који се односе на њега, као што је писана изјава, укључујући и електронску изјаву, или усмена изјава<sup>44</sup>. С друге стране, за осетљиве податке тражи се изричита сагласност<sup>45</sup>. Ово ће бити јако тежак задатак за клауд провајдере, јер се услуге клаудинга врше на различитим локацијама, циљеви обраде података нису увек блиски клауд провајдерима, а истовремено се клауд провајдери сусрећу са великим бројем личних података корисника.

Још једна важна одредба Уредбе која се односи на клауд провајдере предвиђа да свака пресуда суда или трибунала и свака одлука органа управе треће земље којом се од руковоаца или обрађивача захтева пренос или откривање података о личности може бити призната или извршена на било који начин само ако се заснива на међународном споразуму, као што је уговор о узајамној правној помоћи, који је на снази између треће

---

42 Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2010) 593) (Text with EEA relevance), OJ L 39, 12.2.2010, p. 5–18.

43 Уредба, чл. 46.

44 Уредба, чл. 49; Уредба, тачка 32.

45 Уредба, чл. 9.

земље која је поднела захтев и Уније или државе чланице, не доводећи у питање друге разлоге за пренос<sup>46</sup>. Дакле, уколико не постоји споразум о узајамној правној помоћи, откривање података о личности ће бити забрањено, осим уколико њихов пренос није у складу са условима постављених Уредбом.

Оно што ће свакако позитивно утицати на клауд провајдере, како са подручја Уније тако и ван ње, су *високе санкције за кршење Уредбе*. Тако, максимална казна која је предвиђена Уредбом износи 20 милиона евра или, у случају друштва, 4% укупног годишњег промета у свету за претходну финансијску годину, у зависности око тога који износ је већи<sup>47</sup>. На овај начин, клауд провајдери (обрађивачи) ће бити директно одговорни према субјектима чије податке обрађују, док ће корисници података моћи да поднесу одговарајуће тужбе против клауд провајдера због неадекватне обраде њихових личних података, тражећи надокнаду штете. Та тужба би се могла поднети и против клауд провајдера који се налази ван Уније, с обзиром на поменута правила о екстериторијалности Уредбе. Клауд провајдери ће моћи да избегну одговорност једино уколико докажу да нису одговорни за штету која је наступила, што неће бити лак задатак.

#### IV Закључак

На основу реченог, може се закључити да су услуге чувања података у клауду у експанзији широм света. Имајући то у виду, Уредбом се настојало да се и ова област правно уреди и тако заштите интереси корисника података о личности. Она ће свакако значајно утицати на понашање клауд провајдера, који ће морати да предузму значајне кораке у заштити личних података, што до сада није био случај. Као значајан подстицај за промену понашања представља чињеница да ће клауд провајдери као обрађивачи података бити одговорни за своје понашање, уколико се неадекватном обрадом података о личности нанесе штета корисницима њихових услуга. То ће значити исплату значајних финансијских средстава на име одштете оштећеним субјектима, а ни казне за кршење Уредбе нису нимало занемарљиве (крећу се до чак 20 милиона евра, односно 4% годишњег промета ако је реч о друштвима).

Посебан проблем за клауд провајдере представљаће спровођење права на брисање (права на заборав), с обзиром да су локације података

---

46 Уредба, чл. 48.

47 Уредба, чл. 83.

често непознате, као и велику покретљивост података у клауд окружењу. Поред тога, клауд провајдери ће имати обавезу и да процењују да ли је захтев за брисање података оправдан, што представља правно питање, и изискиваће значајне трошкове за клауд провајдере. То је уједно и велика одговорност за клауд провајдере, посебно услед високих казни које им прете у случају доношења неодговарајуће одлуке. Не треба занемарити ни чињеницу да између различитих клауд платформи постоји инкомпатибилност, и да је преношење података у различитим форматима са једне клауд платформе на другу практично неизводљиво. Једини начин да се обезбеди међусобна интероперабилност јесте да се издвоје велика финансијска средства у нове технологије, што могу да обезбеде само велики клауд провајдери. Најзад, у погледу преноса података су могуће и одређене злоупотребе, јер се може очекивати да ће клауд провајдери намерно повећати висину накнаде за трошкове преноса података на другу платформу, како би „везали“ постојеће кориснике. Због тога, у решавање овог питања треба укључити и важеће одредбе из области права конкуренције ЕУ (нарочито у вези са злоупотребом доминантног положаја).

Додатну обавезу за клауд провајдере представља и подуговарање са обрађивачима, имајући у виду да Уредба прописује обавезујуће одредбе за овакве уговоре, а малим клауд провајдерима ће бити прилично тешко да испоштују наведене одредбе, чиме се примат даје већим играчима на тржишту клаудинг-а. На овај начин, доћи ће до повећања трошкова, што ће резултирати и повећањем цене услуга клаудинг-а и смањењем конкурентске снаге клауд провајдера из Уније.

Још једна тешкоћа за клауд провајдере односи се на питања псеудонимизације и анонимизације података. Уколико је обезбеђена одговарајућа заштита података (уз помоћ шифровања), тада неће бити одговорности клауд провајдера. Проблем је што у Уредби нису детаљније уређена ова питања, те се у будућности могу очекивати измене у том правцу.

На крају, екстериторијална примена Уредбе (и ван граница ЕУ) значиће да под Уредбу могу да потпадну и клауд провајдери ван Уније, што може изазвати бројне практичне проблеме. У сваком случају, високе казне које су предвиђене Уредбом несумњиво ће имати ефекат на понашање клауд провајдер и подићи ће стандарде у заштити података о личности.

**Siniša DOMAZET**

**LEGAL ASPECTS OF DATA STORAGE IN A VIRTUAL "CLOUD"  
IN THE LIGHT OF GENERAL REGULATION 2016/679  
OF THE EUROPEAN UNION FOR THE PROTECTION  
OF PERSONAL DATA**

***Resume***

*In the European Union there is no "roof" rule governing the storage of data in the cloud, but it is governed by a large number of legal acts. One of the main sources of law in connection with storing data in the cloud represents a Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC. The Regulation also applies to cloud providers based outside the Union. Research has shown that cloud providers will be responsible for their actions in relation to the processing of personal data. For violating the provisions, the Regulation provides for high fines up to 20 million euro or 4% of annual turnover. A particular problem for cloud providers is implementation of the right to forgotten, considering that the location data is often unknown, and great mobility data in a cloud environment. Cloud providers will be required to assess whether the request for forgotten is justified, which is a legal issue, and will require significant costs for cloud providers. The research has found that it is necessary to further regulate transfer data between different cloud platforms, and that smaller cloud providers will have difficulties related to the contract with sub-processors, due to the strict requirements of the Regulation. Finally, it was found that the Regulation did not regulate data protection issues, such as pseudonymisation or encryption. The research used normative methods and legal and logical methods of induction and deduction.*

**Key words:** law, economy, security, personal data, European Union, cloud.

Др Соња ЛУЧИЋ\*

## ПРАВНА ЗАШТИТА КОМУНИТАРНОГ ДИЗАЈНА И КЛАУЗУЛА О ПОПРАВЦИ

### Резиме

*Дизајн резервних делова већ дуже време спада у најспорнија питања у европском праву заштите дизајна. Не само у оквиру Директиве 98/71, него и у оквиру Уредбе 6/2002 вођене су полемике око такозване клаузуле о поправци. Сврха ове клаузуле је да спречи монопол у корист носиоца дизајна у односу на саставне делове сложених производа. Потрошач који је купио дуготрајни и можда скупи производ (на пример аутомобил) на неодређено време је, због куповине резервних делова, повезан с произвођачем сложеног производа. На тај начин би могло доћи до стварања нездравих услова тржишног такмичења на тржишту резервних делова, што у пракси обезбеђује произвођачу сложеног производа монопол који траје дуже од заштите његовог дизајна.*

*У раду се анализира актуелна пракса Суда правде ЕУ која за предмет има дизајн за резервне делове сложених производа. Трговина резервним деловима има велики значај пре свега у аутомобилској индустрији. Из тог разлога произвођачи покушавају да на основу заштите путем права дизајна за делове производа стекну утицај на секундарном тржишту. Ова пракса је доведена у питање после пресуде Суда правде ЕУ у спојеним предметима C-397/16 и C-435/16.*

**Кључне речи:** Уредба ЕУ бр. 6/2002; комунитарни дизајн; клаузула о поправци; саставни део сложеног производа.

### І Увод

Дизајн сложених производа, нпр. аутомобила који се састоје од великог броја појединачних делова може да се заштити одговарајућим

---

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу



правом. За територију ЕУ правни оквир за заштиту дизајна је успостављен Директивом 98/71. Ова Директива, између осталог, гарантује заштиту сложеним производима као што су аутомобили и њихови видљиви делови. Према томе, само носилац права на дизајн може да користи дизајн. Другим речима, трећа лица не могу да користе аутомобил са истим дизајном на тржиште ЕУ.

За купца дизајнираног производа ово решење може изазвати непријатности када на пример услед аутомобилске несреће мора да замени делове сложеног производа („crash parts“) у циљу његовог враћања у првобитно стање. Уместо да носиоцу права плаћа „астрономску цену“ за заштићене резервне делове, власник аутомобила може да набави од трећег лица резервне делове који су идентични оригиналним, позивајући се на чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002. Према овој Уредби резервни делови сложеног производа које производи треће лице могу да се користе у сврху поправке тог сложеног производа како би се обновио његов првобитни изглед. Ово правило важи у сваком случају за такозване „must match“ делове,<sup>1</sup> као што су на пример врата, предња светла аутомобила, блатобрани. Али шта је са такозваним „nice to have“ деловима, на пример фелне, које се не морају нужно уклопити у суседне делове са позитивним приањањем и још увек се могу слободно одабрати? На пример, алтернативне варијанте дизајнираних фелни за одређени модел аутомобила или дизајниране фелне за различите моделе аутомобила: да ли су и оне обухваћене клаузулом о поправци у смислу чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002. Спорно питање у вези са деловима сложеног производа разјаснио је Суд правде ЕУ у спојеним предметима C-397/16 и C-435/16.<sup>2</sup> У наставку рада ће бити дат краћи приказ чињеничног стања у овим предметима.

## II Кратки приказ чињеничног стања у спојеним предметима „Acacia/Audi“ и „Acacia/Porsche“

Немачки произвођач аутомобила Ауди је носилац више дизајна који су у ЕУ заштићени за аутомобилске фелне од легуре. Са друге стране, компанија Acacia производи аутомобилске фелне од легуре под робном марком „WSP Italy“, које продаје на својој интернет страници доступној на неколико језика. Неке од тих фелни су идентичне фелнама које производи компанија Ауди. На фелнама које производи Acacia стоји отиснута ознака

1 Must-match делови су делови чији дизајн зависи од изгледа сложеног производа.

2 Текст пресуде у спојеним предметима C-397/16 и C-435/16 се може наћи на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-397/16&language=en>.

„NOT OEM”, што значи није од произвођача оригиналне опреме. У пословној и техничкој документацији која прати те производе, продајним рачунима и интернет страни фирме Асасиа наводи се да се фелне продају само као резервни делови намењени за поправку аутомобила.

Компанија Ауди је поднела тужбу надлежном суду у Милану, тражећи да се утврди да производња и продаја фелни од стране фирме Асасиа представља повреду његових дизајна заштићених у ЕУ. Незадовољна првостепеном пресудом тужена фирма Асасиа је поднела жалбу. Жалбени суд је пошавши од тога да постоји више контрадикторних одлука, не само италијанских него и судова других држава чланица, у вези са применом такозване „клаузуле о поправци“ у смислу чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002 прекинуо поступак и покренуо поступак претходног одлучивања пред Судом правде ЕУ.

Са друге стране, немачки произвођач спортских аутомобила Порше је, такође, носилац више дизајна који су у ЕУ заштићени за аутомобилске фелне од легуре. Фелне које производи фирма Асасиа у Немачкој продају се на њеној интернет страни, која је доступна и на немачком језику. Компанија Порше је поднела тужбу надлежном суду у Штутгарту, тражећи да се утврди да производња и продаја фелни од стране фирме Асасиа представља повреду његових дизајна заштићених у ЕУ. Незадовољна првостепеном пресудом тужена фирма Асасиа је поднела жалбу. Будући да је жалба одбијена, тужена страна је поднела ревизију. Ревизијски суд је пошао од тога да исход ревизије зависи од одговора на питање да ли тужена фирма Асасиа има право да се позове на такозвану клаузулу „о поправци“ из чланка 110, ст. 1 Уредбе бр. 6/2002. Међутим, тумачење те одредбе отвара неколико проблема. Из тог разлога немачки Савезни врховни суд је одлучио да прекине поступак и упућивањем неколико питања покренуо поступак претходног одлучивања пред Судом правде ЕУ.

Будући да се у оба предмета као тужена страна појављује фирма Асасиа, и да су немачки и италијански суд поставили скоро идентична питања суду у Луксембургу, овај суд је одлучио да споји поступке. Немачки и италијански суд су хтели да сазнају да ли чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002 треба тумачити тако да такозвана клаузула „о поправци“, садржана у тој одредби, условљава искључење заштите комунитарног дизајна за дизајн који представља саставни део сложеног производа који се користи у сврху поправке тог сложеног производа како би му се вратио његов првобитни изглед, тиме да заштићени дизајн зависи од изгледа сложеног производа. Поред тога, немачком и италијанском суду је било нејасно које

услове „клаузула о поправци” из чланка 110, ст. 1 Уредбе 6/2002 предвиђа за искључење заштите комунитарног дизајна за дизајн који представља саставни део сложеног производа који се употребљава у сврху поправке тог сложеног производа како би му се вратио његов првобитни изглед. И на крају, судови у Немачкој и Италији су имали дилему да ли произвођач резервних делова, да би могао да се позове на клаузулу о поправци, мора да се осигура да резервни део може да се купи само за сврху поправке - и ако мора – на који начин.

### **III Значај клаузуле о поправци у смислу чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002**

Произвођач аутомобила који затражи заштиту за нови дизајн аутомобила с индивидуалним карактером у смислу чл. 4, ст. 1 Уредбе 6/2002 постаје носилац права које важи у целој ЕУ. Право на дизајн за сложени производ простире се и на поједине његове саставне делове у смислу чл. 4, ст. 2 наведене Уредбе, као што су браници, блатобрани каросерије, врата, фарови или фелне. Носилац права на дизајн има, у складу с чл. 19 Уредбе, искључиво право коришћења и спречавања било које треће стране да се тим дизајном користи без његове сагласности. Другим речима, тај произвођач аутомобила чији је дизајн заштићен у ЕУ има монопол над коришћењем тих дизајна, што му даје могућност да забрани трећим странама да производе или стављају на тржиште аутомобил или делове аутомобила тог дизајна. У складу са правилом о исцрпљењу права, носилац права на дизајн нема право да забрани трећем лицу располагање производом који садржи заштићени дизајн, а који је ставио на тржиште ЕУ носилац права или треће лице уз његову сагласност. Исцрпљењем, са друге стране, није обухваћена производња производа који садржи заштићени дизајн, као ни његових саставних делова у смислу чл. 4, ст. 2 Уредбе 6/2002. Међутим, могуће је да се један од саставних делова аутомобила, који је продао произвођач аутомобила, као што су браници, блатобрани каросерије, врата, фарови или фелне, поквари и мора да се замени. Управо клаузула о поправци у смислу чл. 110, ст. 2 Уредбе 6/2002 има за циљ да у одређеним околностима спречи монопол носиоца права на дизајн у односу на резервне делове сложеног производа. Том клаузулом се предвиђа да права носиоца дизајна за сложени производ не укључују делове који се употребљавају у сврху поправке тог сложеног производа како би се обновио његов првобитни изглед.

#### IV Либерализација тржишта видљивих резервних делова за аутомобиле

У својој пресуди Суд правде ЕУ је одлучио да се тзв. клаузула о поправци не односи само на тзв. *must-match* делове.<sup>3</sup> Са друге стране, клаузула о поправци не обухвата коришћење делова ради украса, тј. из естетских разлога или у циљу прилагођавања сложеног производа за личне потребе. Ова клаузула се примењује само на делове сложеног производа који су визуелно исти као оригинални делови. У том смислу, искључено је свако коришћење дела које нема за циљ да се сложеном производу врати изглед који је имао приликом његовог стављања на тржиште. То се посебно односи на случајеве када резервни део не одговара оригиналном делу у погледу боје или димензија или ако када је изглед сложеног производа промењен након његовог стављања на тржиште.

Произвођач или продавац резервног дела може да се позове на клаузулу о поправци само под условом да поступа с дужном пажњом у погледу испуњавања услова из чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002 од стране крајњих корисника. То значи да су произвођач или продавац резервних делова у обавези да информишу даље кориснике, јасним и видљивим натписом на производу, његовом паковању, у каталозима или продајној документацији, с једне стране, о чињеници да конкретни део садржи дизајн чији је носилац друго лице и, с друге стране, о чињеници да је тај део намењен искључиво за коришћење у сврху поправке сложеног производа како би му се вратио његов првобитни изглед. Поред тога, произвођачи или продавци резервних делова дужни су одговарајућим средствима, посебно уговором, осигурати да даљи корисници дотичне делове не намењују за коришћење које није у складу с условима прописаним чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002. Такође, дотични произвођач или продавац мора се суздржати од продаје таквог дела ако зна или с обзиром на све релевантне чињенице разумно мора знати да се тај део неће користити у складу с условима прописаним чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002.

Својом пресудом у предметима С-397/16 и С-435/16 Суд правде ЕУ је допринео либерализацији тржишта резервних делова. Наиме, сложени производи попут аутомобила се састоје од великог броја појединачних делова. Ако се аутомобил оштети – на пример због несреће – поправком уз коришћење нових, тј. резервних делова аутомобил може да изгле-

---

3 Ralf Hackbarth, Art. 110 GGV nicht auf Must-Match-Teile beschränkt, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, 2/2018, 53.

да исто као и раније. Резервни делови морају обавезно да одговарају оригиналним деловима аутомобила у њиховом тачном облику и димензијама. У супротном оригинални изглед се не може обновити. Делови који одступају у погледу облика и изгледа не могу да се уклопе у оштећени производ.

Већина резервних делова је искључена из заштите дизајна (нпр. делови испод хаубе, тј. резервни делови које не видимо). Међутим, неке државе чланице ЕУ нису укинуле заштиту дизајна за видљиве резервне делове приликом преношења Директиве 98/71 у национални закон. Реч је о видљивим резервним деловима интегрисаним у каросерији, као што су блатобрани, огледала, фарови, задња светла. Произвођачи аутомобила се, са једне стране, залажу за ексклузивно право не само за дизајн сложеног производа, него и његових резервних делова. Са друге стране, заговорници либерализације тржишта видљивих резервних делова за аутомобиле противе се признању искључивог права на дизајн за резервне делове - чак и оне видљиве - јер не постоји алтернатива за поправке. Клаузула о поправци у смислу чл. 110, ст. 2 Уредбе 6/2002 има за циљ да у одређеним околностима спречи монопол носиоца права на дизајн у односу на резервне делове сложеног производа. Ипак, неке државе чланице ЕУ су увеле клаузулу о поправци, нпр. Шпанија, Италија, Пољска или земље Бенелукса, а друге не, на пример Немачка и Швајцарска.

Заштита дизајна резервних делова већ дуже време предстаља једно од најспорнијих питања у европском праву заштите дизајна.<sup>4</sup> Противници укидања заштите дизајна износе при том озбиљне аргументе. Наиме, по њиховом мишљењу, ексклузивна права као што су права на заштиту дизајна су - баш као и патенти - одлучујући подстицај за развој нових производа. До сада су се трошкови које компаније улажу у истраживање и развој исплатили. Разлог за то је што произвођачи могу забранити другим компанијама да користе на пример нови дизајн. Ако овај монопол престане, подстицај се такође смањује. Осим тога, искуство показује да су заштићени дизајни економски пресудни за многе компаније, посебно када се ради о визуелном разликовању од конкурената. Такође је очигледно да када ствари постану јефтиније, квалитет често пропада.

Поред квалитета, један од главних аргумената против увођења клаузуле о поправци је сигурност: напори да се предузму акције против

---

4 Annete Kur, Ersatzteilefreiheit zwischen Marken - und Designrecht, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2016, 20.

јефтиних копија из Кине постаће све теже ако се из заштите дизајна изуму резервни делови. Упркос свим контрааргументима, остаје заинтересованост да видимо хоће ли све државе чланице ЕУ, после пресуде Суда правде ЕУ у предметима С-397/16 и С-435/16, унети у своје националне законе клаузулу о поправци.

### **V Употреба жигом заштићеног знака без сагласност носиоца жига за резервне делове или прибор за моторна возила који су идентични производима за које је жиг регистрован**

Клаузула о поправци била је предмет одлучивања Суда правде ЕУ и у предмету С 500/14 поводом употребе жигом заштићеног знака од стране трећег лица за резервне делове или прибор за моторна возила који су идентични производима за које је жиг регистрован.<sup>5</sup> Спор је настао између Форда, америчког произвођача моторних возила, прибора и резервних делова за та возила, укључујући раткапне, и компаније Wheeltrims која се бави производњом и продајом резервних делова за моторна возила. Ова компанија ставља у промет, између осталог, раткапне које садрже верну репродукцију жигова различитих произвођача моторних возила, међу којима и жиг компаније Форд, за шта нема одобрење носиоца жига. Ова компанија, такође, производи и ставља у промет универзалне раткапне, које нису обележене ниједним знаком, а које продаје по нижим ценама од оних који садрже жиг произвођача. Сматрајући да је његово право повређено, Форд је пред надлежним италијанским судом покренуо поступак због повреде жига. Међутим, компанија Wheeltrims је сматрала да је употреба жигом заштићеног знака компаније Форд потпуно дескриптивна. Ова компанија се, при том, позвала на „клаузулу о поправци“ из чл. 241 италијанског Закона о индустријском власништву која предвиђа право на репродукцију саставних делова сложеног производа који су заштићени жигом а да при том није прибављено претходно одобрење носиоца жига, када та репродукција мора омогућити обнову изворног изгледа сложеног производа.

Италијански суд пре којим је поступак покренут је имао озбиљну дилему с обзиром на подручје примене клаузуле о поправци, као и о односу између ове клаузуле и права која произилазе из жига. Због тога је италијански суд покренуо поступак претходног одлучивања пред Судом правде ЕУ. Својим питањима, италијански суд је хтео да сазна да ли ли

---

5 Текст пресуде у предмету С-500/14 се може наћи на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-500/14>.

чл. 14 Директиве 98/71 и чл. 110. Уредбе 6/2002 треба тумачити тако да, као изузетак од одредби Директиве 2008/95 и Уредбе бр. 207/2009, допуштају произвођачу резервних делова и прибора за моторна возила, као што су то раткапне, да без сагласности произвођача моторних возила на својим производима истиче знак који је истоветан жигу који је произвођач регистровао, између осталог и за те производе, уз образложење да је употреба производа са жигом произвођача моторних возила средство поправке односног возила, захваљујући коме је могуће обновити изворни изглед сложеног производа. Суд правде ЕУ је на ово питање одговорио негативно. Другим речима, пресуда суда у предмету C-500/14 иде у корист произвођача моторних возила, који су уједно произвођачи оригиналних прибора и резервних делова за та возила.

## VI Закључак

Одлука Суда правде ЕУ у предметима C-397/16 и C-435/16 у великој мери проширује домет клаузуле о поправци - барем у поређењу са немачком праксом.<sup>6</sup> Наиме, владајуће мишљење у Немачкој је да се клаузула о поправци примењује само на тзв. „must-match“ делове.<sup>7</sup> Ово мишљење се наслања на уводну изјаву 13 Уредбе 6/2002, којом је предвиђено да се заштита дизајна не простире на производе који су саставни део сложеног производа од чијег изгледа зависи дизајн и који се користи за поправљање сложеног производа ради враћања његовог првобитног изгледа. Суд правде ЕУ је ипак, полазећи од историје настанка уводних изјава Уредбе 6/2002 и Директиве 98/71 дошао до закључка да се клаузула о поправци не односи само на делове чији дизајн зависи од изгледа сложеног производа. Другим речима, клаузула о поправци није ограничена само на тзв. „must-match“ делове.

На први поглед, одлука Суда изгледа неповољно за произвођаче аутомобила. Исто важи и за произвођаче „комплексних производа“ који желе или су већ заштитили дизајн за поједине саставне елементе. Треба, међутим, напоменути, с једне стране, да резервни делови који су само визуелно слични оригиналним заштићеним деловима и даље не могу да се продају под условима клаузуле о поправци. Са друге стране, национални закони о дизајну многих држава чланица не предвиђају клаузулу о

6 Johannes Druschel, Philip Schmitz, Philipp Engert, Einordnung von Autofelgen als Bauelemente nach der „Reparaturkluse!“ in der GGV, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 3/2018, 290, 291.

7 Kühne Markus, *Das „neue“ deutsche Designrecht, in Autorecht 2014: Ersatzteile und Märkte*, Baden-Baden 2014, 121.

поправци. Осим тога, клаузула о поправци не искључује коришћење жигом заштићеног знака. Поред тога, одлука не доводи до чињенице да независни добављачи резервних делова могу слободно продавати реплициране делове. Наиме, произвођач или продавац дела сложеног производа који се позива на клаузулу о поправци подлеже обавези поступања с дужном пажњом у погледу испуњавања услова из чл. 110, ст. 1 Уредбе 6/2002 од стране крајњих корисника.

Укључивање клаузуле о поправци у националне законе о заштити дизајна је вишеструко корисно. Наиме, ова клаузула омогућава конкурентску предност спрећивањем анти-потрошачких монопола на тржишту видљивих аутомобилских делова. Потрошачи могу да бирају између резервних делова конкурентских произвођача и добављача и тако добијају резервне делове и услуге поправке које су са њима повезане по конкурентским ценама. Поред тога, клаузула о поправци омогућава одржавање и стварање радних места не само за произвођаче и продавце резервних делова, него и за радионице у којима се врши поправка аутомобила. Клаузула о поправци спречава протекционизам и прикривене субвенције у корист произвођача аутомобила. Ова клаузула омогућава произвођачима и продавцима делова да извозе делове у земље са либералним тржиштем.

**Doc. Dr Sonja LUČIĆ**

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

## **PROTECTION OF COMMUNITY DESIGN AND REPAIR CLAUSE**

### **Abstract**

*The Court of Justice of the European Union (CJEU) published its decision in the joined Acacia cases at the end of 2017, providing guidance on how to interpret the Design Regulation's repair clause. The central question was whether (car) manufacturers could act against the sale of replica spare parts, such as wheel rims, on the basis of a Registered Community Design.*

*The decision concerns the joined cases brought by Audi and Porsche against Acacia (an Italian car manufacturer of wheel rims). Audi and Porsche had alleged that Acacia had infringed several of their community designs for wheel rims and wheels by producing and selling replica wheel rims. In defence, Acacia*



*invoked the Design Regulation's repair clause (Article 110(1) of the Community Design Regulation).*

*In its decision, the CJEU found that the scope of the repair clause is not limited to components whose shape is determined by the appearance of the complex product (such as headlamps). That means that the repair clause covers all spare parts without any form of limitations, regardless the shape.*

*However, it added that the clause is only applicable when the repair serves to restore the original appearance. In addition, the concept of 'use' should be interpreted broadly and includes all forms of use of a part for repair purposes, such as: "the making, offering, putting on the market, importing, exporting or using of a product in which the design is incorporated or to which it is applied, or stocking such a product for those purposes".*

*According to the CJEU, the repair clause needs to be interpreted broadly and includes all spare parts, providing that the reparation is with the purpose to restore the original appearance.*

*The case will now be passed back to the national courts to judge whether Acacia can invoke the repair clause and legitimately use the replica wheel rims. However, this decision is not only relevant to the automotives industry, but also applies to all spare part industries, provided that the requirements are met.*

**Keywords:** Regulation (EC) No 6/2002; Community design; Repair clause; component part of a complex product.

*Мина ЈОВАНОВИЋ, адвокат\**

## ПРОЦЕСНОПРАВНИ АСПЕКТИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА КОЈИ УРЕЂУЈУ ЗАШТИТУ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

### *Резиме*

*У годинама интензивне хармонизације прописа који регулишу права интелектуалне својине, домаћа судска пракса суочена је са посебним изазовом да испрати нова решења и заиста и спроведе побољшање стандарда њихове заштите. Предмет овог рада је анализа усклађености ових прописа са процесним законима који омогућавају ефикасно вршење права, односно да реформи дају и практичан смисао.*

*Фокус нашег истраживања биће на нормама које на посебан начин у односу на општи режим уређују основне процесноправне институте, и то услове за остваривање судске заштите, рокове, страначку легитимацију, терет доказивања, правне лекове и средства извршења. Полазећи од претпоставке да су ова решења примењива и са становништа општих процесних закона, размотрићемо у којој мери питања која су се у пракси показала као спорна заиста нарушавају ефикасност остваривања правне заштите ових права.*

***Кључне речи:** жиг, ауторско право, преклузија, ревизија, штета, извршење*

### **Увод**

Последњих неколико година закони којима се регулишу права интелектуалне својине у Републици Србији усклађивани су са релевантним прописима Европске уније. Ово са циљем да се поспешу стандард њихове заштите са једне стране, а затим и због тога што је хармонизација ових прописа нужан корак процеса ступања у чланство Уније<sup>1</sup>. Намера аутора је да

---

\* докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

укаже на тешкоће у примени ових закона које чине упитном ефикасну правну заштиту онаквом каквом је она замишљена имајући у виду њене наизглед широке домете одређене материјалноправним нормама.

Фокус овог рада биће на Закону о жиговима („Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 10/2013 и 44/2018 – даље: ЗоЖ), иако ћемо на одговарајућим местима указати на специфичности и других закона који регулишу права интелектуалне својине. Будући да се правна заштита ових права остварује кроз три врсте поступка – управни, парнични и извршни, то ће предмет анализе бити и важећи процесни закони који их уређују<sup>2</sup>.

### 1. Услови и легитимација за подношење тужбе за заштиту права

У погледу подношења тужбе за заштиту жига у пракси постоје недоумице у вези са условом коришћења заштићеног знака. Одредбом члана 73. ЗоЖ прописано је да се тужба због повреде жига може поднети под условом да је заштићени знак коришћен у смислу члана 64. тог закона<sup>3</sup>. Одредбом на коју се упућује регулисано је да ће жиг престати да важи на захтев заинтересованог лица уколико заштићени знак није коришћен дуже од пет година од дана регистрације односно од дана када је последњи пут коришћен. На овај начин носиоцу жига остављен је период од пет година након регистрације током којих он може да не користи заштићени знак без последица по његову правну заштиту. Суштина овог решења, које познају готово сва национална права<sup>4</sup>, јесте у томе да се

- 1 Одредбом члана 75. Споразума о стабилизацији и придруживању Република Србија се обавезала да ће предузети неопходне мере како би најкасније 5 година од ступања на снагу овог споразума обезбедила ниво заштите интелектуалне, индустријске и комерцијалне својине који је сличан нивоу који постоји у Заједници, укључујући и делотворна средства за спровођење тих права. Споразум је ступио на снагу 01.09.2013. године.
- 2 То су: Закон о парничном поступку („Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018), Закон о управном поступку („Сл. гласник РС", бр. 18/2016 и 95/2018), и Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016, 113/2017).
- 3 Одредбом члана 64. прописан је посебан случај престанка жига: *Надлежни орган може, на захтев заинтересованог лица донети решење о престанку жига у целини или само за неке робе, односно услуге, ако носилац жига или лице које је он овластио, без оправданог разлога није озбиљно користило на домаћем тржишту жиг за обележавање робе, односно услуга на које се тај жиг односи, у непрекидном временском периоду од пет година, рачунајући од дана регистравања жига, односно од дана кад је жиг последњи пут коришћен.*
- 4 Међународна организација за жигове спровела је истраживање под називом „Non Use Grace Period“ 2015. године, које за предмет има анализу различитих приступа периоду дозвољеног некоришћења заштићеног знака у 65 различитих јурисдикција. Истраживање је показало да

носиоцу жига омогући одређено време током којег може предузети неопходне припреме за отпочињање свог пословања на локалном тржишту.

Врховни касациони суд је недавно потврдио одлуке нижестепених судова којима је заузет став да иако није прошло више од пет година од регистрације жига поводом чије повреде је тужба поднета, чињеница да он није коришћен указује на немогућност настанка забуне у релевантној јавности те тужбени захтев за утврђење повреде треба одбити<sup>5</sup>. Практична последица овакве одлуке огледа се у томе да се неће пружити заштита оном жигу који није коришћен независно од тога када је регистрован, без обзира на одредбу члана 64. која прописује да некоришћење жига у првих пет година од дана регистрације неће имати последице на његово важење.

Овакаво тумачење посебног услова за подношење тужбе због повреде жига не може се прихватити као правилно, будући да је засновано на неоснованом поистовећивању услова за подношење тужбе и услова за постојање повреде права, који су по својој природи сасвим другачији. Питање вероватноће настанка забуне у релевантној јавности само је један од услова за постојање повреде права, и то не нужан<sup>6</sup>. По својој природи ово питање спада у материјалноправна питања о којима суд мериторно одлучује. С друге стране, питање нужних услова за подношење тужбе представља процесноправно питање и у случају њихове неиспуњености суд налази да је тужба недозвољена и о томе доноси одговарајућу одлуку процесног карактера. Будући да је услов коришћења заштићеног знака ближе регулисан одредбом члана 64. који недвосмислено прописује *период толеранције неко-*

постоје извесне разлике у начину рачунања почетка тока рока од пет година, али да готово све јурисдикције познају ово решење. Више видети на: <http://www.inta.org/Advocacy/Documents/2015/Non-Use%20Grace%20Period%20Report%20to%20PDA.pdf>.

- 5 Решење Врховног касационог суда, Прев 55/2017 од 10.3.2017. године. Из образложења: *Правилном применом одредбе члана 73. Закона о жиговима, нижестепени судови су правилно закључили да је услов за постојање вероватноће забуне потрошача да се у промету налазе производи обележени супротстављеним знацима, знаком који је заштићен и знаком који му је сличан, односно да је жиг коришћен. Према одредби члана 73. став 3. Закона о жиговима, тужба због повреде жига се може поднети под условом да је жиг коришћен у смислу члана 64. Закона о жиговима... Како тужилац предметни жиг није користио, без обзира што није протекло рок за престанак жига у смислу члана 64. Закона о жиговима, нижестепени судови правилно закључују да некоришћење жига у правном промету искључује изазивање заблуде просечног потрошача да се ради о истим производима, те да у конкретном случају права тужиоца нису повређена.*
- 6 Примењује се само када не постоји двоструки идентитет (и између знакова и између роба односно услуга у односу на које се знакови користе), где такав услов не постоји. Такође, услов вероватноће настанка забуне није прописан ни код проширене заштите познатих жигова.

*ришићења знака* у трајању од пет година, следи да се овај услов примењује само на тужбе због повреде права које су поднете пет година након регистрације жига<sup>7</sup>. Даље, вероватноћа настанка забуне критеријум је који одређује релевантност сличности поређених ознака<sup>8</sup>, и не треба се ценити као самосталан, и у односу на друге околности (попут тога да ли се заштићени знак користи, где се користи, којим интензитетом и слично)<sup>9</sup>.

За разлику од права жига, доказивање активне легитимације код остваривања правне заштите ауторског права показало се као посебан изазов у пракси. Наиме, тужбу због повреде ауторског права може поднети носилац ауторског права (било да је реч о аутору или лицу које је на основу уговора или закона стекло ауторско право). Када се као подносилац тужбе јавља правно лице (што је у савременом привредном промету најчешће и случај<sup>10</sup>), нужно је да достави доказ о свом својству носиоца ауторског права, будући да аутор може бити само физичко лице. Реалност савременог промета је такође и таква да прибављање писмена којим би се доказао правни основ стицања представља посебан терет тужиоцу, што је препознао и законодавац. Закон о ауторском и сродним правима (даље: ЗАСП) успоставља обориву правну претпоставку да је *тужилац* чије се име<sup>11</sup> налази на примерку дела уједно и носилац ауторског права,

7 Директива 2015/2436 Европског парламента и Савета о усаглашавању права држава чланица у области жигова, 2015, (Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council, to approximate the laws of the Member States relating to trade marks), садржи и члан 17. који отклања сваку недоумицу и управо потврђује изнети закључак – овом одредбом прописано је да се неупотреба жига као аргумент одбране може истаћи само под условом да је од регистравања жига до подношења тужбе прошло не мање од пет година.

8 О различитим квалитетима мисаоног повезивања ознака које препознаје и нормира право жига видети у: Влашковић Ксенија, Развој правне заштите познатих жигова у немачком праву и праву Европске уније, Институт за упоредно право, Крагујевац, 2016.

9 На овакав закључак упућује доследно језичко тумачење предметне норме: *носилац жига има право да другим лицима забрани да неовлашћено користе знак који је истоветан његовом раније заштићеном знаку за сличну врсту робе, односно услуга или сличан његовом раније заштићеном знаку за истоветну или сличну врсту робе, односно услуга ако постоји вероватноћа да због те истоветности, односно сличности настане забунa у релевантном делу јавности, која обухвата и вероватноћу довођења у везу тог знака са његовим раније заштићеним знаком.*

10 Ово због тога што је најснажнији носилац интереса за заштиту права интелектуалне својине заправо креативна индустрија – више о томе у: Марковић Слободан, Право интелектуалне својине и информационо друштво, Београд, 2014. О разлозима овог интереса упућујемо и на студију „Допринос делатности заснованих на ауторском праву привреди Србије“, Бранко Радуловић, Душан Поповић, Драгана Алексић, Завод за интелектуалну својину, Београд, 2015.

11 Иако закон изричито наводи име, мишљења смо да се норма примењује и на привредна друштва односно њихов назив. У супротном, да је намера законодавца била да ограничи приме-

док се не докаже другачије<sup>12</sup>. На овај начин олакшан је положај тужилаца правних лица, будући да су ослобођени терета доказивања прописаног Законом о парничном поступку (даље: ЗПП)<sup>13</sup>. Наизглед, овакво решење делује једноставно за примену али указујемо на два проблема која су се појавила у пракси:

У ситуацијама када тужилац заснива своју легитимацију на цитираној законској претпоставци, на туженом је терет да такву претпоставку обори, односно да докаже *чињеницу која је спречила настанак (стицање) права*<sup>14</sup>. Домаћи судови погрешно су применили предметну претпоставку налазећи да ће је тужени успешно оборити доказивањем да се на примерку дела којим се наводно врши повреда налази његово или име трећег лица. Другим речима, суд је занемарио чињеницу да је претпоставка успостављена *искључиво у име тужиоца*, те да тужени или било које треће лице не може да доказује своје право на исти начин, па самим тим ни да обара претпоставку на коју се тужилац позива.

Са друге стране, чињеница је да овакво решење отвара и простор за злоупотребу – свако лице може назначити своје име на примерку било ког ауторског дела и тако успоставити своју активну легитимацију. Упитно је која заправо доказна средства стоје на располагању туженом да доказује да до стицања ауторског права заправо није ни дошло, а извесно је да није довољна његова пука оспоравајућа тврдња већ да је на њему терет доказивања у складу са важећим прописима.

## 2. Ванредни правни лекови

Закони који регулишу заштиту жигова, индустријског дизајна и патента прописују дозвољеност ревизије у споровима који се односе на

---

ну ове норме само на физичка лица, сматрамо да претпоставка не би била успостављена у корист носиоца ауторског права већ самог аутора.

- 12 Одредба члана 207. гласи: *независно од одредбе члана 9. став 2. овог закона, ако је име тужиоца назначено на примерку или другом облику материјализације ауторског дела, односно предмета сродног права, он ће се сматрати носиоцем ауторског права на том делу, односно сродног права на том предмету заштите, док се не докаже другачије*. Напомињемо да актуелном предлогу измена и допуна важећег закона није прописана измена овог решења.
- 13 Одредба члана 231. гласи: *странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није другачије прописано*.
- 14 Закон о парничном поступку („Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018), одредба члана 231. став 3.

заштиту ових права<sup>15</sup>. Будући да је реч о ситуацији у којој посебан закон прописује дозвољеност ревизије, правилном применом одредбе чл. 403. ЗПП<sup>16</sup> следи да ће ревизија у наведеним споровима бити увек дозвољена, независно од природе спора или вредности његовог предмета. Међутим, Врховни касациони суд заузео је супротан став, те је нашао да норма ЗПП-а којом је прописано да ревизија није дозвољена у споровима мале вредности дерогира примену ових норми посебних закона<sup>17</sup>.

Мишљења смо да се овакав став такође не може прихватити као основан, имајући у виду да се на тај начин обесмишљава нормирање дозвољености овог ванредног правног лека кроз посебне законе. Наиме, и из образложења<sup>18</sup> измена и допуна закона који прописују дозвољеност ревизије јасно следи да је намера законодавца била да подржи посебност права интелектуалне својине и побољша положај њихових носилаца тиме што ће ревизија бити увек дозвољена, *независно од других услова који су прописани ЗПП-ом*. Како је већина прописаних тужбених захтева у тужби због повреде права интелектуалне својине независна од било какве новчане вредности (осим када се потражује накнада штете), те како их је тешко прецизно новчано проценити, то следи да се већина ових спорова води по правилима поступка у споровима мале вредности<sup>19</sup>. Међутим, иако су одредбе које регулишу ове спорове *lex specialis* у односу на опште одредбе ЗПП-а, не може се занемарити да су одредбе посебних закона који регулишу ово процесно питање заправо посебне норме и у

---

15 Важећи ЗАСП не садржи овакву одредбу, али је акутелним предложеним изменама предвиђено њено додавање. Видети: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/2019/225-19%20-%20LAT.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2019/225-19%20-%20LAT.pdf).

16 Одредбом чл. 403. ЗПП прописано је да је ревизија увек дозвољена ако је то прописано посебним законом.

17 Врховни касациони суд, решење Прев 438/2018 од 22.11.2018. годне.

18 Образложењем Закона о изменама и допунама закона о правној заштити индустријског дизајна, додаток ове одредбе оправдан је на следећи начин: *с обзиром да је на основу одредбе члана 403. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 72/11) посебним законима остављено да пропишу одредбе о дозвољености изјављивања ревизије, то је у важећи закон унета одредба којом се регулише право на изјављивање овог ванредног правног лека. Предложеним решењем употпуњује се грађанскоправна заштита права прописаних предложеним законом, како у погледу имовинских, тако и у погледу неимовинских спорова. Слично образложење садржи и актуелни Предлог закона о изменама и допунама закона о ауторском и сродним правима.*

19 Ово стога што тужиоци чији интерес за успех у парници није претежно материјални природно теже да снесу што ниже трошкове судских такси, те вредност предмета спора одређују паушално у складу са овим интересом.

односу на одредбу члана 479. ЗПП, те да дерогирају њену примену. Сматрамо повољним решење усвојених измена и допуна ЗАСП, којима је прописано да се спорови поводом повреде аутогског и сродних права неће сматрати споровима мале вредности (без обзира на назначену вредност спора).

### 3. Рок

Рачунање рокова од посебне је важности у правној заштити жига, с обзиром на то да су законом прописани преклузивни рокови<sup>20</sup> за предузимање одговарајућих радњи, између осталог и за подношење тужбе због повреде права. Тако, ЗоЖ садржи норму следеће садржине: *тужба због повреде права може се поднети у року од три године од када је тужилац сазнао за повреду и учиниоца, а најкасније у року од пет година од дана када је повреда први пут учињена.*

Овакво дефинисање објективног рока оставља простор за различита тумачења у пракси. Уколико пођемо од дефиниције повреде права (а повредом права сматра се свако неовлашћено коришћење заштићеног знака од стране било ког учесника у промету, у смислу чланова 38. и 42. ЗоЖ), делује да трећа лица могу једноставно заобићи своју одговорност због повреде права – довољно је да једном без знања носиоца предузму радњу која представља повреду права како би објективни рок почео да тече а да се потом пет година уздрже од њеног предузимања, након чега ће несметано моћи да користе туђи знак без овлашћења. Ово стога што је радња повреде први пут предузета пре више од пет година<sup>21</sup>. Сматрамо да далеко већу правну сигурност доноси решење из Закона о патентима где је прописано да ће објективни рок од пет година *тећи од дана учињене*

---

20 У законима који регулишу правну заштиту права интелектуалне својине и рокове за подношење тужбе због повреде, увек је реч о преклузивним роковима. Указујемо да законодавац не следи доследно ову логику будући да је примера ради у Закону о заштити права оплемењивача биљних сорти („Службени гласник РС”, бр. 41 од 2. јуна 2009. године, 88 од 24. новембра 2011.) одредбом члана 41. прописан рок за подношење тужбе због повреде права који је по својој природи преклузиван, под насловом *Рок застарелости тужбе због повреде права оплемењивача.*

21 Примера ради, уколико неко лице једном стави у промет двадесет мајица обележених пума ознаком, а носилац жига за то не сазна. Наредних пет година то лице не ставља у промет овакве мајице, али то почне поново да чини након пет година – применом цитиране одредбе следи да носилац жига не би могао да поднесе тужбу због повреде права, будући да је повреда први пут учињена пре више од пет година.



*повреде или од дана последње учињене повреде када се повреда врши континуирано.*

#### 4. Исцрпљење права – *probacio diabolica*?

Институт националног исцрпљења права како је регулисан одредбом члана 40. ЗоЖ<sup>22</sup> представља једно од аргумената одбране лица које је у потенцијалном ризику од одговорности за неовлашћено коришћење знака (примера ради, лице које је робу обележену заштићеним жигом прибавило од овлашћеног дистрибутера носиоца жига, а затим је даље препродаје у своје име). Примењујући поново процесна правила о терету доказивања, на туженом је терет доказивања чињенице услед које је право тужиоца престало, односно исцрпљено. С обзиром на садржину цитиране норме, тужени треба да докаже да је роба коју ставља у промет управо она коју је раније у промет ставио носилац жига односно лице које је он овластио. У случају када је тужени робу прибавио непосредно од носиоца жига, он ће моћи да приложи писмене доказе којима се доказује основ његовог стицања – уз потврду истовестности робе носиоца и робе у питању, ово би по правилу требало да буде довољно да тужени докаже исцрпљење права. Међутим, у ситуацији када се као тужени појављује лице које није непосредно прибавило робу од носиоца жига, већ је у ланцу промета робом од носиоца па до њега учествовао већи број лица, тада се чини изузетно тешким за њега да покаже крајње порекло робе. Сходно наведеном, иако већ довољно контроверзан<sup>23</sup>, чини се да је институт исцрпљења права изузетно тешко примењив у пракси.

#### 5. Штета и посебна накнада због намерне повреде права

У споровима поводом заштите права интелектуалне својине новчане накнаде због повреде права представљају посебан изазов из неколико разлога. Када је реч о накнади материјалне штете, посебна тешкоћа представља утврђење њене висине будући да је по правилу реч о измаклој добити. Наиме, иако су у пракси заживела три метода процене виси-

---

22 Носилац жига нема право да забрани коришћење жигом заштићеног знака у вези са робом која је њиме обележена, а коју је у Републици Србији ставио у промет носилац жига или лице које је он овластио.

23 О различитим приступима институту исцрпљења у праву жига видети: S. Dobrin, A. Chochia, „The Concepts of Trademark Exhaustio and Parallel Imports: A Comparative Analysis between EU and the USA“, *Baltic Journal of European Studies*, vol 6/2, 2016.

не настале штете<sup>24</sup>, упитно је у којој мери неовлашћено коришћење заштићеног добра доприноси релевантној последици, односно како неутралисати све друге факторе који утичу на конкретан исход<sup>25</sup>.

Док код утврђења висине штете домаћа пракса следи релативно уједначен правац, посебна накнада због намерне повреде права још увек представља институт који доноси правну несигурност у положај носилаца права односно тужбене захтеве које им стоје на располагању. Поводом посебне накнаде због повреде права учињене са намером или крајњом непажњом постоје две кључне дилеме:

1) Прва недоумица тиче се природе ове накнаде односно њене (не)условљености настанком штете. Наиме, норме којима се прописује могућност потраживања посебне накнаде наводе да ће на њу тужилац имати право *уместо* накнаде штете, уз испуњење других прописаних услова. У пракси се поставило питање да ли право на ову накнаду има само онај тужилац који би имао и право на накнаду штете (дакле у случајевима када је штета заиста и настала)<sup>26</sup>, или оно постоји независно од настанка штете. Имајући у виду сврху овог института<sup>27</sup>, те чињеницу да се ова накнада успоставља као алтернатива у односу на накнаду штете, сматрамо да нема основа тумачење према којем је настанак штете услов за остваривање овог права.

2) Друга недоумица односи се на тешкоће у утврђивању њене висине. Наиме, законодавац одређује само максимум односно минимум висине ове накнаде<sup>28</sup>, без навођења конкретних параметара које би требало узети у обзир (осим општих навода попут интереса трећих лица, сразмере између озбиљности повреде и тражених мера и слично). Проблем

24 За детаљан приказ (диференцијална метода, метода противправне добити штетника и метода аналогије са накнадом за уступање права) видети у: Марковић, С., (1999). Ауторско и сродна права, Београд, Јавно предузеће „Службени гласник“.

25 Примера ради, уколико је се као висина штете узима профит који је остварио тужени продајом производа који је обележен заштићеним знаком, може се оспорити удео који у тако стеченом профиту има сам знак, у односу на друге факторе попут репутације туженог, квалитета његовог производа и слично. Ову неизвесност успешно отклања Закон о патентима којим је прописано да *лице које повреду права није учинило намерно или крајњом непажњом, дужно је да оштећеном надокнади штету само у висини добити коју је остварило повредом права.*

26 Посебно постоји недоумица код Закона о патентима где је ова накнада и регулисана у одељку под називом *Накнада штете*.

27 О казненом карактеру посебне накнаде видети у: Јасмина Стаменковић, „Новчана потраживања по тужби због повреде жига“, *Билтен Врховног касационог суда*, Intertex, Београд, 2012.

28 Минимум код Закона о патентима, односно максимум код ЗоЖ и ЗАСП.

настаје услед тога што су ова ограничења одређена на недовољно прецизан начин, будући да зависе од висине накнаде коју би тужилац права примио да је за коришћење заштићеног добра дао овлашћење. Наиме, висина ове накнаде зависи од различитих фактора, и показало се посебно тешким одредити њену висину у случају када носилац у својој пракси заправо ни не издаје лиценце за коришћење заштићеног добра. Иако замишљена као ефикасно средство притиска на страни носилаца права, норма која регулише паушалну накнаду показала се као тешко примењива, будући да ни вештаци за област права интелектуалне својине нису у могућности да одреде њену висину<sup>29</sup>, услед чега су судови неретко одбијали тужбени захтев као недоказан. Сматрамо да је ову потешкоћу могуће премостити на два начина: први се тиче измене цитиране норме на начин да се дефинишу конкретни параметри који се узимају у обзир а који су лако одредиви (рецимо, проценат од добити коју је остварио тужилац или статутарна накнада какву познаје руско право<sup>30</sup>). Други начин који омогућава да се премости ова потешкоћа упркос тренутно важећем тексту предметних норми јесте да судови поступе у складу са одредбом члана 231. ЗПП те да одређују износ ове накнаде по слободној оцени, узимајући у обзир вредност заштићеног добра, интензитет повреде, добит коју је остварио тужени, и слично.

## 6. Жиг као предмет извршења

Законом о извршењу и обезбеђењу таксативно су прописана средства извршења новчаних и неновчаних потраживања – судска пракса је на становишту да у складу са овим нормама жиг не може бити предмет извршења<sup>31</sup>. Иако се слажемо да не постоји простор за другачије тумачење норми ЗиО, сматрамо да овакво решење законодавца није оправдано имајући у виду потенцијал и вредност овог права интелектуалне својине. С обзиром на то да се право жига развија у правцу који подразумева напуштање везе између носиоца и знака као суштинског предмета заштите, а тежиште

29 У предмету 11 Пж 7780/16 три различита судска вештака изјаснило се да је немогуће одредити висину накнаде коју би тужилац примио у конкретном случају.

30 Руски закон прописује тачно одређене износе за повреду жига, зависно од околности конкретних случаја. Више о томе погледати: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3788897-37ad-4075-a0c4-58669cea2933>.

31 Привредни апелациони суд, „Спорна правна питања и правна схватања Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда“, *Билтен Врховног касационог суда*, 3/2016, Intermex, Београд.

се преноси на знак као вредност по себи<sup>32</sup>, мишљења смо да би извршење на жигу одговарало потребама савременог привредног промета. Ово посебно стога што је жиг често једина имовина коју носилац има на домаћој територији. ЗоЖ регулише могућност успостављања залогe на жигу, и то не само по основу уговора већ и по основу одлуке суда или другог државног органа<sup>33</sup>. Имајући у виду одредбе Закона о облигационим односима које регулишу права залогопримца у погледу предмета залогe, то је јасно да домаћи прописи познају могућност промета жигом независно од воље носиоца, принудним путем. Зато, мишљења смо да је пожељно уврстити пренос жига у дозвољена средства извршења.

### Закључак

Изведена анализа показала је да постоје недоследности у примени процесноправних норми посебних закона од стране домаћих судова. Такође, закључујемо да су уочене недоумице од битног значаја за ефикасно остваривање прописане правне заштите, те да постоји оправдана потреба за прецизирањем појединих норми. Као што је то случај увек када постоји изванредан раскорак између садржине прописа и потреба реалног привредног промета, сматрамо да су судови и овде позвани да својом праксом попуне уочене правне празнине односно дефинишу поједина правила, на начин који ће бити у складу са замишљеним високим стандардима заштите носилаца права интелектуалне својине.

Конкретно, у погледу дилема које су биле предмет овог рада, у наставку излажемо предлоге појединих решења који су резултат спроведене анализе: услов коришћења жига за подношење тужбе захтева се код оних тужби којима се тражи заштита жига који је регистрован пре више од пет година; објективни рок за подношење тужбе због повреде жига треба преформулисати на начин како је дефинисан у Закону о патентима; ревизија је увек дозвољена у споровима поводом повреде права интелектуалне својине, без обзира на вредност предмета спора; претпоставка легитимације тужиоца у спору поводом повреде ауторског или сродног

---

32 Боровац Владимир, „Право жига – од заштите информационе функције робне ознаке до заштите робне ознаке као вредности по себи“, докторска дисертација, Правни факултет универзитета у Београду, 2017.

33 Скрећемо пажњу на недоследност у тексту нормe која гласи: *жиг, односно право из пријаве може бити предмет залогe и то на основу уговора о залози, одлуке суда и другог државног органа и сл. и то за све или само за неке робе или услуге*. Одредница и слично отвара недоумице у погледу основа установљавања залогe.

права може се обарати од стране туженог само пружањем одговарајућих доказа; паушалне накнаде због намерне повреде права треба одређивати по слободној судијској оцени уважавајући околности конкретног случаја, онда када тужилац у својој пракси не издаје лиценце за коришћење заштићеног добра; пожељно је изменити одредбе закона о извршењу и обезбеђењу и омогућити извршење на жигу.

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

## PROCEDURAL ASPECTS OF THE APPLICATION OF LAWS REGULATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

### *Abstract*

*In the years of harmonisation of laws regulating intellectual property rights, domestic practise has faced the special challenge to follow the new rules and actually advance the standard of their protection. The subject of this paper is analysis of compliance of these laws with procedural rules which enable effective exercise of rights and provide the reform with the practical purpose.*

*The focus of our research shall be the norms which regulate the procedural institutes in a special manner, in particular: the requirements for court protection, deadlines, active legitimation, burden of proof, legal remedies and enforcement tools. Bearing in mind the initial presumption - the special solutions are in compliance with general procedural laws, we shall consider the relevance of the issues raised in practise, and also their impact on the effective legal protection of intellectual property rights.*

**Key words:** *trademark, copyright law, preclusion, revision, damage, enforcement.*

**Новак ВУЈИЧИЋ, мастер права\***

## **ИЗУЗЕТАК ОД ПРИМЕНЕ ИНСТИТУТА ИСЦРПЉЕЊА ПРАВА У ПРАВУ ЖИГА\*\***

### **Резиме**

*Законом о жиговима Републике Србије изричито је прописано да се правило о исцрпљењу права неће применити у случају постојања оправданог разлога носиоца жига да се супротстави даљем стављању у промет робе означене жигом заштићеном ознаком, посебно ако је дошло до квара или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет. Предмет рада је управо анализа предоченог изузетка од примене института исцрпљења права у праву жига. У раду се настоји одредити ratio legis посматраног изузетка, како би се поставиле оквирне смернице за његово тумачење. С тим у вези, посебна пажња се посвећује пракси Суда правде Европске уније о разматраном питању. Анализа показује да би предметни изузетак требало да се тумачи рестриктивно, те да места за његову примену има пре свега када је потребно спречити ситуације у којима би примена института исцрпљења права неоправдано нарушила остваривање жигом заштићене функције ознаке да указује на порекло робе. Ипак, у одређеној мери Суд правде Европске уније чини се одступа од таквог рестриктивног правца тумачења.*

**Кључне речи:** *исцрпљење права, изузетак од исцрпљења права, право жига, жиг, право Европске уније, препакивање, луксузна роба.*

---

\* асистент Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду Идентитетски преображај Србије за 2019. годину.

## I Увод

### 1. Предмет, циљ и структура рада

Примена института исцрпљења права<sup>1</sup> у праву жига је последњих година честа тема дебате како правне науке, тако и праксе у Републици Србији. Разлог за то првенствено можемо тражити у преласку са режима међународног на режим националног исцрпљења права у српском праву жига након измена Закона о жиговима (даље у тексту: ЗоЖ) из 2013. године.<sup>2</sup> Ипак, ван жаришта текуће расправе остало је питање изузетка од примене предметног института које српско право познаје у виду оправданог разлога носиоца жига да се супротстави даљем стављању у промет робе означене жигом заштићеном ознаком иако су у односу на ту робу испуњени остали услови за примену исцрпљења права (ради поједностављења текста у наставку ће бити означен краће само као: оправдани разлог). Управо то питање је предмет овог рада.

Значај посматраног питања лежи у томе што од ширине признавања оправданог разлога на страни носиоца жига директно зависи и домаћа примена института исцрпљења права у праву жига. Самим тим, будући да исцрпљење права значајно утиче на слободу промета робе обележене жигом заштићеним ознакама, обим признавања изузетака од његове примене може имати шире импликације на привреду.

Циљ рада ја да испита шта би требало да се подразумева под оправданим разлогом, односно да покуша да утврди правац у ком би требало да се тумачи анализирани правни стандард „оправдани разлог“, те да укаже

---

1 Овде треба напоменути да се не исцрпљује жиг као субјективно право у целини, него поједина овлашћења из његове садржине, те би исправније било говорити о исцрпљењу овлашћења, а не о исцрпљењу права. Међутим, термин „исцрпљење права“ је општеприхваћен у терминологији права интелектуалне својине, не само код нас него и упоредноправно, па ће и овде бити коришћен.

2 Закон о изменама и допунама Закона о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 10/2013, чл. 11 (измене чл. 40 ЗоЖ). За више о полемици преласка са међународног на национално исцрпљење права у српском праву жига видети на пример: Синиша Варга, „Географски опсег исцрпљења жига и паралелна трговина у праву Републике Србије“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015, 633–649; Slobodan M. Marković, „The Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Context of International Free Trade Agreements“, *Legal Implications of Trade Liberalization Under SAAS and CEFTA* (ed. Dušan V. Popović), Belgrade, 2018, 153–154; Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, Мишљење на Нацрт Закона о изменама и допунама Закона о жиговима из 2018. године, Београд, 2018, доступно на адреси: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2018/12/za-objavu-misljenje-zakon-o-zigovima.pdf>, 3.4.2019. (предлаже се враћање режима међународног исцрпљења права у српско право жига).

какво је стање у пракси. Како је постојање оправданог разлога, као изузетка од примене правила о исцрпљењу права, у српском праву жига прописано по угледу на право Европске уније (даље у тексту: ЕУ) у раду ће се он преваходно посматрати кроз призму праксе Суда правде ЕУ.<sup>3</sup>

У уводном делу рада изложено је додатно и опште објашњење института исцрпљења права и његове сврхе у праву жига. Након увода, аналитички део текста садржан је у другом и трећем делу. Други део пружа детаљнији приказ правног стандарда „оправданог разлога“, док трећи део садржи анализу одабраних одлука Суда правде ЕУ које се односе на посматрано питање.

## 2. Институт исцрпљења права у праву жига – опште напомене

Институт исцрпљења (конзумације) права (енгл. *exhaustion of rights*) представља значајно ограничење субјективних права интелектуалне својине, па тако и жига.<sup>4</sup> У праву жига он подразумева следеће: када носилац жига или друго лице уз његову сагласност први пут стави у промет одређени примерак робе обележен његовом жигом заштићеном ознаком и треће лице стекне својину на том примерку, тада се искључиво овлашћење носиоца жига на стављање у промет исцрпљује у односу на тај конкретан примерак робе. Тако нови власник тог конкретног примерка робе, а и сваки следећи, могу даље слободно (без прибављања додатног овлашћења од носиоца жига) стављати тај примерак робе у промет, као и чинити радње повезане са стављањем у промет (као што су на пример нуђење, увоз, складиштење, па чак и рекламирање ради стављања у промет), а да не дође до повреде жига.<sup>5</sup>

---

3 Треба напоменути да је судска пракса Суда правде ЕУ значајна за српско право јер представља део правних тековина ЕУ, а Република Србија је преузела обавезу усклађивања домаћег права са тековинама ЕУ закључивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ. Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008, чл. 72 и 75.

4 За више о примени института исцрпљења права у другим правима интелектуалне својине видети: Душан Поповић, „Исцрпљење“ ауторског права и сродних права, међународна трговина и пословање на интернету“, *Правна ријеч*, бр. 37/2013, 69–81; Сандра Фишер, „Исцрпљење права носиоца патента“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2007, 657–666.

5 Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, 6. издање, Београд, 2018, 165–166.



Српски ЗоЖ садржи изричито правило о примени института исцрпљења права.<sup>6</sup> То правило је уведено у текст ЗоЖ из 2004. године<sup>7</sup>, али су га правна теорија и судска пракса и раније познавале,<sup>8</sup> пошто се ради о једном од класичних института у праву интелектуалне својине. Један од разлога за прописивање изричитог правила у српском ЗоЖ из 2004. године било је усклађивање са правом ЕУ у коме је предметно правило такође изричито нормирано тада у Првој директиви Савета 89/104/ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године о хармонизацији закона о жиговима држава чланица<sup>9</sup>, а сада у важећој Директиви (ЕУ) 2015/2436 Европског парламента и Савета од 16. децембра 2015. године о хармонизацији закона о жиговима држава чланица (даље у тексту: Прва директива и Директива 2015).<sup>10</sup> То се може приметити и из формулације текста одредбе ЗоЖ, који се у великој мери поклапа са текстом одредбе из Директиве. У праву ЕУ, примена института исцрпљења права у праву жига је и пре изричитог нормирања призната кроз праксу Европске комисије и Суда правде током 70-их и 80-их година прошлог века и то теолошким тумачењем одредаба оснивачких уговора који се односе на забрану квантитативних ограничења увоза између држава чланица.<sup>11</sup>

6 Закон о жиговима – ЗоЖ, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 10/2013 и 44/2018 – др. закон, чл. 40 ст. 1.

7 Закон о жиговима, *Службени лист СЦГ*, бр. 61/04 и 7/05, чл. 36.

8 Наведено према Соња Спасојевић, „Квар или промена стања жигом означене робе после њеног првог стављања у промет“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, 107.

9 Прва директива Савета 89/104/ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године о хармонизацији закона о жиговима држава чланица (*First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*; даље у фуснотама: Прва директива), чл. 7.

10 Директива (ЕУ) 2015/2436 Европског парламента и Савета од 16. децембра 2015. године о хармонизацији закона о жиговима држава чланица (*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*; даље у фуснотама: Директива 2015), чл. 15. Институт исцрпљења права је нормиран и у Уредби (ЕУ) 2017/1001 Европског парламента и Савета од 14. јуна 2017. године о жигу Европске уније, као и ранијим верзијама те уредбе. Уредба (ЕУ) 2017/1001 Европског парламента и Савета од 14. јуна 2017. године о жигу Европске уније (*Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark*, даље у фуснотама: Уредба о жигу ЕУ 2017), чл. 15.

11 Кроз ту праксу Европске комисије и Суда правде установљен је систем регионалног исцрпљења права интелектуалне својине у ЕУ. Irene Calboli, „Trademark Exhaustion in the European Union: Community-Wide or International? The Saga Continues“, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 6, 2002, 52–58; Душан Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2012, 177–179.

За исцрпљење права посебно је значајно одређење његовог територијалног опсега. У српском праву жига од 2013. године примењује се режим националног исцрпљења права, те да би дошло до исцрпљења неопходно је да се стављање у промет робе од стране носиоца жига или другог лица уз његову сагласност десило на територији Републике Србије. Пре 2013. године у српском праву важило је међународно исцрпљење, према ком је за наступање исцрпљења права довољно да је до промета робе дошло било где у иностранству.<sup>12</sup> Главна практична последица назначеног преласка на режим националног исцрпљења права јесте отежавање, а у крајњој линији и онемогућавање паралелне трговине на тржишту Републике Србије.

Будући да примена института исцрпљења права у великој мери ограничава садржину жига, као логично, намеће се питање који је његов *ratio legis* у праву жига. Генерално гледано у праву интелектуалне својине (нарочито у патентном праву и ауторском праву) истиче се да је сврха института исцрпљења права да спречи носиоце права интелектуалне својине да, недавањем сагласности, спречавају даљи промет примерака предмета који представљају материјализацију њихових интелектуалних добара – тзв. секундарни промет.<sup>13</sup> Да не постоји институт исцрпљења права приликом сваког стављања у промет предмета у коме је опредмеђено неко заштићено интелектуално добро било би потребно тражити сагласност носиоца права интелектуалне својине на том добру. Таква ситуација се чини као неодржива, јер би представљала превелико оптерећење промета робе и нарушавање слободне конкуренције које би било тешко правдати остварењем циља права интелектуалне својине.<sup>14</sup> Стога, ограничавање прометног монопола носилаца права интелектуалне својине само на прво стављање у промет је ствар компромиса између потребе заштите интереса носилаца права интелектуалне својине, с једне стране и слободне конкуренције, с друге стране. Носиоци права интелектуалне својине имају прилику да остваре економску корист приликом првог стављања у промет производа у коме је опредмеђено њихово интелектуално добро и

---

12 За расправу о промени режима исцрпљења у српском праву жига видети референце у фн. 2.

13 Д. Поповић (2013), 70.

14 Видети С. Фишер, 659–660. Исто тако, у теорији се истиче да се институтом исцрпљења права решава и конфликт права интелектуалне својине и права својине на примерку предмета у коме је опредмеђено интелектуално добро. С. Варга, 633–634. Слободан М. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, 300–301.

она се сматра као довољна награда и стимуланс које права интелектуалне својине треба да пружи.<sup>15</sup>

Међутим, уз напред назначене аргуменате, оправдање примене института исцрпљења права у праву жига у односу на патентно право и ауторско право, захтева додатну напомену, с обзиром на специфичну функцију жига као права. Наиме, функција жига није да на тржишту обезбеди прометни монопол његовом носиоцу у погледу робе обележене заштићеном ознаком (као код патента и ауторског права), него да разликује истоврсну робу и указује на њено порекло.<sup>16</sup> Како је првим стављањем одређеног примерка робе, који обележен заштићеном ознаком, у промет и његовим доласком до првог купца наведена жигом заштићена функција ознаке задовољена (купац добија истиниту информацију о пореклу робе), нема даље потребе да носилац жига накнадно задржава овлашћење на стављање у промет у односу на тај примерак робе.<sup>17</sup> Тако, у праву жига примена института исцрпљења права се превасходно правда конзумацијом функције указивања на порекло робе након првог стављања у промет, те потребом очувања слободне конкуренције. Овде ипак треба напоменути да постоје тумачења да се функција жига поред указивања на порекло непосредно проширује на друге функције ознаке посебно у пракси Суда правде ЕУ (функције гаранције квалитета, комуникације, инвестиција и рекламирања). Такође, тренутно је присутна тенденција

---

15 С. Марковић (1997), 301.

16 У раду се полази од општеприхваћене премисе да је основна функција жига да непосредно штити функцију ознаке да указује на порекло робе/услуге. Поред тога жиг пружа непосредну заштиту рекламне функције кроз институт заштите од разводњавања чувене ознаке и кроз искључиво овлашћење из садржине жига на рекламирање. Због ограниченог обима у раду ће по страни бити остављено тренутно горуће питање о евентуалној непосредној заштити жигом других функција ознаке и његове импликације на примену института исцрпљења права.

17 С. Марковић, Д. Поповић, 166; Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, 3rd edition, Oxford, 2009, 943; Владимир Б. Боровац, *Право жига – од заштите информационе функције робне ознаке до заштите робне ознаке као вредности по себи*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017, 52 („Институт исцрпљења права је у потпуности у складу са друштвеном сврхом права жига која се састоји у изградњи ефикасног тржишта на којем се несметано одвија конкуренција заснована на истинитим информацијама у погледу порекла робе. Наиме, ограничавање права на даље стављање у промет (трговину) примерка робе обележеног заштићеном ознаком би представљало неоправдано отежавање одвијања конкуренције, дакле управо циља чијем остварењу право жига тежи“); I. Calboli (2002), 47–48 („жиг не сме бити коришћен као средство за дистрибуцију – стављање у промет робе...као средство за поделу тржишта, на начин који се противи његовој функцији дистинктивног индикатора порекла робе“).

премештања тежишта функције жига са указивања на порекло ка својини на ознаци. Предочене тенденције, с обзиром да институт исцрпљења права примењује у циљу остварења признате(их) функције(а) жига, могу утицати и утичу на обликовање домашаја његове примене у праву жига и то чини се у правцу њеног сужавања, између осталог и кроз екстензивно тумачење правог стандарда „оправданог разлога“.<sup>18</sup>

Напослетку, из предоченог можемо да сумирамо неколико услова који морају бити испуњени да би дошло до исцрпљења права у српском праву жига. Прво, мора доћи до стављања робе обележене жигом заштићеном ознаком у промет. Под стављањем у промет овде се подразумева промена права својине на роби,<sup>19</sup> па треће лице мора прибавити својину на конкретним примерцима робе. Друго, до стављања у промет мора доћи вољом носиоца жига или његовог правног следбеника (сагласност може бити дата и имплицитно).<sup>20</sup> Треће, до промета мора доћи на територији Републике Србије (национално исцрпљење). Исцрпљење права се односи само на конкретне примерке робе стављене у промет и само на овлашћење на стављање у промет из садржине жига и са њиме повезане радње као што су нуђење, увоз, складиштење и друге<sup>21</sup>, евентуално на овлашћење на рекламирање (повезано са стављањем конкретне робе у промет), али не и на овлашћење на обележавање робе.<sup>22</sup> Ипак, чак и када су наведени услови испуњени, неће бити места примени исцрпљења права, ако на страни носиоца жига постоји оправдани разлог да се супрот-

---

18 James Mellor, David Llewelyn, Thomas Moody-Stuart, David Keeling, Iona Berkeley, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, 15th edition, London, 2011, 512–513; Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, 2. издање, Београд, 2018, 209.

19 Д. Поповић (2012), 179–181 (указује се да треба правити разлику приликом тумачења појма стављања у промет код института исцрпљења права где од подразумева промену својине у односу на значење тог појма у контексту искључивих овлашћења из садржине права индустријске својине где он означава промену државине); Слично и С. Спасојевић (2009), 107–108; J. Mellor, D. Llewelyn, T. Moody-Stuart, D. Keeling, I. Berkeley, 534–541.

20 Д. Поповић (2012), 179–181; J. Mellor, D. Llewelyn, T. Moody-Stuart, D. Keeling, I. Berkeley, 532–533.

21 Наведено важи ако пођемо од у теорији претежно прихваћеног концепта да жиг даје свом носиоцу три искључива овлашћења – обележавање робе/услуга, стављање у промет и рекламирање, а да су остале радње коришћења ознака као на пример нуђење, увоз, складиштење и друге садржане у наведена три „основна“ овлашћења. Ипак, у теорији (а ни у пракси) није искључено да се све те радње посматрају као засебна овлашћења из садржине жига. Стога, ако се прихвати такав став исцрпљење ће се односити на више таквих појединачних овлашћења која се врше ради стављања робе у промет. Треба напоменути да овде само постоји разлика у теоријском гледишту која чини се нема практичне импликације.

22 С. Спасојевић (2009), 109.

стави стављању конкретне робе у даљи промет. Анализи тог оправданог разлога је посвећен наставак рада.

## II Оправдани разлог носиоца жига као изузетак од примене института исцрпљења права

ЗоЖ изричито је прописано да се одредба о исцрпљењу права (чл. 40, ст. 1) неће применити у случају постојања оправданог разлога носиоца жига да се супротстави даљем стављању у промет робе означене жигом заштићеном ознаком, посебно ако је дошло до квара или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет (чл. 40, ст. 2).<sup>23</sup> У великој мери слична одредба садржана је и у Директиви 2015 (чл. 15, ст. 2) – претходно у Првој директиви (чл. 7, ст. 2).<sup>24</sup>

Пошто централно место у тексту изложеног правила о изузетку од примене института исцрпљења права заузима правни стандард „оправдани разлог“, јасно је да је тежак и неизвештан пут утврђивања његовог домашаја законодавац препустио судској пракси. На судовима је задатак да одреде садржину и примене наведени правни стандард у складу са околностима сваког појединачног случаја. Том приликом полазна тачка, али и општи оквир за тумачење правног стандарда „оправданог разлога“ би чини се требало да буде *ratio legis* прописивања анализираног правила о изузетку од примене института исцрпљења права. Имајући то у виду у наставку ће прво бити покушано да се установи *ratio legis*, а затим и да се дају оквирне смернице за тумачење посматраног правила (посебно узимајући у обзир нормиране примере оправданих разлога – квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет).

---

23 ЗоЖ, чл. 40. Треба скренути пажњу да се у чл. 40, ст. 2 ЗоЖ користи термилошки непрецизна формулација „да се супротстави даљем стављању у промет жигом означене робе.“ Како је жиг субјективно право њиме роба не може бити означена, него се она означава жигом заштићеном ознаком.

24 Директива 2015, чл. 15 ст. 2; Прва директива, чл. 7 ст. 2. Такође, право Сједињених Америчких Држава (даље у тексту: САД) познаје суштински слично правило према коме да би наступило исцрпљење права не смеју постојати материјално-квалитативне разлике (енгл. *material quality differences*) између робе обележене истом жигом заштићеном ознаком. Видети више у Andrea Zapalaglio, „International Exhaustion of Trade Marks and Parallel Imports in the US and the EU: How to Achieve Symmetry“, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 5, 2015, 69–73.

## 1. *Ratio legis* изузетка од примене института исцрпљења права у праву жига

Као што је предочено примена института исцрпљења права је у праву жига утемељена на остварењу функције жига након првог стављања у промет робе обележене жигом заштићеном ознаком, те потреби за спречавањем неоправданог нарушавања слободне конкуренције. Након првог стављања робе обележене жигом заштићеном ознаком у промет, жигом заштићена функција ознаке да указује на порекло робе која је њом обележена је реализована и свако даље признавање овлашћења носиоцу жига би се косило са очувањем слободне конкуренције. Стога, поставља се питање зашто је потребан изузетак од примене правила исцрпљења права? Зашто дати носиоцу жига додатну могућност да контролише секундарни промет робе означене његовом заштићеном ознаком? Ако пођемо од указане премисе да је примена института исцрпљења права у праву жигу заснована на његовој компатибилности са функцијом жига, обрнутом аналогијом можемо закључити да неће бити места његовој примени ако њоме долази до нарушавања те функције. Тако, чини се да је *ratio legis* посматраног изузетка преваходно да спречи оне случајеве у којима би применом института исцрпљења права било нарушено остваривање основне функције жига – и то заштите функције ознаке да указује на порекло робе (на пример услед накнадних промена у квалитету робе за које није одговоран носилац жига).

У теорији, а и судској пракси неретко се истиче да *ratio legis* посматраног изузетка од правила исцрпљења права лежи у потреби заштите угледа (репутације) носиоца жига због потенцијалног нарушавања репутације његове робе, а тиме и репутације његовог жига у секундарном промету.<sup>25</sup> Наиме, потрошач очекује да сваки производ исте врсте, означен истом ознаком, има стално исти квалитет. Из перспективе потрошача носилац жига је одговоран за квалитет – својства робе. Због тога носилац жига има легитиман интерес (оправдан разлог) да му се пружи могућност да захтева повлачење из промета робе чији је квалитет

25 С. Марковић, Д. Поповић, 166; В. Боровац, 54; Пресуда Привредног апелационог суда, бр. 11. Пж–5035/2017, Београд, 15.9.2017, непосредан увид („Међутим, исцрпљење права неће деловати (члан 40. став 2. Закона о жиговима) у случају кад носилац жига има оправдан разлог да се супротстави даљем стављању у промет робе обележене његовим заштићеним знаком од стране власника те робе. ....Оправданост овог разлога лежи у легитимном настојању носиоца жига да спречи нарушавање сопственог угледа кроз негативну репутацију своје робе и тиме и свог жига, а то значи да у овом случају носилац права жига има овлашћење да забрани власнику робе обележене заштићеним знаком, да ту робу даље ставља у промет“).

промењен након што ју је он ставио у промет. У супротном, због промењеног квалитета робе може доћи до нарушавања репутације робе, те жига и то без кривице његовог носиоца, а и без његове могућности да утиче на насталу ситуацију. При томе, нарушавање квалитета робе, а и њене репутације по правилу доводи до пада тражње за робом носиоца жига – што додатно штети интересима носиоца жига.<sup>26</sup> Наведени аргумент, који утемељење изузетка од правила исцрпљења права види у заштити репутације носиоца жига, је чини се у потпуности у складу и само додатно прецизира прву тврдњу да је *ratio legis* анализираниог изузетка да спречи оне случајеве исцрпљења права супротне остварењу жигом заштићене функције ознаке да указује на порекло робе. Потоње, будући да је репутација носиоца жига (односно жига и њиме заштићене ознаке) начелно посредно заштићена жигом кроз заштиту функције ознаке на указивање на порекло робе,<sup>27</sup> уз изузетак чувених ознака чија репутација у одређеној мери додатно ужива и непосредну заштиту жигом кроз заштиту од разводњавања ознаке.

Исто тако, и из одлука Суда правде ЕУ произлази да је сврха изузетка од примене правила исцрпљења права спречавање ситуација у којима трећа лица могу својим радњама да наруше перцепцију потрошача о комерцијалном пореклу робе или да утичу на репутацију жигом заштићене ознаке. С обзиром на то, носиоцу жига треба омогућити да спречи такве ситуације.<sup>28</sup>

---

26 С. Марковић (2018b), 208–209; В. Боровац, 54 (у случају непостојања посматраног изузетка „трпела би способност робне ознаке да ефикасно преноси информације на тржишту, јер би потрошачи на основу ње приписивали носиоцу жига промене особина робе“ за које он није одговоран).

27 Наведено важи и за аргумент присутан у теорији да је сврха посматраног изузетка од правила исцрпљења права, међу осталим, да штити гарантну функције ознаке. Видети Весна Бесаровић, *Интелектуална својина: Индустијска својина и ауторско право*, 5. издање, Београд, 2011, 178; С. Спасојевић (2009), 111. У тексту Предлога ЗоЖ из 2009. године, у образложењу одредбе чл. 40, ст. 2 о посматраном изузетку је тако наведено: „Правни смисао ове одредбе лежи у томе што се, у случају накнадно модификоване или покварене робе, нарушавају функције жига, и то функција указивања на порекло робе и функција гаранције квалитета робе.“ Влада Републике Србије, Предлог Закона о жиговима, Београд, 2009, доступно на адреси: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/101854>, 6.4.2019, 46.

28 Luis Antonio Soler Pascual, „The Peculiar Citadel Function of the Well-Known Trademark in Contracts with Vertical Restrictions: Competitive Strategy, Trademarks and Selective Distribution in Physical and Virtual Networks“, *Trademark Rep.*, Vol. 105, 2015, 998; Видети и William R. Cornish, David Llewelyn, Tanya Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights*, 7th edition, London, 2010, 805–807.

Независно од наведеног, увек треба имати у виду да признање анализираног изузетка од примене правила исцрпљења права представља ограничење и може значајно утицати на слободан промет робе која је обележена жигом заштићеном ознаком, а шире гледано и на слободну конкуренцију. Узимајући то у обзир, његова примена не сме бити широка, него се мора ограничити само на ситуације у којима је неопходно заштити функцију жига као права. Другим речима, наведени правни стандард „оправдани разлог“ на стани носиоца жига треба тумачити рестриктивно.

Додатно, овде се јавља питање – да ли има места примени предметног изузетка, односно да ли је то у складу са његовим *ratio legis*-ом, у случајевима када је роба обележена жигом заштићеном ознаком у време првог стављања у промет од стране носиоца жига имала некакав недостатак? Последње нарочито у ситуацијама када постојање таквог недостатка може резултирати различитим облицима грађанскоправне одговорности за штету и/или пак бити санкционисано казненоправно (на пример батерија која експлодира у мобилном телефону током нормалне употребе, опасна бактерија у прехранбеном производу и слично). У таквим случајевима носилац жига је имао могућност да контролише својства робе приликом првог стављања у промет, али је пропустио то да уради. Због тога, спорно је да ли му путем жига, као права интелектуалне својине (које штити функцију ознаке да указује на порекло робе), треба дати могућност да „санира штету“ свог пропуста. Применом изузетка од примене института исцрпљења права у таквим ситуацијама, трећа савесна лица која су прибавила такву спорну робу са намером да је даље стављају у промет би била стављена у доста неповољан положај.<sup>29</sup> Питање је колико је то оправдано? Ипак, иако овде чини се претежу аргументи за непримењивање анализираног изузетка, наведено питање остаје отворено.

За крај, треба напоменути да је посматрани изузетак од примене института исцрпљења присутан у неким другим правима интелектуалне својине. Тако, у праву заштите ознаке географског порекла он се (иако

---

29 Поред тога, трећа лица која стављају такву робу у секундарни промет и која би иначе била тангирана изузетком од примене института исцрпљења права тада неретко: 1) могу, под одређеним условима, захтевати накнадну штете од носиоца жига због недостатака робе; 2) ни сама неће имати подстицај да стављају такву робу у промет јер ризикују различите облике грађанскоправне и/или казненоправне одговорности (на пример одговорност продавца за тзв. рефлексну штету). Додатно, законска формулација нормираних оправданих разлога („квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет“), упућује да су релевантне само промене које су настале после првог стављања у промет.



није изричито законом прописан) по аналогији може применити као и у праву жига,<sup>30</sup> с обзиром да и то право има за предмет заштите ознаку, као интелектуално добро. С друге стране, у праву заштите дизајна предметни изузетак је био изричито законом прописан све до измена из 2015. године, када је избрисан у циљу усклађивања са правом ЕУ.<sup>31</sup>

## 2. Смернице за тумачење правила о изузетку од примене института исцрпљења права у праву жига

Најзначајније елементе структуре правила о изузетку од примене института исцрпљења права у праву жига чине правни стандард „оправдани разлог“, као и нормирани примери оправданих разлога – „квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет.“ С обзиром на то, судовима је остављено да узимајући околности сваког појединачног случаја одреде шта се сматра под оправданим разлогом, а тиме и опсег примене предметног изузетка. Приликом тумачења правног стандарда „оправданог разлога“ требало би се водити сврхом анализираних изузетка од примене института исцрпљења права у праву жига (видети претходно потпоглавље).

Бар три начелне смернице се овде могу извести за тумачење правног стандарда „оправданог разлога“. Прво, оправдани разлог ће постојати ако би применом института исцрпљења права у конкретној ситуацији била неоправдано нарушена основна функција жига – да штити функцију ознаке да указује на порекло робе. Друго, како примена изузетка негативно утиче на слободан промет робе обележене жигом заштићеном ознаком, њега треба рестриктивно тумачити. Треће, као смернице приликом тумачења треба користити нормиране примере оправданих разлога (квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет) и видети да ли конкретна ситуација може да се подведе под

30 С. Марковић, Д. Поповић, 182. Вид. Закон о ознакама географског порекла, *Службени гласник РС*, бр. 18/2010 и 44/2018 – др. закон, чл. 56–61.

31 Закон о правној заштити индустријског дизајна, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон, чл. 45. Видети Влада Републике Србије, Предлог Закона о изменама и допунама Закона о правној заштити индустријског дизајна, Београд, 2015, доступно на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/4828-14%20lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/4828-14%20lat.pdf), 8.4.2019, 21, образложење чл. 27 – измена чл. 45, ст. 2 (правило о изузетку од примене исцрпљења права је брисано „у складу са примедбама Европске комисије“). Разлог за раније постојање изузетка у праву заштите дизајна се може правдати остваривањем функције дизајна да разликује робу на тржишту, као и заштитом репутације носиоца права заштите дизајна.

њих или њима аналогне ситуације. Ипак, и назначени нормирани примери захтевају додатна појашњења и отварају нова питања (а).

*а) Квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет као оправдани разлози*

Квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет прописани су изричито Зож као примери оправданих разлога. У случају њиховог наступања неће доћи до примене института исцрпљења права.<sup>32</sup> Суштински овде се ради о једном оправданом разлогу и то битним променама стања робе, јер квар робе представља један од облика битне промене стања.<sup>33</sup>

Квар робе се у теорији одређује као штетна промена робе, односно негативна промена у њеном квалитету,<sup>34</sup> материјални недостатак. На први поглед чини се да ће у случају квара робе увек постојати оправдани разлог носиоца жига да спречи промет такве робе обележене његовом ознаком. Мада, упитно је да ли је то тако? Наиме, иако се чини као неспорно да ће у случају квара прехрамбених производа постојати оправдани разлог, нејасно је да ли ће исто бити примера ради у случају препродаје покварених аутомобила или рачунара када су купци свесни да купују покварен производ по нижој цени (можда ради прибављања резервних делова или даље оправке). Питање је да ли су такви случајеви промета кварне робе супротни функцији жига као права и да ли би њихова забрана представља оправдано нарушавање слободног промета таквом врстом робе. С обзиром на то, чини се да и у случају квара робе треба увек ценити, у зависности од околности сваког конкретног случаја, да ли има места примени изузетка од примене правила о исцрпљењу права, а не примењивати изузетак апсолутно.

„Битне промене стања робе“ представљају још један правни стандард чије прецизирање је законодавац оставио судској пракси. Могу се дати бар две начелне смернице за тумачење овог правног стандарда.

---

32 У теорији се истиче да би носилац жига могао спречити стављање промењене/кварне робе и да предмети изузетак није прописан и то на основу овлашћења на обележавање робе из садржине жига. Наиме, према том схватању будући да услед промена производ није исти као онај који је носилац жига ставио у промет, ради се неовлашћеном поновном обележавању производа и поновном стављању у промет. С. Марковић (2018b), 208–209. Супротно, С. Спасојевић (2009), 110–111.

33 С. Спасојевић (2009), 115.

34 С. Спасојевић (2009), 115.

Прво, њега такође треба тумачити у складу са напред изложеним *ratio legis*-ом изузетка од примене института исцрпљења права у праву жига. Основно питање које треба поставити јесте да ли конкретна промена стања робе неоправдано нарушава остваривање жигом заштићене функције ознаке да указује на порекло робе, а у оквиру тога да ли штети репутацији носиоца жига. Друго, јасно је да свака промена стања робе није оправдани разлог, него само она која је битна. Битна промена робе је она промена која значајно мења особеност – привредне особине робе посматрано из угла потрошача.<sup>35</sup> Неки од критеријума за оцену да ли се ради о битној промени стања робе би били: обим промене, промена намене, начина функционисања, промена изгледа и слично.<sup>36</sup> Ипак, овде се може појавити доста додатних питања које би требало ценити зависно од околности сваког конкретног случаја. На пример, да ли (значајно) побољшање квалитета робе може представљати битну промену стања робе као оправдани разлог? Исто тако, можда још значајније питање, јесте какав утицај имају напомене на роби, намењене потрошачима, да су промене робе наступиле независно од носиоца жига (услед радње трећег лица или других фактора)?

Занимљив случај из судске праксе Уједињеног Краљевства (даље у тексту: УК) у коме се расправљало о битној промени стања робе након првог стављања у промет јесте *Sony Computer Entertainments Inc. v. Tesco Stores Ltd*. Стање ствари у том случају је било следеће: *Tesco* је увозио плејстејшн конзоле из Француске и стављао их је у промет на тржишту УК. Плејстејшн конзоле су биле обележене заштићеном ознаком *Sony*-а. Да би конзоле могле да се продају на тржишту УК *Tesco* је извршио неколико измена на њима од којих су две посебно релевантне. Прво, пошто се утичнице разликују у УК у односу на Француску, *Tesco* је додао адаптере. Друго, промењене су и одређене повезнице за телевизор. При томе, на паковањима није било јасно назначено да је *Tesco* извршио промене конзола. Суд је утврдио да овакве промене представљају битне промене стања робе које искључују примену института исцрпљења права у конкретном случају, будући да носилац жига није могао да контролише квалитет адаптера, а потрошачима није било јасно назначено да је *Tesco* извршио промене конзола.<sup>37</sup>

35 С. Спасојевић (2009), 112.

36 С. Спасојевић (2009), 112–113.

37 L. Bently, B. Sherman, 944; Out-Law, *Sony Computer Entertainments Inc. V Tesco Stores Ltd* [1999] High Court of Justice (Chancery Division), Case No. MC1999 No. 3983, 2000,

Надаље, из одредбе ЗоЖ јасно је да битне промене стања робе, односно квар морају настати после првог стављања у промет конкретне робе. Предочена временска компонента нормираног разлога може служити као смерница приликом одређивања других оправданих разлога.

### III Оправдани разлози у пракси Суда правде ЕУ

Суд правде ЕУ је својим одлукама прецизирао одређене оправдане разлоге за одступање од примене института исцрпљења права у праву жига. Неке од тих одлука ће бити приказане у даљем тексту.

#### 1. Препакивање робе

Препакивање робе без дозволе носиоца жига је у пракси Суда правде ЕУ препознато као оправдани разлог на страни носиоца жига за непримењивање института исцрпљења права. Тако, носилац жига може да се супротстави стављају у промет робе обележене његовом жигом заштићеном ознаком коју су трећа лица неовлашћено препаковала, упркос томе што ју је он раније први пут ставио у промет.

Опсег радњи које представљају препакивање није прецизно дефинисан. Гледано у најширем смислу, препакивање обухвата различите видове измена или замена амбалаже робе који могу, али не морају да подразумевају промену ознаке којом је роба првобитно обележена (замена амбалаже произвођача сличном амбалажом, промена величине паковања, лепљење нове етикете на амбалажи уз прекривање ранијег текста и слично).<sup>38</sup> Битно је напоменути да стање саме супстанције робе након препакивања остаје непромењено, иначе би могао постојати горе објашњени нормирани оправдани разлог. У наставку ће због обима рада анализа бити ограничена само на случајеве препакивања у којима не долази до промене – замене заштићене ознаке.<sup>39</sup>

---

<https://www.out-law.com/page-8635>, 10.4.2019. (предметни случај може да се разматра и као облик препакивања видети Д. Поповић (2012), 202). За примере из немачке судске праксе видети С. Спасојевић (2009), 114–115.

38 Д. Поповић (2012), 191–192 (подробније објашњен правни појам препакивања).

39 Начелно гледано случајеви истицања нове жигом заштићене ознаке уместо произвођачеве, као и уклањање заштићене ознаке би требало да остану ван заштите права жига. Видети Д. Поповић (2012), 195; С. Марковић (2018b), 208; Суд правде ЕЗ, *Pharmacia & Upjohn SA v. Paranova A/S*, предмет бр. С-379/97, одлука од 12. октобра 1999, пар. 47 (у случају замене заштићене ознаке на паковању потврђује се могућност заштите на основу оснивачких уговора); Посебно видети новији случај Суда правде ЕУ, *Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd and Mitsui*

Два питања се овде намећу. Прво, који је *ratio* квалификовања препакивања као оправданог разлога за одступање од примене института исцрпљења права? Друго, које произлази из првог, да ли ће препакивање у сваком случају представљати оправдани разлог? На оба питања, одговор се може наћи у одлукама Суда правде ЕУ. Суд правде ЕУ *ratio* за квалификовање препакивања као оправданог разлога види у потреби заштите остваривања жигом заштићене функције ознаке да означава порекло производа. Потоње, будући да неовлашћено препакивање генерише реалан ризик по остваривање специфичне сврхе жигом заштићене ознаке да гарантује порекло производа који је њоме означен.<sup>40</sup> Штавише, Суд правде ЕУ је у предметима *Boehringer Ingelheim KG and Others I* и *II*, у којима се одлучивало о дозвољености различних облика препакивања фармацевтских производа (укључујући и замену амбалаже и прелепљивање етикета преко текста на паковању), заузео став да неовлашћено препакивање таквих производа само по себи (као радња) негативно утиче на остваривање жигом заштићене функције ознаке да указује на порекло, те да стога није потребно ценити који су његови стварни ефекти (на остварење те функције ознаке – напомена аутора) у сваком конкретном случају.<sup>41</sup>

Ипак, наведено не значи да се носилац жига може противити сваком препакивању робе означене његовом жигом заштићеном ознаком. У пракси Суда правде ЕУ постављени су услови под којима је препакивање дозвоље-

---

*bishi Caterpillar Forklift Europe BV v. Duma Forklifts NV and G.S. International BVBA*, предмет бр. С-129/17, одлука од 25. јула 2018. (суд је заузео став да уклањање заштићене ознаке и њена замена другом ознаком представља повреду жига); Michele Giannino, „Parallel Imports: The Court of Justice of the EU Rules That Debranding and Rebranding of Imported Products While Stored in Customs Warehouse Constitutes Trade Mark Infringement“, 2018, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3289132>, 13.4.2019.

40 Суд правде Европских заједница (ЕЗ), *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, предмет бр. С-102/77, одлука од 23. маја 1978. (даље у фуснотама: *Hoffman-La Roche v. Centrafarm*), ст. изреке 7–8; Суд правде ЕЗ, *Boehringer Ingelheim KG and Others v. Swingward Ltd and Others*, предмет бр. С-143/00, одлука од 23. априла 2002. (даље у фуснотама: *Boehringer Ingelheim KG and Others I*), пар. 29–30; Суд правде ЕЗ, *Boehringer Ingelheim KG and Others v. Swingward Ltd and Others*, предмет бр. С-348/04, одлука од 26. априла 2007. (даље у фуснотама: *Boehringer Ingelheim KG and Others II*), пар. 14; Суд правде ЕУ, *Ferring Lægemidler A/S v. Orifarm A/S*, предмет бр. С-297/15, одлука од 10. новембра 2016, пар. 14; Суд правде ЕУ, *Junek Europ-Vertrieb GmbH v. Lohmann & Rauscher International GmbH & Co. KG.*, предмет бр. С-642/16, одлука од 17. маја 2018. (даље у фуснотама: *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*), пар. 23.

41 *Boehringer Ingelheim KG and Others I*, пар. 30; *Boehringer Ingelheim KG and Others II*, пар. 15; *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*, пар. 24.

но и без сагласности носиоца жига. Суд правде је те услове установио узимајући у обзир не само одредбе жиговног права ЕУ, него и одредбе оснивачких уговора које се односе на заштиту начела слободног промета робе на унутрашњем тржишту.<sup>42</sup> Разлог за то је спречавање да се супротстављање препакивању од стране носиоца жига користи као прикривена препрека трговини између држава чланица. Установљени услови за дозвољено препакивање се често у теорији означавају као *Bristol-Myers Squibb* услови (даље у тексту: *BMS* услови) због предмета у коме су прецизирани.<sup>43</sup> Постоји пет *BMS* услова. Тако, препакивање: 1) мора бити неопходно како би се производ могао ставити у промет; 2) не сме утицати на исправност производа и упутстава у вези са производом; 3) јасно мора бити назначено обавештење о пореклу производа, као и о лицу које је препаковало производ;<sup>44</sup> 4) не сме штетити репутацији жигом заштићене ознаке и носиоца жига; 5) произвођач мора бити обавештен о намери препакивања (укључујући и достављање узорка новог паковања).<sup>45</sup> *BMS* услови су установљени за фармацеутске производе, али је Суд правде ЕУ јасно констатовао у предмету *Loendersloot v Ballantine & Son and Others* да их треба применити и на друге производе, уз одређене изузетке (тако, не постоји обавеза достављања произвођачу узорка новог паковања, нити откривање идентитета лица које је препаковало производ).<sup>46</sup> *BMS* услове Суд правде ЕУ је накнадно подробније прецизирао кроз своју праксу.<sup>47</sup>

42 Чл. 34 и 36 Уговора о функционисању ЕУ, некадашњи чл. 28 и 30 Уговора о оснивању Европске економске заједнице. Практика Суда правде ЕЗ о забрани неовлашћеног препакивања датира још пре усвајања Прве директиве. Видети на пример: *Hoffman-La Roche v. Centrafarm* и Суд правде ЕЗ, *Pfizer Inc. v. Eurim-Pharm GmbH*, предмет бр. С-1/81, одлука од 3. децембра 1981.

43 J. Mellor, D. Llewelyn, T. Moody-Stuart, D. Keeling, I. Berkeley, 542–545; Trevor Cook, *EU Intellectual Property Law*, Oxford, 2010, 271–273. *BMS* услови се надовезују на услове постављене раније у пресуди *Hoffman-La Roche v. Centrafarm*, ст. изреке 1(b).

44 Посебно видети разраду овог услова у Суд правде ЕУ, *Orifarm A/S and Others (C-400/09) and Paranova Danmark A/S and Paranova Pack A/S (C-207/10) v. Merck Sharp & Dohme Corp. and Merck Sharp & Dohme BV and Merck Sharp & Dohme*, спојени предмети бр. С-400/09 и С-207/10, одлука од 28. јула 2011. (даље у фуснотама: *Orifarm and Others*) – није неопходно назначити треће лице које је паралелни увозник ангажовао да обави послове препакивања.

45 Суд правде ЕЗ, *Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (C-427/93) and C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S (C-429/93) and Bayer Aktiengesellschaft and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S (C-436/93)*, спојени предмети бр. С-427/93, С-429/93 и С-436/93, одлука од 11. јула 1996. (даље у фуснотама: *BMS*), ст. изреке 3.

46 Суд правде ЕЗ, *Frits Loendersloot, trading as F. Loendersloot Internationale Expeditie v George Ballantine & Son Ltd and Others*, предмет бр. С-349/95, одлука од 11. новембра 1997, пар. 47–50.

47 За исцрпну анализу прекивања у пракси Суда правде ЕУ видети: Д. Поповић (2012), 191–201; J. Mellor, D. Llewelyn, T. Moody-Stuart, D. Keeling, I. Berkeley, 542–550. За анализу посеб-

Додатно, треба скренути пажњу на предмет *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*. Питање које се поставило у том предмету било је да ли лепљење етикете, која садржи само податке о увознику (пословно име, адресу и телефонски број), бар-код и фармаколошки број (који се користи за организовање кретања производа), и то на празаном делу кутије медицинског производа за негу рана, тако да не прекрива заштићену ознаку носиоца жига, представља препакивање као оправдан разлог.<sup>48</sup> Одлучујући о том питању Суд правде ЕУ је најпре дошао до закључка да се ту не ради о препакивању у смислу горе поменутих одлука *Boehringer Ingelheim KG and Others I* и *II* (које само по себи као радња генерише ризик по остварење функције ознаке да гарантује порекло производа), будући да је медицински производ остао у свом изворном унутрашњем и спољашњем паковању, додата је само етикета<sup>49</sup> (и то „минимално“ садржаја – напомена аутора). Затим, узимајући то у обзир, утврдио је да лепљење такве етикете, с обзиром на њен садржај, величину, изглед и место на паковању, не може генерисати опасност за гаранцију порекла медицинског производа обележеног заштићеном ознаком.<sup>50</sup> Стога, крајњи закључак је био да ту није посреди оправдани разлог, као изузетак од примене института исцрпљења права.<sup>51</sup> Такво тумачење Суда правде ЕУ се чини рационалним у датим околностима. Његов значај је чини се пре свега у томе што потврђује да се не треба увек, када дође до промена амбалаже, по аутоматизму држати става из пресуда *Boehringer Ingelheim KG and Others I* и *II* да радња неовлашћеног препакивања сама по себи негативно утиче на функцију ознаке да гарантује порекло производа (те испитивати испуњеност *BMS* услова), него да треба циљно тумачити изузетак од примене института исцрпљења права у складу са околностима конкретног случаја. Овде је то урађено кроз ограничење опсега радњи које представљају препакивање – лепљење етикете са основним подаци-

---

них случајева видети Соња Спасојевић, „Паралелна трговина и препакивање лекова у смислу права жига“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, 372–382; Његослав Јовић, „Правни аспекти паралелне трговине фармацеутским производима“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015, 674–680. За право САД-а видети Justin D. Swindells, „Repackaging Original Trademarked Goods: Trademark Exhaustion or Consumer Confusion“, *Federal Circuit Bar Journal*, Vol. 7, 1997, 391–416.

48 Овде се тужилац позивао на чл. 13, ст. 2 Уредбе Савета бр. 207/2009 од 26. фебруара 2009. године о жигу Европске уније који је по садржини идентичан чл. 15, ст. 2 тренутно важеће Уредбе о жигу ЕУ 2017.

49 *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*, пар. 30–35.

50 *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*, пар. 36.

51 *Junek Europ-Vertrieb v. Lohmann & Rauscher*, пар. 37–40.

ма на амбалажи без прекривања ранијег текста није препакивање. Такав правац тумачења се чини као пожељан. Мада, неспорно је да су околности овог случаја врло специфичне, па је неизвесно колики ће утицај предметна одлука имати на даљу праксу Суда правде ЕУ.

## 2. Наношење штете репутацији жигом заштићених ознака за луксузну робу

Луксузна роба се по правилу ставља у промет кроз системе селективне дистрибуције. Један од разлога за то је што произвођачи луксузне робе тако могу, контролишући њену дистрибуцију, да се старају о очувању њене репутације – луксузне слике у очима јавности. Међутим, нису ретке ситуације да луксузна роба „испадне“ из система селективне дистрибуције који је претходно успоставио произвођач и да се нађе на тржишту. Тада се јавља питање да ли произвођач, као носилац жига, може да се позива на изузетак од примене института исцрпљења права и да спречи такве ситуације због потенцијалног нарушавања репутације његове луксузне робе у секундарном промету? Даље ће бити приказана два предмета у којима је Суд правде ЕУ одлучивао о том питању.<sup>52</sup>

Први предмет је био *Parfums Christian Dior v. Evora*. *Evora* је компанија која води велики ланац дрогерија у Холандији (под пословним именом своје ћерке компаније *Kruidvat*). Како компанија *Dior* није хтела да је ангажује за свог дистрибутера, *Evora* је посредством паралелног увоза набављала *Dior*-ове производе. Тако је *Kruidvat* у оквиру своје редовне Божићне рекламне кампање 1993. године рекламирао производе *Dior*-а, заједно са другим јефтиним производима, ниског квалитета које је иначе продавао. *Dior* је покренуо спор тврдећи да такво рекламирање штети репутацији његових луксузних и престижних производа што представља оправдан разлог за одступање од примене института исцрпљења права. Спор је дошао до Суда правде ЕУ. Тужилац је у спору правио паралелу између промене материјалног стања робе (које представља нормирани оправдани разлог) и промене „менталног“ стања робе, у виду нарушавања привлачне, престижне слике и ауре луксуза робе које су настале као резултат испланираног начина представљања и рекламе те робе од стране носиоца жига. Суд правде ЕУ је очекивано оценио да у конкретном случају не постоји оправдани разлог на страни *Dior*-а, те да начин рекламирања луксузне робе, по правилу, не може представљати оправдани разлог

52 Луксузна роба ће неретко бити обележена чувеном жигом заштићеном ознаком, ипак у раду због обима неће бити детаљније разматране евентуалне импликације таквих ситуација.



за одступање од примене исцрпљења права.<sup>53</sup> Ипак, у својој аргументацији Суд правде је назначио да оправдани разлог може постојати, ако се утврди да спорни начин коришћења ознаке „озбиљно штети њеној репутацији“.<sup>54</sup> Таквим становиштем, суд правде ЕУ је отворио простор за шире тумачење правног стандарда „оправданог разлога“,<sup>55</sup> тако да обухвата и промене „менталног“ стања робе услед начина њеног коришћења (овде у реклами), односно одступања од привлачне, престижне слике и ауре луксуза робе које је створио носилац жига.

Други предмет у коме је Суд правде ЕУ подробније одлучивао о предметном питању јесте *Copad*. Ту је чињенично стање било другачије, али тужилац је опет био *Dior*. *Dior* је имао уговор о дистрибуцији своје луксузне робе са компанијом *SIL* која је, суочавајући се са финансијским потешкоћама, продала *Dior*-ову робу, без његове сагласности, компанији *Copad* која води радње са робом на попусту. Таква продаја ван *Dior*-овог система дистрибуције је била изричито забрањена уговором који су закључили *Dior* и *SIL*, те је *Dior* покренуо спор пред француским судом због повреде жига против обе компаније *SIL* и *Copad* у коме је више претходних питања постављено Суду правде ЕУ. Иако се Суд правде ЕУ овде претежно бавио другим питањима (пре свега у вези са кршењем уговора о лиценци жига), он је стао на становиште да стављање у промет луксузне робе, супротно одредбама уговора о лиценци, може представљати оправдани разлог за супротстављање даљој продаји те робе (на попусту) ако се утврди да спорна продаја „штети репутацији“ заштићене ознаке (мисли се на начин продаје – напомена аутора). На националним судовима држава чланица је да утврде да ли је дошло до нарушавања репутације ознаке, узимајући у обзир околности конкретног случаја (уобичајену пословну праксу, специфичан начин на који се посматрана луксузна роба иначе ставља у промет и друге).<sup>56</sup> Назначени став Суда

53 Та оцена је, између осталог, заснована на чињеници да је препродавац редовно стављао у промет и рекламирао производе исте врсте, али не и истог квалитета, на начин који је уобичајен у тој области трговине. То имплицира да у оваквим случајевима увек треба узети у обзир уобичајену пословну праксу у некој области.

54 Суд правде ЕЗ, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV.*, предмет бр. С-337/95, одлука од 4. новембра 1997, пар. 1-14, 39-48.

55 Видети и Суд правде ЕЗ, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik*, предмет бр. С-63/97, одлука од 23. фебруара 1999. (даље у фуснотама: *BMW*), пар. 47-55.

56 Суд правде ЕЗ, *Copad SA v Christian Dior couture SA, Vincent Gladel and Société industrielle lingerie (SIL)*, предмет бр. С-59/08, одлука од 23. априла 2009, пар. 7-14, 52-59.

правде ЕУ је чини се велика победа у корист носилаца жигова, јер се њиме потврђује екстензивно тумачење оправданог разлога из пресуде у предмету *Dior v. Evora*. Поред тога, проширује се опсег радњи којима може бити нарушена репутација жигом заштићене ознаке, са случајева спорног рекламирања луксузне робе, генерално на начин – услове под којима се таква роба ставља у промет (у конкретном случају у радњама за продају робе на попусту). Такође, Суд правде ЕУ више не тражи као услов да спорно коришћење ознаке „озбиљно штети“ њеној репутацији, него само да „штети“.

Кључна фактичка последица приказаних одлука Суда правде ЕУ чини се састоји се у коришћењу жига, као права, за заштиту система селективне дистрибуције носилаца жигова за луксузну робу.<sup>57</sup> Упитно је колико је то у складу са суштином жига као права које је установљено у циљу спречавања забуне на тржишту о пореклу робе, те онемогућавања нелојалне конкуренције. Да ли би правна заштита система селективне дистрибуције луксузне робе требало да остане у „ингеренцији“ других грана права (на пример уговорног права)? То је питање око кога тренутно ни у теорији, ни у пракси не постоји консензус.<sup>58</sup>

---

57 Предметне одлуке Суда правде ЕУ већ су почеле да остварују свој утицај у пракси судова држава чланица ЕУ. Видети на пример *Oberlandesgericht Düsseldorf*, бр. предмета I-20, U 113/17, DE:OLGD:2018:0306.I20U113.17.00, одлука од 6. марта 2018. (суд је утврдио да постојање опасности наступања штете по репутацију луксузне робе због продаје у радњама са попустима представља оправдани разлог), наведено према *European Union Intellectual Property Office, Recent European Case-Law on the Infringement and Enforcement of Intellectual Property Rights*, 2019, доступно на адреси: <https://euipo.europa.eu>, 16.4.2019, 17; Alice Fratti, *Selective distribution and trademark enforcement: recent trends*, 2018, доступно на адреси: <https://www.ipinitalia.com/antitrust-issues/selective-distribution-and-trademark-enforcement-recent-trends/>, 16.4.2019. (наводи се случај из италијанске судске праксе у коме је Суд у Катанији 2016. године пресудио у корист компаније *Bulgari* и потврдио њено право да спречи неовлашћеног дистрибутера да продаје њену робу преко онлајн платформе позивајући се на исту аргументацију). Треба напоменути и да је Суд правде ЕУ, између осталог, још једном стао на страну заштите система селективне дистрибуције луксузних производа у 2017. години и то из аспекта права конкуренције. Суд правде ЕУ, *Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH*, предмет бр. C-230/16, одлука од 6. децембара 2017.

58 J. Mellor, D. Llewelyn, T. Moody-Stuart, D. Keeling, I. Berkeley, 550–552; W. R. Cornish, D. Llewelyn, T. Aplin, 805–807; L. A. S. Pascual, 999–1005; A. Fratti; Irene Calboli, „Reviewing the (shrinking) principle of trademark exhaustion in the European Union (ten years later)“, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 16, 2012, 264–268; Martin Senftleben, „Trademark Transactions in EU Law—Refining the Approach to Selective Distribution Networks and National Unfair Competition Law“, *Law and Practice of Trademark Transactions* (eds. Jacques de Werra, Irene Calboli), Cheltenham, 2015, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2586765](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2586765),

### 3. Спорно оглашавање на интернету путем кључних речи

Посебну пажњу завређује предмет *Portakabin* који проширује додатно тумачење правног стандарда „оправданог разлога“ из случајева *Dior v. Evora* и *Corad*. У том предмету се, између осталог, расправљао и о односу коришћења жигом заштићених ознака као кључних речи за оглашавање на интернету и примене института исцрпљења права. Укратко разлог спора је следећи. *Portakabin*, произвођач преносних зграда, је тужио компанију *Primakabin* која се бави продајом коришћених покретних зграда (па и тужиочевих) будући да је она купила кључне речи „*portakabin*“, „*portacabin*“, „*portokabin*“ и „*portocabin*“ за услугу оглашавања *AdWords* коју пружа *Google*. Сам оглас туженог који се појављивао у претрази на основу спорних кључних речи био је насловљен „*used* (коришћене) *portakabins*“. Холандски суд је пред Суд правде ЕУ изнео више питања па и о могућности туженог да се позове на исцрпљење права у овом случају. Суд правде ЕУ је поводом тога стао на становиште да одредбу о примени института исцрпљења права (Прва директива, чл. 7) начелно не треба тумачити тако да овлашћује носиоца жига да се супротстави коришћењу кључних речи, истих или сличних његовој жигом заштићеној ознаци, за оглашавање на интернету ради продаје робе коју је он претходно први пут ставио у промет. Изузетно, он ће имати право да се супротстави таквом оглашавању када постоји оправдани разлог, као што је спорна употреба ознаке (пре свега на интернет сајту са огласом) која ствара утисак да су препродавац и носилац жига економски повезани или употреба која озбиљно штети репутацији ознаке. На националним судовима је да ближе цене испуњеност тих услова.<sup>59</sup>

---

16.4.2019, 7–11. Loránd Pászczki, Márk Rózsavölgyi, Trademarks and Selective Distribution: The Protection of Brand Image and Identity, 2018, доступно на адреси: [http://www.ecta.org/uploads/events-documents/article\\_PL\\_RM.pdf](http://www.ecta.org/uploads/events-documents/article_PL_RM.pdf), 8–14.

- 59 Суд правде ЕУ је отишао корак даље и дао је смернице националним судовима за оцену постојања оправданог разлога у оваквим случајевима. Прво, није довољно да оглас поред заштићене или њој сличне ознаке садржи речи као што су „коришћене“, „половне“ („*used*“, „*second-hand*“) да би постојао оправдани разлог; Друго, постојаће оправдани разлог ако је препродавац користио жигом заштићену ознаку у контексту оглашавања својих продајних активности, а уклонио је ту ознаку са робе и заменио својом; Треће, специјализовани препродавац половне робе који користи нечију жигом заштићену ознаку за оглашавање своје делатности не може бити спречен да додатно уз робу обележену том ознаком продаје и другу робу. Последње, осим ако продаја те друге робе због обима, презентације или лошег квалитета робе не генерише ризик да озбиљно оштети репутацију коју је носилац жига створио за свој знак. Суд правде ЕУ, *Portakabin Ltd and Portakabin BV v. Primakabin BV*, предмет бр. С–558/08, одлука од 8. јула 2010, пар. 8–21, 73–94.

Изнето становиште Суда правде ЕУ додатно проширује домашај правног стандарда „оправданог разлога“,<sup>60</sup> чини се бар у три правца. Прво, оно потврђује да наношење штете репутацији жигом заштићене ознаке услед неприкладног начина рекламирања (промена „менталног“ стања робе) може представљати оправдани разлог и када се односи на робу која није луксузна. Друго, оно такође потврђује да ће оправдани разлог постојати када се заштићена ознака користи приликом оглашавања на начин који ствара забуну да су препродавац и носилац жига економски повезани. Код овог становишта треба посебно изразити сумњу. Дискутабилно је да ли правило о изузетку од примене института исцрпљења права треба користити за спречавање забуне у промету о економској повезаности носиоца жига и препродавца? Као логичнија алтернатива било би да се носилац жига у таквим ситуацијама позива на повреду жига због неовлашћеног коришћења ознаке у реклами. Институт исцрпљења права делује само на овлашћење на стављање у промет, те на радње рекламирања које се у складу са добром пословном праксом предузимају у циљу тог стављања у промет. Рекламирање на начин који ствара забуну о економској повезаности са носиоцем жига, стога чини се не би уопште требало да буде обухваћено домашајем института исцрпљења права. Ипак, Суд правде ЕУ очигледно заступа другачији став. Треће, чини се да становиште Суда правде ЕУ узето у предмету *Portakabin* може бити основ за екстензивну примену проширеног тумачења правног стандарда „оправданог разлога“ (наношење штете репутацији ознаке и економска повезаност са носиоцем жига) на друге облике оглашавања, а не само на интернету, као и генерално на услове под којима се роба ставља у промет.<sup>61</sup>

#### IV Закључак

Право жига у Републици Србији познаје изузетак од примене института исцрпљења права у виду оправданог разлога носиоца жига да се супротстави даљем стављању у промет робе означене жигом заштићеном ознаком, посебно ако је дошло до квара или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет. Аналогно правило постоји и праву ЕУ. *Ratio legis* тог изузетка превасходно лежи у спречава-

60 L. A. S. Pascual, 1004 (указује да и овај предмет иде у корист заштите система селективне дистрибуције робе); I. Calboli (2012), 268–280.

61 У контексту назначена три правца проширења тумачења оправданог разлога видети и предмете: *BMW* (са којим је започело предочено становиште), као и Суд правде ЕУ, *Viking Gas A/S v. Kosan Gas A/S*, предмет бр. C– 46/10, одлука од 14. јула 2011, пар. 37 (у коме је изнето становиште потврђено).

њу оних случајева у којима би применом института исцрпљења била нарушена основна функција жига – заштита функције ознаке да указује на порекло робе.

Кључно питање за примену правила о изузетку од примене института исцрпљења права у праву жига јесте питање тумачења правног стандарда „оправданог разлога“. Три начелне смернице се могу извести за његово тумачење. Прво, оправдани разлог ће постојати ако би применом института исцрпљења права у конкретној ситуацији била неоправдано нарушена основна функција жига да штити функцију ознаке да указује на порекло робе. Друго, оправдани разлог треба рестриктивно тумачити, будући да примена изузетка од исцрпљења права у праву жига негативно утиче на слободан промет робе обележене жигом заштићеном знаком. Треће, као смернице приликом тумачења треба користити нормиране примере оправданих разлога, квар или друге битне промене стања робе после њеног првог стављања у промет, те видети да ли конкретна ситуација може да се подведе под њих или њима аналогне случајеве. Ипак, и поред наведених смерница, остаје доста отворених питања за које судска пракса тек треба да пружи одговор.

Као што је у раду указано, Суд правде ЕУ је у својој пракси, уз нормиране, прецизирао и додатне оправдане разлоге за одступање од примене института исцрпљења права у праву жига и то: 1) препакивање; 2) наношење штете репутацији жигом заштићених ознака за луксузну робу услед околности под којима се таква роба рекламира и/или ставља у промет и 3) употреба заштићене ознаке у вези са робом, независно од њене врсте, ради њеног стављања у секундарни промет (пре свега у сврхе оглашавања), која доводи до забуне да су препродавац робе и носилац жига економски повезана лица или која озбиљно штети репутацији ознаке. Последња два оправдана разлога се односе на тзв. промену „менталног“ стања робе и чини се иду у екстензивном смеру тумачења стандарда „оправданог разлога“. Фактичка последица примене та два оправдана разлога јесте омогућавање заштите селективних система дистрибуције робе које успостављају носиоци жигова путем правила права жига, а у крајњој линији јачање позиције носилаца жигова и додатно ограничење слободе промета на штету потрошача. Оправданост таквих екстензивних тумачења је упитна посебно гледано из угла традиционалног схватања сврхе жига као права које превсходно штити функцију ознаке да указује на порекло робе, а са крајњим циљем да промовише конкуренцију на тржишту од које корист имају и носиоци жигова (произвођачи) и потро-

шачи. Међутим, приказана екстензивна тумачења своје корене чини се налазе у присутној тенденцији премештања тежишта функције жига са указивања на порекло ка својини на ознаци која последично води и сужавању примене института исцрпљења права.<sup>62</sup>

На крају, треба напоменути да се импликације екстензивног тумачења оправданог разлога у пракси Суда правде ЕУ за право жига у Републици Србији још увек не могу предвидети. Како се у Републици Србији у праву жига примењује режим националног исцрпљења права (поређења ради у ЕУ важи шире регионално исцрпљење), беспоговорно прихватање предочених екстензивних тумачења Суда правде ЕУ би по логици ствари још додатно, на штету потрошача, ограничило слободан промет робе на тржишту. Нејасно је, бар за сада, да ли су таква ограничења слободног промета робе, која свој основ црпе у праву жига, као права интелектуалне својине, подесна, то јест економски утемељена за релативно малу привреду која у великој мери зависи од увоза сировина, као што је привреда Републике Србије.

---

62 У том смислу видети I. Calboli (2012), 273–281; *Orifarm and Others*, пар. 33–34 (Суд правде ЕУ истиче да изузетак од института исцрпљења права служи само за заштиту легитимних интереса носилаца жигова, а не и потрошача. Потрошачи своја права треба да остварују путем других правних механизма).

**Novak VUJIČIĆ, LL.M.**

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

## **EXEMPTION FROM THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF TRADEMARK EXHAUSTION**

### ***Summary***

*The Law on Trademarks of the Republic of Serbia explicitly stipulates that the rule on trademark exhaustion shall not be applied where there exists a legitimate reason for the trademark holder to oppose further commercialisation of the goods, especially if a defect or another fundamental change of condition of the goods has occurred after they have been put on the market for the first time. The paper deals exactly with the presented issue of the exemption from the application of the principle of trademark exhaustion. The paper seeks to determine ratio legis of the observed exemption, in order to outline the guidelines for its interpretation. Bearing that in mind, the particular focus is on the practice of the Court of Justice of the European Union, relevant for the analysed issue. The analysis shows that the subject exemption should be interpreted restrictively and applied when it is necessary to prevent situations in which application of the principle of trademark exhaustion would unjustifiably undermine the achievement of the function of a mark to indicate origin of the goods, as the essential function protected by a trademark right. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union interprets, to a certain extent, this exemption differently.*

**Key words:** *exhaustion of rights, trademark exhaustion, exemption from the trademark exhaustion, trademark, European Union law, repackaging, luxury goods.*

Андрија ЂОНОВИЋ\*

## КОРИШЋЕЊЕ ТУЂЕГ КОМПЈУТЕРСКИ ГЕНЕРИСАНОГ ЛИКА И ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ: ИЗМЕЂУ ЗАШТИТЕ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ И ЗАШТИТЕ ЛИЧНОСТИ

### Резиме

Једно од најкарактеристичнијих обележја модерног времена јесте преплитање технологије са свим областима живота. Технолошки напредак олакшава обављање посла у свим областима рада, па тако и у културно-уметничким. Са експоненцијалним растом потенцијалних примена технологије долазе и проблеми, а један од њих је и појава компјутерски генерисаних ликова и интерпретација. Компјутерски генерисани ликови и интерпретације се користе у филмским делима најчешће, као специјални ефекти, али се њихово присуство може приметити и у музичкој индустрији - на концертима или музичким албумима. Коришћење тако створених ликова и интерпретација на први поглед делује недовољно нормирано законима који штите ова интелектуална добра. Док се може тврдити да је овакво коришћење противзаконито уколико је предузето без сагласности појединца чија се добра користе, такође се може тврдити да је и тако створен лик или интерпретација ново дело, па самим тиме и ново интелектуално добро са новим титуларом права. Гране права које се преплићу у овом случају јесу право интелектуалне својине и право личности, које пружају заштиту интелектуалним добрима, односно личним добрима. Сврха овог рада јесте поређење ових права и заштите коју она пружају, коришћењем концептуалне анализе, односно поређењем института који припадају овим правима, а по неколико јасних критеријума. Циљ јесте доказивање да су ови институти комплементарни, односно да у одређеној мери пружају појачану заштиту појединцима, тамо где се „преклапају”, а ширу заштиту тамо где се „не

---

\* Докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, [andrijadjonovic@gmail.com](mailto:andrijadjonovic@gmail.com).



преклапају”. Ради прецизнијег представљања проблема, користимо се сликовитим примерима из скорије праксе који се односе на тему рада.

**Кључне речи:** Компјутерски генерисани ликови; Интерпретације; Лична добра; Интелектуална добра.

## 1. Увод

Славни глумац и комичар Робин Вилијамс, који је преминуо 2014. године, урадио је једну, помало неочекивану и за тадашње правне практичаре неуобичајену ствар. Наиме, Вилијамс је право на коришћење сопственог лика, имена, потписа и фотографија завештао фондацији која је основана по његовој изричитој жељи. Последице овакве одлуке познатог глумца састоје се у томе да се не може појавити одобрена реклама било каквог добра или услуге пре истека рока дефинисаног у уговору о оснивању његове фондације. Такође осигурао је да се неће појавити нови комичарски наступ или скеч који би изводио холограм са његовим ликом и, рецимо, да се неће појавити у неком филмском делу у чијем стварању никада није учествовао, а путем коришћења дигиталних технологија.<sup>1</sup>

Приметно је да је овакав вид потенцијално штетног, а свакако неодобреног, коришћења лика и дела славних личности присутан већ извесно време. Славне личности често позајмљују свој лик, глас, и имена разним рекламама и комерцијалним али и некомерцијалним подухватима.<sup>2</sup> Логично, како је њихов лик потрошачима познат, њихово појављивање на добрима и услугама може створити код купаца осећај препознавања и блискости. Проблем који се појављује јесте када се њихов глас, фотографија или лик уопште<sup>3</sup> користе без сагласности. Тиме се, поред стварања заблуде код потрошача да ли је одређена славна личност заштитно лице неког производа или не, може такође створити штета одређеној познатој личности и то најмање на два начина.

Први вид овакве штете је изванредно познат – економски. Наиме, да је славна личност контактирана ради потенцијалног ангажмана, те да је њен лик коришћен у рекламне сврхе, свакако би се морао закључити уговор о

1 E. Gardner, „Robin Williams restricted exploitation of his image for 25 years after his death”, *The Hollywood Reporter*, 2015, <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/robin-williams-restricted-exploitation-his-78529>, приступљено 10.06.2017. На истој адреси је доступан и пун текст уговора о оснивању фондације.

2 T. Ahmad, S. R. Swain, „Celebrity rights: Protection under IP Laws”, KIIT Law School, *Journal of Intellectual Property Rights* 16/2011, 7.

3 У наставку, због економичности, скупно: „лик“.

коришћењу и на основу њега исплатити накнада. У случају неовлашћеног коришћења таква накнада изостаје, те је личност свакако оштећена.

Други вид јесте посредан и тиче се последица таквог коришћења по репутацију одређене личности. Асоцирање појединаца са производама, добрима и услугама које они сами нису одлучили да подрже доводи до могуће промене става јавности о њима, њиховим вредностима и карактеристикама. У добу у коме тренутно живимо, где се поистовећивање са познатим личностима често среће, неретко и у размерама где их појединци ословљавају као „звезде”, „суперзвезде” или чак „иконе”, на тај начин формирано скоро „религијско” искуство може имати велике последице по репутацију, а последично и касније ангажмане. Потпомогнуто модерном технологијом, оваква „култура славних” се шири, јача и досеже до све већег броја људи.<sup>4</sup> Примери потенцијалног каљања угледа и репутације славних личности су разни и варирају од простог скрнављења дела до његовог изобличавања, рецимо попут коришћења књижевних и филмских ликова у незавидним позама, филмовима за одрасле<sup>5</sup> или при асоцирању са одређеним политичким идејама које нису нужно оне које и сами деле.<sup>6</sup>

У овом раду првенствено ћемо се фокусирати на обим проблема искоришћавања туђег лика кроз визуру модерне технологије компјутерске генерације ликова. У другом делу рада обрадићемо, укратко, на које се све начине модерна технологија унапредила до мере да може да створи компјутерски генерисане ликове и личности који су по свему истоветни са онима из реалног света. У трећем делу посебну пажњу посветићемо правним институтима који су везани за право личности, онима који су доступни свим појединцима без обзира на њихове правне радње и (не)предузете кораке заштите. Размотрићемо опште услове који су неопходни како би се дошло у ситуацију да право личности пружа заштиту, али и укратко анализирати разлоге постојања тог права, као и дати при-

4 D. Milovanović, „Zaštitna lica u medijskim kampanjama neprofitnih organizacija”, *Quarterly marketing journal*, 45/2014, 314 - 315.

5 Примера ради ауторка књига о дечаку чаробњаку Харију Потеру, Џ. К. Роулинг, имала је проблема са управо оваквим видом злоупотребе. За више детаља, као и текст опомене пред утужење коју су њени адвокати упутили произвођачу такав материјал вид: <https://www.lumendatabase.org/notices/1182#>, приступљено 10.06.2017.

6 „Grupe S.A.R.S. i Marcelo tuže SNS”, *Вечерње новости online*, 2011, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:318642-Grupe-SARS-i-Marcelo-tuze-SNS>, приступљено 10.06.2017.

мере који су релевантни за тематику којом се рад бави, односно компјутерско генерисање ликова.

У четвртном делу рада осврнућемо се на правне институте које пружа право интелектуалне својине, а који се могу применити на проблем којим се рад бави. У већини случајева у којима се може претпоставити постојање проблема коришћења туђег лика, нарочито компјутерски генерисаног, често се може говорити о ауторским делима, интерпретацијама и другим интелектуалним добрима која се користе, било да је у питању нечија беседа, плес, песма, глума.<sup>7</sup>

У петом делу рада упоредићемо различите аспекте правне заштите која се компјутерски генерисаном лику и интерпретацији пружа у праву интелектуалне својине, с једне стране, и праву (заштите) личности, с друге стране. Настојање у овом раду биће да се покаже како су право заштите личности и право интелектуалне својине усклађени по погледу добара која настоје заштитити и да у оном делу у којем се та добра преклапају постоји комплементаран однос који пружа више заштите. Шести део рада посветићемо кратком закључку са разматрањима последица изнетих анализа и погледом на будућност обима и могућности правне заштите коришћењем поменутих института.

## **2. Утицај модерне технологије на тржиште компјутерски генерисаних ликова и интерпретација**

Технологија је одувек била коришћена ради унапређивања садржаја који потрошачи конзумирају путем добара које ствара индустрија забаве, културе и уметности. Слике, песме и филмови у последњих четрдесет година, нарочито након популаризације жанра научне фантастике, користе скоро неизоставно неки вид компјутерског побољшања. Како се сама наука, а последично и технологија, развијају, тако се и ове техничке интеграције побољшавају и временом постају све теже за разликовање од оних које то нису.

Највећи помак у развоју и примени оваквих технолошких измена донео је управо развој, омасовљење коришћења и константан напредак рачунара, односно компјутера. Компјутер омогућава креаторима разних дела да са њима експериментишу, да их накнадно дорађују и прерађују, а и да својеврсна дела створе „ни из чега”. Компјутерско генерисање, напиме, омогућава професионалним дизајнерима да скицирају и генеришу

---

7 У наставку: „интелектуално добро“.

интерпретације, као потпуно аутономно створена и оригинална ауторска дела без употребе класичних помагала, попут филмске камере, студија за снимање музике или четкице и платна.

Тема овог рада јесте специфична употреба компјутерског генерисања туђег лика. Компјутерски генерисани ликови (енг. *Computer generated imagery, CGI*) постају све учесталији у производњи филмских, али и осталих дела. Они омогућавају творцима да инкорпорирају елементе специјалних ефеката какви до сада нису били могући. Током последњих петнаестак година, компјутерска и технолошка револуција је и ово променила. Тренутно, аудиовизуелна дела користе технологију која је толико напредна да потрошачи, на први поглед, не могу уочити разлику. Ово је значајан помак јер је до сада коришћење компјутерског генерисања било или лако уочљиво, па тако подложно разликовању од стране посматрача, или је у потпуности било коришћено да створи сваки аспект филма – па је тако више личило на дело које је у потпуности анимирано.<sup>8</sup>

Тако, није тешко замислити колико је компјутерско генерисање слика моћно, ако се узме у обзир да је већ успела да подмлади глумце,<sup>9</sup> створи холограме преминулих певача, практично „оживи” преминуле глумце или једноставно угради ликове у видео игре и остале творевине. Фотореалистична депикција ликова, која стреми да их створи тако да се не могу разликовати, постаје све чешћа, у смислу да су ликови створени на такав начин уверљиви и човеколики.<sup>10</sup> Један скори пример оваквог компјутерског генерисања, који је уз то изазвао јаку реакцију јавности јесте оно које је омогућило „ожиљавање” улоге негативца Мофа Таркина,

8 Рецимо, примери филмских дела која користе компјутерско генерисање лика заједно са „правим” уметницима и глумцима јесу „Ратови звезда епизода 1: Фантомска напаст” или трилогија „Господар прстенова”. Са друге стране, у потпуности анимирана дела, али која се труде бити што је могуће реалистичнија, су она попут „Финална фантазија: духови унутар” или „Поларни експрес”, која анимирају људске ликове са великим процентом сличности са правим глумцима који позајмљују гласове. Ипак, у свим претходно наведим делима се могло препознати који делови су компјутерски генерисани, чак и од стране лаика.

9 На пример, глумац Џеф Бриџис за потребе филма „ТРОН” или глумица Кери Фишер за потребе филма „Ратови звезда: Одметник 1”. За више вид. Е. Ditzan, „TronLegacy' Star Jeff Bridges explains how he plays his younger self”, <http://www.mtv.com/news/1644706/tron-legacy-star-jeff-bridges-explains-how-he-plays-his-younger-self/> и А. S. Levy, „She squealed with delight': Carrie Fisher was very happy with Princess Leia's appearance in Rogue One: A Star Wars Story“, *Dailymail.com*, <http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/article-4096860/Carrie-Fisher-happy-Princess-Leia-s-appearance-Rogue-One-Star-Wars-Story.html>, приступљено 10.06.2017.

10 Т. Mason, „CG 101: A Computer Graphics Industry Reference”, 1999, 160 и 161.

чији је глумац, чувени Питер Кушинг, преминуо 1994. Године, а за потребе филма „Ратови звезда: Одметник 1”.

Упркос тенденцији филмских продукцијских кућа да често, једноставно, промене глумце који играју одређене улоге, ствараоци „Ратова звезда” решили су да прибегну компјутерској помоћи и, практично, креирају сопственог, у стварном свету непостојећег, глумца. Продуценти су прибавили неопходну дозволу за коришћење лика и сличности Питера Кушинга од његових правних следбеника, тиме заобилазећи сваки потенцијални проблем ка коначном креирању свог дела. Проблем, са друге стране, је често постављено питање шта сада спречава продуцентске куће да, једноставно, креирају своје глумце и праве потпуно независно, филмска дела без и једног јединог глумца или уметника. Наведено не само што би угрозило егзистенцију уметника који се баве овом граном индустрије културе, нарочито имајући у виду да су могућности које овако креиран лик има ограничене једино маштом аниматора док су реални глумци ограничени својим способностима, развојним путем и осталим психофизичким карактеристикама које не постоје, односно лако су изменљиве код компјутерски генерисаних модела, већ би такође отворило и етичка питања о искоришћавању лика преминулих особа.<sup>11</sup> Ако је технологија постала могућа, које су препреке потенцијалној злоупотреби, односно коришћењу таквог, туђег компјутерски генерисаног лика или интерпретације? Творци филма „Ратови звезда: Одметник 1” наводе да су шансе да се тако нешто понови у скорој будућности мале, с обзиром на то да је „оживљавање” Питера Кушинга одрађено из специфичних разлога за потребе приче, мада тај аргумент је посве арбитран и може га употребити било који филмски продуцент, али и чињенице да су трошкови креирања таквог лика често прохибитивни, неопходна техника компликована, а процес спор.<sup>12</sup> Може се закључити да проблем остаје у домену потенцијалног, нарочито имајући у виду препреке које су творци филма имали, а који су на свом располагању имали пуну моћ Дизни корпорације (енг. *The Walt Disney Company*), једне од најмоћнијих и најбогатијих на свету.

11 На пример, уколико је Елизабет Тејлор у својој изведби Клеопатре остала ненадмашна до те мере да је потенцијални гледаоци филмских дела изједначавају са том улогом – лако је замислити ситуацију у којој свака следећа итерација филма о чувеној египатској краљици у себи садржи и компјутерски генерисани лик госпође Тејлор.

12 D. Itzkoff, „How ‘Rogue One’ Brought Back Familiar Faces”, *The New York Times*, 2016, [https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?\\_r=4](https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?_r=4), приступљено 10.06.2017.

Технологија генерално има тенденцију да, својим омасовљавањем, временом постане све чешћа, јефтинија и доступнија људима. Стога, ваља размотрити правне институте који су на располагању појединцима у сврху заштите сопственог лика и дела, те ћемо се у наставку овог рада бавити двама областима права које су у најбољој позицији да такву заштиту и пруже – права заштите личности и права интелектуалне својине.

### 3. Право заштите личности

Право заштите личности<sup>13</sup> подразумева заштиту личних права, односно субјективних права на личним добрима, која између осталих подразумевају и право на пијетет, достојанство, част, углед, приватност, лик, глас, личне податке, идентитет и име. Ова добра су међу онима која су најнепосредније повезана са особом, која су најприроднији израз његовог постојања. Сваки индивидуални израз поједине особе, односно њиховог ума, такође, представља лично добро које се може штитити правом личности, на пример фотографије портрета личности или лични дневници, односно она добра на којима се могу засновати стварна права. Надаље, на одређеним умним, односно интелектуалним добрима, се може стећи право интелектуалне својине, на пример патент на проналаску којим се решава одређени технички проблем, или ауторско право на ликовном делу.<sup>14</sup>

#### 3.1 Разлози заштите личности и садржина права

Лична права су, по својој дефиницији, врло широко дефинисана и одувек су остављала простора законодавцу да, по потреби, мења и уводи нове санкције када утврди да за тако нешто постоји потреба. Наиме, права личности су заштићена бланкетно, у смислу да постоји генерална гаранција да је личност неповредива, без изузетака, али се конкретизација тог круга права врши од случаја до случаја, јер се нове опасности за повреду личности појављују релативно често.<sup>15</sup>

Начин на који нас други људи перципирају, изводе закључке и формирају претпоставке и ставове, а који консеквентно утичу на наш углед, однос са другима и позицију у друштву је блиско повезан са могућ-

13 Права личности су у нашој правној терминологији позната још и као лична права. Терминологија која ће се даље користити у раду је, пак, „права личности“.

14 О. Станковић, В. Водинелић, „ Увод у грађанско право“, пето неизмењено издање, 2007, 120 – 122.

15 *Ibidem*, 122 – 124.

ношћу појединца да контролише, у највишем могућем степену, своју репутацију и несметано ужива или располаже својим личним добрима. Стога, јасно је зашто је оправдано признати појединцима контролу над личним добрима, односно постојање права личности. Такође, следствено свему изнетом, лако се може закључити како се, нарочито у свету познатих и славних личности, формира и финансијска, односно економска ситуација индивидуа на основу њихове репутације, колико су, на пример, велике компаније, филмски студији, продуцентске куће и медијске корпорације спремне да се са њима асоцирају, граде сарадњу и представљају у свету делећи одређене вредности и принципе у очима потрошача.<sup>16</sup>

Садржина права личности може бити у томе да њихов ималац може да их несметано ужива или да им располаже. Располагање, даље, може да подразумева фактичко коришћење извесног добра, или правно – одрицање и преношење. Приликом преношења, рецимо права на објављивање дневника, може се захтевати накнада или компензација. Такође, приликом одрицања, рецимо употребе свог имена као жига, се не врши бланкетно одрицање већ само у конкретном, поједином случају, односно оним ситуацијама које бивају покривене склопљеним споразумом. С тим у вези, могућ је пренос права на објаву фотографије или филма који садржи лик одређене особе.<sup>17</sup> На даље, обавезе трећих лица су да морају прибавити сагласност ради могућности предузимања одређене радње. Проблем који се овде увиђа јесте да личноправни захтев за престанак вршења одређене радње, настаје тек након што се та радња спроведе, а када штета већ може да настане и посредством модерне технологије прошири тржиштем. Оваква реактивност, иако не идеална, најбољи је механизам тренутно, али захтева висок ниво пажње код појединаца, тј. да стално буду на опрезу да ли их неко на овај начин штети. Па ипак, у случају познатих и славних личности, овакав приступ прегледању тржишта је постао рутинан. Са друге стране, јасна предност права личности у овом аспекту јесте што она постоје сама по себи и не захтевају регистрацију, подношење

---

16 На пример, у случају у коме нека позната личност може постати заштитно лице одређене компаније или производа, али да нити један разлог из ког је појединац у питању познат јавности нема везе са датим производом или његовим способностима и карактеристикама. За више о овоме вид. D. Milovanović, *op. cit.*, 312 и даље.

17 С тим што се мора водити рачуна да лично добро које се преноси није веће вредности од самог права слободе располагања, да не сужава претерано слободу лица или се коси са моралом, како наводи Водинелић у *Ibidem*. Ипак, с обзиром на брзе промене света, како технолошке тако и остале, пропратне, дефиниција тога шта се ”коси са моралом” ће се мењати по тумачењу судова.

захтева или обележавање било какве врсте.<sup>18</sup> Такође, често се могу прописати и изузеци, односно ограничења личних права, на пример уколико законодавац одмери да је остварење каквих других интереса важније може прописати изузетак, рецимо код права информисања о животима познатих личности, али у оној мери у којој се те ограничење врши сразмерно, одмерено и не прекомерно.<sup>19</sup>

Овакав генерални став праксе и законодавства доводи до тога да се може разумно очекивати појава клаузула у уговорима са познатим личностима која стипулише да одређена лична права морају пренети на продукцијску кућу, а како би та кућа касније могла да их мења, прерађује и тако користи у комерцијалним настојањима. Последично, уз обраћање посебне пажње приликом састављања уговора, може се избећи подоста проблема, али са успешношћу која зависи од квалитета правног саветовања и заступања, а која често корелира са финансијским средствима која ојачавају преговарачку позицију.<sup>20</sup>

### 3.2 Заштита коју право личности пружа у визури модерне технологије

Начелно, проблем са претходно анализираном заштитом коју пружа право личности, постоји и јасно је изражен уколико се у анализу уведе модерна технологија. Компјутерска генерација може се искористити за стварање слике и звука, а њом се може и манипулисати зарад стварања, рецимо, сеценског наступа тако створеног лика, али остаје питање претходног и накнадног правног регулисања односа између свих укључених актера.

Опште гледано, уколико је у питању преминула особа за коришћење чијег лика и интерпретације су његови правни следбеници дали сагласност – са аспекта права личности не постоје проблеми. Лик, интерпретације или било које друго лично добро су, за специфичну употребу, слободни за коришћење. Проблем настаје са чињеницом да, уколико је

---

18 Мада, када би могла да постоји нека техника обележавања, као превасходно у англосаксонском праву, у случају ауторског дела знаком „©” (енг. *Copyright*) или заштићеног жига знаком „™” (енг. *trademark*), а у сврси јасног скретања пажње трећим лицима постојања права и следствене заштите, односно обавезе нечињења, можда би долазило до мање проблема.

19 О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, 124 – 128.

20 М. S. Drecolias, „Tupac and beyond: The implications of the Tupac hologram on copyright and the right of publicity and what it may mean for the future of music”, *eRepository @Seton Hall*, 2014, 7. Доступно на: [http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/427/](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/427/), приступљено 10.06.2017.



модерна технологија искоришћена да створи потпуно нову интерпретацију користећи се елементима неких претходних, таква творевина представља ново, одвојено, интелектуално добро на којем његови творци стижу права интелектуалне својине. Уколико се односи заинтересованих страна не уреде детаљно претходно, касније може бити тешко изнаћи шта тачно говоре важећи прописи по питању заштите интереса инволвираних актера, с обзиром на недостатак релевантне судске праксе и искуства правних заступника и судија у овој области.

Проблем коришћења туђег компјутерски генерисаног лика, али и интерпретације у овом случају, можда се најбоље види кроз холограмски наступ Тупака Шакура, репера који је преминуо 1996. године, али је 2012. „васкрснут” са новим наступом на једном музичком фестивалу, уз помоћ модерне технологије.<sup>21</sup> Тај наступ је изазвао велику пажњу код његових обожавалица, продаја његових плоча је драстично скочила, а појавили су се и планови да се холограм пошаље на турнеју. Иако су његови правни следбеници дозволили да се догоди извођење неколико песама на том музичком фестивалу, веће је питање ко полаже права на његов холограм као такав? Јер, иако су можда саме интерпретације и коришћење његовог лика дозвољени за специфичну употребу, холограм је ипак технолошка творевина других субјеката. Иако право личности може спречити, односно заштитити, употребу његовог лика и сличности, неоспорно је да су холограм и таква интерпретација ново интелектуално добро те да, услед недовољно развијене праксе, потенцијални сукоби, несугласице и спорови бивају у многоме под утицајем финансијске јачине појединаца и вештине њихових правних заступника.<sup>22</sup>

Закључак јесте да право заштите личности пружа релативно добру заштиту самог лика, али да у случају у коме се тангира и ауторско дело или интерпретација, право интелектуалне својине мора пружити јачу заштиту поменути интелектуалним добрима.

#### 4. Право интелектуалне својине

Право личности за свој предмет има, превасходно, заштиту самог лика, а о њему се, као концепту, у теоријским дискусијама често распра-

---

21 D. Mayoras, „What does Tupac’s hologram mean for other celebrity estates”, Forbes, 2012, <http://www.forbes.com/sites/trilandheirs/2012/04/23/what-does-tupacs-hologram-mean-for-other-celebrity-estates/#2fa8e583122a>, приступљено 10.06.2017.

22 M. S. Drecolias, *op. cit.*, 4 – 7.

вља са филозофских аспеката. Насупрот праву личности, право интелектуалне својине за свој циљ има, врло конкретно, стимулисање тржишта у смислу креирања подстицаја за стварање оних интелектуалних добара које поспешују тржишну ефикасност. С тим у вези, већи део института права интелектуалне својине штити имовинске интересе, али неки штите и оне личног карактера.

Коришћење туђих информација, идеја, творевина и знања, интелектуалних добара уопште, омогућава ефикасно стављање целокупне сфере друштвене баштине и досадашњих креација у продуктивну функцију. Имитирање идеја других особа, њихово прилагођавање сопственим потребама и стављање у онај контекст који је најбоље прилагођен индивидуалној потреби и жељи, као и нијансирано мењање у сврси тих циљева јесте најрационалнији начин задовољавања, како колективних тако и индивидуалних потреба. Уколико се на овакав начин изједначе они појединци који стварају са појединцима који искоришћавају поменута интелектуална добра угрожава се економски подстицај стваралаца да наставе са својим активностима. На тај начин се, поред услова за опстанак оних који стварају, доводи у питање, последично, развој самог друштва.<sup>23</sup> Управо из ових супростављених разлога право интелектуалне својине има компромисан карактер – у функцији заштите субјеката који стварају интелектуална добра, с тим да су начин и мера те заштите такви да не угрожавају развојне интересе заједнице већ подстичу развој.<sup>24</sup> Вреди подвући и највећи проблем који право интелектуалне својине, али и право својине уопште, има са личности, а то је управо преносивост. Одређених права на личним добрима, која тако постоје, појединац се може одрећи или их изменити, рецимо уговорним путем, али је њихова кључна карактеристика везаност за личност. Са друге стране, право интелектуалне својине постаје све више третирано као добро, односно као преносиво средство, у пословном свету, налик на остала преносива средства попут некретнина или тешке машинерије.<sup>25</sup>

Као што је познато, право интелектуалне својине је заједнички назив за неколико правних грана које се традиционално сврставају у две групе: ауторско и сродна права и право индустријске својине.<sup>26</sup> Оне групе

---

23 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 24 - 25.

24 *Ibidem*, 24.

25 D. Vaver, „Does intellectual property have personality?“, *Rights of personality in Scots law: a comparative perspective*, (eds. R. Zimmerman, N. R. Whitty), University of Dundee Press, 2009, 407.

26 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 21 и даље.

права које су од интереса за анализу овог рада јесу ауторско права, право интерпретатора и право жига, односно они институти тих области који штите ауторска дела, интерпретације и ознаке заштићене жигом. Зарад јасноће анализе која ће уследити, а како би се најбоље разрадио однос института права личности и права интелектуалне својине, кратко ћемо посветити пажњу начелним разматрањима управо тих области права интелектуалне својине.

#### 4.1 Ауторско право

Ауторско дело, које се дефинише као људска творевина која има духовни садржај, одређену форму и која је оригинална, заштићено је субјективним ауторским правом које штити ауторове моралне и материјалне интересе, односно личне и економске. Циљ овог права јесте заштита личноправних интереса аутора, али и њихових имовинских интереса. Претходна дефиниција ауторског дела подразумева да је оно, само по себи, директан израз личности аутора, тесно у вези са личношћу аутора. Чак и мали, најситнији део специфичног, индивидуалног духовног печата аутора чини дело другачијим од осталих и доводи до испуњења услова оригиналности.<sup>27</sup> Обим заштите ауторског дела је дефинисан степеном оригиналности јер је то онај израз личности који дело чини посебним и другачијим од других, а ту важи правило да што је тај степен већи, толико је и сама заштита већа.<sup>28</sup>

Важна напомена мора се тицати претходно поменуте ситуације, нарочито примера холограма Тупака Шакура, али која се донекле може назрети и у претходно поменутој рекреацији Питера Кушинга. Наиме, у случају у коме се одређено ауторско дело у великој мери ослања на неко претходно, које га измењује и у коме се може препознати изворно ауторско дело, али које ипак има и сопствени оригинални печат,<sup>29</sup> назива се дело прераде.<sup>30</sup> Проблем које се појављује јесте у доказивању и подвлачењу управо тог, додатног, дела које је оригинално и које на први поглед не може бити лако уочљиво.

---

27 *Ibidem*, 37 – 40.

28 *Ibidem*, 41 и 42.

29 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 44.

30 Најближи пример овоме може се видети релативно често у свету музичких дела, односно у ситуацијама у којима различити извођачи изводе дела у различитим аранжманима и на другачије начине, на тај начин их прерађујући.

Наравно, како се могућности технологије буду мењале, тако за потребе компјутерске генерације туђег лика више неће бити неопходна друга особа која носи посебно одело које на себи има маркере које компјутер обрађује и уноси у даљу програмску обраду, а како би створио слику туђег лика.<sup>31</sup> У тим ситуацијама, у којима се на „подлогу” једног, рецимо глумца, у потпуности наноси лик, глас и свеопшта сличност другог лика, ствара се посебан проблем у питању – чија је интерпретација? Сама глумачка интерпретација је често уговором потпуно пренета на продукцијску кућу. Препрека да филмски студио искористи претходни наступ у неком филмском делу као основу за нешто потпуно ново лежи само у обавези да се захтева сагласност глумца који је оригинални извођач, или његових правних следбеника.<sup>32</sup> У случају у коме се таква сагласност добије новонастало интелектуално добро је, делом, дело „новог” глумца, али донекле и „старог” глумца. Ипак, не може се говорити о коауторском делу како, у том случају, изостаје намера оба субјекта за стварање коауторског дела. Такође, постоје и одређена ограничења ауторског права, у случајевима у којима су посредни важнији интереси, а попут јавне сигурности, правосуђа и слично, а најчешће се прописује суспензија искључивих права и права на накнаду.<sup>33</sup> И даље, у случајевима који се најчешће показују у пракси у случају сукоба приватних интереса тешко да се може говорити о ситуацијама у којима је оправдано ауторско право ограничити.

31 D. Itzkoff, *op. cit.*, [https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?\\_r=5](https://www.nytimes.com/2016/12/27/movies/how-rogue-one-brought-back-grand-moff-tarkin.html?_r=5), приступљено 10.06.2017.

32 У склопу овлашћења која се признају ауторима налазе се личноправна и имовинско правна овлашћења, а у оквиру обе групе се налазе посебна овлашћења која могу бити релевантна у случајевима који се овде наводе.

Личноправна овлашћења која ауторско право признаје аутору дела јесу овлашћење на признање ауторства (право патернитета), овлашћење на назначење имена аутора, на објављивање дела, на супротстављање недостојном коришћењу дела, али и право на заштиту интегритета дела. Последња два овлашћења могу послужити приликом заштите специфично у овим ситуацијама уколико би, рецимо, неко решио да створи компјутерски генерисани лик неког певача или певачице, а како би њихово музичко дело у некој новој изведби скрнавио, исмевао или извргавао руглу.

Имовинскоправна овлашћења, са друге стране, штите економске интересе које аутор може имати у вези са својим делом као са потенцијалним привредним добром. Аутори ова овлашћења могу, што и често раде, пренети на економске субјекте на тржишту. Ова овлашћења, између осталих, укључују и овлашћење на прераду дела које може, донекле, више осигурати ауторе уколико на тај начин блокирају стварање потенцијалних дела прераде над којима се могу стећи субјективна ауторска права аутора дела прераде, а тиме и избећи потенцијално компликована дебата о детекцији степени оригиналности „новог” аутора.

33 *Ibidem*, 76 – 79.

## 4.2 Право интерпретатора

Предмет права интерпретатора јесте интерпретација, радња која се састоји у ангажовању човека да личним изражајним могућностима саопшти одређени духовни садржај, који мора бити ауторско дело. Личноправна овлашћења која право интелектуалне својине признаје интерпретаторима јесу право патернитета, овлашење да име интерпретатора буде назначено на примерцима интерпретације, али и овлашћења на супротстављање недостојном коришћењу интерпретације и на заштиту интегритету интерпретације.<sup>34</sup> Последња личноправна овлашћења, на супротстављање недостојном коришћењу и на заштиту интегритета интерпретације, могу послужити приликом заштите у специфичним ситуацијама којима се бави овај рад, а аналогно начину на који се то може десити са сличним овлашћењима о којима је било речи изнад, када се разматрало ауторско право.

Имовинскоправна овлашћења интерпретатора укључују она која су искључивог и она која су неискључивог карактера. Искључива имовинскоправна овлашћења су на снимање и умножавање примерака интерпретације, на стављање у промет примерака интерпретације, на давање примерака интерпретације у закуп, на емитовање интерпретације уживо, али и интерактивно чињење интерпретације доступном. Неискључива имовинска овлашћења, са друге стране се свode на право интерпретатора да потражује накнаду за следеће радње, али не и на спречавање других да чине, а оне укључују јавно саопштавање снимљене интерпретације која се емитује, емитовање снимљене интерпретације, јавно саопштавање интерпретације са носача звука, али и продају техничких уређаја подобних за умножавање снимљене интерпретације.<sup>35</sup> Дакле право интерпретатора је у овом смислу ограничено – све и да има право према трећем лицу које креира компјутерски генерисану интерпретацију, на пример холограм, у најбољем случају има шансе да оствари накнаду, али не и да спречи такву радњу, барем користећи се институтима права интелектуалне својине.<sup>36</sup>

## 4.3 Право жига

Право жига представља скуп правних прописа којима се уређује материја правне заштите ознаке жигом, односно субјективно право

---

34 *Ibidem*, 83 – 85.

35 *ibidem*, 85 – 87.

36 Наравно, у случају непостојања сагласности на коришћење лика појединца у питању, могу се искористити претходно наведена права личности.

индустријске својине које за предмет заштите има ознаку којом носилац жига обележава свој производ или услугу у привредном промету, а у циљу постизања дистинктивности свог производа. Носилац права жига може да дозволи или забрани другоме коришћење своје жигом заштићене ознаке. Функције жига су управо постизање разликовања производа, указивања на његово порекло, остваривање гаранције квалитета као и рекламе на тржишту.<sup>37</sup>

Жигом заштићена ознака је регистрована за одређену категорију робе, мора бити дистинктивна и не сме бити супротна закону и моралу, али не сме бити слична или истоветна са раније заштићеном или пријављеном ознаком другог лица за истоветну или сличну робу, али ни оној која је учесницима у промету несумњиво позната, чак и ако није пријављена или регистрована као жиг, као што не сме бити слична или истоветна чувеној ознаци – без обзира на робу. Оно што је можда најзанимљивије када је у питању право жига, јесте да жигом заштићена ознака не сме садржати или подражавати, између осталог, име или лик живе, умрле или знамените личности.<sup>38</sup> Заштита права личности заједно са правом жига, у оквиру права интелектуалне својине, пружа заштиту оним појединцима који су регистровали на пример своје лично име,<sup>39</sup> као што то познате личности умеју често да раде за одређене производе, али и за друге потребе уколико је њихово лично име постало толико блиско асоцирано са одређеним добром, да им се може признати право жига.<sup>40</sup> Проблем је што се лично име често не може заштитити жигом, што га оставља да буде заштићено путем права личности.<sup>41</sup> Ипак, може се аргументовати да и није неопходно штитити лично име путем права жига уколико оно није искоришћено за обележавање специфиче, робе или услуге, а поготово како није ретко да две особе деле истоветно лично име те би

---

37 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 150 – 153.

38 *Ibidem*, 154 – 158.

39 Наравно, лично име које се на овакав начин користи ради остваривања дистинктивности на тржишту је скоро увек стилизовано на посебан начин, па самим тиме има степен оригиналности.

40 С. Hill, „Can celebrities trademark their names”, Legalzoom, <http://info.legalzoom.com/can-celebrities-trademark-names-23526.html>, приступљено 10.06.2017.

41 J. D. Lipton, „Celebrity in Cyberspace: A Personality Rights Paradigm for Personal Domain Name Disputes”, *Washington and Lee Law Review*, 65/2008, 1449.

признавање права жига једном од њих спречило другу да ужива пуно право личности које дозвољава употребу властитог имена.<sup>42</sup>

Алтернативно, један од разлога из којих би нека позната личност желела да региструје своје лично име са одређеном робом или услугом, а у смислу жигом заштићене ознаке, може да се пронађе и у дефанзивној равни. Наиме, уколико не жели да њено име буде на било који начин асоцирано са, рецимо, газираним напицима или компјутерима, регистрација личног имена као жигом заштићене ознаке може додати још један, јак, а у правном погледу често коришћен основ, за одбрану, нарочито када се има у виду фреквентност спорова који се воде око жигова и тако заштићених ознака.<sup>43</sup>

## 5. Компатибилност или конкурентност права личности и права интелектуалне својине

Досадашња анализа покрила је обим проблема компјутерски генерисаних ликова и интерпретација, модерних технологија коришћених за њихово стварање и потенцијалне развојне могућности и учесталости коришћења истих, а и правне институте и могућности заштите које су на располагању појединцима путем права личности и права интелектуалне својине. У наредном сегменту до сада обрађене правне аспекте ставићемо у заједнички контекст, кроз призму модерне технологије и компјутерског генерисања. Након тога приступићемо директном поређењу права личности и права интелектуалне својине по критеријумима диспозитивности, односно слободе воље појединаца да заштиту и стекну,<sup>44</sup> по питању трајања заштите и шта се са њом догађа у случају смрти особе, по томе колико је трећим лицима јасно и лако да уоче постојање заштите, накнаде у случају постојања повреде, као и по питању обима заштите који је пружен, а и колико је вероватно да појединци заштиту успешно и остваре.

У контексту, чак и теоретског приступа праву интелектуалне својине, постоји консензус да је интелектуално добро израз ума, односно личности појединца, а посебно у теоријама личности инспирисанима

---

42 Има неких сугестија и индикација, у одређеним арбитражама и случајевима, да име аутора креативног дела може бити третирано и регистровано као жигом заштићена ознака, па тако у *Julia Roberts v Russel Boyd*, WIPO case No. D2000 – 0210, 2000, [www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0210.html](http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0210.html), приступљено 10.06.2017. За више о овом случају, али и сличнима вид. у J. D. Lipton, *op. cit.*, 1457 и даље.

43 *Ibidem*, 1460.

44 Односно, да ли морају да се одлуче да буду заштићени или им та заштита припада *ex lege*.

делима Хегела.<sup>45</sup> Израз тога се може видети и у чињеници да право интелектуалне својине признаје личноправна овлашћења ауторима и интерпретаторима што потврђују и међународне конвенције.<sup>46</sup> Управо тако је у Бернској конвенцији о заштити уметничких и књижевних дела<sup>47</sup> истакнуто како: „...независно од имовинских права аутора и чак и после уступања ових права, аутор задржава право на признање да је он творац дела и право да се противи сваком искривљавању, сакаћењу и другој измени дела или свакој другој повреди тог дела, што би ишло на штету његове части или његовог угледа”.<sup>48</sup>

Када неки аутор креира одређено дело он ради више од простог стварања објекта за експлоатацију и економско искоришћавање. Аутор пројектује у свет део своје личности и излаже је „суровости јавности“, па самим тиме потенцијалне штете и негативни ефекти те чињенице нису само економске природе, а такву штету ауторско право такође мора пробати да спречи.<sup>49</sup>

Следи да су могуће штете економског и репутационог карактера, те да право као целина мора штитити обе, што управо и чини путем права интелектуалне својине која признаје ауторима, али и интерпретаторима, личноправна и имовинскоправна овлашћења по питању заштите својих ауторских дела, односно интерпретација. Уколико не постоји интелектуално добро као такво, не може постојати ни економска штета, па се онда мора заштита тражити у домену права личности.

И поред свега, постоји велики број оних добара која једноставно не могу бити предмет заштите путем права интелектуалне својине. На пример, све оно што право категорише као идеје или принципе, а попут куварских рецепата или инструкција за састављање и израду намештаја па чак и комичарских скичева и шала. Наравно, уколико је претходно створено и забележено на носачу или креирано на оригиналан начин – на њима се

45 A. D. Moore, „Personality – based, Rule – Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property”, *The Handbook of Information and Computer Ethics* (ed. K. E. Himma, H. T. Tavani), 2008, 105.

46 Па тако и Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине – TRIPS споразум – у својим члановима 5 па на даље, а у којима говори о правима извођача.

47 У даљем тексту: Бернска конвенција.

48 Члан *bis* Бернске конвенције, Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, „Службени лист СФРЈ“, бр. 14/75 и „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 4/86 – уредба.

49 M.A. Roeder, „The doctrine of moral right: A study in the law of artists, authors and creators”, *Harvard Law Review*, 53/1940, 554.



може засновати право интелектуалне својине које би их штитило, али само за конкретне примерке и забележене интерпретације – и даље ништа не би могло да спречи треће лице да користи одређени рецепт који је, напослетку, само сет упутстава. Иако креатори добара која нису подобна да буду заштићена на овакав начин изналазе друге начине како би заштитили своје интересе, јасно је да право интелектуалне својине не може да их у потпуности заштити.<sup>50</sup> Премда је обим заштите и уопште обим добара које право интелектуалне својине штити широк и служи економским интересима актера на тржишту, не може се оспорити да не штити у потпуности све изразе личности. Самим тиме, право заштите личности, на условно речено резидуалан начин, доводи до потпуне заштите личности, односно лика и израза индивидуа, мада нема за приоритет економску заштиту. Све остало што јесте могуће заштитити, поготово путем права интелектуалне својине, ужива економске подстицаје такве заштите који их подстичу на усавршавање и стварање нових добара.<sup>51</sup>

Са тако конципираном заштитом, где ипак мали број интелектуалних добара може проћи незаштићено, сами појединци који би да их заштите проналазе начине у циљу заобилажења недостатака правног система. У случају претходно поменутих комичара, али и глумаца, музичара па и у оквиру академских кругова, формирају се заједнице које саме спроводе санкције у случају, рецимо копирања комичарског наступа или публиковања рада који је академски плагијат,<sup>52</sup> а које оперишу по принципу забране учествовања у одређеним позориштима, забране публиковања радова у одређеним научним часописима и слично.

Као што смо већ до сада навели, највећа претња постоји управо у виду дигиталне манипулације технологијом у сврси креирања нових дела или интерпретација које се касније промећу. На сличан начин на који је проблем ауторима музичких дела пиратерија – сада, захваљујући процесу анимације и могућности да се створи изразито уверљива рекреација људског лика, звука и гласа – највећа претња ауторима је стварање нових „интерпретација”, њихових наступа или филмског „снимка” са њиховим

---

50 E. L. Rosenblatt, „Intellectual Property’s Negative Space: Beyond the Utilitarian”, *Florida State University Law Review*, 40/2013, 441 – 447.

51 *Ibidem*, 453 и 454.

52 Иако ове санкције нису правне природе и нису део права интелектуалне својине или права личности, вреди напоменути их барем као алтернативу или пример сналажљивости субјекта на тржишту. За више информација о овим методама, али заједницама, као и примерима злоупотребе вид. у *Ibidem*, 468 – 473.

ликом, а који су више од пуке копије. Сврха трагања за оптималном заштитом интереса извођача јесте управо у решавању питања проблема страха од технолошке незапослености, неовлашћеног искоришћавања, умножавања и стављања у промет<sup>53</sup> примерака њихових дела, али и контроле сопствене репутације, односно комерцијалне употребе сопственог идентитета.<sup>54</sup>

Сходно томе, право интелектуалне својине кроз заштиту интегритета дела ради управо то – штити и углед аутора на посредан начин тиме што штити одређен израз његовог идентитета, односно личности, од измена, промена, уништења или скрнављења. Аналогно томе, у контексту анализе компјутерски генерисаних ликова и интерпретација – тиме што је неко платио за примерак неког дела или интерпретације, коју би касније могао да искористи за стварање нових или њихову прераду, на пример ако интерпретацију са видео снимка „преточи” у холограм, нема за право да такве радње и предузима.<sup>55</sup>

На основу свега изложеног може се уочити комплементарност права заштите личности и права интелектуалне својине, које штите „две стране истог новчића“, али на другачије начине и са приметним разликама. Конкретно, ове разлике постоје по барем шест критеријума.

Први критеријум по коме се право личности и право интелектуалне својине разликују јесте на пољу аутономије воље – односно, да ли се заштита сваког од тих права јавља самим постојањем особе или се мора затражити. Наиме, како би се лик, глас, потпис, лично име и остали аспекти личности заштитили, односно како би им правни систем пружио одговарајућу заштиту, није неопходно никакво делање појединца – таква врста заштите се стиче *ex lege*. Међутим, право интелектуалне својине се мало разликује. У правним системима земаља потписница Бернске конвенције аутори и интерпретатори стичу одређена права самим чином стварања свог дела које је предмет интелектуалног добра, па самим тиме и одговарајуће заштите. Ипак, одређене препреке постоје, ако ишта онда у чињеници да не могу сва интелектуална добра бити предмет заштите

---

53 T. Ahmad, S. R. Swain, *op. cit.*, 9.

54 B. P. Keller, „Condemned to repeat the past: The reemergence of misappropriation and other common law theories of protection for intellectual property”, *Harvard Journal of Law & Technology*, 11/2/1998, 401.

55 B. A. Lee, „Making sense of ‘Moral Rights’ in intellectual Property”, *Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers Accepted Paper Series, Temple Law Review*, Research Paper No. 261, 2012, 75 и 80 – 82, [www.ssrn.com/abstract=200575](http://www.ssrn.com/abstract=200575), приступљено 10.06.2017..

путем права интелектуалне својине, већ само она која испуњавају услове о којима је већ било речи. Са друге стране, у англосаксонском систему, ауторско право, односно копирајт (енг. *Copyright*)<sup>56</sup> некада се могао стећи искључиво путем регистрације код надлежног органа, мада је тај систем у последњих двадесетак година укинут приступом и тих земаља Бернској конвенцији.<sup>57</sup> И поред тога, у споровима о ауторском праву свакако да помаже уколико је неко дело регистровано, што се не може десити у случају када се право штити путем права личности јер се она не могу регистровати. Такође, таква регистрација се мора одабрати, па самим тиме следи да је разликовање овде у томе да право интелектуалне својине, иако не нужно обавезно да се „одабере” како би постојало, ипак пружа, условно речено, јачи степен заштите у случају регистрације.

Други критеријум јесте по питању самог обима заштите, односно оног добра којем се она признаје. У случају права личности заштита се пружа на бланкетан начин, односно сваком оном личном добру које законодавац може означити као вредно заштите. Лична права се врло широко дефинишу, додуше, а са намером да заштите све оно најтешње везано за личност појединца. Интелектуална добра којима се признаје заштита путем права интелектуалне својне су далеко мање бројна од оних које штити право личности, а из разлога што морају претходно испунити одређене услове.<sup>58</sup> Наравно, право интелектуалне својине признаје и ауторима и интерпретаторима одређена личноправна овлашћења те се може приметити одређено преклапање права интелектуалне својине и права личности. Па ипак, вреди напоменути да, у вези с тиме што право интелектуалне својине у свом самом начелном циљу има, посве утилитаран, економски принцип,<sup>59</sup> сам број интелектуалних добара које се могу

---

56 Ипак, у системима који и даље дозвољавају регистрацију, може бити разлике у правима која се стичу у случају да неко повређује ауторско право, па тако, на пример, у Сједињеним Америчким Државама када је у питању накнада трошкова правног заступања и адвоката. Више о овоме вид. у „Subject matter and scope of Copyright”, доступно на адреси: <https://copyright.gov/title17/92chap1.pdf>, приступљено 10.06.2017.

57 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 54 и 55.

58 Било да су у питању услови да је ауторско делу оригинална људска творевина у одређеној форми и која садржи духовни садржај, или да је патент само оно техничко решење које поседује одређени степен новости и инвентивног нивоа или привредне применљивости.

59 Ово ограничење, односно разлика, се можда најбоље види у претходно анализираном праву жига и односа са личним именом и ликом, а у којима се заштита признаје само оној ознаци, која може, али не мора имати сличност са ликом особе или личним именом исте, која постоји ради обележавања робе и услуга у промету на тржишту. Право личности, са друге стране, пружа заштиту у свим ситуацијама, па тако и у онима која спадају између права жига, права

њиме штитити је мањи од броја добара којима заштиту пружа право личности. Тиме долазимо до закључка да је следећа разлика између ова два права та што право интелектуалне својине признаје заштиту ужем кругу добара у односу на право личности, па тиме на одређеном броју умних добара која садрже елементе личности постоји само један „слој” заштите. Ипак, у оном делу спектра у коме се преклапају, право личности и право интелектуалне својине пружају појединцима више основа по којима се могу заштитити, а самим тиме и појачану сигурност.

Трећи критеријум разликовања везан је за перцепцију трећих лица, односно лакоћу са којом трећа лица могу бити свесна постојања заштите. Када је у питању право личности не постоји ни један начин на који се оно означава, односно не постоји ни једна ознака која може указати на његово постојање, иако је оно увек пристуно. Ово, с обзиром на чињеницу да су спорови око права личности не толико пропраћени колико спорови по питању права интелектуалне својине,<sup>60</sup> може довести до тога да трећа лица нису увек свесна постојања права личности, што их ипак не чини ни мало слабијим правним основом заштите, али ни не помаже у повишавању степена превенције повреда од стране трећих лица. Са друге стране, када је у питању право интелектуалне својине, које често може користити ознаке попут „©” (енг. *Copyright*) у случају ауторског дела или „™” (енг. *trademark*) у случају постојања права жига, намеће се закључак да је оно лакше „уочљиво” за лаике. Дакле, следећа разлика између ова два права јесте у лакоћи емитовања сигнала трећим лицима о њиховом постојању, где је могућност идентификације постојања права интелектуалне својине већа, па самим тиме оно води већем степену превенције повреда од стране трећих лица.

Четврти критеријум разликовања ова два права везан је за начин на који се путем њих она решавају ситуације у којима се утврдило да је повреда настала, односно за лакоћу утврђивања начина и висине накнаде. Право личности, са једне стране, просто налаже да се са радњом која води повреди, уколико се она и даље одвија, престане, односно да се она више не сме чинити. Дакле, личноправни захтев ове природе, у случају

---

на приватност, клевете, ауторских и сродних права и слично. Више о овоме вид. у J. D. Lip-ton, *op. cit.*, 1491 и 1492.

60 Иако овде вреди напоменути да је ситуација са правом интелектуалне својине таква из разлога што су патентни спорови ти који завређују највише пажње јавности, а како се у њима често као стране у спору јављају познате и моћне мултинационалне корпорације попут Самсунга (енг. *Samsung*) или Епла (енг. *Apple*) које су честа „мета” медијских кућа.

права личности, настаје тек у тренутку у коме повреда настане, а никако пре, што је и логично имајући у виду да право личности налаже могућност несматаног уживања личних добара, што је само по себи пасивна радња. Право интелектуалне својине, са друге стране, део својих лично-правних овлашћења прописује унапред, те дозвољава ауторима да на своје дело ставе своје лично име, али и налаже да аутор има право да му се име увек истакне приликом излагања дела, као и да дато дело објаве и да се супротставе његовом недостојном коришћењу и заптитите његово интегритет – дакле, активне радње. У случају у коме се повреда решава путем права личности, са штетном радњом се престаје, али уколико је настала каква штета, на пример репутациона, теже ће се утврдити висина праведне накнаде услед недостатка уједначене праксе из ове области. Са друге стране, право интелектуалне својине не само што има богатију праксу, него што су и повреде које настају у вези са претходном наведеним личним овлашћењима аутора лакше „мерљиве” услед чињенице да најчешће настају и посматрају се у тржишном контексту.<sup>61</sup> Дакле, главна разлика по овом критеријуму јесте управо у лакоћи уочавања и одређивања последица штетне радње, али и у одређивању адекватне и правичне накнаде оштећеном појединцу.

Пети критеријум везан је за трајање заштите коју ова права пружају, односно трајање права личности и права интелектуалне својине. Право интелектуалне својине, захваљујући практичној универзалности Бернске конвенције, има јасно и устаљено трајање својих института, па су тако ауторско право и право интерпретатора ограниченог трајања, односно седамдесет година након смрти аутора односно интерпретатора.<sup>62</sup> Права личности, са друге стране, немају такав век који је свуда у свету исти, па тако у једном правном систему могу престати самом смрћу особе, док у неком другом правном систему могу трајати и после смрти. Предност у овом случају, у смислу јасноће и јачине правног основа заштите, има право интелектуалне својине, а како оно практично у сваком правном систему света има исто трајање па су самим тиме и његови ефекти предвидљивији. Право личности, са друге стране, често зависи од

---

61 Репутација књижевника или певача имају далеко јасније економске последице по њихово финансијско стање, него што је то случај са, рецимо, радником у фабрици или преводиоцем. Тако, репутација има другачије последице и вредност за различите појединце, па се и у неким случајевима лакше може „измерити” њен утицај и проценити штета која настаје њеним каљањем.

62 С. Марковић, Д. Поповић, *op. cit.*, 79 и 87.

воље законодавца одређене државе, што може бити мање предвидљиво, компаративно гледано, у односу на право интелектуалне својине.

Шести критеријум разликовања ових права везан је за ситуацију у којој је важна чињеница смрт појединца. У случају права интелектуалне својине, где је трајање ауторског права и права интерпретатора ограничено на трајање од седамдесет година након смрти аутора односно интерпретатора, одговарајућа имовинска овлашћења прелазе на наследнике или одговарајуће културне институције у случају непостојања наследника. Личноправна овлашћења, пак, трају неограничено, а о њима се, по истеку рока трајања имовинскоправних овлашћења, старају претходно поменуте установе културе или удружења аутора из области културе, науке и уметности.<sup>63</sup> Право личности, са друге стране, слично као и у претходно поменутом критеријуму, разликује се од државе до државе. Тако, у неким правним системима права личности прелазе на наследнике док се у другима гасе са смрћу појединца. У сваком случају, право личности је мање предвидиво, опет, у односу на право интелектуалне својине, али управо због тога дозвољава и више фелскибилности уколико се претходно пажљиво одабере правни систем који ће регулисати ситуацију након смрти појединца.

Ипак, када се погледа целокупна анализа, може се закључити да појединци на свом располагању, између права личности и права интелектуалне својине, имају јаку и основану заштиту. Сагледано кроз призму компјутерски генерисаних ликова и интерпретација, дигиталних напредака и све бржег технолошког развоја који могу, како се чини, да стварају „ни из чега”, највећи степен заштите и даље имају они појединци који имају приступ највећем броју информација, средстава за финансирање заштите путем унајмљивања искусних и вештих правних заступника, а и који се, макар донекле, разумеју у технологију. Ипак, право интелектуалне својине и право личности ни по једном критеријуму не инхибирају једно друго, те у већини ситуација пружају појачану заштиту, преваходно из разлога преклапања дела обима интелектуалних добара која штите, али и чињеница да у већини ситуација постоје *ex lege* те да не зависе од информисаности појединаца и њихове свести да им заштита треба.

## 6. Закључак

Технолошка револуција не престаје и не постоје знаке да ће престати у било ком тренутку у блиској будућности. Компјутерска испо-

---

63 *Ibidem.*

моћ при обављању послова, дигитализација и тенденција ка механизацији послова је свеprisутна, мада је некако одувек деловало као да ће заобићи, барем на дужи рок, оне послове који се сматрају уметничким и креативним. Ипак, када се погледа неколико последњих година, када се размотри чињеница да уместо певача могу да наступају холограми, а да уместо глумаца компјутери могу генерисати наступе – могућности злоупотребе расту и постају све реалније. Самим тиме, заштита личности, односно израза исте у виду ауторских дела и интерпретација постаје све озбиљнији и чешћи задатак модерног права.

Комликовани приступ различитих правних система додатно чини целу ситуацију проблематичном, више, додуше, по питању права заштите личности него по питању права интелектуалне својине. Једна од понуђених идеја која се овде, потенцијално, може применити јесте ситуација у којој правни следбеници имају право да одбију или дају сагласност за искоришћавање лика, имена, гласа и осталих права личности преминуле индивидуе, али да остварују право на то само уколико подносе захтев за то након истека извесног временског периода, на тај начин осигуравајући вољу радњу којом се јасно ставља до знања да имају интерес у томе.<sup>64</sup>

У сваком случају, како год да се даље развијају правни институти, који морају пратити неминовни развој технологије, остаје да у сваком интелектуалном добру, односно изразу личности, које појединац створи остаје део њега и његовог идентитета те да свака штета и бесправно коришћење, измена, уништење или промена тог добра доводи до личне штете.<sup>65</sup>

Иако нема велике разлике када је у питању критеријум слободе избора, односно да ли се појединац мора одредити за заштиту путем одговарајућих права – ипак је право личности прилагођеније већини људи с обзиром да већина није информисана о свим аспектима права интелектуалне својине. Иако оба права *ex lege* пружају заштиту, право интелектуалне својине ипак „пати” од тога што је основ за њега на суду јачи уколико постоји одговарајућа регистрација, бар у неким правним системима, за ауторско дело, односно жигом заштићену ознаку. Највећа разлика је у обиму добара којима ова права пружају заштиту. Иако на први поглед може деловати као да дискрепанца која постоји између пра-

64 R. Spoo, „Ezra Pound’s Copyright Statute: Perpetual Rights and the Problem of Heirs”, *UCLA Law Review*, 1775/2009, 1829.

65 D. D. Troutt, „I own therefore I Am: Copyright, Personality and Soul Music in the Digital Commons”, *Rutgers School of Law Newark*, research paper series paper No: 049, 4, 16, 52 – 54; [www.ssrn.com/abstract=1462344](http://www.ssrn.com/abstract=1462344), приступљено 10.06.2017.

ва личности и права интелектуалне својине води слабијој заштити, заправо је другачије. Наиме, како право личности признаје заштиту широј групи добара, самим тиме у оном обиму у коме долази до „пресека” са интелектуалним добрима којима заштиту признаје право интелектуалне својине појединци могу очекивати појачану заштиту, односно заштиту по више основа, па самим тиме и већу сигурност.

Што се тиче поређења по јасноћи постојања права, односно вероватноћи идентификације постојања права од стране трећих лица, право интелектуалне својине представља *de facto* јачу заштиту у односу на право личности. Ово, из разлога веће свесности јавности о постојању права интелектуалне својине уопште, најчешће јер су патентни спорови добро медијски испраћени. Такође и из разлога постојања ознака које појединци могу користити на својим интелектуалним добрима на којима имају признату заштиту права интелектуалне својине. Ово све води јачој заштити права интелектуалне својине, у смислу превенције трећих лица да чине повреду, међутим право личности такође остаје „у оптицају”.

По питању наканде, право интелектуалне својине води јаснијем, односно лакшем, утврђивању постојања повреде, а затим и одређивању правичне накнаде, најчешће из разлога богате праксе, али и тржишног контекста у коме се најчешће посматра. Када се упореде по критеријуму трајања, али и томе шта се дешава након смрти појединца коме су ова права признавала заштиту, право интелектуалне својине и право личности манифестују сличне разлике. Са једне стране право интелектуалне својине има униформно трајање, бар када су у питању ауторско право и право интерпретатора, а захваљујући универзалности Бернске конвенције – па је самим тиме временска компонента предвидљивија. Са друге стране право личности зависи далеко више од правног система у коме се посматра, а такође, следствено томе, много зависи и од воље тренутног законодавца, што води мање предвидљивој временској компоненти, али дозвољава више слободе појединцу да пажљивим планирањем одреди чије право се има сматрати меродавним у овом случају.

Када се сагледа у потпуности, право интелектуалне својине и право личности пружају, најчешће, појачану заштиту личних добара, односно интелектуалних добара, а у ситуацијама у којима се не „поклапају” пружају ширу заштиту, тиме сужавајући простор за настајање повреда којима се не може успротивити. Ипак када се узме у обзир да је технолошки напредак експоненцијалан, те да се велики скокови догађају често, може се замислити ситуација у којој и постоји шанса за неку нову врсту



повреде, као што је то коришћење компјутерски генерисаног лика или интерпретације.

**Andrija ĐONOVIĆ**

**USING ANOTHER PERSONS COMPUTER GENERATED  
APPEARANCE AND INTERPRETATION: BETWEEN INTELLECTUAL  
PROPERTY RIGHTS AND PERSONALITY RIGHTS**

**Summary**

*One of the most characteristic traits of modern times is the fact that technology permeates all areas of life. Technological advancements ease doing business in all areas of work, including cultural work. The exponential growth of potential technological applications comes with problems, however, one of which is the emergence of computer-generated imagery of a person's appearance and interpretations. CGI characters and interpretations are most often used in movies, as special effects, but also find their way to be used in the music industry – at concerts and albums. Usage of these CGI works does not seem adequately regulated, at first, via intellectual property laws. While it may be able to claim that this type of use is illegal in case it is done without the consent of the individual whose appearance/interpretation is being used, it is also arguable that a CGI work thusly created is, in itself, a new work in terms of intellectual property, and that its creator warrants protection in this regard. Areas of law that clearly intersect in the case at hand are intellectual property and personality rights. The purpose of this paper is to compare and contrast these areas of law, as well as the protection that they provide, per several clear criteria. The goal is to prove that these legal institutes are complementary, that is to say, that they provide enhanced protection to individuals, in areas where they overlap, and „wider“ protection where they do not. In order to more precisely depict the issue at hand, we will use several picturesque examples of late.*

**Keywords:** *Computer generated characters; Interpretations; Personality rights; Intellectual property.*

---

# ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

---

Др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ\*

## ПОДСТИЦАЈИ УЛАГАЊУ У СРПСКУ ПРИВРЕДУ\*\*

### Апстракт

*Држава пружа инвеститорима различите облике државне помоћи (директне подстицаје, пореске подстицаје и олакшице, ослобођења од плаћања такси, царинске повластице и др.), са циљем унапређења економског раста и побољшања инвестиционе климе. Да би се спречиле арбитрарности, које су некада биле врло изражене приликом додељивања субвенција из буџета само одабраним привредним субјектима или привредним гранама, односно код одобравања пореских олакшица без јасно прописаних критеријума, спроводи се поступак контроле државне помоћи. На тај начин се обезбеђују заштита слободне конкуренције на тржишту и транспарентност у додели државне помоћи, као и извршавања преузетих обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању. У раду се нагласак ставља на директне подстицаје и пореске подстицаје, као најзначајније облике државне помоћи. Анализи се посебно подвргава пореско ослобођење за велика улагања и врши поређење са улагањима од посебног значаја за Републику Србију, која су уређена непореским прописима.*

### І Увод

Са циљем унапређења инвестиционог окружења у Републици Србији и подстицања директних улагања у материјална и нематеријална средства привредних друштава, како би се, путем започињања обављања

---

\* Универзитет у Београду Правни факултет

\*\* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта 179001, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

нове пословне делатности, проширења постојећих капацитета или проширења производње на нове производе и производне процесе, обезбедио привредни развој и раст запослености, држава улагачима (домаћим и страним) обезбеђује различите облике државне помоћи. То су: директни подстицаји, порески подстицаји и олакшице, ослобођења од плаћања такси, царинске повластице и др.<sup>1</sup> Већ деценијама се међу теоретичарима финансијског права води расправа о томе да ли предност треба дати различитим пореским подстицајима или, пак, субвенцијама (директним подстицајима). Обе врсте мера пружају финансијску подршку привредним субјектима у реализацији предузетничких активности, а глобално би требало да допринесу економском расту.

„Право је законодавца да у оквиру вођења пореске политике прописује случајеве у којима се одређеним субјектима признају пореске олакшице и ослобођења.”<sup>2</sup> Последњих година, међутим, све је већи нагласак на неутралној пореској структури, у смислу да инвестиционе одлуке треба да буду мотивисане преваходно економским, а не пореским, факторима, односно да мерама пореске политике не треба стварати услове за нелојалну конкуренцију. То је, такође, и у складу са Споразумом о стабилизацији и придруживању, који предвиђа обавезу да се елиминише штетна пореска конкуренција.<sup>3</sup>

Али, ако је ефикасно контролисан и уколико се њиме озбиљно не нарушава конкуренција на тржишту, сваки облик државне помоћи има свој значај за унапређење развоја одређених привредних делатности или привредних подручја у Републици Србији, односно омогућава извођење инвестиционих пројеката од посебног значаја за Србију, што доводи до економског напретка.

## II Порески подстицаји vs. директни подстицаји

Ради остваривања циљева економске политике, у савременим пореским системима су предвиђене различите пореске олакшице и ослобођења, међу којима посебно место имају инвестициони порески подстицаји.<sup>4</sup> С

1 Закон о улагањима, Службени гласник РС, бр. 89/15, 95/18, чл. 13 ст. 1

2 Решење Уставног суда Србије У 273/94, од 2.2.1995. године, *Избор судске праксе*, 3/96, 26.

3 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008, чл. 100 ст. 2

4 Поповић прави разлику између (ширег) термина „инвестициони подстицај” и термина „порески подстицај”. Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 239.

обзиром на то да пореске олакшице доводе до смањења пореског прихода у односу на износ који би се прикупио у условима примене општег пореског режима (тј. оног без пореских олакшица),<sup>5</sup> оне представљају својеврсни „порески издатак” (енг. *tax expenditures*) за фискус.<sup>6</sup> Није, међутим, увек лако утврдити које све пореске мере представљају потенцијални трошак за буџет државе, пошто је и општи концепт пореске норме у односу на који се одређује одступање, које означава порески подстицај, подложен променама (нпр. током времена се пореска основица може различито одређивати).<sup>7</sup>

С друге стране, држава може, са истим циљем, дати директни подстицај привредним субјектима у одређеној привредној или индустријској грани. То подразумева, посредством јавних расхода, непосредну интервенцију државе у привреду. Такав облик подстицања развоја привреде, поготово, добија на интензитету у периодима након великих економских криза, чије се последице одражавају кроз високу стопу незапослености и општи пад привредних активности, те држава настоји да путем трансфера помогне опоравак привреде. Али, често, у исто време, долази и до пораста пореског оптерећења, јер је потребно да се финансирају повећани јавни расходи, па порески обвезници покушавају да се „изборе” за одређене пореске олакшице како би умањили порески терет и тиме законито уштедели средства, која онда могу да инвестирају у нове пословне подухвате.<sup>8</sup>

Једна од главних замерки на рачун пореских олакшица је да су оне мање транспарентне, односно да су „скривене”, за разлику од директних подстицаја,<sup>9</sup> односно да ни парламент нема јасан, потпун и тачан увид у то која привредна друштва су искористила такву врсту подстицаја.<sup>10</sup> У доктрини финансијског права зато има мишљења да је прихватљивије да држава

---

5 Stanley S. Surrey, Paul R. McDaniel, "The Tax Expenditure Concept and the Legislative Process", *The Economics of Taxation* (eds. Henry J. Aaron, Michael J. Boskin), The Brookings Institution, Washington D.C., 1980, 123-124; Такође, вид.: Paul R. McDaniel, Stanley S. Surrey (eds.), *International Aspects of Tax Expenditures: A Comparative Study*, Kluwer, Deventer, 1985, 10.

6 *Tax Expenditures*, OECD, Paris, 1984, 17.

7 Barry Bracewell-Milnes, J.C.L. Huiskamp, *Investment Incentives*, Kluwer, Deventer, 1977, 26.

8 Вид., нпр.: Еуген Јехле, „Улога пореских подстицаја и сличних мера у пореском систему”, *Опорезивање добити предузећа* (ред. Мирослав Петровић, Дејан Поповић), Правни факултет у Београду, Београд, 1989, 153-154.

9 Simon James, Christopher Nobes, *The Economics of Taxation*, Philip Allan, Oxford, 1978, 48-51.

10 Упор. Dejan Popović, "Designing a Corporate Profits Tax: The Role of Tax Incentives and the Need for Tax Neutrality", *The Role of Tax Reform in Central and Eastern European Economies*, OECD, Paris, 1991, 130.

пружи финансијску подршку одређеним привредним гранама или привредним субјектима, дајући им директне подстицаје, који се приказују у буџету.<sup>11</sup>

Наше је мишљење да пореске олакшице и ослобођења имају свој (не само економски, већ и одређени психолошки) утицај на пореске обвезнике и да треба да постоје у пореском систему. Проблем њихове мање „видљивости” могао би да се реши увођењем обавезе да се парламенту на годишњем нивоу подноси консолидовани рачун пореских издатака, који подразумева постојање листе свих пореских олакшица (пореских ослобођења, одбитака, пореских кредита, преференцијалних пореских стопа и одлагања извршења пореске обавезе), с једне стране, и трошак тих мера, исказан кроз износ изгубљеног пореског прихода, с друге стране.<sup>12</sup> Таква обавеза постоји у неким државама (нпр. Немачкој, Аустрији, Француској и др.), чиме су дискрециона одобравања пореских подстицаја минимизована.<sup>13</sup> У Србији је у једном периоду (2010-2013. године) постојао сличан покушај. Али, почев од 2014. године у Закону о буџету више нема приказа пореских издатака по основу коришћења различитих пореских олакшица, мада то и није законом обавезно поступање.

Међутим, позитивни прописи предвиђају да се о додељеној државној помоћи која је повезана са директним улагањима у привредна друштва води јавни регистар,<sup>14</sup> чиме је значајно повећана транспарентност сваког облика државне помоћи, укључујући и пореске подстицаје.

Наводе се, такође, и приговори да носиоци политичке власти често користе мере пореске политике (ниже пореске стопе, широк круг пореских олакшица и сл.),<sup>15</sup> како би им оне, између осталог, обезбедиле више гласова на наредним изборима.<sup>16</sup> Али, уколико би превладало мишљење да се њима нарушава начело једнакости пореских обвезника, оне, управо супротно, могу да „одбију” значајан број обвезника у давању подршке таквој политици.

11 Вид. нпр.: Zhicheng Li Swift, Hana Polackova Brix, Christian Valenduc, “Tax Expenditures: General Concept, Measurement, and Overview of Country Practices”, *Tax Expenditures – Shedding Light on Government Spending through the Tax System* (eds. Hana Polackova Brix et al.), The World Bank, Washington, D. C., 2004, 2.

12 Д. Поповић (2018), 240.

13 *Tax Expenditures*, 10.

14 Закон о улагањима, чл. 13 ст. 3

15 Khadija Baggerman-Noudari, René Offermanns, “Foreign Direct Investments in Developing Countries: Some Tax Considerations and Other Related Tax Matters”, *Bulletin for International Taxation*, 6/2016, 310-311.

16 Вид. више: Victor Thuronyi, “Tax Expenditures: A Reassessment”, *Duke Law Review*, 6/1988

Подстицаји обезбеђени путем пореских олакшица омогућавају пореском обвезнику одређену пословну сигурност у планирању привредних активности, јер унапред може да сагледа порескоправне импликације намераваног предузетничког или инвестиционог подухвата.<sup>17</sup> Законско прописивање што потпунијих услова за њихово одобравање значајно смањује простор за различита тумачења и неједнаку примену. Код директних подстицаја, држава је некада стимулисала само оне привредне субјекте или привредне гране које је, без јасних критеријума, оцењивала да су приоритетни за развој привреде, што је стварало незадовољство код субјеката који су имали значајна улагања, али их држава није препознала као приоритетне да би им пружила финансијску подршку. Позитивним прописима сада су, међутим, прецизирани критеријуми, услови и поступак додељивања подстицаја из буџета Републике Србије. Наиме, средства се могу доделити за реализацију инвестиционих пројеката<sup>18</sup> у производном сектору и за пројекте услуга сервисних центара.<sup>19</sup> Средства могу бити додељена под условом да се:

1) директно улагање одржи на истој локацији у јединици локалне самоуправе у периоду од најмање пет година након реализације инвестиционог пројекта за велика привредна друштва,<sup>20</sup> или најмање три године за мала<sup>21</sup> и средња<sup>22</sup> привредна друштва;

---

17 Гордана Илић-Попов, Пореска реформа у Србији: Порези, подстицаји, поступак и администрација, "Стратегија реформи" (ур. Зоран Ваџић, Бошко Мијатовић), Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2003, 244-267.

18 То су: инвестициони пројекти у производном сектору код којих оправдани трошкови улагања у материјална и нематеријална средства износе најмање 100.000 евра, 200.000 евра, 300.000 евра, 400.000 евра или 500.000 евра и којима се, респективно, обезбеђује запошљавање најмање 10, 20, 30, 40 или 50 нових запослених на неодређено време, односно инвестициони пројекти који се односе на услуге сервисних центара, чија је минимална вредност 150.000 евра и којима се обезбеђује запошљавање најмање 15 нових запослених. Вид. Уредба о одређивању критеријума за доделу подстицаја ради привлачења директних улагања – Уредба о критеријумима, *Службени гласник РС*, бр. 1/19, чл. 9

19 Уредба о критеријумима, чл. 4 ст. 2

20 Велико привредно друштво је оно које има преко 250 запослених и годишњи промет преко 50 милиона евра или укупан годишњи биланс стања преко 43 милиона евра. Вид. Уредба о критеријумима, чл. 2 тач. 7)

21 Мало привредно друштво је оно које има мање од 50 запослених и годишњи промет или укупан годишњи биланс стања који не прелази 10 милиона евра. Вид. Уредба о критеријумима, чл. 2 тач. 5)

22 Средње привредно друштво је оно које има од 50 до 250 запослених и годишњи промет који не прелази 50 милиона евра или укупан годишњи биланс стања који не прелази 43 милиона евра. Вид. Уредба о критеријумима, чл. 2 тач. 6)

2) достигнути број запослених код корисника подстицаја након реализације инвестиционог пројекта не смањује у периоду од пет година за велика привредна друштва или три године за мала и средња привредна друштва.<sup>23</sup>

За реализацију инвестиционих пројеката у сектору саобраћаја, развоја софтвера (осим ако нису у функцији унапређења производа, производног процеса или пружања услуга сервисних центара), угоститељства, игара на срећу, трговине, производње синтетичких влакана, угља и челика, рударства, дувана и дуванских прерађевина, оружја и муниције, бродоградње поморских трговачких пловила на сопствени погон преко 100 бруто регистрованих тона, аеродрома, комуналним делатностима, сектору енергетике, широкопојасне мреже, рибарства и аквакултуре не могу да буду додељена средства подстицаја за привлачење директних улагања.<sup>24</sup> Државна помоћ, у било којем облику, не може да се додели привредним друштвима која су у тешкоћама, односно која имају доспеле а неизмирене пореске обавезе.<sup>25</sup>

Поједини аутори (Рупник, Самерс и др.) сматрају да порески подстицаји „не могу да буду легитиман инструмент економске политике“, истичући да таква мера нарушава ефикасну алокацију привредних ресурса, као и да је у супротности са начелима општости и одређености пореза.<sup>26</sup> Таква мишљења могла би се, у одређеној мери, уважити уколико су порески подстицаји постављени тако да дисторзивно делују на алокацију капитала и пореску неутралност (нпр. ако се пореским мерама подстичу инвестиције које нису посебно рентабилне за привреду, или ако су усмерене само на капитално интензивне делатности). Али, такав критички став може се релативизовати ако креатори пореске политике систем пореских подстицаја конципирају тако да пореске олакшице буду искључиво засноване на законом прецизно прописаним критеријумима,<sup>27</sup> који обезбеђују остварење одређеног јасног циља (нпр. унапређење технолошког развоја, повећање запослености и др.). Од надлежних органа се,

23 *Ibid.*, чл. 10

24 *Ibid.*, чл. 4 ст. 3

25 *Ibid.*, чл. 6

26 Lado Rupnik, „Економски подстицаји у финансијским системима и политикама“, *Financijska praksa*, 1-3/1988, 7-8. Упор. Lawrence H. Summers, „Tax Policy and International Competitiveness“, *International Aspects of Fiscal Policies* (ed. Jacob A. Frankel), University of Chicago Press, Chicago, London, 1988, 358-361.

27 Вид.: Гордана Илић-Попов, „Контроверзе око избора између пореских расхода или директних јавних расхода“, *Финансије*, 1-2/1996, 80.

при томе, оправдано очекује да имају једнак приступ у примени (пореских) закона према свим пореским обвезницима.

Напред смо већ истакли да и директни подстицаји подразумевају „уплитање“ државе у тржишну привреду. Али, механизмима контроле државне помоћи избегавају се неоправдана фаворизовања појединих привредних друштава или привредних грана и области. Нагласак је на инвестиционом пројекту, који својим квалитетом, значајем и циљем може да привуче улагаче.

Независно од изнетих аргумената који иду у прилог једној или другој врсти мера економске (фискалне) политике, могли бисмо да закључимо да и пореске олакшице и директни подстицаји, као облици државне помоћи, представљају трошак за државу, само је питање да ли је он директан или индиректан. Једино би валидна емпиријска анализа могла да покаже да ли је он „исплатив“, односно да ли је трошак мањи од користи остварене улагањем капитала.<sup>28</sup> Порески подстицаји, према нашем мишљењу, представљају индиректне подстицаје, јер уместо да држава, преко директног јавног расхода, додели привредном друштву (које опорезује за остварену добит) одређена средства из буџета, она у случају пореских олакшица и ослобођења „одустаје“ од дела пореских прихода, омогућавајући обвезнику да на тај начин законито умањи своју пореску обавезу.<sup>29</sup> Наиме, државна помоћ је „сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту.”<sup>30</sup> Отуда бисмо пореске олакшице и ослобођења третирали као потенцијални јавни расход, а директне подстицаје као стварни јавни расход.

### III Пореско ослобођење за велика улагања

У пореском систему Републике Србије последњих пет година<sup>31</sup> постоји само једна врста пореских подстицаја код улагања у српску при-

28 Упор. нпр.: Viktor Strachuk, "Belarus: Incentives for High-Tech Manufacturing Enterprises", *European Taxation*, 8/2016, 352-353.

29 Г. Илић-Попов (1996), 78-79.

30 Закон о контроли државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, чл. 2 тач. (1)

31 Крајем 2012. године укинут је порески кредит по основу улагања у основна средства у одређене делатности (пољопривреда, рибарство, текстилна и кожна индустрија, производња машина и уређаја, и др.) из тадашњег чл. 48а Закона о порезу на добит правних лица, а од



вреду, која има двојак циљ – да унапреди инвестициону климу и да повећа запосленост. Одредбом чл. 50а ЗПДПЛ предвиђено је пореско ослобођење, које се може остварити само за набавку опреме која до тада није већ била у употреби у Србији.<sup>32</sup> У питању су улагања у основна средства (некретнине, машине, опрема), а не и нематеријална улагања (патенти, лиценце и др.).<sup>33</sup> Право на коришћење тог пореског подстицаја је непреносиво. Наиме, обвезник који статусном променом стекне основна средства, по основу којих је преносилац (уз испуњење и свих осталих законом предвиђених услова) остварио право на пореско ослобођење, не би, према нашем мишљењу, могао да настави да (и он) користи тај порески подстицај, јер се тада не ради о „улагању”, већ о „стицању” путем статусне промене, што не одговара намери коју је законодавац имао у виду приликом формулисања наведеног пореског подстицаја.

Да би остварио право на ослобођење од плаћања пореза на добит у периоду од 10 година (почев од прве године у којој су испуњени сви законски услови и остварена опорезива добит),<sup>34</sup> сразмерно извршеном улагању,<sup>35</sup> порески обвезник мора кумулативно да испуни неколико услова.

---

2014. године и инвестициони порески кредит из чл. 48 истог Закона. Крајем 2018. године одредбом чл. 50ј ЗПДПЛ уведено је право на порески кредит, у висини од 30% извршеног улагања, пореском обвезнику који обавља иновациону делатност, а који изврши улагање у капитал новоснованог привредног друштва које обавља иновациону делатност.

32 Закон о порезу на добит правних лица – ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, ..., 95/18, чл. 50и ст. 2. Упор.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-1407/2015-04 од 12.01.2016. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-0320/2015-04 од 17.08.2015. године.

33 Мишљење министарства финансија РС, бр. 011-00-00624/2007-04 од 26.12.2007. године.

34 Узима се овај моменат за почетак рока коришћења пореског ослобођења, јер обвезник најчешће врши улагања у основна средства током више година, односно пореских периода. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-345/2015-04 од 14.11.2016. године. Ако порески обвезник планира да након године у којој су испуњени услови изврши додатна (накнадна) значајна улагања, која би му повећала проценат пореског ослобођења, па из тог разлога уз порески биланс за ту годину не поднесе и прописани образац за сразмерно улагање (већ то учини наредне године), пореско ослобођење ће моћи да користи девет, а не 10 година. Евентуално би могао да поднесе измењену пореску пријаву за ту прву годину, што би му омогућило да користи пореско ослобођење свих 10 година.

35 Сразмерни износ улагања у основна средства се утврђује као однос између вредности набављених основних средстава за које се признаје право на пореско ослобођење на дан израде пореског биланса и вредности укупних основних средстава (укључујући основна средства у која је извршено улагање). Вид. Правилник о садржају пореског биланса и другим питањима од значаја за начин утврђивања пореза на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 20/14, 41/15, 101/16, 8/19, чл. 6

Износ улагања у основна средства мора да износи најмање једну милијарду динара. Улагање (у прописаном износу) не мора да врши искључиво порески обвезник, већ инвестицију у његова основна средства може извршити и неко друго лице (правно или физичко). Али, неопходно је да порески обвезник користи та средства за обављање своје претежне делатности, односно делатности које су уписане у његовом оснивачком или другом акту,<sup>36</sup> као и да она буду евидентирана (као његова сопствена средства) у његовим пословним књигама. Ако обвезник престане да користи средства по основу којих је остварио право на порески подстицај за обављање једне регистроване делатности, и настави (без прекида) да их користи за обављање неке друге своје делатности, која је такође регистрована, неће изгубити право на пореско ослобођење, под условом да су све делатности у којима су коришћена уложена основна средства наведена у обвезниковом оснивачком или другом акту.<sup>37</sup>

Порески обвезник има право на порески подстицај и у случају улагања у опрему која је набављена из увоза, али само ако је набавка плаћена у целости и уколико је опрема стављена у употребу за обављање његове регистроване делатности.<sup>38</sup> Улагања која обвезник врши на туђем основном средству, иако их по основу уговора о закупу користи за обављање своје делатности, не дају му, међутим, право на пореско ослобођење.<sup>39</sup> Наиме, да би обвезник остварио право на овај порески подстицај, он мора да има право својине на основним средствима у која се врши улагање, а не само право коришћења или право употребе.<sup>40</sup> Улагањем у обвезникова основна средства од стране другог лица сматра се улагање које подразумева повећање основног капитала које је извршено у новцу<sup>41</sup> или стварима.<sup>42</sup> Да би се избегле могуће злоупотребе и нелегитимно умањење пореза на добит, право на пореско ослобођење се не признаје уколико се улагање врши у: ваздухопло-

36 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-01-302/2013-04 од 24.10.2013. године.

37 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-07-00191/2007-04 од 10.01.2008. године.

38 Мишљење министарства финансија РС, бр. 011-00-609/2018-04 од 30.07.2018. године.

39 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-117/2018-04 од 20.07.2018. године.

40 На пример, обвезник би могао да оствари право на пореско ослобођење и по основу набавке основног средства путем уговора о финансијском лизингу, али само ако по истеку рока на који је уговор закључен постане власник опреме, која је била предмет лизинга.

41 У том случају, порески обвезник врши набавку основних средстава из новчаних средстава. Могуће је, такође, да се плаћање добављачу (од којег се набављају основна средства) врши путем компензације. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-622/2018-04 од 14.12.2018. године.

42 Друго лице непосредно уноси одређена основна средства у капитал пореског обвезника, при чему се она вреднују по тржишној (фер) вредности. Вид. ЗПДПЛ, чл. 50а ст. 2 и 3

ве и пловне објекте који се не користе за обављање делатности, путничке аутомобиле (осим аутомобила за такси превоз, *rent-a-car*, обуку возача и специјалних путничких аутомобила са уграђеним уређајима за болеснике), намештај (осим намештаја за опремање хотела, мотела, ресторана, омладинских, дечијих и радничких одмаралишта), тепихе, уметничка дела ликовне и примењене уметности и украсне предмете за уређење простора, мобилне телефоне, клима уређаје, опрему за видео надзор, огласна средства, као и алат и инвентар са калкулативним отписом.<sup>43</sup>

Сем тога, у периоду улагања обвезник мора додатно, на неодређено време, да запосли најмање 100 лица. Новозапосленим лицима се сматрају лица која је обвезник запослио у периоду улагања, тако да у моменту провере испуњености услова за коришћење наведеног пореског ослобођења обвезник има најмање 100 додатно запослених на неодређено време, у односу на број запослених на неодређено време који је имао на последњи дан периода који претходи периоду у којем је започео улагање.<sup>44</sup> Таква законска формулација, која је у примени од 1. јануара 2018. године, олакшава испуњавање овог услова, па се намеће питање да ли се у пракси увек остварује циљ повећања запослености. Наиме, обвезник који је на почетку периода улагања имао, на пример, 100 запослених на одређено време, а потом са њима закључи уговоре о раду на неодређено време, тиме је испунио прописани услов, а да фактички број запослених није ни променио. Та лица, заправо, нису стварно „додатно” запослена, пошто је у међувремену промењена само форма њиховог радног ангажовања. Новозапосленим лицима се не сматрају лица која су била запослена у лицу повезаном са пореским обвезником, као и лица која нису непосредно радно ангажована код обвезника.<sup>45</sup>

Пошто је интенција законодавца која стоји у основи овог пореског ослобођења да превасходно подстакне улагање, које ће онда *implicite* довести и до потребе за већим бројем запослених, закључујемо да обвезник мора прво да започне улагање у основна средства, а не да прво запосли најмање 100 лица, па да тек потом започне улагање. Јасно је да сви услови морају да буду испуњени да би се остварило право на порески

43 ЗПДПЛ, чл. 50и ст. 3

44 Параметар у односу на који се одређује „100 додатно запослених” није, дакле, укупан број запослених које је обвезник имао на почетку периода улагања, већ број запослених на неодређено време. Вид. ЗПДПЛ, чл. 50а ст. 5

45 ЗПДПЛ, чл. 50а ст. 6

подстицај, али, као што смо напред већ истакли, они не морају да буду испуњени нити у једном, нити у истом пореском периоду.

Порески обвезник ће изгубити право на пореско ослобођење и бити у обавези да плати износ пореза који би платио да није користио ту олакшицу, валоризован индексом потрошачких цена, уколико пре истека периода пореског ослобођења прекине са пословањем, престане да користи или отуђи основна средства у која је извршено улагање, а да при томе у нова основна средства у истом пореском периоду није уложио износ једнак тржишној цени отуђених средстава,<sup>46</sup> као и када током периода коришћења пореског ослобођења смањи број укупно запослених на неодређено време испод броја укупно запослених на неодређено време које је имао у пореском периоду у коме је испунио услове за пореско ослобођење, тако да је просечан број укупно запослених на неодређено време,<sup>47</sup> утврђен на последњи дан периода за који се подноси пореска пријава мањи од броја укупно запослених на неодређено време које је имао у пореском периоду у којем је испунио услове за пореско ослобођење.<sup>48</sup>

#### **IV Директан подстицај за улагања од посебног значаја за Републику Србију**

Улагање од посебног значаја за Републику Србију подразумева улагање чијим би се спровођењем битно утицало на унапређење конкурентности привредне гране или сектора у Републици Србији или на равномеран регионални развој, односно којим се у основна средства корисника средстава улаже најмање пет милиона евра или отвара више од 500 нових радних места повезаних са инвестиционим пројектом ако се улагање реализује у јединици локалне самоуправе која се разврстава у прву или другу групу према степену развијености,<sup>49</sup> или којим се у основна средства корисника улаже више од два милиона евра или се отвара више од 100 нових радних места повезаних са инвестиционим пројектом, уколико се улагање реализује у јединици локалне самоуправе која се развр-

46 Тај износ не сме да буде мањи од вредности која обезбеђује да укупан износ улагања не падне испод законом прописаног износа од најмање једне милијарде динара.

47 Просечан број запослених се утврђује тако што се број запослених на крају сваког месеца у пореском периоду сабере и добијени збир подели са бројем месеци пореског периода. Вид. ЗПДПЛ, чл. 50в ст. 2

48 ЗПДПЛ, чл. 50в ст. 1

49 Одлуку којом се утврђује развојни приоритет јединице локалне самоуправе доноси скупштина или веће јединице локалне самоуправе.

става у трећу или четврту групу према степену развијености, односно у девастирано подручје.<sup>50</sup>

Такође, под улагањем од посебног значаја подразумева се и улагање које подстиче реализацију заједничких развојних приоритета једне или више јединица локалне самоуправе у функцији повећања нивоа њихове конкурентности, као и улагање на основу усвојених билатералних споразума.<sup>51</sup>

За улагање од посебног значаја предвиђено је, дакле, додељивање средстава државне помоћи из буџета Републике Србије, а ради се о улагањима која треба да допринесу да се регионални развој остварује на што уједначенији начин, имајући у виду разлике у степену развијености привреде у општинама и градовима на територији Србије.<sup>52</sup>

За улагања од посебног значаја за Републику Србију и за улагања у вези са реализацијом инвестиционих пројеката у производном сектору и за пројекте услуга сервисних центара, која прођу прописану процедуру,<sup>53</sup> привредном друштву се, као кориснику, додељују средства подстицаја из државног буџета. Износ средстава је опредељен висином оправданих трошкова бруто зарада за нова радна места, која су повезана са инвестиционим пројектом, односно оправданих трошкова улагања у основна средства,<sup>54</sup> или комбинацијом те две методе обрачуна оправданих трошкова.<sup>55</sup> Износ подстицаја не може, међутим, да пређе горњу границу до које је дозвољено доделити државну помоћ.<sup>56</sup> Корисник средстава је дужан да министарство надлежно за послове привреде извештава о реализацији инвестиционог пројекта за који су добијена средства,<sup>57</sup> што обезбеђује држави контролу извршења уговорних обавеза и трошења наменски одобрених средстава.

---

50 Закон о улагањима, чл. 11 ст.1

51 *Ibid.*

52 До 1.01.2013. године било је предвиђено ослобођење од плаћања пореза на добит правних лица за период од пет година за пореског обвезника који обавља делатност у недовољно развијеном подручју, а који испуни услове прописане ранијим чл. 506 ЗПДПЛ.

53 Уредба о критеријумима, чл. 17-20

54 *Ibid.*, чл. 13 и 14

55 *Ibid.*, чл. 16 ст. 3

56 *Ibid.*, чл. 8

57 *Ibid.*, чл. 25

## V Закључак

Споразумом о стабилизацији и придруживању се предвиђа промовисање и заштита улагања, тиме што ће се успоставити повољна клима за улагања, и домаћа и страна, што је кључно за економску и индустријску ревитализацију Србије у годинама које су пред нама. Али, мора се имати у виду одредба чл. 100 ст. 2 тог Споразума, која предвиђа обавезу да се елиминише штетна пореска конкуренција, на основу начела Кодекса понашања за опорезивање пословања.<sup>58</sup> У том смислу, сматрамо да национални законодавни оквир треба да буде постављен тако да подржава улагања капитала у српска привредна друштва, али да у исто време онемогућава да се било којим обликом државне помоћи наруши конкуренција на тржишту и угрози извршавање обавеза преузетих закљученим међународним уговорима.

Општи правни оквир за улагања у Републици Србији мора да буде консистентан, како би улагачима пружао правну и пословну сигурност, односно јасну слику о томе за која улагања и под којим условима имају право да поднесу захтев за добијање неке врсте државне помоћи. Подстицај за велика улагања који се обезбеђује у форми пореског ослобођења у систему пореза на добит правних лица уређен је пореским законом, док су директни подстицаји за реализацију инвестиционих пројеката у одређеним секторима привреде и, посебно, за улагања од посебног значаја за Републику Србију регулисани непореским прописима. Могло би се наметнути питање из којег (економског) разлога законодавац није предвидео исти облик државне помоћи (пореско ослобођење) за улагања које су дефинисана да су „од посебног значаја за Републику Србију” као што је то учињено за велика улагања, пошто су улагања у основна средства привредних друштва, која су српски резиденти, у износу од најмање једне милијарде динара, односно више од 8 милиона евра, свакако, од посебног значаја за развој и унапређење српске привреде. Наша је претпоставка да разлог лежи у томе што се ефекти директног подстицаја брже испољавају него код пореског ослобођења, чије ефекте порески обвезник не може одмах да осети, јер олакшицу може да почне да користи тек од године у којој је остварио опорезиву добит. Али, без обзира на облик, у условима слободне тржишне конкуренције треба подстицати привредни развој додељивањем државне помоћи улагачима, односно

---

58 Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 1 December 1997 on a Code of Conduct for business taxation, *Official Journal C* 002, 6.01.1998.

корисницима, с тим што мора да буде обезбеђена строга контрола и транспарентност у њеном додељивању, поштовањем прописаних услова и критеријума, чиме се избегава било који вид арбитрарности и дискреционог одобравања подстицаја и олакшица (политички) одабраним привредним друштвима или привредним гранама.

**Gordana ILIĆ-POPOV, Ph.D.**

**Full professor, University of Belgrade Faculty of Law**

## INCENTIVES TO INVESTMENTS IN THE SERBIAN ECONOMY

### *Summary*

*In order to improve economic growth and the investment climate, the state provides investors with various forms of state aid (direct incentives, tax incentives, duty exemptions, customs privileges, etc.). In order to prevent arbitrariness, which were once very pronounced when allocating subsidies to only selected economic entities or economic branches, or when granting tax relief without clearly defined criteria, the procedure for controlling state aid is being implemented. In this way, the protection of free market competition and transparency while granting state aid, as well as the fulfillment of the undertaken obligations under the Stabilization and Association Agreement are ensured. The paper focuses on direct incentives and tax incentives, as the most significant forms of state aid. The author analyzes tax exemption for large investments and compares them with investments of special importance to the Republic of Serbia, which are regulated in non-tax legislation.*

Др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ\*

## ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У СВЕТЛУ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Доношењем Закона о заштити конкуренције Републике Србије 2009, систем правне заштите тржишне конкуренције је номинално усклађен са правом конкуренције ЕУ у низу материјалноправних и процесноправних питања. Приликом формулисања ингеренција и овлашћења Комисије за заштиту конкуренције законодавац је пошао од модела који постоји на нивоу Европске уније и преовлађује у њеним држава чланицама. То је модел у коме административно тело води поступке због кршења права конкуренције и доноси одлуке којима се утврђују повреде конкуренције и изричу санкције. Законодавац је при томе занемарио принцип поделе власти постављен Уставом РС и, шта више, пропустио је да у институционални модел заштите конкуренције у Србији угради гаранције независности и непристрасности одлучивања о повредама конкуренције, које постоје у Европској унији и њеним развијеним државама чланицама (Француска и Немачка). Аутор чланка анализира разлоге појаве административног модела заштите конкуренције у Европи и тражи одговор на питање како је постигнуто његово усаглашавање са принципима Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у Европској унији и посматраним државама чланицама. У другом делу рада, аутор анализира постојећи модел заштите конкуренције у Србији, уочавајући у њему елементе који указују на повреду темељних уставних принципа и одредаба Европске конвенције.

**Кључне речи:** право конкуренције, управноправна заштита конкуренције, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, начело поделе власти

---

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву



## 1. Претходне напомене

Материјално право конкуренције обухвата две групе правних правила. Првом групом правила забрањују се тржишна понашања којима се ограничава конкуренција (повреде конкуренције у виду рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја, енг. *antitrust*), док се другом групом правила уређују концентрације привредних друштава и других учесника на тржишту (спајања и припајања привредних друштава и трајна повезивања учесника на тржишту путем капитала и/или уговора). За примену прве групе правила карактеристично је постојање спора – орган надлежан за заштиту конкуренције или оштећено лице тврди да постоји повреда конкуренције, док учесник на тржишту коме се ставља на терет та повреда тврди да она не постоји. У области контроле концентрација спорови о допуштености концентрација са аспекта њиховог утицаја на конкуренцију су изузетак. Утврђивање повреде конкуренције води изрицању санкције за учесника на тржишту<sup>1</sup> и мера којима се ограничава његова слобода тржишног понашања или налажу измене у структури привредног друштва (власништва над капиталом или имовином). Поступак контроле концентрација редовно се окончава актом којим се констатује да је концентрација учесника на тржишту у складу са правилима конкуренције. Само изузетно се према учесницима концентрације примењују санкције – на пример, ако спроведу концентрацију за коју нису добили одобрење надлежног органа, или ако не поштују услове под којима је концентрација одобрена.

Према традиционалном схватању система поделе власти, судска власт је надлежна да решава спорове о примени права и да изриче санкције у случају да утврди повреду права, док је извршна власт (односно један њен део - управа) задужена да на ауторитаран начин решава о примени права на неспорно чињенично стање.<sup>2</sup> Наведена поделау пракси се не поштује доследно. На ову чињеницу указао је још Келзен, подсећајући да административни органи често служе истој функцији као и судови – обезбеђују примену права и изричу санкције како би принудили прекршиоце да се понашају у складу са законом. Ти административни случајеви, примећује он, често имају карактер спорова.<sup>3</sup>

1 Санкција је новчана, а у неким јурисдикцијама предвиђена је и казна затвора за физичка лица.

2 З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2011, с. 53. В. и чл. 5 Закона о управним споровима („Сл. гласник РС“, бр. 111/2009).

3 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 2010, с. 375-376. Он такође сматра да је систем поделе власти имао претежно историјски задатак – да ограничи превелику концен-

Заштита конкуренције у Републици Србији остварује се у посебном управном поступку, прописаном Законом о заштити конкуренције.<sup>4</sup> Поред тога, изменама и допунама Кривичног законика РС из 2016. године прописано је кривично дело закључења рестриктивног споразума, чиме је постављен темељ за кривичноправну заштиту конкуренције у случајевима нарочито тешких повреда конкуренције (енг. *hardcore* картела).<sup>5</sup> Управноправни модел заштите конкуренције преовлађује у великом броју држава чланица Европске уније и држава кандидата за чланство. Поједине државе чланице, почетком 2000-тих, увеле су кривичне санкције за најтеже повреде конкуренције, по узору на право САД.<sup>6</sup>

Управноправни модел заштите конкуренције подразумева да право конкуренције примењује орган управе или независна државна организација која води управни поступак ради испитивања да ли се понашањем одређеног учесника на тржишту крши право конкуренције, те доноси одлуку о томе и изриче санкције уколико утврди да постоји повреда (права) конкуренције. Поступак је инквизиторни, јер један исти орган покреће поступак, спроводи истрагу, доноси одлуку о постојању повреде права и изриче санкцију. Тело за заштиту конкуренције обједињује улоге тужиоца и судије, што доводи у питање његову непристрасност у одлучивању. За разлику од тога, у сфери кривичноправне заштите конкуренције учесницима на тржишту неспорно су пружене гаранције правичног суђења, јер о постојању кривичног дела одлучује непристрасан суд, пред којим се тужилац и оптужени појављују као равноправне стране у поступку.

Проблем адекватности административног модела заштите конкуренције, са аспекта гаранција правичног поступка, тиња у Европској унији почев од првих деценија настанка европске интеграције,<sup>7</sup> а актуелизован је након пресуде Европског суда за људска права у случају Менари-

---

трацију власти у рукама монарха. *Ibid*, с. 283. За историјски преглед развоја принципа поделе власти видети: Т. Р. Кандић, *Судска власт у уставном и законодавном развоју Републике Србије*, Правни факултет у Београду 2012. с. 11 и даље.

4 „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013, даље: 33К.

5 Чл. 229 Кривичног законика РС, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 11/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

6 W. Wills, *Is Criminalization of EU Competition Law an Answer?*, *World Competition*, 2/2005, с. 117-159.

7 Види, нпр: F. Graupner, *Commission Decision-Making on Competition Questions*, *Common Market Law Review*, 1973: 10, с. 291-305; S. Wilks, L. McGowan, *Disarming the Commission: The Debate over a European Cartel Office*, *Journal of Common Market Studies*, 1995: 33, с. 259-273.

ни.<sup>8</sup>У најкраћем, критичари управноправне заштите конкуренције тврде да привредним друштвима и другим учесницима на тржишту против којих се води поступак због повреда конкуренције није обезбеђено право на правично суђење у смислу члана 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, јер одлуку о постојању повреде конкуренције, одговорности починиоца и о санкцији за учињену повреду не доноси непристрасан и независан суд. Бранитељи постојећег система заштите конкуренције истичу да гаранције правичног суђења могу бити пружене и у оквирима управног поступка, а пре свега кроз накнадно судско преиспитивање управног акта.

У Србији и у државама региона, наведени проблем још увек није добио пажњу коју заслужује, ни у теорији, ни у пракси. Намера аутора је да подстакне расправу о њему, као и да укаже на могуће начине његовог решавања.

## 2. Разлози опредељења за административни модел заштите конкуренције

Опредељење за управноправни модел заштите конкуренције у Европи има више узрока. Историјски посматрано, радње ограничавања конкуренције дуго нису имале правни третман друштвено опасних дела. Шта више, у одређеним раздобљима, поједине европске државе су благонаклоно гледале на различите форме ограничавања тржишне конкуренције.<sup>9</sup> Непосредно пред почетак Другог светског рата, неке европске државе су чак примениле мере обавезне картелизације привреде, како би усмериле индустријску производњу за задовољавање ратних потреба. Начелно пермисиван приступ према картелима и другим облицима ограничења конкуренције постојао је у Европи све допрвих деценија друге половине 20. века.<sup>10</sup>

Други узрок треба потражити у теоријском утемељењу садашњег европског модела заштите конкуренције, који је поставила Школа ордолиберала, активна у Немачкој у периоду непосредно пре и након Другог

8 A. Menarini *Diagnosics S.r.l. v. Italy*, 43509/08, 27.09.2011.

9 Тако је немачки суд крајем 19. века донео одлуку којом је прогласио картел произвођача дрвене масе правно допуштеним. Након Другог светског рата у Немачкој је донета Картелна уредба, којом су картели проглашени начелно допуштеним. Лига народа усвојила је 1927. године резолуцију о картелима у којима је у подједнакој мери истицала њихове добре и лоше стране. С. Joshua, J. Harding, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, с. 76.

10 G. Amato, *The Antitrust and the Boundaries of Power*, Oxford, 1997, с. 42

светског рата. Ордолиберали су право конкуренције сматрали значајним делом њиховог економског устава. Због огромног неповерења којег су имали према постојећим гранама власти – законодавној, извршној и судској, предлагали су формирање независног органа који ће имати искључиву надлежност да примењује право конкуренције. Тај орган је требало да примењује императивне норме судским методама и да располаже снажним извршним овлашћењима како би могао да ефикасно обезбеди поштовање закона. Ордолиберали су сматрали да је недопуштене радње ограничавања конкуренције могуће јасно и прецизно прописати законом, те да, последично, будући антимонополски орган не би располагао дискреционим овлашћењима у примени закона. Самим тим, испитивање законитости његових одлуканије требало да буде подвргнуто управним судовима, надлежним да испитују да ли је орган управе поступао у границама овлашћења датих законом, већ редовним судовима.<sup>11</sup>

Ставови ордолиберала су оставили дубок траг у европском праву конкуренције. Они нису само утицали на обликовање немачког права конкуренције, већ и права конкуренције Европске уније. Тај утицај је неспоран, ако се зна да су следбеници Школе либерала заузимали важне политичке функције у Немачкој непосредно након Другог светског рата, те да су учествовали у преговорима приликом израде Уговора о оснивању ЕЕЗ и касније били на челу Комисије ЕЕЗ и њеног Директората за конкуренцију.<sup>12</sup>

Административни модел заштите конкуренције трансплантиран је у остале европске државе у поступку хармонизације националних права држава чланица и држава кандидата са правом ЕУ. Потребно је нагласити да су државе чланице потпуно слободне да изаберу модел који им одговара, у складу са својом правном традицијом и уставним императивима. У преамбули Уредбе 1/2003 изричито се одређује да државе чланице морају имати слободу да овласте административне или судске власти да извршавају различите функције прописане том уредбом, због различитости које постоје у њиховим правним системима.<sup>13</sup> Упркос томе, готово све „нове“ државе чланице креирале су своје институције за примену права конкуренције узимајући модел ЕУ као узор. По нашем скромном мишљењу, то је урађено превасходно због инертности или недовољног

11 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr/Siebeck 2004, с. 294.

12 D.L. McLachlan, D. Swan, *Competition Policy in the European Community*, London, 1967, p. 79-80.

13 *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty*, Official Journal L 1/2003, алинеја 35.

разумевања обавеза које проистичу из споразума о придруживању и стабилизацији.

### 3. Административни модел заштите конкуренције у Европској унији

Надлежност за примену правила конкуренције Европске уније има Комисија. Садашњи модел примене правила конкуренције утемељен је почетком 60-тих година прошлог века, на основу Уредбе Савета 17/62.<sup>14</sup> Том уредбом Комисији су поверена овлашћења да води истрагу и доноси одлуке у примени чл. 85 и 86 Уговора о оснивању ЕЕЗ (садашњи чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ). У погледу вођења истраге, Комисији су дата овлашћења аналогна овлашћењима истражних органа у кривичном поступку. Службеници Комисије су овлашћени да врше ненајављени претрес пословних просторија, земљишта и средстава превоза учесника на тржишту, да прегледају пословне књиге и да узимају изјаве од запослених. У сфери доношења одлука о постојању повреда конкуренције, Комисија је овлашћена да изриче новчане казне у висини до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту и процесне пенале. Уредбом 1/2003,<sup>15</sup> овлашћења Комисије су додатно проширена. Комисија је овлашћена да врши ненајављени претрес приватних просторија директора и запослених у привредним друштвима, без претходног обраћања националним судовима држава чланица за дозволу. Уведена је могућност да Комисија изрекне привремене мере и да постигне поравнање са учесником на тржишту против кога води поступак. Упоредо са тим, прописана су процедурална правила са циљем обезбеђења права саслушања странке, права на одбрану и права на заштиту пословне тајне. Одговарајућа правила у сфери контроле концентрација прописана су Уредбом 1/2004.<sup>16</sup>

Истражна овлашћења и овлашћења у погледу доношења одлука подељена су између Директората за конкуренцију и Комисије. Директорат за конкуренцију је један од директората Комисије. На челу Директората је директор за конкуренцију, који је административно и функционално подређен члану Комисије надлежном за конкуренцију (комесар за конкуренцију). Комесар за конкуренцију је надлежан за доношење акта којим се

14 *Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, OJ L 13, 21.02.1962.

15 *Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ L 1, 4.01.2003.

16 *Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, OJ L 24, 29.1.2004

странке обавештавају о утврђеном чињеничном стању и правним ставовима Комисије у конкретном случају пре доношења коначне одлуке (*Statement of Objections*). Након усвајања Уредбе 1/2003, уведене су измене у поступку истраге и доношења одлука са циљем обезбеђења унутрашњих провера у фази која претходи доношењу коначне одлуке и тиме веће објективности.<sup>17</sup> Тако је уведена нова функција службеника надлежног да држи расправу након што су странке добиле обавештење Комисије о резултатима истраге (*Hearing Officer*). Службеник за расправу административно не припада Директорату за конкуренцију, али је подређен комесару за конкуренцију. Он извештава комесара првенствено о спорним процедуралним питањима, а само изузетно се бави материјалноправним аспектима случаја. Службеници Директората којиводе истрагу по правилу и припремају нацрт одлуке. Пре него што се одлука стави на дневни ред Комисије, о њој се изјашњавају панел службеника Директората који нису били укључени у истрагу, као и Саветодавни комитет, састављен од представника тела за конкуренцију држава чланица. О законитости одлуке води рачуна и правна служба Комисије, која је непосредно њој подређена.

Упркос видним напорима да се у поступак пред Комисијом уведу елементи расправног начела и пруже гаранције непристрасности у одлучивању, у административном моделу ЕУ и даље постоје елементи који доводе у питање објективност целокупног процеса. Иако формалноправно постоји одвојеност фазе истраге од фазе доношења одлуке, фактички се одлука припрема од стране службеника који су водили истрагу. Они су склони да нагињу исходу који потврђује почетну претпоставку о постојању повреду конкуренције, занемарујући чињенице које је оповргавају, како би оправдали напоре уложене у вођење истраге.<sup>18</sup> Члановима Комисије који формално доносе коначну одлуку, по правилу недостају стручна знања из области заштите конкуренције, тако да се они не могу упуштати у дубље испитивање исправности оцена чињеничног стања и правних ставова изнетих у нацрту одлуке. Чланови Комисије не присуствују усменој расправи, па нису у прилици да стекну непосредан увид у изведене доказе.

Одлуке Комисије подлежу преиспитивању пред Судом правде ЕУ. Према одредбама Уредбе 1/2003 и Уредбе 139/2004, Суд правде има пуну јурисдикцију у случајевима када је Комисија изрекла новчану казну или процесни пенал.<sup>19</sup> Суд ЕУ је у прошлости био доста уздржан када је тре-

17 Види: W. Wills, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford 2004.

18 Wills, *op.cit.*, p. 164-168.

19 Чл. 31 Уредбе 1/2003 и чл. 16 Уредбе 139/2004.

бало да преиспитује утврђено чињенично стање, због недостатка економских знања. Ситуација се променила последњих година и Суд правде сада истиче обавезу првостепене судске инстанце да испитује чињенице економске природе и тачност закључака изведених из тих чињеница.<sup>20</sup> Упркос томе, странке у поступку пред судом ЕУ имају врло ограничене могућности да предложе нове доказе, што је битна одлика спора пуне јурисдикције.<sup>21</sup> Друго, суд самостално не испитује утврђено чињенично стање, већ се бави правним аргументима странака а чињенице се испитују у контексту изнетих аргумената. Коначно, Суд правде не може донети одлуку која ће заменити одлуку Комисије. Његова овлашћења су ограничена на укидање, смањење или повећање изречене казне.<sup>22</sup> Због тога то није спор пуне јурисдикције.

Могућност поравнања Комисије са странком против које се води поступак, уведена Уредбом 1/2003, довела је у пракси до наглог пада броја предмета о којима решава Суд правде, јер Комисији није потребна сагласност суда на постигнуто поравнање. То умањује снагу аргумента да је судска заштита у административном моделу ЕУ обезбеђена у поступку преиспитивања акта органа који је одлучивао у првом степену.

Европска унија се позабавила питањем устројства органа за заштиту конкуренције тек недавно, усвајањем Директиве 2019/1.<sup>23</sup> Хармонизација модела примене права конкуренције у државама чланицама и даље није императив, због ограничења која су у погледу остварења тог циља постављена Уредбом 1/2003 и неспремности држава чланица да одступе од првобитно изабраних модела. Државе чланице тако и даље остају слободне да се одреде за управни или судски модел заштите конкуренције.<sup>24</sup> Директивом се, ипак, наглашава да тела за конкуренцију морају вршити своја овлашћења уз поштовање гаранција постављених општим правним принципима ЕУ и Повељом ЕУ о основним правима, а посебно у контексту поступака који могу имати за исход новчане казне.<sup>25</sup> У Директиви се експлицитно наводи да државе чланице морају обезбеди-

20 *Commission of the European Communities v TetraLaval BV*, C-12/03 P, ECR 2005 I-00987, пар. 3

21 М. Asimow, *Five Models of Administrative Adjudication*, *American Journal of Comparative Law*, бр. 1/2015, с. 3-31.

22 Члан 31 Уредбе 1/2003.

23 *Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market*, OJ 2019 L 11

24 Директива 1/2019, алинеја 13 Преамбуле.

25 Алинеја 14 Преамбуле.

ти поштовање права на одбрану учесника на тржишту, што укључује принцип саслушања странке и право на ефективну судску заштиту.<sup>26</sup>

#### 4. Немачки административни модел

Немачки модел примене права конкуренције готово у потпуности следи замишљени моделордолиберала. Савезна служба за картеле (*Bundeskartellamt* – даље: ССК) је управни орган надлежан да примењује Закон против ограничавања конкуренције. ССК има ранг највишег органа управе (*Bundesoberbehörde*) који припада ресору савезног министарства надлежног за економске послове. Овај орган поседује велики степен независности у раду и доношењу одлука. ССК није дужна да поступа по налозима ресорног министарства, већ искључиво решава по закону. Важан чинилац независности је сталност положаја државних службеника у Немачкој, што важи и за службенике ССК. Одлуке у ССК не доноси челни функционер – председник ССК, већ већа састављена од тројице службеника, који морају бити правни или економски стручњаци са квалификацијама да обављају судијску функцију или да буду именовани на највише државне функције. По свом унутрашњем устројству, ССК подсећа на суд.

Упркос квази-судској организацији, поступак пред ССК има све елементе инквизиторног административног поступка, што на први поглед доводи у питање усклађеност немачког модела са чланом 6 Европске конвенције. Овај недостатак отклоњен је обезбеђењем пуне судске заштите у другом степену. У немачком праву повреде конкуренције су квалификоване као административни прекршаји. Органи управе у Немачкој могу у првом степену изрицати санкције за административне прекршаје, који имају статус блажих повреда закона. Овакво решење потврђено је одлуком Савезног уставног суда.<sup>27</sup>

У другом степену, поступак се води пред судом *ab novo*. У судском поступку изнова се утврђују све релевантне чињенице и изводе докази. Суд може *ex officio* или по предлогу странке да наложи извођење нових доказа. У поступку пред судом, ССК не иступа самостално, већ га заступа државни тужилац. Одлука суда у свему замењује управни акт којим је изречена казна за административни прекршај. Поступак пред судом заснива се на начелима јавне расправе и непосредности. Посебан квалитет судске заштите обезбеђен је одређивањем једног стварно и месно над-

---

<sup>26</sup>Члан 3 Директиве 1/2019.

<sup>27</sup>L. Senge, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2006, с. 21-22.



лежног суда за спорове поводом одлука ССК – Вишегпокрајинског суда у Франкфурту (*Oberlandesgericht*). У суду је формирано специјално Картелно веће са судијама стручним за област конкуренције.

### 5. Француски административни модел

Француски Уставни суд се бавио питањем уставности овлашћења управних органа да изричу санкције 80-тих година прошлог века, заузевши став да је то овлашћење у складу са уставним принципом поделе власти, под условом да су обезбеђене гаранције за лица против којих се води поступак адекватне оним у кривичном поступку, те поштовања начела легалитета, сразмерности казне и забране ретроактивне примене закона.<sup>28</sup> Француски касациони суд и Административни савет, сваки у свом делу надлежности за контролу управних аката, потврдили су током 90-тих година прошлог века да се Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода примењује и у случајевима када управни органи изричу санкције.<sup>29</sup> Одлуком Касационог суда утврђено је да присуство службеника који је руководио истрагом (*rapporteur*) седницама Савета за конкуренцију, што је иначе била редовна пракса, представља повреду члана 6(1) Европске конвенције, чак и ако он није учествовао у гласању приликом доношења одлуке.<sup>30</sup> Наведене одлуке подстакле су француског законодавца да приступи изменама устројства Савета за конкуренцију.<sup>31</sup>

У новом моделу, установљеном 2008. године, јасно су одвојене истражна функција и функција доношења одлука, што се види из правила о надлежности и начину именовања чланова надлежних органа. Истрагом руководи генерални извештач (*General Rapporteur*) кога именује министар економије, уз претходно прибављено мишљење Савета за конкуренцију. Одлуке доноси Савет за конкуренцију, који се састоји од председника, четири потпредседника и 12 чланова. Чланови Савета долазе из различитих привредних и друштвених сфера – из реда судија, економских стручњака, стручњака за право конкуренције и заштиту потрошача и привредника. Бројност чланова Савета омогућава формирање тела у различитом саставу за доношење појединих врста одлука и тиме

28 Council Constitutionnel, 17.1.1989.

29 D. Custos, *Independent administrative authorities in France: structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Galicization*, in: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, c. 286-287

30 *Ibid.*

31 Закон бр. 2008-776, 4.08.2008.

доследно спровођење принципа раздвајања истражне од функције одлучивања, што је захтев француских судова. Тако је француски Касациони суд нашао да лице које је учествовало у одлучивању о изрицању привремене мере, не може учествовати у доношењу коначне одлуке.<sup>32</sup>

Француски законодавац је у сфери права конкуренције одступио од правила да судску контролу управних аката врше управни судови, налазећи да су грађански судови боље оспособљени да се баве сложеним економским питањима. Надлежност за одлучивање у споровима против одлука Савета за конкуренцију поверена је Апелационом суду Париза, јер је тај суд већ у свом саставу имао судије специјализоване за област конкуренције и регулисаних сектора.<sup>33</sup> Париски апелациони суд има много шира овлашћења у поређењу са административним судовима, који одлучују искључиво о законитости управног акта.<sup>34</sup> Апелациони суд је дужан да испита сва чињенична и правна питања на којима је заснована одлука Савета за конкуренцију. Суд доноси одлуку којом замењује управни акт Савета или га мења. Законитост одлуке Апелационог суда може се преиспитивати пред Касационим судом. Стручност судија Париског апелационог суда надлежност за мериторно решавање допринели су да одлуке овог суда буду хваљене због њихове чињеничне и правне утемељености и постављања строгих стандарда у примени права конкуренције.<sup>35</sup>

## 6. Европски суд за људска права о административном моделу заштите конкуренције

Суд у Стразбуру огласио се поводом европског административног модела заштите конкуренције у случају Менарини. Компанија Менарини кажњена је високом новчаном казном на основу одлуке италијанског тела за заштиту конкуренције. Одлука је потврђена у управном спору. У последњој инстанци о одлуци се изјашњавао Државни савет Италије.<sup>36</sup>

32 *StéBéton travaux et al.*, Cassation Court, 9.10.2001.

33 N. Petit, L. Raboux, *Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post-Commission v. Tetra Laval Assessment*, у: O. Essen, A. Gerbrandy, S. Lavrijsen, „National courts and the standard of review in competition law and economic regulation“, Groningen 2009, с.103-126, на 106.

34 J. Massot, *The powers and duties of the French administrative judge*, у: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, „Comparative Administrative Law“, Edward Elgar Publishing, 2010. с. 415-425, на 417.

35 *Ibid*, с. 118.

36 Италијански модел заштите конкуренције обликован је по угледу на европски. У првој инстанци, одлуку о повреди конкуренције доноси административни орган. Одлука *Autorità garantita della concorrenza e del mercato* се може оспорити пред управним судом, који је

Европски суд за људска права, примењујући критеријуме одређене у случају Енгел,<sup>37</sup> сматрао је да због тежине запређене казне, случајеве из области заштите конкуренције треба квалификовати као кривичне случајеве, што подразумева обавезу држава потписница Европске конвенције да пруже све гаранције правичног суђења у кривичном поступку предвиђене Конвенцијом. Међутим, Европски суд је учинио отклон када је реч о случајевима из области права конкуренције, устврдивши да они спадају у лакшу категорију кривичних случајева,<sup>38</sup> у односу на које се правила Европске конвенције не морају примењивати са пуном строгошћу. У случају Менарини, првостепени суд је имао могућност да цени да ли се административни орган кретао у границама законских овлашћења, да ли је његова одлука била аргументована, па чак и да провери тачност стручних налаза. Суд је располагао пуном јурисдикцијом у погледу висине изречене казне – могао је да смањи, повећа или укине одлуку о казни. Европски суд је нашао да су у конкретном случају италијански судови детаљно испитали адекватност изречене казне, анализирајући све релевантне чиниоце, укључујући и сразмерност.<sup>39</sup> Пошто је италијански суд одлучивао у пуној јурисдикцији, Европски суд је закључио да нема повреде члана 6 Европске конвенције.<sup>40</sup>

Чини се да суд у Стразбуру није имао храбрости да уздрма темеље европског система заштите конкуренције, већ је поступио опортуно, потврђујући усклађеност постојећег административног модела ЕУ са Европском конвенцијом.. Европски суд се задовољио тиме што је суд који је преиспитивао одлуку административног органа располагао пуном јурисдикцијом у погледу изреке о казни и што је подробно испитао

---

овлашћен да испитује законитост одлуке и да измени одлуку у само у погледу висине изречене казне. У другостепеном судском поступку о законитости одлуке решава Државни савет.

37 *Engel and others v. The Netherlands*, 5100/71, 8.06.1976.

38 Европски суд за људска права разврстао је кривичне случајеве на теже и лакше у предмету *Jusilla v Finland*, 73053/01, 23.11.2006. Међутим, већ у том случају се нису све судије сложиле да Европска конвенција пружа основ за такву категоризацију.

39 *Menarini*, пар. 65-66.

40 Потребно је истаћи да одлука није донета једногласно. Судија Pintode Albuquerque је издвојио своје мишљење, сматрајући да италијански суд није свеобухватно проверавао исправност одлуке административног органа са становишта утврђеног чињеничног стања и примененог права, нити је могао да донесе мериторну одлуку која би заменила одлуку административног органа. Судија Sajose сложио са њим, истичући да су и италијански органи признали да су судови вршили само „слабу“ контролу законитости одлуке административног органа. Он се ипак придружио већини приликом гласања, јер је у конкретном случају Државни савет спровео темељну анализу одлуке италијанског тела за конкуренцију.

исправност утврђених чињеница и правних ставова административног тела.

## 7. Административни модел заштите конкуренције у Србији

Административни модел заштите конкуренције у Србији је установљен Законом о заштити конкуренције из 2009. Претходни закон из 2005.<sup>41</sup> установио је Комисију за заштиту конкуренције као самосталну и независну организацију која врши јавна овлашћења. Комисија је тим законом није била овлаштена да самостално изриче казне, већ су повреде конкуренције биле одређене као прекршаји. Када би Комисија утврдила својим решењем да је учињена повреда конкуренције, покретала је прекршајни поступак, који се водио пред надлежним судом. Упркос усклађености таквог решења са начелом поделе власти, оно је показало своје лоше стране у пракси. Судови за прекршаје нису били оспособљени да суде у случајевима повреда конкуренције, тако да су санкције према Закону из 2005. године у пракси изостајале.

Законом из 2009. године учињен је радикалан помак с циљем увећања ефикасности правне заштите конкуренције. Законом је Комисији за заштиту конкуренције поверена надлежност да утврђује повреде конкуренције и да изриче санкције за учињене повреде. Недостатак позитивно-правног решења је што се циљ ефикасне политике конкуренције остварује занемаривањем основних принципа правног поретка Републике Србије.

Устав РС прокламује у уводним одредбама начела владавине права и поделе власти, Владавина права се остварује, између осталог, поделом власти на законодавну, извршну и судску. Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли.<sup>42</sup> Уставом се не одређује експлицитно које функције државне власти припадају судовима а које извршној власти. Принципи разграничења судске и управне функције се могу извести тумачењем одредби Устава о људским правима и организацији судске, тужилачке и управне функције. Одредбом члана 32 став 1 Устава РС дефинисано је право на правично суђење: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“ На основу члана 143 став 1 Устава, судска власт

41 „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005

42 Чл. 3 и чл. 4 ст. 2 и 3 Устава.

припада судовима опште и посебне надлежности. Одредбом члана 156 став 1 Устава одређено је да јавно тужилаштво гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела. У складу са чланом 137, ст. 2, поједина јавна овлашћења се законом могу поверити и предузећима, установама, организацијама и појединцима. Јавна овлашћења се могу поверити и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима и делатностима.<sup>43</sup>

Законом из 2009. године Комисији за заштиту конкуренције су поверене надлежности које према Уставу улазе у делокруг судске власти. Повреде конкуренције јесу кажњива дела, упркос томе што се за њих номинално не изриче казна, већ управна мера заштите конкуренције.<sup>44</sup> Мера заштита конкуренције састоји се у обавези плаћања новчаног износа у висини до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту оствареног на територији Републике Србије. Према критеријумима из одлуке Европског суда за људска права у случају Енгел, правна класификација кажњивог дела у националном законодавству релевантна је уколико што дефинисање одређеног дела као кривичног аутоматски повлачи примену члана 6 Европске конвенције. Уколико је национално законодавство нејасно у том погледу, морају се узети у обзир други и трећи критеријум, а то су природа дела и природа и тежина запрећене санкције, при чему други и трећи критеријум не морају бити кумулативно испуњени.<sup>45</sup> Напред је истакнуто да је Европски суд у случају Менарини узео у обзир трећи фактор као одлучујући када је класификована окршења права конкуренције као кривична дела у смислу члана 6 Европске конвенције.

У складу са наведеном уставном одредбом, гоњење учиниоца „других кажњивих дела“ поверена је у надлежност јавном тужилаштву. Уставом је искључена могућност да се ова државна функција повери организацији која врши јавна овлашћења, како је Комисија за заштиту конкуренције дефинисана у ЗЗК.<sup>46</sup> Упркос јасној уставној одредби, Комисија су законом дата овлашћења типична за истражну фазу кривичног поступка. Службеници Комисије имају право да улазе и прегледају пословне просторије и објекте учесника на тржишту против кога се води поступак, проверавају, одузимају и копирају пословну документацију,

43 Чл. 137 ст. 3 Устава.

44 Чл. 57 ЗЗК

45 D. Vitkauskas, G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2012, с. 17-21.

46 Члан 20 став 1 ЗЗК.

печате пословне просторије, узимају изјаве од законских заступника странке, запослених и др.<sup>47</sup> Комисија по службеној дужности покреће поступак против учесника на тржишту ради испитивања повреде конкуренције, када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података основано претпостави постојање повреде конкуренције.<sup>48</sup> Покретање поступка ради испитивања повреде конкуренције управним актом, без могућности странке да захтева преиспитивање тог акта пред независним и непристрасним судом је у супротности са одредбама Устава које одређују да је јавно тужилаштво искључиво надлежно да гони учиниоце кажњивих дела и праву сваког лица да о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка одлучи независан и непристрасан суд.

Коначну одлуку о постојању повреде конкуренције и изрицању управних мера доноси Савет Комисије за заштиту конкуренције. Савет је колегијално тело кога чине председник и четири члана. Председника Комисије и чланове Савета бира Народна скупштина РС на мандат од пет година, са могућношћу поновног избора.<sup>49</sup> Поставља се питање да ли се Савет Комисије може сматрати независним и непристрасним судом у смислу Европске конвенције и Устава РС? Европски суд за људска права је става да се административна тела која су установљена законом могу сматрати судом у смислу Европске конвенције, упркос томе што нису названа „трибунал“ или „суд“, под условом да испуњавају друге суштинске захтеве постављене чл. 6 Конвенције.<sup>50</sup> Сматрамо да законско уређење положаја Комисије и начин избора председника и чланова Савета говоре у прилог томе да је ово тело формално независно. Комисија је самостална и независна организација која врши јавна овлашћења. За свој рад одговара Скупштини РС, којој подноси годишњи извештај о свом раду.<sup>51</sup> Услови за избор и превремени престанак мандата председника и чланова Савета, као и поступакњиховог избора дефинисани су у ЗЗК. Наведеним одредбама Комисија је формално заштићена од утицаја извршне власти. Постоје два чиниоца која доводе у питање суштинску самосталност Комисије и њеног тела надлежног за доношење одлука. Први се тиче састава Народне скупштине, у којој (би требало да) седе демократски

---

47 Чл. 52-55 ЗЗК.

48 Чл. 35 ЗЗК.

49 Чл. 23 ЗЗК.

50 *H. v. Belgium*, 8950/80, пар. 50-55.

51 Чл. 20 ЗЗК.

изабрани представници народа, који гласају по својој слободној вољи. У стварности, посланици су представници политичких странака, што *de factovo* води симбиози извршне и законодавне власти у једну власт – власт политичких странака (партократију).<sup>52</sup> Други се тиче ограничења мандата и могућности реизбора председника и чланова Савета.<sup>53</sup> Ова два чиниоца кумулативно омогућују фактички утицај владајућих политичких странака и извршне власти на рад Комисије и њених органа, што доводи у питање првобитни закључак о њиховој формалној независности.

Захтев непристрасности евидентно није испуњен, јер нема чак ни формалне одвојености органа који води испитни поступак (тј, истрагу повреда конкуренције) и органа који доноси одлуку о постојању повреде конкуренције. Председник Комисије управља испитним поступком, почев од доношења акта којим се започиње тај поступак, преко именовања службених лица која воде поступак и доношења закључака о спровођењу увиђаја и вештачењу, па до одређивања известиоца из реда чланова Савета који у сарадњи са службеним лицем припрема предлог одлука и извештава Савет о свим битним чињеницама и околностима случаја.<sup>54</sup> Председник Комисије председава Саветом и учествује у доношењу свих одлука из надлежности Савета.<sup>55</sup> Европски суд за људска права недвосмислен је у ставу да кумулација истражне, односно тужилачке и функције пресуђивања представља повреду захтева непристрасности из члана 6 Европске конвенције.<sup>56</sup>

Према Уставу РС, судска власт поверена је судовима, Уставне одредбе не остављају никакву могућност да о питањима која спадају у судску надлежност решава управна организација која врши јавна овлашћења.

---

52 Б. Милосављевић, *Начело поделе власти у Уставу и уставној пракси Републике Србије*, Правни записи, бр. 1/2012, с. 5-21, на 12-13.

53 Потребно је подсетити да је функција судије стална. Сталност судијске функције је гарантована Уставом (чл. 146). Сталност судијске функције је један од веома важних чинилаца независности судова. Друго, избор судија на сталну функцију поверен је Високом савету судства, а не Народној скупштини. Само је приликом првог избора на судијску функцију мандат судије ограничен на три године. Тај избор врши Народна скупштина, на предлог Високог савета судства (чл. 147 Устава РС)..

54 Чл. 38 ст. 2 и чл. 41 ЗЗК и чл. 20 ст. 2 Статута Комисије за заштиту конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 49/2010).

55 Чл. 21 тач. 8 Статута Комисије.

56 *Piersack v. Belgium*, 8692/79, *De Cubber v. Belgium*, 9186/80

Одлуке Комисије су коначне и против њих се може водити управни спор. Законом о управним споровима из 2009, уведена је обавеза суда да у управном спору држи јавну расправу у сложеним предметима, као и кад суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.<sup>57</sup> Суд је овлашћен да сам реши управну ствар ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то (спор пуне јурисдикције). Спор пуне јурисдикције је искључен ако је предмет управног спора управни акт донет по слободној оцени.<sup>58</sup> Отворено је питање да ли Комисија за заштиту конкуренције решава на основу дискреционог овлашћења, па тиме и може ли суд донети акт који ће заменили коначан управни акт Комисије? У складу са ЗЗК, када утврди повреду конкуренције, Комисија је дужна да изрекне меру заштите конкуренције,<sup>59</sup> али у погледу мера отклањања повреда конкуренције Комисија има дискреционо право да одлучи хоће ли их изрећи или не.<sup>60</sup> Одатле следи да суд не би био овлашћен да решава у спору пуне јурисдикције поводом одлуке Комисије којом је изречена мера отклањања повреде конкуренције. Одредбама ЗЗК изричито се овлашћује суд да својом одлуком преиначи одлуку Комисије само у делу који се односи на висину новчаног износа одређене управне мере.<sup>61</sup> Номинално је том одредбом право конкуренције Србије доведено у склад са решењима уредби ЕУ 1/2003 и 139/2004. Питање усклађености српског модела са захтевима Европске конвенције, нарочито у светлу одлуке у случају Менарини, захтевало би подробну анализу праксе Управног суда у предметима заштите конкуренције, што превазилази задате оквире овог рада.

### Закључак

Административни модел примене права конкуренције уведен Законом о заштити конкуренције из 2009. представља преседан са аспекта уставног начела поделе власти. Устав РС експлицитан је у томе да судска власт припада судовима, а да се гоњење за кажњива дела поверава јавним тужилаштвима. Решење према коме Комисија за заштиту конкуренције

---

57 Чл. 34 ЗУС.

58 Чл. 43 ст. 1 и 2 ЗУС.

59 Чл. 68 ст. 1 ЗЗК.

60 Чл. 59 ст. 1. ЗЗК: „Решењем којим се утврђује повреда конкуренција, Комисија може да одреди мере које имају за циљ отклањање повреде конкуренције, односно спречавање настанка исте или сличне повреде...”

61 Чл. 72 ст. 3.



води поступке за утврђивање повреда конкуренције и изриче казне, номинално одређене као „управне мере“ је супротно важећем уставу.

Ако се тај модел посматра у светлу Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и релевантних одлука Европског суда за људска права, коначан суд о његовој усклађености са фундаменталним правним принципима могао би се донети тек на основу подробне анализе праксе Управног суда у споровима поводом одлука Комисије за заштиту конкуренције. Законодавац Србије оставио је простора да суд мериторно решава у погледу дела одлуке Комисије о висини новчаног износа одређене управне мере. Простор за решавање у пуној јурисдикцији постоји и када суд испитује одлуку Комисије у делу који се односи на утврђивање постојања повреде конкуренције. Анализа праксе Управног суда показала би колико се законска овлашћења у пракси користе, те да ли се може рећи да је учесницима на тржишту обезбеђена ефективна судска заштита.

Упоредна анализа административних модела заштите конкуренције у Европској унији и њеним државама чланицама показала је да се административни модел може ускладити са темељним правним принципима, уколико се у административни модел уграде гаранције независности и непристрасности тела који води истраге и доноси првостепену одлуку, те ако се ојача капацитет судова да мериторно решавају у предметима из области права конкуренције, поверавањем надлежности за решавање ових предмета специјализованим судовима, односно судским већима редовних судова.

**Dijana MARKOVIĆ BAJALOVIĆ**

**PROTECTION OF COMPETITION IN THE LIGHT  
OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION  
OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS**

***Abstract***

*The Law on Protection of Competition of the Republic of Serbia is generally in line with EU competition law regarding numerous substantive and procedural issues. The legislator followed the administrative model of competition law enforcement existing in the EU and majority of its member states when formulating the status and authorities of the Commission for Protection of Competition. In this model, an administrative body conducts investigations regarding alleged infringements of competition law, decides about existence of these infringements and impose sanctions to perpetrators. However, the Serbian legislator neglected the basic principle of separation of powers laid down in the Serbian Constitution. Even more, he failed to lay down guarantees of independence and impartiality in investigation and decision-making that are existing in the EU model and in models of the most developed EU member states (France and Germany). At the onset, the author explains reasons for giving administrative bodies the authority to enforce competition law and methods and tools used in the EU and its member states to make this model compatible with ECHR principles. In the second part of the article the author analyses the existing model of competition law enforcement in Serbia, pointing out elements which are conflicting with basic constitutional and ECHR principles.*

**Key words:** *competition law, administrative model of competition law enforcement, European Convention on Protection of Human Rights, separation of powers.*

Др Душан В. ПОПОВИЋ\*

## МОЋ КУПЦА И ЊЕНА УЛОГА У ПОСТУПКУ КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА<sup>1</sup>

### Резиме

Предмет овог рада је анализа института моћи купца у контексту контроле концентрација, пре свега хоризонталних. Најпре ће бити анализирани различите концепције моћи купца, односно дефиниције овог појма у америчком, европском, британском и немачком праву конкуренције. Потом ће бити издвојени неки заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца, као што су: величина купца; значај купца за добављача; могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту; могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача; и постојање подстицаја да се моћ купца испољи. Најзад, укратко ће бити представљене значајније одлуке донете у поступку контроле концентрација у праву Европске уније, у којима је питање моћи купца било подробније анализирано од стране Европске комисије. Ове одлуке могу послужити као својеврсна смерница и домаћем телу за заштиту конкуренције.

**Кључне речи:** право конкуренције, спајање учесника на тржишту, припајање учесника на тржишту, стицање контроле, концентрације, право Европске уније, антимонополска политика.

### I Уводне напомене

Моћ купца (енгл. *countervailing buyer power*, франц. *pouvoir d'achat compensatrice*) је појам којим се обично описује способност учесника на тржишту да оствари повољније услове трговине у свом односу са доба-

---

\* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

1 Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду "Идентитетски преображај Србије". Аутор се захваљује проф. др Борису Беговићу на корисним коментарима и сугестијама.

вљачем. У почетном периоду развоја права конкуренције пажња како законодавца, тако и тела за заштиту конкуренције била је усмерена ка продајној страни тржишта, док је тек последњих година моћ купца постала предмет подробније анализе. Један од разлога за посвећивање веће пажње овом питању крије се у чињеници да су последњих година у многим секторима привреде добављачи суочени са све моћнијим купцима. Појава таквих „великих купаца“ свакако може имати штетне последице по мање конкуренте, али може штетити и примарним произвођачима и препродавцима који ће због тога имати мање алтернативних продајних канала ка крајњим потрошачима. Увећање тржишне моћи тако је омогућило купцима да умање профит који остварују њихови добављачи, као и да донекле ограниче њихову слободу уговарања.

Све до краја двадесетог века пажња академске јавности, али и тела за заштиту конкуренције није била усмерена ка феномену моћи купца. Тек последњих година напуштено је поједностављено посматрање тржишта у коме се произвођач директно обраћа крајњем потрошачу, те је пажња усмерена ка различитим нивоима дистрибутивног ланца на којима купац може испољавати своју моћ. Супротно моћи продавца, која често може довести до штетних последица по потрошаче, моћ купца по правилу користи потрошачима. На пример, малопродајни ланци као купци могу довести до снижења цена, што погодује крајњим потрошачима. Посматрано из овог угла, могло би се тврдити да тела за заштиту конкуренције заправо не треба да се баве питањем моћи купца, те да је реч о појави коју малтене треба стимулирати. Наравно, и овде је реч о крајње поједностављеном погледу на питање моћи купца. Преовлађујући став теорије и праксе, са којим се слажемо, јесте да питање моћи купца треба анализирати у контексту конкретног предмета, те да се не може сматрати да је ова особина купца *per se* корисна или штетна по конкуренцију на тржишту.

Предмет овог рада није свеобухватна анализа феномена моћи купца. Рад ће се ограничити на испитивање моћи купца у контексту контроле концентрација, пре свега хоризонталних. Моћ купца може бити релевантна и приликом испитивања нехоризонталних концентрација, као и приликом спровођења поступка за утврђивање злоупотребе доминантног положаја. Закључци до којих ћемо доћи у вези са испитивањем овог института у контексту хоризонталних концентрација највећим делом важе и у друга два типа поменутих поступака. Најпре ће бити анализиране различите концепције моћи купца, односно дефиниције овог појма у америчком, европском, британском и немачком праву конкуренције

(вид. поглавље II). Потом ће бити издвојени неки заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца. (вид. поглавље III). Најзад, укратко ће бити представљене значајније одлуке донете у поступку контроле концентрација у праву Европске уније, у којима је питање моћи купца било анализирано од стране Европске комисије. Ове одлуке могу послужити као својеврсна смерница и домаћем телу за заштиту конкуренције (вид. поглавље IV).

## II Дефиниција института моћи купца у упоредном праву

Моћ купца могла би се дефинисати као купчева снага испољена у преговорима са продавцем, која потиче од купчеве величине, пословног значаја који има за продавца, као и од његове способности да промени добављаче. „Екстремни“ облик моћи купца, тј. ситуација у којој више добављача послују само са једним купцем, назива се монопсоном. У контексту контроле концентрација, може се закључити да, у поређењу са монопсоном, стандардни облик моћи купца углавном повољно утиче на конкуренцију на тржишту, пошто представља противтежу увећаној тржишној моћи продавца који је учествовао у концентрацији. Због тога је питање моћи купца у упоредном праву често уређено прописима из области контроле концентрација.

Подсетимо, основни разлог за контролу концентрација лежи у њеним могућим негативним ефектима на конкуренцију. Постоје два основна негативна ефекта концентрација – једнострани (унилатерални, некоординативни) и координативни ефекти. Под једностраним ефектима подразумева се јачање тржишне моћи учесника захваљујући спроведеној концентрацији. Таква тржишна моћ се затим може (али не мора!) злоупотребити. Нарушавање конкуренције које би из овог ефекта концентрације могло да произађе назива се једностраним, пошто је резултат једностраних активности учесника на тржишту који је настао концентрацијом. С друге стране, координативни ефекти подразумевају увећање вероватноће настанка и одржања картела услед смањења броја учесника на тржишту након спроведене концентрације. Наиме, координација активности учесника на тржишту биће олакшана пошто ће број учесника на тржишту након спроведене концентрације бити мањи.<sup>2</sup>

---

2 Приликом спровођења поступка контроле концентрација не би требало занемарити чињеницу да оне могу увећати економску ефикасност, због чега треба правилно самерити негативне ефекте (губитке на плану конкуренције) и позитивне ефекте (добитке на плану економске ефикасности). Такође, дејства концентрације су дугорочна, продужена, због чега

У наставку рада анализираћемо дефиниције појма моћи купца у праву конкуренције Сједињених Америчких Држава, Европске уније, Немачке и Велике Британије.

### 1. Право Сједињених Америчких Држава

У праву Сједињених Америчких Држава, институт моћи купца уређен је Смерницама Министарства правде и Савезне трговинске комисије о хоризонталним концентрацијама.<sup>3</sup> У Смерницама се најпре наводи да моћни купци често могу преговарати о повољнијим условима трговине са својим добављачима. Ти повољнији услови трговине могу бити последица нижих трошкова пословне сарадње са таквим купцима, али могу представљати и резултат ценовне дискриминације у њихову корист. Моћни купци могу ограничити способност учесника на тржишту насталог концентрацијом да повећа цене. То се, на пример, може догодити када моћни купци имају способност и намеру да се вертикално интегришу, као и у случају када присуство моћних купаца на тржишту умањује координативне ефекте.<sup>4</sup> Међутим, постојање моћног купца само по себи не може неутралисати сва негативна дејства која могу проizaћи из једне концентрације. Како се у Смерницама наводи, чак и купци који могу преговорима са продавцем постићи повољније услове трговине могу трпети негативне последице због увећања тржишне моћи продавца до ког је дошло спровођењем концентрације. Тело за заштиту конкуренције треба да анализира које све канале набавке има на располагању такав купац, односно да ли ће се и како алтернативни канали набавке изменити након спровођења концентрације. По правилу, уколико спровођењем концентрације нестаје добављач чије постојање је значајно доприносило преговарачкој снази купца, моћ тог купца биће умањена.

У Смерницама САД о хоризонталним концентрацијама наводе се и два примера у вези са моћи купца. Први пример односи се на ситуацију у којој је купац, у периоду пре спровођења концентрације између његова два добављача, успео да обезбеди ниже цене производа тако што је једном

---

пажња тела за заштиту конкуренције не треба да буде усмерена само на краткорочне ефекте које концентрација производи на релевантном тржишту. Више о разлозима за контролу концентрација: Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 96-98.

3 Министарство правде САД, Савезна трговинска комисија, *Смернице о хоризонталним концентрацијама* (надаље, *Смернице САД о хоризонталним концентрацијама*), 2010, § 8.

4 *Ibid.*

добављачу (учеснику касније концентрације) претио да ће, уколико не снизи цене, своје потребе задовољавати код другог добављача (учесника касније концентрације). Ниједан други добављач није могао да одговори на потребе купца, у смислу обима испоруке и поузданости. Када при таквом чињеничном стању два поменућа добављача спроведу концентрацију, она може имати штетне последице по описаног купца. Тело за заштиту конкуренције може дефинисати тржиште ценовне дискриминације на којем је присутан описани купац, али и други купци у сличној позицији. У том случају, концентрација би могла да доведе до престанка ценовне дискриминације вршене у њихову корист.<sup>5</sup> Други пример који се у вези са моћи купца наводи у Смерницама надовезује се на претходни. Наиме, уколико би при претходном чињеничном стању, посматрани купац и након спроведене концентрације између два добављача успео да обезбеди повољне цене, тј. ценовну дискриминацију у своју корист, било тако што би ставио у изглед да ће сам задовољити сопствене потребе за производом или тако што ће помоћи улазак новог добављача на тржиште, спроведена концентрација не би имала штетних последица по посматраног купца, али би могла имати штетне последице по остале купце. Тело за заштиту конкуренције стога треба да испита да ли тржишна моћ коју има учесник настао концентрацијом може бити вршена на штету осталих купаца.<sup>6</sup> Чини се, пак, да би даља анализа зависила од фактора који нису подробније анализирани на овом месту у Смерницама, као што су присуство других конкурената на тржишту или (не)постојање баријера уласку.<sup>7</sup>

## 2. Право Европске уније

Институт моћи купца уређен је у праву конкуренције Европске уније Смерницама о испитивању хоризонталних концентрација.<sup>8</sup> У Смерницама се моћ купца најпре дефинише на начин сличан праву САД и то као купчева снага испољена у преговорима са продавцем, која потиче од купчеве величине, економског значаја који има за продавца, као и од његове способности да промени добављаче. Европска комисија затим наводи

5 Вид. Смернице САД о хоризонталним концентрацијама, § 8, пример бр. 22.

6 *Ibid*, пример бр. 23.

7 За подробнију анализу релевантних одлука донетих у поступку контроле концентрација у САД вид. J. B. Kirkwood, "Powerful buyers and merger enforcement", *Boston University Law Review* 92/2012, 1483-1560.

8 Европска комисија, Смернице о испитивању хоризонталних концентрација према Уредби Савета о контроли концентрација између учесника на тржишту (надаље, Смернице ЕУ о хоризонталним концентрацијама), *Сл. лист ЕУ* бр. С31, 2004, § 64-67.

неколико примера из своје праксе у којима је моћ купца била релевантан критеријум за оцену допуштености концентрације. Тако Комисија сматра да извор моћи купца може бити кредибилна претња да ће у разумном временском року променити добављача, тј. окренути се алтернативним изворима снабдевања уколико посматрани добављач повећа цене, умањи квалитет производа или на други начин погорша услове испоруке. То, на пример, може бити случај када би купац могао да се одмах окрене другим добављачима, да увери добављача да ће се вертикално интегрисати на узводном тржишту или да помогне улазак новог добављача на тржиште тако што ће се, на пример, обавезати да ће од новог учесника на тржишту набављати значајну количину производа.<sup>9</sup> На сличан пример наишли смо и у Смерницама САД о хоризонталним концентрацијама. Смернице Европске уније, међутим, наводе и две специфичне ситуације, које нису описане у америчком акту. Први пример односи се на такво испољавање моћи купца које се састоји у одбијању да се купе *други* производи од добављача или у одлагању наручивања производа.<sup>10</sup> У другом примеру описује се ситуација у којој купац не би имао интереса да врши своју моћ према добављачу тако што би помогао улазак новог добављача на повезано тржиште, пошто би такав улазак новог учесника на тржишту користио и *његовим* (купчевим) конкурентима.<sup>11</sup> Најзад, у Смерницама Европске уније о хоризонталним концентрацијама наводи се да се постојање моћи купца мора доказати не само пре спровођења концентрације, већ и након ње, јер концентрација два добављача може значајно умањити моћ купца уколико се њом уклања кредибилни алтернативни канал куповине.

### 3. Право Немачке

Немачко право конкуренције познаје институт моћи купца и користи га као један од критеријума приликом оцене допуштености концентрација учесника на тржишту. Практика немачког тела за заштиту конкуренције у вези са институтом моћи купца изложена је у Смерницама о материјалноправним аспектима контроле концентрација.<sup>12</sup> У Смерницама се најпре наводи да моћ купца може постојати када учесници у концентрацији послују са великим купцем који куповине обавља стратешки. Међутим,

9 *Ibid*, § 65.

10 *Ibid*.

11 *Ibid*, § 66.

12 Комисија за заштиту конкуренције Немачке (нем. *Bundeskartellamt*), Смернице о материјалноправним аспектима контроле концентрација, део Б, поглавље I, одељак 4. Превод Смерница на енглески језик доступан је на сајту Комисије: <https://www.bundeskartellamt.de> (13.3.2019).



тржишна моћ природног монопола може само у изузетним приликама бити ограничена путем моћи купца.<sup>13</sup>

Да би купац имао моћ да ограничи тржишну моћ добављача, потребно је да претходно буде испуњено неколико услова. Најпре, купац мора за добављача бити значајан, у том смислу што учесници у концентрацији, у случају престанка пословне сарадње са таквим купцем, не би могли да нађу алтернативног, упоредивог купца (купце) у кратком року. Други услов, на који смо наишли и у америчким смерницама и у смерницама ЕУ, односи се на способност купца да промени добављача, да се вертикално интегрише или да помогне улазак новог добављача на тржиште. Алтернативни добављачи морају бити способни да понуде производ једнаког квалитета и у довољним количинама да задовоље потребе купца. Такви алтернативни добављачи не морају бити спремни да одмах уђу на релевантно тржиште, пошто и сама претња појавом новог учесника на тржишту може остварити жељени ефекат. Такође, сâмо стављање у изглед вертикалне интеграције може понекад бити довољно да се ограничи тржишна моћ учесника у концентрацији. У Смерницама се закључује да кредибилност претње да ће купац помоћи улазак новог добављача на тржиште или да ће спровести вертикалну интеграцију зависи од више фактора, а пре свега од времена потребног за реализацију таквог плана и од финансијских средстава неопходних да се он оствари.<sup>14</sup>

#### 4. Право Велике Британије

У британском праву конкуренције, институт моћи купца уређен је националним Смерницама о испитивању концентрација.<sup>15</sup> У Смерницама се најпре наводи да је постојање моћи купца фактор који смањује вероватноћу за утврђивањем значајног умањења конкуренције приликом испитивања концентрације. Уколико се моћ купца, и након што добављачи спроведу концентрацију, може идентификовати код свих купаца, по правилу неће доћи до значајног слабљења конкуренције које би наступило као последица концентрације. Међутим, таква ситуација се у пракси јавља ретко. Чешћа је ситуација у којој само један или само неки од купаца „задржа-

13 *Ibid*, § 79.

14 *Ibid*, § 80.

15 Уред за фер трговину (данас, Уред за конкуренцију и тржишта; енгл. *Competition and Markets Authority*), Смернице о испитивању концентрација, 2010, OFT 1254, одељак 5.9.

вају“ моћ након што добављачи спроведу концентрацију. Тада треба испитати да ли моћ тог купца/тих купаца може „заштитити“ и остале купце.<sup>16</sup>

Слично прописима САД и Европске уније, у британским Смерницама се као могући извор моћи купца наводи могућност једноставне промене добављача, као и могућност да се на други начин отежа или спречи добављачево нежељено понашање. Могућност једноставне промене добављача постоји уколико на тржишту има алтернативних добављача којима би се купац могао окренути или уколико купац може потпомоћи улазак новог добављача на тржиште. Уколико не постоји могућност једноставне промене добављача, купци ипак могу отежати положај учесника на тржишту произашлог из концентрације тако што ће, на пример, престати да купују друге производе од њега или тако што ће, у случају малопродајног сектора, позиционирати његове производе у мање атрактивним деловима продајних објеката.<sup>17</sup> У Смерницама се подсећа на чињеницу да моћ купца не мора увек постојати у случају када је купац „већи“ учесник на тржишту од добављача. Понекад сама концентрација може умањити моћ купца, тако што ће ограничити купчев подстицај да примени неку од претходно описаних стратегија (нпр. помагање уласка новог добављача на тржиште). Надаље, у Смерницама се закључује да је великим купцима лакше да испољавају своју моћ применом стратегије помагања уласка новог добављача на тржиште или стратегије вертикалне интеграције, док мањи купци пре могу одабрати стратегију промене добављача (међу постојећим добављачима на тржишту).<sup>18</sup>

Најзад, у британским Смерницама о испитивању концентрација се анализира утицај директних преговора између добављача и моћног купца на остале купце присутне на релевантном тржишту (тзв. ефекат кишобрана). Наиме, уколико купац и добављач директно преговарају, моћ коју има тај купац по правилу неће користити осталим купцима на тржишту, тј. дејство моћи купца биће ограничено, индивидуализовано. Уколико, пак, нема билатералних преговора између добављача и купца, а цена производа је транспарентна свим добављачима и купцима, моћ купца може постојати као пука последица величине купца. Тада моћ једног купца може штитити остале купце који такву моћ немају, тако што ће спречити повећање цене производа који плаћају сви купци.<sup>19</sup>

---

16 *Ibid*, § 5.9.1.

17 *Ibid*, § 5.9.3.

18 *Ibid*, § 5.9.5.

19 *Ibid*, § 5.9.7.

### III Заједнички критеријуми за утврђивање постојања моћи купца

Анализом смерница за оцену концентрација које примењују тела за заштиту конкуренције у Сједињеним Америчким Државама, Европској унији, Немачкој и Великој Британији издвојили смо неколико заједничких критеријума за утврђивање постојања моћи купца. То су: величина купца (вид. одељак 1), значај купца за добављача (вид. одељак 2), могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту (вид. одељак 3), могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача (вид. одељак 4) и постојање подстицаја да се моћ купца испољи (вид. одељак 5).

#### 1. Величина купца

Величина купца не указује нужно на постојање моћи купца. Уколико, након спровођења концентрације између добављача, купац нема одговарајући алтернативни извор снабдевања, сама величина му неће помоћи да избегне штетне ефекте увећања тржишне моћи добављача. Једноставно упоређивање степена концентрисаности на страни понуде и степена концентрисаности на страни тражње често може довести до погрешних закључака о постојању моћи купца. На пример, уколико након спровођења концентрације између добављача на тржишту буду присутна два купца и два добављача, поједностављена анализа водиће закључку да постоји моћ купца. Међутим, уколико су производи диференцирани и само производи учесника у концентрацији могу задовољити потребе купца, купац и поред своје величине и чињенице да је степен концентрисаности на купчевој страни једнак ономе на страни добављача, неће имати одговарајући алтернативни извор снабдевања.<sup>20</sup> Чак и када је степен концентрисаности на страни купаца много мањи него на страни добављача, моћ купца може постојати и то не због величине купца већ због постојања одговарајућих алтернативних извора снабдевања. Према томе, мањим купцима чак може бити лакше да промене добављача, пошто потражују мање количине производа. С друге стране, велики купци морају пронаћи такав алтернативан извор снабдевања који може задовољити њихове велике потребе за релевантним производом, што некада није могуће. Имајући претходно речено у виду, можемо закључити да величина купца није преовлађујући критеријум за утврђивање постојања моћи купца, те тела за заштиту конкурен-

20 Вид. такође: R. Inderest, G. Shaffer, "Buyer power in merger control" in "Issues in competition law and policy", ABA Antitrust Section Handbook, 2008, поглавље XX, 12-13.

ције приликом испитивања концентрација треба да се усредсреде на друге критеријуме, а пре свега постојање алтернативних извора снабдевања (стварних или потенцијалних конкурената учесницима у концентрацији), који би учинили купчеву претњу замене добављача кредибилном.

## **2. Значај купца за добављача**

Значај купца за добављача може бити утврђен приликом анализе координативних ефеката концентрације добављача. Наиме, купац би могао да испољи своју моћ и ограничи координативне ефекте концентрације добављача тако што би стратешки пласирао своје наруџбине производа, на пример проређујући их, због чега би и контакти између добављача били проређени а могућност договарања ослабљена. И супротно понашање купца могло би имати исти ефекат. На пример, купац би могао да повећањем количине производа коју набавља створи подстицај за добављача да напусти картелски споразум о цени производа. Добављачу би тада било важније да управо он буде одабран од стране купца за задовољење његових увећаних потреба за релевантним производом, него да се придржава цене договорене са осталим добављачима. Најзад, значај купца за добављача може бити утврђен и приликом анализе једностраних (унилатералних) ефеката концентрације. Тржишна моћ добављача који спроводе концентрацију могла би бити ограничена уколико купац има одговарајући алтернативни извор снабдевања или уколико би могао да одложи постизање споразума са добављачем (нпр. одлажући набавке).

## **3. Могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту**

Већ је поменуто да могућност промене добављача и могућност помагања уласка новог учесника на тржишту по правилу постоји за „велике“ купце. Тела за заштиту конкуренције овај критеријум често испитују у оквиру фазе испитивања постојања препрека за улазак на тржиште. Дакле, требало би утврдити да ли моћ купца може умањити препреке за улазак на тржиште или умањити препреке за тржишну експанзију. У случају када би за купца алтернатива добављачима који спроводе концентрацију била замена једног инпута другим, требало би проверити да ли је релевантно тржиште исправно дефинисано или би можда оба инпута требало да њиме буду обухваћена.

#### 4. Могућност одлагања поруџбина или престанка куповине других производа од добављача

Приликом испитивања да ли купац има могућност одлагања поруџбина или престанка куповине *других* производа од добављача који спроводе концентрацију намеће се питање због чега се купац, у случају да је таква могућност постојала и пре него што су добављачи спровели концентрацију, није тако раније понашао. Чини се да се одговор крије у чињеници да су добављачи (А, Б) пре спровођења концентрације били независни ентитети, те да је купац своју моћ исказивао на други начин - кроз инхерентну претњу заменом добављача А добављачем Б. Посматрана концентрација лишава купца могућности промене добављача, те ће моћ купца након концентрације постојати само уколико купац може помоћи улазак новог учесника на тржиште или наћи другог алтернативног добављача међу онима који не учествују у посматраној концентрацији.

#### 5. Постојање подстицаја да се моћ купца испољи

Не треба претпостављати да ће купац који може ограничити тржишну моћ учесника у концентрацији увек то и чинити. Поред способности да се тржишна моћ добављача ограничи, мора постојати и подстицај за таквим понашањем. На пример, уколико је узводно тржиште, на коме су присутни добављачи производа, изузетно концентрисано, а низводно тржиште, на коме су присутни купци производа, конкурентно, велики купци не би имали подстицаја да врше своју моћ тако што би предузимали радње које би заштитиле све купце, пошто би заправо имали користи од раста трошкова са којим би се суочили њихови мањи конкуренти. До раста трошкова мањих купаца би дошло услед тога што добављач, након спроведене концентрације, не би морао да им одобрава попусте, као што би то чинио великим купцима у циљу њиховог одвраћања од промене добављача или помагања уласка новог добављача на тржиште.<sup>21</sup>

### IV Осврт на праксу Европске комисије

Из релативно скромне праксе Европске комисије у вези са контролом концентрација током које је дошло до подробнијег анализирања ути-

21 Вид. нпр. одлуку Европске комисије, *Friesland Foods/Campina*, предмет бр. COMP/M5046, 12. децембар 2008. год., § 276. За подробнију анализу ове одлуке вид. С. Binet, *Buyer power in EU competition law: a boon or impediment to consumer welfare?*, UC Louvain, 2014, 188-197, необјављена докторска дисертација доступна на сајту универзитета: <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/en/object/boreal%3A156352> (15.3.2019).

цаја моћи купца на конкуренцију на тржишту, тј. могућа дејства концентрације на конкуренцију, издвајамо одлуке донете у два предмета – *Friesland/Kampina* и *Enso/Stora*. Одлука у првопоменутом предмету донета је у време када су важеће Смернице ЕУ о испитивању хоризонталних концентрација већ биле на снази, док је другопоменута одлука донета раније, тако да је, између осталог, послужила као основ Европској комисији за израду Смерница, које смо анализирали у првом поглављу овог рада.

### 1. Предмет *Friesland/Kampina*

У предмету *Friesland/Kampina* Европска комисија је анализирала концентрацију између два велика холандска произвођача млечних производа. Планирана концентрација односила се на целокупан ланац производње млечних производа, почев од сировог млека, преко млека као основног производа намењеног потрошачима, различитих млечних производа (сира, крема, бутера) и, најзад, материја које се добијају током производње а које имају примену у прехранбеној индустрији (нпр. различите емулзије) и фармацеутској индустрији (нпр. лактоза). Учесници у концентрацији су у својој пријави изнели тврдњу да би моћ купца коју имају највећи малопродајни трговински ланци спречила пораст цена њихових производа, нарочито због тога што малопродајни ланци пласирају значајну количину производа под тзв. приватном робном марком. Учесници у посматраној концентрацији производили су 60-70% производа који су се потрошачима пласирали под приватном робном марком малопродајних трговинских ланаца.<sup>22</sup>

У својој одлуци, Европска комисија је подсетила на чињеницу да моћ купца почива на претпоставци да моћни купац може себе, али и крајње потрошаче, заштитити од нежељених промена у условима снабдевања релевантним производом, које би могле уследити након спроведене концентрације добављача. Након спроведене анализе релевантног тржишта, Комисија је закључила да сви учесници на тржишту не могу бити окарактерисани као велики купци, те да би они малопродајни ланци који купују мале количине свежег млека од добављача тешко могли да испоље моћ купца. Наиме, уколико добављачи након спроведене концентрације не би успели да се са таквим малим купцима споразумеју о условима продаје, лако би односне количине производа продали другим купцима са којима сарађују. Поврх тога, Европска комисија је закључила да чак и у

---

22 Европска комисија, *Friesland Foods/Campina*, § 269-273.

случају да већи купци успеју да испоље моћ купца захваљујући својој величини или софистициранијој стратегији куповине, нема доказа да би од тога имали користи и преостали купци. Наиме, учесник на тржишту настао концентрацијом не би морао да малим купцима даје оне попусте које би давао великим купцима, како би их одвратио од промене добављача. Пошто је малопродајно тржиште свежег млека релативно конкурентно, као што је показала анализа Европске комисије, конкуренција на тржишту би приморала веће трговинске ланце да предузму мере како би једино себе заштитили од неповољних промена у условима снабдевања.<sup>23</sup>

У одлуци се даље наводи да би концентрација два добављача онемогућила купце да латентном претњом замене једног добављача другим постигну повољније услове трговине, као што су то чинили у периоду који је претходио концентрацији. Поред два добављача који учествују у пријављеној концентрацији, у Холандији није постојао други, алтернативни добављач упоредивих капацитета коме би се купци могли окренути, због чега је пријављена концентрација умањивала могућност купаца да „дисциплинују“ добављаче претњом замене једног добављача другим. Комисија је утврдила да претходно важи како у погледу брендираних производа, тако и у погледу производа који се означавају приватном робном марком малопродајних ланаца (купаца).<sup>24</sup>

Комисија је испитивала и постоји ли могућност вертикалне интеграције купаца и примарних произвођача сировог млека, што би могло одвратити добављача насталог концентрацијом од погоршавања услова трговине. Претња вертикалном интеграцијом нарочито има ефекта уколико купац и сам у мањим количинама производи релевантни производ, који највећим делом набавља од учесника у концентрацији. Претња вертикалном интеграцијом је тада кредибилнија, пошто купац располаже релевантним информацијама о производном процесу које може искористити у преговорима са добављачем. Међутим, након анализе чињеничног стања у овом предмету, Комисија је закључила да претња вертикалном интеграцијом није кредибилна, пошто малопродајни трговински ланци нити делом самостално производе млеко и млечне производе, нити одржавају уговорне односе са индивидуалним произвођачима сировог млека. Млеко и млечни производи су само мали део асортимана малопродајних трговинских ланаца у Холандији (и другде), због чега они

---

23 *Ibid*, § 274-276.

24 *Ibid*, § 278.

немају подстицаја за таквом специјализацијом.<sup>25</sup> Поврх тога, Комисија није идентификовала ниједног потенцијалног конкурента који би у кратком року могао да уђе на холандско тржиште производње сировог млека.

Анализа Комисије показала је да би, у случају неуспеха преговора између добављача насталог концентрацијом и великих купаца у вези са испоруком свежег млека, добављач лакше пронашао алтернативне купце због неопходности, одн. незаобилазности свог основног производа (свежег млека). Комисија је такође истакла да, иако се начелно може рећи да моћ купца расте с порастом његове величине, може се десити и да великом купцу буде теже да пронађе алтернативне изворе снабдевања, због својих увећаних потреба за релевантним производом. Анализирајући утицај моћи купца на тржишну моћ учесника који би произашао из пријављене концентрације, Европска комисија се исправно усредсредила на (не)постојање алтернативних извора снабдевања којима би се купци могли окренути, уместо на сâму величину купаца. Закључци до којих је Комисија дошла ипак су највише зависили од тржишног учешћа учесника у концентрацији на различитим тржиштима на којима су присутни, као и од присуства потенцијалне конкуренције. Због тога је анализа моћи купца заправо била део анализе структуре тржишта и баријера уласку на њега.

Након што је прихватила понуђене структурне услове и услове који се односе на понашање учесника, Европска комисија је одобрила концентрацију *Friesland/Kampina*.

## 2. Предмет *Enso/Stora*

У предмету *Enso/Stora* Европска комисија је испитивала концентрацију између два велика добављача дрвета и дрвних прерађевина.<sup>26</sup> Анализа Комисије показала је да би, након спроведене концентрације, степен концентрисаности на обе стране тржишта био подједнак: постојао би по један велики и два мања учесника. Комисија је затим испитивала да ли би сваки од купаца након спроведене концентрације добављача и даље могао да испољава моћ купца. Комисија је закључила да би највећи купац, компанија „Тетрапак“, и након спроведене концентрације испољавао моћ купца. Овај закључак Комисија је извела преваходно ослањајући се на чињеницу да је „Тетрапак“ куповао преко 50% укупних количина произведених у Европи од стране учесника у концентрацији. Коми-

25 *Ibid*, § 284-285.

26 Европска комисија, *Enso/Stora*, предмет бр. IV/M.1225, 25. новембар 1998. год.



сија је истакла да је, услед изражених фиксних трошкова при производњи дрвета и дрвних прерађевина, потребан високи степен искоришћености капацитета како би се постигла адекватна профитабилност (опаданњем фиксних трошкова, тако што би фиксни трошкови били алоцирани на већи број јединица, услед увећаног обима производње). Због тога би добављачима било тешко да у кратком року замене великог купца другим. Комисија је такође истакла да би „Тетрапак“ могао да временом постигне да неки постојећи или нови добављач почне да му испоручује велике количине релевантног производа, уколико би учесници у концентрацији одлучили да повећају цене.<sup>27</sup>

Анализа Европске комисије показала је да способност „Тетрапака“ да промени добављача (или да прети променом добављача) превасходно зависи од (не)постојања других извора снабдевања. Притом, велике количине производа које су „Тетрапаку“ неопходне отежавале би окретање алтернативном снабдевачу, пошто није извесно да би други добављачи могли да задовоље „Тетрапакове“ потребе за релевантним производом. С друге стране, како би оценила могућност помагања уласка новог добављача на тржиште или помагања постојећем добављачу да повећа своје капацитете, Европска комисија је испитивала постојање баријера уласку на тржиште као и баријера тржишној експанзији постојећих добављача. Ипак, Комисија је закључила да је „Тетрапак“ већ вршио моћ купца у периоду који је претходнио пријављеној концентрацији, желећи да ограничи тржишну моћ два добављача. Због тога би концентрација којом нестаје „Тетрапаков“ најважнији алтернативни извор снабдевања свакако донекле умањила његову моћ купца.

У одлуци Европске комисије истиче се да је „Тетрапак“, као највећи купац, био упознат са структуром трошкова, имајући у виду дуготрајност трговинских односа између њега и учесника у концентрацији.<sup>28</sup> Ипак, чини се да је такво познавање начина пословања добављача од мале користи, уколико не постоји алтернативни добављач коме би се купац могао окренути. Такође, Комисија је закључила да би „Тетрапак“ имао подстицаја да врши своју моћ у корист свих купаца (на тржишту су била присутна и два мања купца). Наиме, „Тетрапакови“ конкуренти би, у случају повећања цена производа добављача, могли заменити релевантан производ пластичном амбалажом, која је доступна на низводном тржишту. Због тога би се евентуална „Тетрапакова“ одлука да не врши

27 *Ibid*, § 84, 89.

28 *Ibid*, § 87, 91.

своју моћ купца у случају повећања добављачевих цена могла показати непрофитабилном, јер би се мањи купци могли окренути алтернативном типу амбалаже како би избегли веће трошкове.<sup>29</sup>

Имајући претходно у виду, Европска комисија је одобрила концентрацију *Enso/Stora*.

## V Завршне напомене

Пракса иностраних тела за заштиту конкуренције, као и смернице за оцену концентрација, које су на тој пракси засноване, указују на неколико заједничких критеријума за утврђивање постојања моћи купца. То су: величина купца; значај купца за добављача; могућност промене добављача, вертикалне интеграције или помагања уласка новог учесника на тржишту; могућност одлагања поруцбина или престанка куповине других производа од добављача; и постојање подстицаја да се моћ купца испољи. У државама у којима не постоји вишедеценијска традиција заштите конкуренције, као што је наша, било би сврсисходно када би подзаконским актима (смерницама) подробније био уређен овај институт, анализом поменутих критеријума за утврђивање моћи купца.

У одлукама тела за заштиту конкуренције моћ купца се ретко када засебно анализира. Чешћи је случај да се о моћи купца закључује помало узгредно, током фазе дефинисања релевантног тржишта или утврђивања постојања потенцијалне конкуренције. Понекад учесници у концентрацији у својој пријави истичу постојање моћи купца као један од разлога у прилог одобравању пријављене концентрације. У том случају се тело за заштиту конкуренције мора изјаснити о питању моћи купца, те спровести темељну анализу која ће показати да ли је моћ купца постојала пре спровођења концентрације и да ли ће постојати након што концентрација буде спроведена. Том приликом, тело за заштиту конкуренције никако се не сме повести за аргументом величине купца, јер сама величина купца, као што је више пута истакнуто у нашем раду, не мора нужно указивати на присуство моћи купца.

Приликом испитивања моћи купца акценат треба ставити на (не)постојање алтернативних извора снабдевања, било кроз окретање купца другом, постојећем добављачу, било путем помагања уласка новог добављача на тржиште, било путем вертикалне интеграције. Уколико посматрани купац може да се вертикално интегрише, тело за заштиту конкурен-

---

29 *Ibid*, § 91.

ције може закључити да би такав потез довео до превазилажења баријера уласку на тржиште. Међутим, то не мора нужно значити да би тело за заштиту конкуренције закључило да је таква моћ купца довољна за ограничавање тржишне моћи добављача који спроводе концентрацију. Моћ купца могла би бити оцењена као недовољна, уколико корист од вертикалне интеграције посматраног купца не би имали и други купци присутни на тржишту. Уколико би, пак, посматрани купац могао да помогне улазак новог добављача на тржиште или експанзију постојећег добављача, тако што би се дугорочно обавезао на куповину велике количине релевантног производа од њега, тело за заштиту конкуренције би, по правилу, закључило да посматрани купац испољава моћ довољну за ограничавање тржишне моћи учесника у концентрацији. Таква моћ посматраног купца користила би и другим купцима присутним на тржишту, јер би се на страни понуде појавили додатни капацитети.

**Dušan V. POPOVIĆ, Ph.D**

**Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law**

## **BUYER POWER AND ITS ROLE IN MERGER CONTROL**

### **Summary**

*The present paper examines the concept of countervailing buyer power in merger control (particularly with respect to horizontal mergers). The paper starts with the analysis of buyer power phenomenon in US, EU, German and UK competition law. Following this analysis, several common criteria for identification of countervailing buyer power have been forwarded: buyer size; importance of buyer to the seller; possibility to switch suppliers, sponsor entry or integrate upstream; ability to refuse to buy other products or delay purchases; and incentives to use buyer power. Finally, the paper addresses several decisions in which the European Commission thoroughly analyzed the existence of countervailing buyer power. These decisions could serve as guidelines to the Serbian Competition Authority in future similar cases.*

**Key words:** *competition law, mergers and acquisitions, concentrations, European Union law, antitrust.*

Др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ\*

## НАГОДБА КАО КАУЗА И ПОСЛЕДИЦА РЕСТРИКТИВНОГ СПОРАЗУМА

### Резиме

*Предмет истраживања рада јесте основаност примене института нагодбе у различитим сегментима управног поступка због повреде конкуренције. У домену рестриктивног споразумевања испитује се однос између ослобађања од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, потпуног или делимичног, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (имунитет-нагодба) са једне, и нагодбе која се закључује у поступку у циљу његовог ефикаснијег окончања (нагодба-поравнање), са друге стране.*

*Домаће право конкуренције исказује различит однос према појединим категоријама нагодбе на нивоу примарне заштите ефективне конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе постоји од 2013. године и оправдано има узлазну линију примене. Док пракса заштите конкуренције од рестриктивног споразумевања већ садржи значајан број случајева имунитет-нагодби, домаћа легислатива још не препознаје могућност нагодбе у току поступка којом се санкција умањује зарад признања учешћа у недозвољеном договору. Уколико би се овај вид поравнања увео у домаћи законодавни оквир, с тим да штетне последице околности непостојања нису значајне, режим његове примене треба да буде постепен и рестриктиван.*

**Кључне речи:** *рестриктивни споразум, имунитет од санкције, поравање, прекид поступка по основу нагодбе, правило разумне процене*

---

\* Редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду; члан Ужег преговарачког тима за приступање Републике Србије Европској унији. Чланак је резултат рада на пројекту бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС

## I Правна природа рестриктивног споразума

Сагласност воља је тежишна тачка сваког уговорног односа, па и рестриктивног споразума. Да ли сагласност воља – накнадно, у процесном амбијенту између органа управе и учесника рестриктивног споразума препознаје правни основ и оправдање да се појави у виду нагодбе – предмет је истраживања овога рада. Нагодба као институт грађанског права има своје све значајније место у управном поступку због повреде конкуренције, како због екстензивне примене принципа добре управе, тако и процесне ефикасности којој директно доприноси.

Рестриктивни споразум као договор привредних субјеката о координацији пословања на одређеном тржишту иницијално представља облигациони однос чија је кауза умањење, односно отклањање конкурентског ризика и консеквентно максимизација профита. Рестриктивни споразуми представљају инструмент коме привредни субјекти прибегавају да би кроз заједничко обављање одређене активности искористили предност економије обима и умањили притисак фиксних трошкова.<sup>1</sup> Такво, економски рационално, појединачно понашање пословног субјекта резултира, међутим, у домену општег и јавног интереса негативним ефектима по друштвено благостање. Околност да споразум за циљ или последицу има нарушавање, ограничавање или спречавање ефективне конкуренције, секундарно га квалификује као неприхватљивог са становишта права конкуренције.

Рестриктивно споразумевање односи се на договоре и савезе тржишних учесника, путем којих се искључује или ограничава међусобна конкуренција на одређеном тржишту, са циљем да се путем контроле претежног дела привредне активности осталим субјектима наметну услови пословања и оствари екстрапрофит. Битне одлике рестриктивног споразума су: форма уговора, одлуке, усаглашене праксе или другог вида договора; закључује се између учесника на релевантном тржишту; споразум се односе на услове пословања и усмерен је на нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције; споразумом се постиже или се може постићи повлашћени тржишни положај који произилази из договорених услова пословања<sup>2</sup>, а не из природног или правног монопола;

1 Беговић Б, Павић В, Увод у право конкуренције, Београд, 2012, с.59

2 Russo F, Maarten P.S, Gunster A, Carree M, European Commission Decisions on Competition, New York, 2010, p.318

остварени повлашћени положај на тржишту утиче на интересе других учесника и потрошача.<sup>3</sup>

Рестриktivним споразумевањем<sup>4</sup> спречава се слободна размена роба и услуга на тржишту, консеквентно чему се тржишним субјектима који не учествују у договору ускраћује могућност фер такмичења под равноправним условима, или се она значајно сужава. Учесници споразума обезбеђују себи повлашћени тржишни положај, на основу кога су у могућности да једнострано диктирају услове робног, и промета услуга. Тиме поред конкурената бивају оштећени и потрошачи и други корисници, као и друштвена заједница у целини.<sup>5</sup> Стога они представљају најтежу повреду ефективне тржишне конкуренције и за правну последицу имају ништавост. Постојање намере рестриktivног договарања се претпоставља, а забрана је уставновљена *per se*. Међутим, стварни домети оваквог правног режима су ужи него што би се очекивало, не само с обзиром да су учесници свесни немогућности примене редовних инструмената за случај неизвршења, него и услед могућности накнадног изузимања рестриktivног договора од режима забране. Најзад, у случају да је у основном уговору садржана недозвољена рестриktivна клаузула, њена правна природа и даља судбина сматра се независном у односу на уговор; ништавост рестриktivне, односно монополске клаузуле не значи и ништавост уговора. Када је реч о правној судбини деривативних правних послова, они задржавају правно дејство у пуном капацитету, осим одредаба које имају карактер рестриktivних клаузула.<sup>6</sup>

Услед амбивалентности и сложености правне природе рестриktivних споразума, одговор на питање о њиховој допуштености се мора

---

3 Васиљевић М, Трговинско право, Београд, 1995, с.282

4 Именоване категорије рестриktivних споразума односе се на случајеве: непосредног или посредног утврђивања куповне или продајне цене, односно других услова трговања; ограничавања и контроле производње, тржишта, техничког развоја или инвестиција; примене неједнаких услова пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; условљавање закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; поделе тржишта или извори набавки. Вид. чл. 10 Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС бр. 51/09 и 95/13) даље: Закон и чл. 101, ст.1 Уговора о функционисању Европске уније

5 Биро З, Коментар Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, Београд, 1976, с.14

6 Чл. 105. Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УС и 57/89, Службени лист СРЈ бр 31/93 и Службени лист СЦГ бр. 1/03-УП)

тражити и шире од регулаторног оквиру права конкуренције, у духу теорије о слободи и правној моћи привредних субјеката да дају и примају обавезујућа обећања, заједно са свим последицама коришћења те снаге.<sup>7</sup> У облигационом односу стране су дужне да преузету обавезу изврше и одговарају за њено испуњење, а обавеза се може угастити или на основу закона, или сагласношћу воља страна уговорница<sup>8</sup>; домет принципа “*Pacta sunt servanda*” досеже и изван граница допуштених споразума.

Са друге стране, правила разумне примене (*Rule of reason*)<sup>9</sup> и малог значаја (*De minimis*)<sup>10</sup> воде секундарној допуштености рестриктивних споразума у случајевима изузимања, односно ослобађања од режима забране. Полазећи од квантитативног критеријума, договор који нема за циљ или последицу значајно нарушавање конкуренције се и не квалификује као рестриктиван. Примена правила разумне процене се заснива на квалитативној оцени споразума који, иако неспорно рестриктиван, садржи потенцијал позитивних ефеката који се могу јавити као превалентни. Рестриктивни споразуми бивају изузети од забране у случају кумулативног испуњења два услова: да доприносе подстицању техничког или економског напретка или унапређењу производње и промета робе и услуга и да истовремено не резултирају искључењем конкуренције са релевантног тржишта (већ њеним нарушавањем или ограничавањем), при чему другим учесницима нису наметнута ограничења осим оних нужних за остваривање циља споразума, а потрошачима је омогућено уживање правичног дела користи позитивних ефеката споразума.<sup>11</sup> Одговор на питање о допуштености споразума стога се мора тражити при осетљивој граничној линији између слободе пословног повезивања (укључујући заједничко наступање на тржишту) и забране договарања конкурената - од којих право захтева да природни однос супарништва не замене сарадњом, уз поштовање начела јавног поретка и добрих пословних обичаја.

7 Burton S, Principles of Contract Law, St. Paul, 2001, p.11

8 Чл. 17. Закона о облигационим односима

9 Правило резона претпоставља процену развојног доприноса и антикомпетитивног дејства једног пословног понашања, односно договора, и њихово поређење (након свођења на заједнички именилац) у смислу позитивних дејстава и штетних последица.

10 Whish R, Bailey D, Competition Law, New York, 2012, p.140

11 Чл. 11 Закона о заштити конкуренције

## II Нагодба по основу имунитета

С обзиром на унутрашњу противуречност економско-правне природе рестриктивног уговора и околност да поштовање испуњења договора не може бити заштићено редовним правним средствима, његову битну одлику представља латентно преиспитивање поверења међу учесницима посла. Истовремено, с обзиром да је реч о тајним споразумима који представљају најтежи вид повреде ефективне конкуренције, сложеност и значај доказивање њиховог постојања стоје у директној сразмери.

Ослобађање од санкционисања, потпуно или делимично, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (*Leniency*) представља институт проистекао из примене принципа прагматичности и ефикасности у домену истраживања повреда ефективне тржишне конкуренције. Како би се поступак успешно окончао, полазећи од специфичних видова рестриктивног споразумевања које је неретко (посебно у случајевима прећутних договора и усаглашене праксе) тешко утврдити и сагледати, јавни интерес је стављен испред целисходности кажњавања једног учесника, коме се даје имунитет или умањује казна, у замену за добијање релевантних информација и доказа, пре или током поступка. Ослобађање или умањење новчане казне по основу сарадње у управном поступку не штити привредног субјекта од грађанско-правних последица и поступака који се поводом њих покрену услед повреде правила о забрани рестриктивног споразумевања<sup>12</sup>.

Договор о ослобађању од обавеза из мере заштите конкуренције представља вид нагодбе у управном поступку, која омогућава његово покретање или успешно окончање – санкција се умањује или анулира зарад добијања доказа о противправном рестриктивном договору које ће водити санкционисању других учесника и умањењу, односно елиминацији анти-конкуренијског ризика, односно његових штетних последица. Нагодба се јавља у два појавна облика. Учесник споразума у домаћем праву који пледира на уживање пуног имунитета од изрицања санкције у виду обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, која може да износи највише 10% од оствареног укупног годишњег прихода у години која претходи учињеној повреди<sup>13</sup>, стиже до нагодбе на два начина: уколико Комисији за заштиту конкуренције први пријави да је односни спора-

12 Чл. 39 Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

13 Види чл. 68, ст.1 Закона



зум закључен (о чему она није имала сазнања) или уколико достави доказе подобне за доношење закључка о покретању поступка услед рестриктивног споразумевања (о чијем постојању је Комисија имала сазнање, али не и адекватне доказе)<sup>14</sup>. Са друге стране, у ситуацији да током поступка испитивања повреде конкуренције учесник споразума достави доказе који Комисији до тог тренутка нису били доступни, а омогућавају окончање поступка и доношење одлуке о повреди конкуренције - може бити умањена вредност новчаног износа мере заштите конкуренције.

Да би привредни субјект који је закључио рестриктивни споразум у домаћем праву остварио нагодбу и био ослобођен обавезе плаћања (дела) новчаног износа мере заштите конкуренције, кумулативно морају бити испуњена четири услова: да је први пријавио споразум о коме Комисија није имала сазнања, односно није имала довољно доказа да би поступак био покренут; да доказе и достави, односно укаже на њихов извор или место налажења; да се не јавља у својству иницијатора или организатора рестриктивног споразума и да није принудио или подстрекао друге тржишне учеснике на рестриктивно споразумевање. Подносилац пријаве, или доказа, о постојању рестриктивног споразума је обавезан да без одлагања обустави учешће у истом, осим изузетно, ако другачије налаже интерес спровођења поступка, и да се уздржи од давања информација трећој страни о сарадњи са Комисијом за заштиту конкуренције.<sup>15</sup>

### III Нагодба по основу поравнања

Домаће право познаје, а домаћа пракса заштите конкуренције у значајном броју случајева је и применила могућност учесника рестриктивног споразума да се нагоди са Комисијом за заштиту конкуренције о потпуном или делимичном имунитету, превасходно у замену за давање информација или доказа о постојању недопуштеног посла. Други могући облик нагодбе у домену процесуирања рестриктивних споразума којом се постиже поравнање у смислу признања дела у замену за умањење санкције наше право још увек не познаје, али треба очекивати његово увођење у домену усаглашавања са прописима и стандардима права конкуренције Европске уније, у коме је такође примена модела имунитета претходила поравнању у овом сегменту заштите ефективне конкуренције.

14 Чл. 69, ст. 2 Закона

15 Види чл. 2 и 3. Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (Службени гласник РС бр. 50/10)

Директна нагодба путем поравнања (*Direct Settlement*) се постиже након покренутог поступка због повреде конкуренције по основу рестриктивног споразума, за разлику од нагодбе путем имунитета која се по правилу закључује ради добијања информације о постојању рестриктивног споразума, односно доказа који управо треба да омогуће правне претпоставке за отпочињање поступка; ређе, у току поступка делимично ослобађање од обавезе из мере заштите конкуренције се омогућава странци у замену за достављање доказа који ће омогућити окончање поступка доношењем решења о повреди конкуренције. Учесник споразума дакле може остварити нагодбу и уколико нема статус странке у поступку. Са друге стране, нагодба путем поравнања подразумева тежиште активности на страни органа који води поступак (Европска комисија и изгледно Комисија за заштиту конкуренције у домаћем праву), за разлику од нагодбе путем имунитета где иницијалну улогу има учесник рестриктивног споразума. Оно што је заједничко за оба облика нагодбе јесте да могу резултирати или ослобађењем од казне или њеним умањењем за учесника рестриктивног споразума, као награде за сарадњу у поступку. Поље материјално-правног преклапања између два института односи се на ситуацију постигнуте нагодбе током поступка која подразумева достављање доказа који омогућавају доношење одлуке о постојању повреде конкуренције, с тим да се у случају модела имунитета новчана казна умањује, а у случају поравнања може бити чак и укинута.

Поравнање као процесни споразум претпоставља сагласност обе стране о заједничком пољу подударности интереса од којих се као основни јављају окончање поступка установљавањем повреде конкуренције и смањење, односно чак анулирање санкције, за учесника рестриктивног споразума. Примена института поравнања дискреционо је овлашћење Комисије, разуме се под претпоставком да је странка заинтересована за такав договор.

Иницијатива за закључење поравнања може бити исказана од стране Комисије или странке, након што је покренут поступак за утврђивање повреде члана 101. Уговора о функционисању Европске уније. С обзиром да нужан услов закључења поравнања представља признање странке о учешћу у рестриктивном споразуму и прихватање одговорности за такво понашање, логична процесна претпоставка за формулисање њеног интереса јесте сазнање о информацијама којима Комисија већ располаже. Комисија има могућност да странку која учествује у преговорима о условима нагодбе обавести о примедбама на понашање које квалификује као нару-

шавање, ограничавање или спречавање конкуренције на релевантном тржишту, природи доказа на основу којих је такав правни став утемељен и висини могуће казне.<sup>16</sup> Посебну важност приликом омогућавања страници да оствари увид у списе има заштита пословних тајни и других поверљивих информација.<sup>17</sup> Следећи процесни корак подразумева да се странка у свом одговору изјашњава о исказаним примедбама и потенцијалној одговорности. Изјава странке о спремности да приступи преговорима о нагодби у првој фази поступка, када се заправо проверава њена заинтересованост за оваквим процесним модалитетом, свакако не значи нити имплицитно признање одговорности за повреду конкуренције.

Комисија је обавезна да у поступку поравнања обавести странку о свим битним чињеницама и околностима и пружи јој могућност да се у разумном року о њима изјасни. Када обавештење о прелиминарно утврђеним чињеницама садржи битне елементе понуде за нагодбу, писаним одговором на односно обавештење, у року који је Комисија утврдила, странка може потврдити да оно одражава садржај њене понуде за нагодбу. У том случају, Комисија има могућност да поступак оконча доношењем одлуке по основу поравнања којом се утврђује повреда чл. 81. УФЕУ, налаже отклањање повреде конкуренције и изриче новчана казна за привредног субјекта чија вредност није већа од 10% укупног прихода у претходној пословној години.<sup>18</sup> Околност да је учесник рестриктивног споразума сарађивао са Комисијом у току управног поступка наводи се у коначној одлуци као разлог за умањење износа казне, све до анулирања.

У случају када Комисија оцени да нагодба доприноси ефикасности поступка, након што је постигнут договор о обиму потенцијалних повреда конкуренције и процени могућих санкција, странку обавештава о року у коме треба да поднесе коначни поднесак у виду захтева за нагодбу. Уколико странка то не учини, Комисија наставља са редовним поступком, а странка губи могућност да он буде окончан поравнањем. Захтев за нагодбу у виду предлога за поравнање садржи следеће битне елементе: недвосмислено признање да је учињена повреда конкуренције, потврду странке да је у адекватној мери била информисана о становишту

---

16 Чл. 10(а), ст. 2 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 622/2008 о измени Уредбе (ЕЗ) бр. 773/2004 о спровођењу поступка нагодбе у картелним предметима

17 Чл. 15, ст. 2 и 4 и чл. 16, ст. 1 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 773/2004 о поступцима које Комисија води на основу чланова 81 и 82 Уговора о ЕЗ

18 Чл. 7, ст. 1 и чл. 23, ст. 2 и 3 Уредбе (ЕЗ) бр. 1/2003 о спровођењу правила о тржишном такмичењу која су прописана члановима 81 и 82 Уговора о ЕЗ

Комисије у вези са односном повредом (путем Обавештења о битним чињеницама), опредељење горње границе распона санкције за коју се сматра да ће бити изречена и сагласност странке да прихвати одлуку Комисије.<sup>19</sup> Уколико се не пружи изјашњење о свим битним наводима Комисије, захтев за нагодбу се одбија. Странка прекида активности везане за рестриктивно споразумевање одмах по подношењу захтева за поравнањем, осим у случају процене Комисије да их је потребо наставити зарад очувања интегритета надзора над послом.<sup>20</sup>

Комисија има право да одлучи са којом странком ће ући у поступак нагодбе. Уколико преговоре о нагодби одлучи да води са више странака, све учеснице морају бити обавештене о тој околности, када се именује њихов заједнички представник за даље учешће у поступку. Комисија има овлашћење да у било ком тренутку прекине преговоре о нагодби са једном или више странака учесница, уколико сматра да позитиван процесни исход није вероватан.<sup>21</sup> Дискреционо је право Комисије да захтев за нагодбу не прихвати. Признања странке учињена приликом подношења захтева у том случајум се сматрају отказаним и не могу бити употребљена, као ни пратећи докази, у било ком облику и против било које странке у поступку.

Закључено поравнање за странку значи умањење или анулирање обавезе плаћања новчане казне по основу учињене повреде конкуренције. Ослобађање од казне се по правилу сусреће у случајевима нагодбенимунитета у замену за откривање постојања рестриктивног споразума и омогућавање покретања истражног поступка, док је код поравнања изузетно могуће у ситуацији да сарадња странке одлучујуће доприноси утврђивању повреде и ефикасном окончању поступка, до кога је немогуће доћи на други начин. Право на закључење поравнања које подразумева ослобађање од казне нема учесник који је друге саговораче присилио да приступе рестриктивном споразуму или да из њега не иступе. Међутим, њему се још увек признаје могућност да поравнање оствари у домену умањења казне. Смањење новчане казне као елемент поравнања пропорционално је стварном доприносу странке утврђивању повреде конку-

19 Чл. 2.3 (20) Обавештења Комисије о вођењу поступака нагодбе са циљем доношења одлука у складу са чланом 7 и чланом 23 Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 1/2003 у предметима картела (2008/Ц 167/1)

20 Чл. 12 (б) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

21 Чл. 10(а), ст. 4 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 622/2008 о измени Уредбе (ЕЗ) бр. 773/2004 о спровођењу поступка нагодбе у картелним предметима

ренције и могуће је само у случају да се Комисији доставља доказ са знатном додатном вредношћу у односу на оне којима већ располаже.<sup>22</sup>

#### IV Нагодба по основу прекида поступка

У ситуацији када је поступак испитивања повреде конкуренције у току, могуће је да одлуком надлежног органа, а на предлог странке, он буде прекинут. Уместо редовног тока који води доношењу решења којим се утврђује повреда и одређују сруктурне мере, мере понашања и новчана казна, чини се процесно скретање ка нагодби која ће резултирати прекидом поступка - у ситуацији постојања претпоставке о опасности по ефективну конкуренцију коју предложене мере на чије се спровођење привредни субјект обавезује могу отклонити.

Иако се правила о прекиду поступка услед нагодбе (*Commitments procedure*) потенцијално примењују на оба облика повреде конкуренције, у области рестриктивних споразума се овај институт сусреће само изузетно. С једне стране, реч је о најозбиљнијем облику повреде конкуренције, са друге стране институт прекида поступка услед нагодбе претпоставља изјаву воље (односно усаглашених воља) о добровољном прихватању обавеза по основу претпостављеног нарушавања конкуренције, а са треће стране аналогне ефекте омогућава модел поравнања. Стога се нагодба по основу прекида поступка примењује превасходно у случајевима злоупотребе доминантног положаја, ретко за вертикалне споразуме и никада за картеле.

У материјално-правном смислу, то је случај нагодбе који значајно доприноси ефикасности поступања, а у перспективи и максимизацији степена заштите ефективне конкуренције на односном тржишту. Иницијално, реч је о једностраној, обавезујућој изјави воље коју друга страна прихвата - креирајући споразум, у смислу размене обавезујућих и међусобно условљених обећања. Правни резултат је условна нагодба, али ипак не поравнање, јер је могуће да поступак буде настављен. Битни елементи института у домаћем праву су: предлог за прекид поступка искључиво подноси странка - тржишни учесник<sup>23</sup>; предлог је прецизиран, временски орочен и образложен; може бити прихваћен само уколико је

22 Чл. I (4) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

23 Рок за подношење предлога није прецизиран у комунитарном праву, па су могућа два решења: предлог се подноси до пријема Обавештења о битним чињеницама (које усваја и домаће право), или до доношења решења.

подобан да анулира разумну опасност по ефективну конкуренцију<sup>24</sup>; подобност предлога мора бити тржишно тестирана.

Тржишни учесник, на основу података садржаних у закључку Комисије о покретању поступка или чињеница које су утврђене током њега, свестан својих поступака и квалификујући их са становишта правила о заштити конкуренције и претходне праксе поступања Комисије у сличним случајевима, а затим процењујући са становишта *pro et contra* ефекте добровољног претходног прихватања одређених мера, извесно ограничавајућих са становишта сопственог пословног интереса, и стављањем тог сценарија у шири концепт чију другу колону чини могући исход поступка који је започет од стране Комисије - доноси одлуку о давању понуде за нагодбом. На следећем нивоу, пошто је таква стратешка одлука донета, налази се креирање оптималног модела предлога - који ће са једне стране испуњавати (очекиване) услове Комисије за прихватање, а са друге садржати најмањи степен обавеза привредног субјекта, који се објективно морају прихватити (односно понудити). Тржишни учесник поводом чијег понашања је покренут поступак испитивања повреде конкуренције може најкасније до пријема обавештења о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на коме ће бити засновано решење Комисије да поднесе предлог о обустави поступка, на основу једностране изјаве о обавезама које је спреман да преузме ради отклањања потенцијалних повреда конкуренције. У супстанцијалном смислу, предложене обавезе подразумевају мере понашања, и(ли) структурне мере (које се примењују и у поступку контроле пословних концентрација)<sup>25</sup> које ће странка добровољно предузети како би се отклониле евентуално учињене повреде конкуренције, са једне стране, и предупредиле оне потенцијалне у будућности, са друге стране. Предлогом се прецизирају услови и рокови сходно којима би обавезе биле реализоване. Најзад, конститутивни део предлога мера чини поступак контроле њиховог спорвођења.

Одлука Комисије може бити прихватајућа или одбијајућа. Дискрециона овлашћења у погледу оцене дате понуде странке су широко постављена, уз могућност одбацивања предлога не само у случају његове објек-

---

24 Предлог мера странке је подобан да буде прихваћен у случају да Комисија оцени да су оне адекватне и довољне да буде анулирана претпостављена опасност по нарушавање конкуренције на односном тржишту услед понашања тржишног учесника - предлагача мера, и да након њихове примене не би више постојали елементи оправдане, разумне сумње у повреду конкуренције.

25 Ezrachi A, EU Competition Law, Portland, 2010, p.316

тивне материјално-правне неадекватности (било да је реч о нарочито озбиљној повреди или некомпатибилним мерама са природом повреде), него и субјективне процене да је реч о неодговарајућем предлогу, којим није учињено верованим да ће примена предложених мера довести до отклањања учињене повреде, односно спречити могућност настанка исте или сличне повреде конкуренције.

У случају да одлуком предлог буде прихваћен, поступак се у домаћем праву прекида с тим да може бити настављен<sup>26</sup>, односно у праву конкуренције Европске уније поново покренут - по службеној дужности или поступајући по захтеву<sup>27</sup>, у случају да: дође до битне измене околности на којима је била заснована одлука о прекиду; не буду испуњене договорене обавезе у предвиђеном року или се накнадно установи да је одлука утемељена на нетачним, непотпуним или преварним подацима које је странка доставила.

Ефекат који се постиже применом модела нагодбе уз прекид поступка је значајан и двострук: подиже се ниво ефективне конкуренције у односу на претпостављену тржишну ситуацију без спровођења договорених мера понашања, а са друге стране ефикасност у остваривању позитивних последица се постиже у знатно краћем времену него што би то био случај да је поступак спроведен редовним током (и окончан утврђивањем повреде конкуренције и изрицањем санкције).

## V Уместо закључка

Битни елементи рестриктивног споразума су: независни тржишни субјекти као учесници, форма правног акта или усаглашене праксе и значајно нарушавање конкуренције, као циљ или последица. Иманентна им је одлика тајности, па је не само откривање, већ и успешно даље процесуирање оваквог дела неретко тешко оствариво без неког облика сарадње са непосредним учесником. Отуда проистиче друштвени интерес допуштања давања награде не само привредном субјекту који је спреман да прекине противправно понашање и достави доказе који ће водити откривању дела и (ефикасном) спровођењу поступка, већ и странци у поступку због повреде конкуренције који је већ отпочет, која је спремна да призна учешће у рестриктивном споразуму и своју одговорност по

---

26 Чл. 58, ст. 7 Закона о заштити конкуренције

27 Чл. 9 Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 1/2003

том основу, и да допринесе убрзању спровођења поступка који ће резултирати адекватном одлуком у смислу повреде ефективне конкуренције.

Положај оваквог субјекта, и у случају нагодбе путем имунитета и нагодбе путем поравнања, је независтан у односу на остале учеснике рестриктивног споразума. Са друге стране, остаје отворено питање да ли је правично субјекте истог правног посла различито санкционисати за (*per se*) забрањено понашање, с обзиром да један од учесника рестриктивног споразума може бити чак ослобођен обавезе из мере заштите конкуренције (мада не и одговорности), док остали учествују у поступку све до његовог окончања изрицањем санкције. При томе, сарадња зарад нагодбе у смислу објављивања инсајдерских информација о забрањеном понашању и достављања доказа, није учињена као чин покајања, већ из сасвим утилитарних разлога.

Евалуација позитивних ефеката поравнања које омогућава санкционисање целокупног рестриктивног споразума у односу на негативне аспекте давања повластица за неспорно скривљено понашање појединачном субјекту резултира ставом о оправданости примене института, али као и код сваке нагодбе - уз пажњиво одржавање равнотеже престација.

У домену рестриктивног споразумевања постоји могућност двоструке примене процесне нагодбе и стога се као сложен јавља однос између ослобађања од обавезе плаћања новчаног износа из мере заштите конкуренције, потпуног или делимичног, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (имунитет-нагодба) са једне, и нагодбе која се закључује током поступка у циљу његовог ефикаснијег окончања (нагодба-поравнање), са друге стране. Нагодба до које долази на предлог странке о прекиду поступка испитивања повреде конкуренције услед предузимања радњи отклањања (могућих) повреда конкуренције (нагодба о прекиду поступка), практично поље примене препознаје превасходно у домену злоупотребе доминантног положаја.

Домаће право конкуренције исказује различит однос према појединим категоријама нагодбе на нивоу примарне заштите ефективне конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе у домаћем праву постоји од 2013. године и оправдано има узлазну линију примене. Док пракса заштите конкуренције од рестриктивног споразумевања већ садржи значајан број случајева имунитет-нагодби, домаћа легислатива још не препознаје могућност нагодбе у току поступка којом се санкција умањује зарад признања учешћа у недозвољеном договору. Када се институт поравнања буде уводио у домаћи законодавни простор, с тим да штетне



последнице околности непостојања нису значајне, режим његове примене треба да буде постепен и рестриктиван. Критеријуми коришћења треба да буду прецизно стипулисани, а посебну пажњу заслужује квалификација додатне вредности доприноса учесника у односу на доказе у поступку којима надлежни орган већ располаже.

Поравнање по правилу подразумева умањење санкције по основу сарадње једног или више учесника рестриктивног споразума која је допринела, у квалитативном и смилу времена трајања, ефикасности поступка. Поравнање изузетно може подразумевати и ослобађање од новчане казне уколико је допринос странке утврђивању повреде био одлучујући<sup>28</sup>, али се превасходно овакав уступак везује за омогућавање покретања истраге и институт нагодбе путем имунитета.

С обзиром да је реч о увођењу новог процесног института, домен његове примене, бар у првом периоду, разумно је супстанцијално ограничити на поравнање уз умањење санкције. Томе у прилог даље говори околност да је могућност ослобађања од новчане обавезе већ предвиђена за учесника рестриктивног споразума у оквиру модела нагодбе уз имунитет. Следећи аргумент проистиче из поређења са применом нагодбе уз прекид поступка у случајевима злоупотребе доминантног положаја, који претпостављају ужу штетну последицу, с обзиром да је реч о понашању једног субјекта, а не споразуму више тржишно значајно снажних учесника. И док се код рестриктивних споразума намера претпоставља, између допуштеног уживања доминантне тржишне позиције и њене злоупотребе - линија је танка и кривудава, па је противправност понашања тешко доказати и није нужно резултат намере. Док се рестриктивни споразуми релативно тешко откривају (зато је значајан моменат пријаве, а тиме и примена нагодбе уз имунитет) а затим нешто лакше процесуирају, злоупотреба доминантног положаја се лакше уочава него што се противправност понашања доказује. С обзиром да се у случају нагодбе уз прекид поступка понашање одлуком надлежног органа и не квалификује као недозвољено, а при том се привредни субјекат обавезује на спровођење конкретних мера ради отклањања могућих повреда конкуренције - тешко је бранити основаност ослобађања од сваке обавезе учесника рестриктивног споразума чије је понашање оцењено као противправно. Иако су мотиви „трговине“ у овом правном случају неспорни – информације и докази за ефективно процесуирање рестриктивног споразумевања, чије

28 Чл. I(4) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

је постојање већ утврђено, најнижа цена мора бити дефинисана, а то значи и плаћена, што онда искључује могућност ослобађања од санкције.

С обзиром на степен штетности рестриктивног споразумевања и претпостављено постојање намере - реч је о договору привредних субјеката којима су такмичење и супарништво примаран и природан однос, а уз пуно уважавање отежаних околности за њихово откривање и доказивање и у том смислу оправданости примене процесних инструмената који то омогућавају, ипак је тешко одбранити опцију ослобађања од новчане казне у склопу нагодбе путем поравнања. Начело правичног поступања у овој правној ситуацији чини се да детерминише линију нагодбе у домену умањења казне за учесника споразума.

Позитивни ефекти примене института нагодбе путем поравнања у поступцима повреде конкуренције услед рестриктивног споразумевања су: умањена вредност санкције за странку и за надлежни орган – ефикасније вођење поступка у смислу скраћења времена трајања и решавања већег броја предмета са истим ресурсима, а онда и увећање броја успешно окончаних случајева који резултирају санкционисањем рестриктивног споразумевања, а тиме и ширењем културе конкуренције, што све препоручује опрезно увођење модела нагодбе путем поравнања у домаћи правни систем.

**Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD**  
**Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Political Science**

**THE CONSENT AS A CAUSE AND CONSEQUENT  
OF THE RESTRICTIVE AGREEMENT**

*Summary*

*The subject of analysis of this paper is validity of application of legal institute of compromise in various stages of administrative proceedings stemming out from infringement of competition. In domain of restrictive settlement it is analysed rate between relieving of obligation of payment of monetary amount for competition protection, partial or full, restrictive settlement participants, which make possible its finding out or its further trial (immunity-compromise) in one hand and compromise, which is concluded with the aim of its more successful final conclusion (compromise- settlement) in the other hand.*

*It is known that domestic competition expresses different relationship regarding separate categories of compromise on the level of primary protection of effective competition. The law institute of breakage of proceedings due to compromise exists from the year 2013 and justifiably it has its upside path of the application. While competition protection stemming from restrictive understanding, already comprises a significant number of cases of immunity-compromises, legislature still does not recognize a possibility of a compromise in the course of administrative proceedings, by which sanction is decreased in order to achieve admission of taking part in unallowed agreement. If this form of settlement would be implemented in a domestic lawful frame, having in mind that harmful consequences of circumstances of its nonexistence are not significant, the order of its application needs to be gradual and restrictive.*

**Keywords:** *Restrictive agreement, Immunity from sanction, Settlement, Breakage of proceedings based on the consent, Rule of reason*

Др Ивана РАКИЋ\*

Др Бојан РИСТИЋ\*\*

## О ПОТРЕБИ ДОНОШЕЊА СМЕРНИЦА ЗА ОЦЕНУ ХОРИЗОНТАЛНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Апстракт

У овом раду ће бити указано на значај и потребу доношења смерница за оцену хоризонталних концентрација учесника на тржишту у Републици Србији. Смернице би представљале покушај да се приближи и појасни пракса Комисије за заштиту конкуренције у области контроле концентрација. Потреба је чак и већа ако се има у виду да актуелни прописи не праве разлику између хоризонталних и нехоризонталних концентрација, чиме се могу створити недоумице код учесника на тржишту поводом поступака и анализа које Комисија спроводи. Недостатак теста претпостављеног монополисте при дефинисању релевантног тржишта, као и тзв. критеријума „сигурне луке“ (safe harbour) при оцени ефеката хоризонталних концентрација, неразликовање унилатералних и координираних ефеката, и недовољна одређеност критеријума за оцену концентрација, неки су од разлога да се размотри неопходност доношења смерница. Смернице би подигле правну извесност у овој области, чинећи поступак који Комисија спроводи транспарентнијим свим заинтересованим странама. Анализом постојећих прописа, искустава и ограничења у њиховој примени, те прегледом решења најбоље упоредне праксе, биће учињен покушај да се формирају принципи за доношење недостајућих смерница. На основу искустава најразвијенијих пракси из

---

\* Аутор је и сарадник Института за упоредно право у Београду. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

\*\* доцент, Економски факултет Универзитета у Београду

ове области, испоставља се да је партнерство Комисије и академске заједнице битна карика у овом процесу.

**Кључне речи:** хоризонталне концентрације, смернице, право конкуренције, ЕУ, САД

## І Увод

У упоредном праву, контрола концентрација представља изузетно значајан елемент права конкуренције – тзв. трећи стуб политике заштите конкуренције, јер се применом прописа о контроли концентрација могу забранити оне концентрације којима се може нарушити конкуренција на тржишту. Контролом концентрација спречава се стварање неповољних тржишних структура које представљају основе за неконкурентска тржишна понашања (закључивање рестриктивних споразума и злоупотребу доминантног положаја), због чега се контрола концентрација сматра веома важним инструментом за очување конкурентских тржишних структура које могу да генеришу повољне ефекте по економску ефикасност, а тиме и по друштвено благостање.

Концентрације се могу одредити као различити облици статусног или уговорног обједињавања учесника на тржишту којима се на трајној основи мења контрола над једним или више учесника на тржишту и којима се они доводе под заједничку контролу, чиме се остварује пословно јединство свих учесника у концентрацији који су до тада били независни.<sup>1</sup> Правни облици концентрација јесу спајања привредних друштава, преузимања контроле и одређени облици заједничког улагања (*joint venture*).

Контрола концентрација најчешће има превентиван карактер, па се спроводи пре њене реализације. У упоредном праву је прихваћено да се контрола концентрација врши пре спровођења концентрације, па учесници на тржишту који намеравају да спроведу концентрацију морају да је пријаве телу надлежном за заштиту конкуренције и да добију одобрење за њено спровођење, под условом да пријављена концентрација подлеже контроли, односно да се на њу могу применити прописи о контроли концентрација. Концентрације се сматрају *a priori* пожељним активностима на тржишту, јер се спровођењем концентрација остварују бројне користи за учеснике на тржишту и за привреду. Најважнија

---

1 Вид. Ивана Ракић, „Концентрације привредних субјеката у Републици Србији са освртом на право Европске Уније“ (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 9.

корист од спровођења концентрација јесте увећање економске ефикасности, која настаје као последица економије обима и економије опсега.

Упркос томе што се спровођењем концентрација остварују бројне користи, оне имају и одређене негативне ефекте услед којих конкуренција може бити значајно нарушена. Концентрацијама се утиче на структуру тржишта смањивањем броја тржишних учесника, па се тако олакшава међусобно усаглашавање преосталих конкурената и закључивање рестриктивних споразума између њих. Истовремено, увећањем тржишне моћи учесника у концентрацији и слабљењем конкурентских притисака са којима су суочени, настаје опасност да ће повезани учесници на тржишту злоупотребити стечену тржишну моћ. Могући негативни ефекти концентрација на конкуренцију сврставају се у две основне групе – унилатералне и координиране ефекте.<sup>2</sup>

Унилатерални ефекти су најизраженији у случају хоризонталних концентрација, јер је слабљење међусобних конкурентских притисака последица директног утицаја концентрације на тржишну структуру.<sup>3</sup> Хоризонталне концентрације смањују број учесника на тржишту који су активни на релевантном тржишту и увећавају тржишну концентрацију, за разлику од нехоризонталних концентрација, које немају овакав утицај на тржишну структуру.<sup>4</sup> Учесници у хоризонталној концентрацији су међусобни конкуренти, па се њиховим повезивањем могу непосредно уклонити важни међусобни конкурентски притисци који су постојали пре концентрације, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта.

---

2 Унилатерални или некоординирани ефекти јављају се због стицања, односно јачања тржишне моћи учесника у концентрацији, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта. Координирани ефекти се огледају у лакшем међусобном усаглашавању преосталих учесника након концентрације, па се, с обзиром на мањи број тржишних учесника, повећава вероватноћа закључивања рестриктивних споразума, односно настанка и одржавања картела.

3 Хоризонталним концентрацијама се повезују директни конкуренти на тржишту, односно учесници на тржишту који нуде исте или заменљиве производе на одређеном географском подручју.

4 У нехоризонталне концентрације спадају вертикалне и конгломератске концентрације. Вертикалне концентрације се реализују између учесника на тржишту који послују на различитим нивоима истог производног ланца. Конгломератске концентрације се дефинишу негативно – као концентрације које нису ни хоризонталне ни вертикалне, пошто су учесници у конгломератској концентрацији учесници на тржишту који послују на различитим, међусобно неповезаним тржиштима, између којих нема хоризонталног или вертикалног преклапања.

Отуда се на хоризонталне концентрације примењују строжи критеријуми од критеријума који се примењују на нехоризонталне концентрације, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура и могу имати знатно теже последице по конкуренцију од нехоризонталних концентрација. Иако све врсте концентрација могу утицати на настајање неконкурентних тржишних структура, разликују се начини на који такве структуре настају, у зависности од тога која врста концентрација се спроводи. Хоризонталне концентрације непосредно утичу на стварање неконкурентних тржишних структура, директним умањивањем конкуренције на тржишту (смањивањем броја конкурената), а вертикалне и конгломератске концентрације могу посредно да утичу на конкуренцију, првенствено успостављањем баријера уласку новим конкурентима, односно контролом процеса уласка на тржиште.<sup>5</sup> Због тога се вертикалне и конгломератске концентрације и сврставају у једну групу, тзв. нехоризонталне концентрације, будући да на другачији начин могу угрожити конкуренцију на тржишту од хоризонталних концентрација.

Имајући у виду да постоји разлика у начину на који хоризонталне и нехоризонталне концентрације утичу на конкуренцију, неопходно би било детаљније осветлити ову проблематику, што свакако превазилази оквире било ког закона из области заштите конкуренције. Пракса развијених система заштите конкуренције је да прописују смернице за оцену концентрација, које имају за циљ да јасније дефинишу критеријуме за оцену концентрација и поступање тела надлежног за заштиту конкуренције у тим случајевима. Са тим у вези пожељно би било засебно дефинисати смернице за хоризонталне и нехоризонталне концентрације, по угледу на сличне документе најразвијенијих тела за заштиту конкуренције, где се пре свих мисли на Сједињене Америчке Државе и Европску унију. Делом због чињенице да постоји значајнија бојазан да хоризонталне концентрације могу довести до угрожавања конкуренције, а делом због тога што је то устаљен след догађаја у поменутих најразвијенијим праксама, ваљало би поћи од смерница за хоризонталне концентрације. Овај рад има за циљ да укаже на значај ове теме за систем заштите конкуренције у Србији, на евидентну потребу доношења смерница за оцену кон-

---

5 Борис Беговић *et al.*, *Антимонополска политика у СР Југославији – Анализа постојећих тржишних структура и антимонополских институција*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2002, 126.

центрација, да укаже на угледне документе из ове области и да пружи принципе на којима ће се смернице ове врсте формирати.

## II Значај смерница за контролу концентрација

Концентрације нису забрањене *per se*, већ тело надлежно за заштиту конкуренције мора да примени одговарајући правни стандард приликом испитивања концентрације и да на основу различитих критеријума процени ефекте концентрације на конкуренцију и донесе одлуку о њеном спровођењу – одобити је или забранити. Зато се бројним актима ближе уређују многа питања у поступку контроле концентрација, како би се увећала правна сигурност и успоставио систем контроле који омогућава свеобухватну оцену ефеката концентрација.

У праву Републике Србије, контрола концентрација је установљена Законом о заштити конкуренције из 2005. године, када је основана и Комисија за заштиту конкуренције (даље у тексту: Комисија). Комисија је прихватила модел *ex-ante* контроле концентрација, према којем се контрола концентрација врши пре њиховог спровођења. Одобрење Комисије је неопходно да би концентрација била спроведена. У поступцима контроле концентрација, тест за оцену дозвољености концентрација (*substantive test*) једнако се примењује на све поменуте врсте концентрација. Ипак, узимајући у обзир разлике у погледу концентрација, приликом испитивања концентрација могу се применити посебна правила, односно различити критеријуми за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација. Терет доказивања негативних ефеката концентрације је на Комисији.

Приликом оцене хоризонталних концентрација, Комисија примењује Закон о заштити конкуренције,<sup>6</sup> јер не постоји други правни извор у погледу ових питања, као ни смернице за хоризонталне концентрације. Комисија се при томе угледа на праксу Европске комисије, па често примењује критеријуме који постоје у праву ЕУ, посебно у Смерницама ЕУ о за оцену хоризонталних концентрација.<sup>7</sup> Може се, дакле, закључити да се Комисија руководи праксом која постоји у ЕУ и да се придржава услова који су утврђени у Смерницама ЕУ за оцену хоризонталних концентрација, иако се некада то изричито не наводи. Овакво поступање је у складу

6 Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13, даље у тексту ЗЗК.

7 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, O.J., бр. С. 31/2004.



са Споразумом о стабилизацији и придруживању који предвиђа обавезу правилне и делотворне примене и спровођења права усклађеног са правом ЕУ, што значи и тумачење усклађеног права у складу са правом ЕУ.

Примена усклађених прописа на наведени начин може створити одређене недоумице и тешкоће у пракси, па би због тога било боље да Комисија ипак донесе посебне смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције којима би детаљно уредила бројна питања у вези са концентрацијама. Једна од надлежности Комисије управо јесте то да доноси упутства и смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције.<sup>8</sup>

У прописима Републике Србије није извршена подела концентрација, тако да не постоје посебна правила за оцену различитих врста концентрација. У том погледу било би веома корисно да Комисија утврди посебне смернице како за хоризонталне тако и за нехоризонталне концентрације, чиме би се значајно допринело правној сигурности и извесности у пословању учесника на тржишту. Потребно је разликовати поједина правила за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација, јер се разликују и механизми којима ове врсте концентрација утичу на стварање неконкурентних тржишних структура и тиме на конкуренцију. На хоризонталне концентрације би требало применити другачије и уопште узев строже критеријуме за оцену, јер су оне најзначајнији узрок стварања неконкурентних тржишних структура. На тај начин би били утврђени јасни критеријуми за оцену концентрација и примену закона, односно за поступање Комисије приликом спровођења закона.

Израда посебних смерница, нарочито у области контроле концентрација, оправдано се сматра важном препоруком за унапређење политике заштите конкуренције у земљи,<sup>9</sup> јер се на тај начин умањује регулаторни ризик – ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела.<sup>10</sup> Непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке могућности за интерпретацију, што утиче на стварање и увећавање регулаторног

8 Вид. члан 21. став 1. тачка 5) ЗЗК.

9 Вид. Бојан Ристић, Вељко Мијушковић, „Препоруке за унапређење политике заштите конкуренције у Србији на основу досадашњих искустава и упоредне анализе више земаља“, *Квартални монитор* 31/2012, 75-76.

10 Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали* 2/2009, 74.

ризика. Тај ризик би се могао умањити, почевши од доношења посебних смерница за оцену хоризонталних концентрација.

Комисија има разноврсну и богату праксу у погледу испитаних хоризонталних концентрација, што говори у прилог неопходног искуства и зрелости за доношење смерница овог типа. Већина ових концентрација се одобрава у скраћеном поступку, при чему је од 2005. године у само два случаја донета одлука о забрани, а у 19 случајева одлука о условном одобрењу концентрација.<sup>11</sup>

### III Упоредна пракса

Циљ овог поглавља је да прокрчи пут утемељењу принципа за формирање недостајућих српских смерница за оцену хоризонталних концентрација. Барем када је реч о подухвату доношења смерница, покушаћемо да се ставимо у ту улогу темељећи их на искуствима најбоље упоредне праксе, правној и економској логици и досадашњем искуству система за заштиту конкуренције у Републици Србији. Искуство указује на могућности да се економске анализе хоризонталних концентрација спроводе у пракси. Резултат тога би требало да буде документ (смернице) који је у складу са постојећим прописима из ове области, економском теоријом, али и могућностима да се анализе које предвиђа спроводе у перспективи. Што је извесно, овај документ не би требало да представља превод смерница других земаља, иако би се ослањао на садржај и аргументацију која стоји у смерницама најразвијенијих пракси, САД и ЕУ. Свакако, у разматрање би требало уврстити и друге оригиналне покушаје да се ова проблематика расветли. Пре свега, вредело би размотрити националне смернице земаља чланица ЕУ и кандидата за улазак у ЕУ, али и свих других националних система заштите конкуренције са сличном организацијом система заштите конкуренције. У крајњој линији, сви развијени системи заштите конкуренције, укључујући заштиту конкуренције коју је развила Европска комисија, потичу и заснивају се на америчком искуству из ове области права. И по правилу, са временским помаком, мање или више софистицирано следе утабане путање америчког система.

#### 1. Смернице САД

У праву САД, укрупњавање учесника на тржишту уређује се правилима о заштити конкуренције још од 1890. године, када је

---

11 Вид. годишње извештаје о раду Комисије, објављене на сајту <http://www.kzk.gov.rs/izvestaji>.

Шерманов закон одређеним одредбама забранио оне облике повезивања тржишних учесника којима се ограничава трговина или која се врше у циљу монополисања тржишта.<sup>12</sup> Међутим, ове одредбе нису могле да обезбеде заштиту конкуренције, будући да су се односиле на закључивање рестриктивних споразума, односно картела, и на (покушаје) монополисања тржишта. Због тога је 1914. године, Клејтоновим законом, у члан 7, уведена забрана спровођења концентрација које значајно умањују конкуренцију,<sup>13</sup> а 1950. године је усвојен Селер-Кифоверов закон против концентрација (*Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950*), којим је измењен чл. 7. Клејтоновог закона и којим је примена правила о контроли концентрација проширена и на концентрације које се спроводе куповином имовине, а не само куповином акција, односно удела у другом учеснику на тржишту. Изменама Клејтоновог закона из 1976. године (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*), уведена је претходна контрола концентрација и обавеза учесника на тржишту да пријаве концентрацију која прелази законом утврђене финансијске прагове. Учесници у концентрацији смеју да спроведу концентрацију тек када добију одобрење Савезне трговинске комисије (*Federal Trade Commission*) и Антимонполског одељења Министарства правде (*Antitrust Division of Department of Justice*), који су надлежни за контролу концентрација.

Критеријуми за оцену концентрација ближе су уређени смерницама за оцену хоризонталних концентрација које доносе Министарство правде и Савезна трговинска комисија. Иако нису обавезне за Министарство правде и Савезну трговинску комисију, смернице о концентрацијама одражавају праксу ових органа и утичу на одлучивање судова, тако да значајно доприносе правној сигурности учесника на тржишту. Министарство правде је 1968. године донело прве Смернице о концентрацијама (*Merger Guidelines*), а последње, Смернице о хоризонталним концентрацијама (*Horizontal Merger Guidelines*) донете су 2010. године.

Смернице из 2010. године усвајају нови приступ који Министарство правде и Савезна трговинска комисија примењују у анализи концентрација. Смернице су усмерене на методе директне процене ефеката које концентрације имају на конкуренцију и зато више не наглашавају пресудност улоге коју утврђивање релевантног тржишта има у овој анализи. Такође, донекле је измењен и тест претпостављеног

12 Вид.. Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C, чл. 1-2.

13 Вид. Clayton Antitrust Act of 1914.

(хипотетичког) монополисте, али не и кључност његове улоге у дефинисању релевантног тржишта. У литератури се указује на то да релевантно тржиште има мању, али још увек значајну улогу у анализи концентрација због чега ће Министарство правде и Савезна трговинска комисија ипак наставити да утврђују релевантно тржиште у поступцима оцене хоризонталних концентрација.<sup>14</sup>

Уопште узев, стиче се утисак да нове америчке смернице примењују релаксиранији приступ контроли хоризонталних концентрација, који не следи стриктно задате кораке који нужно почињу са дефиницијом релевантног тржишта. Слеђење корака је био део претходних смерница. Пракса је показала да се овај метод показао неефикасним и често неспремним да одговори на сложеније аналитичке захтеве. Примера ради, већ на тржиштима диференцираних производа стриктна примена теста хипотетичког монополисте захтевала би јасну хијерархију свих могућих супститута од најближих до најдаљих, па и економетријску оцену комплетног система тражње. У новим смерницама такав приступ је унапређен, па самим тим и олакшан чињеницом да поредак супститута није неопходно формирати. Значајна оријентација ка ефектима указује на то да полигон за ефективну конкуренцију не мора потицати од редоследа супститута. Тиме се укида нужност да се у свакој итерацији теста претпостављеног монополисте додаје први најближи супститут.

Коначно, с разлогом овај приступ би се могао окарактерисати и као еклектички, будући да на све доступне начине тежи да омогући утврђивање ефеката концентрације на усвојени критеријум заштите конкуренције, не величајући, али и не искључујући дефинисање тржишта и на њему заснованих удела.<sup>15</sup>

Вреди напоменути да је сваки елемент анализе америчких смерница пропраћен пажљиво бираним реалним примером. На тај начин се сложена економска теорија спушта до нивоа могућности да је у доброј мери разумеју све заинтересоване стране. Тиме се не умањује прецизност документа, али се повећава његова приступачност.

Колико су смернице значајне за заштиту конкуренције у САД говори и то да се оне доживљавају као манифест актуелног ступња разви-

---

14 Вид. Ивана Ракић, „Relevant market definition and SSNIP test under the 2010 US Horizontal Merger Guidelines“, *Страни правни живот*, бр. 3/2012, 95. и даље.

15 Вид. Carl Shapiro, “The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1, 700-760.

јености методологије из домена заштите конкуренције. Примера ради, у част педесетогодишњице усвајања првих смерница за контролу концентрација, један угледни часопис из домена индустријске организације тим поводом је издао своје специјално тематско издање. Баш тим поводом часопис је окупило бројне савременике развоја смерница, еминентне стручњаке и научнике из ове области.<sup>16</sup>

## 2. Смернице ЕУ

Регулисање хоризонталних концентрација учесника на тржишту ЕУ спада у надлежност Европске комисије. Земље чланице ЕУ такође имају своје прописе и своју праксу, која се у одређеним сегментима разликује од земље до земље, али и у односу на прописе и праксу коју следи Европска комисија.

Уредба ЕУ о концентрацијама из 2004. године усвојена је у оквиру модернизације права конкуренције ЕУ и представља основни извор права ЕУ у области контроле концентрација.<sup>17</sup> Уредба је задржала основна решења на којима се заснивала претходна уредба, а најзначајнијом променом се сматра увођење новог теста за оцену концентрација, тј. теста значајног нарушавања делотворне конкуренције (*SIEC* тест – *significant impediment of effective competition test*). Овај тест представља основни материјално-правни критеријум који се примењује приликом оцене концентрације на основу којег Европска комисија утврђује да ли може да одобри концентрацију (безусловно или условно) или мора да је забрани.<sup>18</sup>

Поред Уредбе о концентрацијама, као извори права ЕУ у области контроле концентрација примењују се и други извори (уредбе и обавештења) којима су детаљно уређена бројна питања предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама, укључујући утврђивање релевантног тржишта. Приликом испитивања концентрација, Европска комисија примењује и смернице које самостално доноси, али које нису правно обавезујуће. Ипак, смернице су веома битне за оцену концентрације и за примену правила о контроли концентрација, будући да се у њима огледа повратни утицај праксе Европске комисије и судова ЕУ на утврђивање критеријума за

16 Вид. George A. Hay, "The 1968 Merger Guidelines: Editor's Introduction", *Review of Industrial Organization*, Springer, Vol. 53(4), 421-433.

17 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *OJ*, L. 24/2004.

18 Члан 2(3) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

оцену концентрација и на доношење прописа о контроли концентрација. Реч је о Смерницама за оцену хоризонталних концентрација и Смерницама за оцену нехоризонталних концентрација.<sup>19</sup> Смернице за оцену концентрација у том смислу дају важне одговоре на питања у вези са анализом ефеката свих врста концентрација, а у складу са захтевима судова о пружању уверљивих доказа о угрожавању конкуренције, што се може видети у одлукама које је Европска комисија донела после усвајања Смерница за оцену хоризонталних концентрација. Тиме се остварује важна предвидљивост и правна сигурност за учеснике на тржишту у погледу хоризонталних концентрација.

За разлику од америчких смерница, који сутеришу еkleктички приступ, пре заснован на ефектима, него на дефиницији релевантног тржишта, европске смернице следе приступ сукцесивних корака који управо почињу дефиницијом релевантног тржишта. При томе, за разлику од америчких смерница ток дефинисања релевантног тржишта није део смерница већ је регулисан посебним Обавештењем о дефинисању релевантног тржишта.<sup>20</sup> Приметимо да засебна уредба за дефинисање релевантног тржишта постоји и кад је реч о пракси заштите конкуренције у Републици Србији. Форма, као и тон смерница ЕУ, готово законски је стриктна и без додатих примера који би помогли разумевању ове проблематике, што је такође различито у односу на америчке смернице.

### 3. Други примери из упоредне праксе

Поред наведених водећих пракси, постоје и други, бројни примери успешне транспозиције праксе националних тела за заштиту конкуренције у формат смерница за оцену концентрација. Без намере да сваки појединачни случај засебно разматрамо, указаћемо на неке од основних уочених карактеристика примера смерница које постоје у упоредној пракси. У шаренилу форми и садржина, ови примери се грубо могу поделити на документа инспирисана америчком праксом, она које су настала по угледу на праксу ЕУ, али и она које су покушала да узму најбоље од оба система. Разлике у смерницама постоје у зависности од тога да ли

---

19 Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, бр. С. 265/2008).

20 Значајно пре доношења актуелних смерница, Европска комисија је 1997. године донела обавештење којим уређује дефиницију релевантног тржишта. Вид. Commission Notice on the definition of relevant Market for the purposes of Community competition law, *Official Journal of the European Union*, 1997 (OJ C 372).

укључују проблематику дефинисања релевантног тржишта или је та садржина предмет посебних правила. Познато је да је интегрисање смерница за хоризонталне концентрације и смерница за дефинисање релевантног тржишта карактеристично за амерички систем. Очекивано, Канада и Јапан, по угледу на америчке смернице, интегришу дефиницију релевантног тржишта у оквиру смерница за оцену хоризонталних концентрација. Међутим, то исто чине и понеке европске земље, као на пример Чешка и Пољска, за које би се очекивало да дословно прате праксу Европске комисије – што, барем када су смернице у питању, не мора бити случај.

С друге стране, оба највећа система праве јасно подвајање хоризонталних и нехоризонталних концентрација, док понеке националне смернице обједињују ове проблематике у оквиру истог документа, као што је случај са Канадом, Немачком и Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске.

Земље чланице ЕУ које немају смернице, а имају праксу регулисања хоризонталних концентрација, као компромисно решење углавном користе смернице Европске комисије. Пример за то су Грчка, Словачка и Бугарска. Србија, као кандидат за чланство у ЕУ, може се придружити овој групи, имајући у виду устаљена позивања Комисије на елементе ових смерница.

Као посебно оригиналне, будући да представљају мешавину утицаја оба критична пола, могу се издвојити документи Уједињеног Краљевства, Немачке и Финске.

Кад је реч о Уједињеном Краљевству, логичан је утицај америчког система, будући да су им историјски токови значајно испреплетани, али и чињеницу да имају сличне одлике правних система заснованих на енглеском праву. Тек 1998. године, Уједињено Краљевство је доношењем Закона о конкуренцији (*Competition Act*), довело у склад своје националне законе са фундаменталним принципима заштите конкуренције на нивоу ЕУ. Смернице Уједињеног Краљевства поводом хоризонталних концентрација,<sup>21</sup> попут америчких, укључују дефиницију релевантног тржишта и проблематику ценовне дискриминације. С једне стране, форма и сам тон смерница су пре европског него америчког типа, а с друге стране, у примени је тест значајног умањења конкуренције (тест *SLC – Substantial Lessening of Competition*), који више одговара садржини аме-

---

21 Вид. Merger Assessment Guidelines, CC2 (Revised), OFT1254, September 2010.

ричких смерница, будући да је заснован на прорачуну непосредних ефеката концентрација учесника на тржишту.

Формирање модерног права конкуренције у Немачкој било је под снажним интелектуалним утицајем стручњака са Харварда, али и чувене немачке Ордо-либералне школе, која се ставља у везу са економистима и правницима са Универзитета из Фрајбурга. Попут Европске комисије, немачке смернице употребљавају тест *SIEC*,<sup>22</sup> који је добијен компромисом између поменутог теста *SLC* и теста доминације.<sup>23</sup> Оне не укључују дефиницију релевантног тржишта, с тим што, у оквиру истог документа, укључују разматрања у вези са вертикалним и конгломератским концентрацијама.

Финске смернице,<sup>24</sup> као и смернице Европске комисије, полазе од теста *SIEC* при оци ефеката хоризонталних концентрација, укључују дефиницију релевантног тржишта која је јасно заснована на тесту претпостављеног монополисте, као и проблематику ефеката нехоризонталних концентрација. Уопште узев, овим смерницама дат је целовит оквир проблематици концентрација у детаљној, више „монографској“, а мање „стриктно-законској“ форми. Поред стандардног садржаја смерница који описује главне аналитичке технике при доказивању ефеката концентрација, укључени су и сви други елементи, неопходни за примену закона (опис процедуре надлежног тела, одређивање обавезе пријаве концентрације, обрачун прихода учесника, поступак подношења пријаве концентрације, па чак и посебан осврт на концентрације унутар специфичних грана које су регулисане посебним законима, какав је случај са дистрибуцијом електричне енергије).<sup>25</sup>

#### IV Принципи и препоруке

У циљу комплетирања регулаторног оквира за хоризонталне концентрације, нужно би било донети смернице за оцену ефеката ових концентрација, по угледу на поменути најбољу упоредну праксу. Свакако,

22 Вид. Bundeskartellamt, “Guidance on Substantive Merger Control”, 2012.

23 Више о поменутих тестовима видети у Ioannis Kokkoris, “Merger Control in Europe: The Gap in the ECMR and National Merger Legislations”, Routledge research in competition law, 2011, 38-49.

24 Вид. FCA, “Finnish Competition Authority (FCA) Guidelines on Merger Control: Guidelines on the Application of the Competition Act, 1/2011”, 2011.

25 Поред наведених, неке од земаља које имају смернице за оцену концентрација су нпр. Аргентина, Аустралија, Бразил, Чиле, Израел, Кина, Хрватска, Данска, Француска, Мађарска, Ирска, Кореја, Македонија, Нови Зеланд, Португал, Румунија, Русија, Сингапур.



смернице би морале да се уклопе у постојеће прописе Републике Србије, тако да одговарају досадашњем искуству и постигнућима Комисије у спровођењу закона.

При састављању смерница требало би водити рачуна да исте не служе да замене закон, већ да на бази закона дефинишу практичне кораке спровођења поступка контроле концентрација. Тиме би се заинтересованим странама пружио одговор на питање како Комисија спроводи контролу концентрација у пракси, што не било у контрадикцији са законом, чије су постојеће одредбе крајње опште и подложне за даљу разраду у оквиру смерница.

Као што је напоменуто, вредело би избећи замку непосредног преношења решења наведених угледних пракси са значајнијим искуством у спровођењу овог домена права. Ипак, ослањање на већ утемељена решења је сасвим пожељно, како би се избегло учење на сопственим грешкама и убрзао процес сазревања младог система за заштиту конкуренције. Коначно, текст смерница би указивао на ниво софистицираности процедуре коју спроводи Комисија. Сам каснији развој смерница био би заснован на расту искуства од њихове примене и унапређењу аналитичке апаратуре са којом Комисија располаже. Пошто је реч о аналитички најсложенијој области права конкуренције, развој смерница представљао би манифест развоја система заштите конкуренције у Србији.

Недвосмислено, контрола хоризонталних концентрација је најзахтевнији вид анализе из области заштите конкуренције и заснива се на резултатима економске теорије и алатима за њихову примену прилагођених у складу са искуством и ограничењима у вођењу ове политике. У том смислу, изазов је сачинити документ који би ваљано обухватио сва постојећа питања, а притом је довољно једноставан за разумевање. Зато би приликом формирања недостајућих смерница требало би водити рачуна да оне морају да садрже три кључне димензије и то: **а)** нормативну, **б)** позитивну и **в)** информативну.<sup>26</sup>

**а)** Смерницама би требало да буде одређен критеријум тј. стандард регулације у складу са циљем закона на који се регулација примарно ослања, што чини њихову нормативну димензију. Чињеница да би се смернице специјализовано односиле само на хоризонталне концентрације, пружа

---

26 Вид. Miguel De la Mano, "For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control", *Enterprise Papers*, No 11, 2002, Enterprise Directorate-General of European Commission.

могућност да се ближе уреде критеријуми за њихову оцену, будући да се актуелни тест за оцену дозвољености концентрација (*substantive test*) без изузетка примењује на све поменуте врсте концентрација.

б) Смернице би требало да прецизирају начин на који се практично примењују критеријуми за оцену дозвољености концентрација, нарочито у погледу утврђивања тржишних удела, нивоа и промена тржишне концентрације, процена ефикасности и других фактора са позитивним дејством на конкуренцију, али и негативних утицаја до који доводи повећана тржишна моћ учесника на тржишту након концентрације. Логика критеријума „сигурних лука“ која се заснива на мерилима тржишне концентрације (углавном на Херфиндал-Хиршмановом индексу) требала би да уважи величину и концентрисаност домаћих тржишта. Преношење туђих димензија „сигурних лука“ може бити несврсисходно, чинећи на пример да се већина концентрација нађе у зонама високе концентрације, ако домаћа тржишта уобичајено карактерише висок степен концентрације. Такође, да би се ова димензија употпунила, требало би направити простор за софистициране економске технике као што су симулације спајања, анализа коефицијента преусмеравања (*diversion ratio*), анализа критичног губитка (*Critical Loss Analysis*), тест притиска на повећање цене (*Upward Pricing Pressure*) и др. У сваком случају, реч је о комплементарним техникама, које не искључују традиционалну анализу засновану на дефиницији релевантног тржишта. На тај начин омогућило би се обогаћивање доказа, што би смањило простор за грешке регулације I и II врсте, што би механизам контроле хоризонталних концентрација у Србији приближило поменутом еклектичком приступу. У аналитичком смислу, ниједна од поменутих техника не захтева додатне податке, ресурсе и знања у односу на дефиницију релевантног тржишта применом теста претпостављеног монополисте.

Евидентно је да је ова димензија усмерена ка расветљавању корака или целине регулаторне процедуре, са изузетком дефинисања релевантног тржишта, што је област која је већ дефинисана постојећом уредбом. Остаје отворено питање да ли би у постојеће прописе требало увести тест претпостављеног монополисте и да ли би проблематиком дефинисања релевантног тржишта требало да се баве и смернице, по угледу на САД. Такође, имајући у виду америчке смернице, питање је да ли би Комисија требало да прилагоди угао анализе у ситуацији кад барем један од уче-

сника хоризонталне концентрације стално или спорадично примењује ценовну дискриминацију.<sup>27</sup>

Конечно, у оквиру ове димензије јасно би требало разликовати унилатералне од координираних ефеката по угледу на готово све помену-те референтне праксе, дефинисати аргументе за одбрану концентрација, расветлити проблематику баријера уласку на тржиште и супротстављене моћи купаца.

в) Последње, али не и мање важна димензија, односи се на информативну улогу смерница. Кад је реч о конкретној хоризонталној концентрацији, смернице би требало да пруже информативну подршку свим заинтересованим странама тим поводом, чиме би се значајно подигао ниво правне извесности кад је контрола хоризонталних концентрација у питању. Утемељење ове димензије налази у потреби да се учесницима на тржишту стави јасно до знања које критеријуме концентрација мора да задовољи да би била одобрена, или пак јасно да стави до знања када концентрација може да задовољи критеријуме „сигурне луке“. То би значило да смернице треба посматрати као документ који значајно олакшава пословно планирање учесника на тржишту који намеравају да се интегришу. Мање стриктна форма и тон смерница, уз пажљиво биране примере оних тачака које саме по себи могу бити проблематичне за разумевање, може бити значајно с аспекта информативне улоге смерница.

## V Закључак

Анализа у овом раду указала је на то да Републици Србији недостају одређена правила о контроли концентрација којима би се могла детаљније уредити поједина питања која се на њих односе. Реч је о јасном разликовању врста концентрација, унилатералних ефеката концентрација од координираних ефеката, прецизнијем дефинисању критеријума за оцену (хоризонталних) концентрација, пружању аргумената за одбрану концентрација и др. Доношењем посебних смерница које би уредиле наведена питања, могла би се олакшати повезивања учесника на тржишту, увећати правна сигурност и унапредити заштита конкуренције. Може се рећи да непостојање ових посебних правила представља недостатак контроле концентрација у Србији. Њихово недоношење може се у

---

27 Више о значају ценовне дискриминације за америчке смернице видети у Carl Shapiro, "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years", *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1, 700-760.

одређеној мери објаснити чињеницом да је контрола концентрација релативно скоро уведена у правни систем Републике Србије и да Комисија има релативно кратку историју бављења контролом концентрација, тако да се чини Комисија није имала довољно искуства на основу којег би у посебним актима могла да дефинише практично поступање у поступцима контроле концентрација.

Пошто је Комисија до сада формирала извесну праксу која би јој омогућила да детаљније уреди област контроле концентрације, посебно ако се има у виду околност да у ЕУ постоје бројна правила која регулишу ову област, о наведеним питањима требало би водити рачуна уколико би се разматрала могућност доношења нових прописа, односно измене постојећих прописа о контроли концентрација. Таква побољшања би се могла повољно одразити на повезивања учесника на тржишту и на квалитет рада Комисије и Управног суда. Ваља напоменути да се Комисија и Управни суд понекад суочавају са тешкоћама у свом раду, па би ови прописи допринели бољем разумевању контроле концентрација.

Република Србија би на тај начин могла и да настави, односно заврши процес приближавања правном систему ЕУ у области права конкуренције, односно контроле концентрација, иако је Закон прихватио најважније принципе на којима се заснива контрола концентрација у ЕУ.

Закон о заштити конкуренције и пратеће Уредбе су значајно усклађени са Уредбом ЕУ о концентрацијама, будући да не постоји неко значајније одступање од решења права ЕУ. Недвосмислено, контрола концентрација у Републици Србији треба да буде уређена по угледу на право ЕУ, што не искључује могућност да се при изради смерница консултују и друга квалитетна и у техничком смислу примењива решења. Примери угледних пракси у овом раду су служили управо да укажу на чит плуралитет могућности при изради смерница.

Коначно, доношење смерница за контролу хоризонталних концентрације представља добар увод да и нехоризонталне концентрације добију своје посебне смернице. Такође, доношење смерница за контролу хоризонталних концентрације намеће потребу да се поново размотри и постојећа уредба за дефинисање релевантног тржишта како би се прилагодила захтевним потребама смерница које ће бити донесене.

**Ivana RAKIĆ**

**Bojan RISTIĆ**

**ABOUT THE NEED OF ADOPTING A GUIDELINES  
ON THE ASSESSMENT OF HORIZONTAL CONCENTRATIONS  
IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

***Abstract***

*This paper will point out the importance and need for making guidelines for the assessment of horizontal concentrations of undertakings in the Republic of Serbia. The guidelines would be an attempt to bring closer and explain the practice of the Commission for Protection of Competition in the field of concentration control. The need is even more significant if one takes into account that the current regulations do not make a distinction between horizontal and non-horizontal concentrations, which may create confusion with undertakings on the procedures and analyses conducted by the Commission. Lack of the hypothetical monopolist test in the relevant market definition, as well as the “safe harbour” criteria for assessing the effects of horizontal concentrations, non-differentiation of unilateral and coordinated effects, and insufficient determination of the criteria for assessing the concentrations, are some of the reasons to consider the necessity of guidelines adoption. The guidelines would raise legal certainty in this area by making the Commission’s procedure more transparent to all stakeholders. By analysing the existing regulations, experiences and limitations in their implementation, and by reviewing the solutions from the best comparative practice, an attempt will be made to establish principles for making the missing guidelines. Based on the experiences of the most advanced practices in this field, it turns out that the partnership of Commission and academic community is a vital link in this process.*

**Keywords:** horizontal concentrations, guidelines, competition law, EU, USA

## ОДРЕЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА КОД ДВОСТРАНИХ ПЛАТФОРМИ: ПРОБЛЕМИ И НАГОВЕШТАЈИ РЕШЕЊА\*\*

### Резиме

У раду се разматрају најважнији проблеми који се јављају приликом дефинисања релевантног тржишта у случају двостраних платформи (енг. *two-sided platforms; two-sided markets*). Реч је о тржишним учесницима који имају улогу посредника између две различите групе корисника и чији се производ или услуга састоје у повезивању тих корисника. Освртом на најважније доприносе у области индустријске организације, у раду је дат преглед ограничења стандардних (једностраних) метода за дефинисање релевантног тржишта у случају двостраних платформи. Примена ових метода доводи до пристрасних налаза, при чему смер пристрасности зависи од тога да ли се при одређивању релевантног тржишта користи метод критичног/стварног губитка или Лернеров индекс. У последњем делу се критички приказују потенцијална решења и дају смернице за даља истраживања.

**Кључне речи:** двострана тржишта, двостране платформе, релевантно тржиште, тест хипотетичког монополисте.

### І Увод

У традиционалним привредним гранама улога предузећа посредника најчешће се састојала у препродаји добара и услуга или пружање услуга складиштења, излагања робе или шпедиције. Ипак, предузећа чија се улога састоји повезивању две групе привредних субјеката које сносе

---

\* асистент Правног Факултета Универзитета у Београду

\*\* Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“. Захваљујем се Борису Беговићу на корисним коментарима и сугестијама. Одговорност за преостале грешке и изнете вредносне судове сноси искључиво аутор овог чланка.

знатне трошкове проналажења једна друге, окупљања и комуникације не представљају нов феномен. Готово свака пијаца или сајам, уколико су организовани као предузеће, имају карактеристике двостраних тржишта у данашњем смислу речи. Међутим, развој интернета и информационих технологија довели су до снажне експанзије ових предузећа која својом величином и бројношћу неретко завређују пажњу тела за заштиту конкуренције. У мери у којој природа ових предузећа доводи у питање неке од темељних економских налаза на којима почива право конкуренције, циљ овог рада је да анализира основне проблеме који се јављају већ у првом кораку – приликом дефинисања релевантног тржишта.

Аналитички оквир је условио структуру рада. У другом делу се разматра појам двостраног тржишта. У трећем делу је дат преглед најважнијих ценовних стратегија двостраних платформи и опис најзначајнијих карактеристика тржишта које на њих утичу. У четвртном делу рада се анализирају последице примене стандардних (једностраних метода) за дефинисање релевантног тржишта и указује на различите видове пристрасности до којих стандардни тестови доводе. У петом делу рада се критички испитују поједина решења која имају за циљ да ублаже описане недостатке. У последњем делу следе закључна разматрања.

## II Појам двостраног тржишта

Термин двострано тржиште (*two-sided markets*) први пут је употребљен од стране Рошеа и Тирола (Rocher, Tirole)<sup>1</sup> са циљем да опише предузећа чија се делатност састоји у повезивању две различите групе тржишних учесника. Реч је предузећима која стварају вредност тако што посредују између две стране у размени стварањем услова да оне лакше комуницирају, пронађу једна другу или изврше размену.<sup>2</sup> Иако је заправо реч о предузећима, термин тржиште се употребљава из разлога што се делатност ових предузећа најчешће састоји у стварању тржишта односно унапређивању услова размене између две групе тржишних учесника.<sup>3</sup> У

1 Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, „Platform Competition in Two-Sided Markets“, *Journal of the European Economic Association*, 4/2003, 990–1029.

2 David S. Evans (editor), *Platform economics: Essays on multi-sided businesses*, Competition Policy International, 2011, доступно на адреси: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Hot-Tubs/SSRN-id1974020.pdf>, 25.12.2017, vi.

3 Будући да термин „тржиште“ превиђа чињеницу да је заправо реч о предузећима, као и да у модерној привреди највећи број ових предузећа послује на Интернету у виду „интернет платформи“ у странијој литератури се усталио и термин двостране платформе (енг. *two-sided or multi-sided platforms*).

недостатку ових посредника тржиште одређених производа и услуга не би ни постојало или би функционисало уз знатно више трансакционе трошкове. Заправо, основни смисао постојања ових предузећа састоји се у смањивању трансакционих трошкова једне или обе стране у размени, па се она јављају у условима немогућности примене Коузове теореме.<sup>4</sup>

Трансакциони трошкови могу да се огледају у трошковима окупљања (физичког или виртуелног) великог броја учесника на обе стране тржишта, трошковима размене информација, или трошковима извршења обавеза које произилазе из размене. У зависности од природе трансакционих трошкова, двострана тржишта је могуће разврстати у неколико категорија.<sup>5</sup> Прву категорију чине тржишта за размену (енг. *exchanges*) која смањују трошкове проналажења друге стране у размени и превазилажења асиметрије информација.<sup>6</sup> Другу категорију представљају медији који се финансирају кроз оглашавање и који омогућавају оглашивачима да уз ниже трошкове приступе великом броју потенцијалних купаца.<sup>7</sup> Различити системи плаћања чине трећу категорију двостраних тржишта који доводе до уштеде трошкова извршења обавеза из трансакције кроз ефикаснији и сигурнији начин плаћања.<sup>8</sup> Последњу категорију чине софтверске платформе које предупређују дуплирање трошкова које би сносила предузећа за развој компјутерских програма и мобилних апликација.<sup>9</sup>

Смањивање трансакционих трошкова представља потребан али не и довољан услов да би се једно предузеће окарактерисало као двостра-

---

4 Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, „Two-Sided Markets: An Overview“, *Institut d'Economie Industrielle*, working paper, 2004, 13–16.

5 D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 5-9.

6 Ова категорија двостраних тржишта обухвата читав низ различитих посредника: берзе и друга финансијска тржишта, интернет платформе за продају робе (попут Амазона (*amazon.com*) или Ибеја (*ebay.com*)), интернет платформе и мобилне апликације за продају услуга (попут Букинга (*Booking.com*) или Ербиенбија (Airbnb)), издавачке куће, агенције за промет некретнина, посреднике у продаји осигурања и сл.

7 Ту се убрајају сви видови медија: штампани, радио, телевизија и интернет медији.

8 Различите платне картице као и системи плаћања путем Интернета (попут Пејпала (*Paypal.com*) или Гугловог конкурента (*Google Wallet*)).

9 Последњи вид уштеде трошкова је могуће убројити у трансакционе трошкове у мери у којој различити произвођачи програма и апликација имају заједничке трошкове кодирања, а софтверске платформе решавају проблем координације између њих интегрисањем одређеног броја кодова у сам софтвер и обезбеђивањем приступа тим кодовима. Вид. D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 8.



но тржиште.<sup>10</sup> Други потребан услов јесте да две стране тржишта односно две групе тржишних учесника које повезује предузеће посредник стварају екстерне ефекте једна другој (*cross-side network effect, indirect network effects*).<sup>11</sup> Екстерни ефекти су најчешће позитивни и састоје се у томе да сваки нови тржишни учесник на једној страни тржишта увећава корисност тржишним учесницима на другој страни.<sup>12</sup> Природа позитивних екстерних ефеката зависи од саме сврхе предузећа посредника. У случају тржишта за размену, платформе са већим бројем продаваца привлаче већи број потенцијалних купаца, и обрнуто, будући да се тиме за обе стране увећава вероватноћа проналажења друге стране у размени. Код медија који се једним делом или у целости финансирају кроз рекламирање (оглашавање) других тржишних учесника природа екстерних ефеката је нешто сложенија. Медији пружају услуге двома групама корисника. Са једне стране, стварањем адекватног медијског садржаја привлаче одређен број читалаца, гледаоца или слушалаца, док са друге стране, обезбеђивањем приступа њиховој публици односно давањем простора за рекламе привлаче оглашиваче. Сваки нови корисник медија ствара позитивне екстерне ефекте оглашивачима, док екстерни ефекти које оглашивачи емитују читалачкој или другој публици имају амбивалентан карактер.<sup>13</sup> Код нових система плаћања узајамни позитивни екстерни ефекти су

- 
- 10 Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, „Two-Sided Markets: A Progress Report“, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, 3/2006, 649. Бројне су ситуације у којима не долази до примене Коузове теореме, иако би размена довела до увећања укупног благостања, а које не доводе до стварања двостраних тржишта. Један од разлога лежи у асиметрији информација између страна у размени која спречава стране да постигну договор о расподели створеног вишка.
  - 11 Екстерни ефекти се у случају двостраних тржишта могу изразити као и однос промене аутопута на једној страни тржишта и цене на другој страни тржишта. Вид. Geoffrey G. Parker, Marshall W. Van Alstyne, „Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design“, *Management Science* 51, 10/2005, 1498.
  - 12 Позитивни екстерни ефекти између две стране тржишта подсећају на комплементарност између два производа које производи исти продавац. Због тога се литература двостраних тржишта у великој мери ослања на налазе литературе о ценама повезаних производа (*multi-product literature*). Важна разлика се састоји у томе што је у случају комплементарности корисник оба производа исти привредни субјекат тако да он по природи ствари интернализује увећање корисности које произилази из комплементарности. У случају двостраних тржишта, проблем и настаје у вези са немогућности да се интернализују екстерни ефекти. Вид. J. Rochet, J. Tirole (2003), 991.
  - 13 Оглашивачи у принципу стварају негативне екстерне ефекте корисницима медија у мери у којој им ометају приступ садржају медија. Међутим, уколико су корисници заинтересовани за куповину добара и услуга које се оглашавају, а оглашавање омогућава превазилажење асиметрије информација, реч је о позитивним екстерним ефектима.

толико изражени да се нов начин плаћања не може ни успоставити без критичног броја корисника на обе стране тржишта: продаваца који су спремни да га прихвате у замену за добра и услуге које продају и купаца чија корисност од употребе у основи зависи од степена универзалности тог метода плаћања. Коначно, корист предузећа која развијају компјутерске програме и апликације расте са бројем корисника одговарајућег софтвера, а корист корисника са већом разноврсности програма и апликација којима имају приступ.

Потребно је разјаснити на који начин предузеће посредник ствара нову вредност за учеснике на различитим странама тржишта које би му омогућило да генерише приход и покрива трошкове свој пословања. Кључ за разумевање њихове делатности лежи у вези између високих трансакционих трошкова, са једне стране, и екстерних ефеката између учесника на две стране тржишта, са друге. Високи трансакциони трошкови онемогућавају учеснике на тржишту да интернализују корист коју стварају учесницима на другој страни тржишта. Задатак предузећа посредника је да успоставе структуру цена за учеснике на обе стране тржишта као и друге услове приступа које ће омогућити да се интернализују екстерни ефекти.<sup>14</sup> Другим речима, структура цена и приступни услови треба да обезбеде учешће учесника на обе стране тржишта.<sup>15</sup> То по правилу имплицира да страна која прима позитивне екстерне ефекте сноси део трошкова учешћа друге стране. С обзиром на то да највећи део двостраних платформи подразумева да се екстерни ефекти испољавају у оба смера, одређивање цене и других приступних услова за обе стране ће зависити он низа фактора о којима ће бити више речи у наредном делу рада. Независно од конкретних стратегија привлачења корисника на обе стране тржишта, сврха предузећа посредника је да обезбеде ”технологију која ће омогућити решавање проблема екстерних ефеката уз минималне трансакционе трошкове”.<sup>16</sup> Ефикасно одређивање цена од стране предузећа посредника са циљем максимизације сопственог профита доводи до увећања профита, односно благостања учесника на обе стране тржишта под претпоставком да предузеће посредник не присваја цео вишак створен интернализацијом екстерних ефеката.<sup>17</sup>

14 Интернализација екстерних ефеката омогућава да са увећа укупно благостање и у одсуству конкуренције.

15 Вид. J. Rochet, J. Tirole (2006), 646-664.

16 D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 5.

17 Bernard Caillaud and Bruno Jullien, „Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers“, *RAND Journal of Economics*, 2003, 309–328 (pp. 314-315.). 1502.

Са увећањем позитивних екстерних ефеката које једна страна тржишта ствара другој страни, двострана платформа која је прва ушла на тржиште ужива предност у односу на новопридошле конкуренте. У одсуству других фактора који имају супротно дејство на величину двостраних тржишта, екстерни ефекти могу да доведу до опстанка само једног предузећа на тржишту.<sup>18</sup> Разлог за то лежи у чињеници да предност предузећа које је прво ушло на тржиште расте са бројем корисника на једној или обе стране тржишта, тако да новопридошли конкурент мора корисницима да понуди нешто што ће компензовати ефекат мањег броја корисника на другој страни тржишта.<sup>19</sup> Вероватноћа да ће на тржишту постојати само једно предузеће посредник се увећава са висином фиксних трошкова пружања услуге корисницима. Велики број двостраних тржишта остварује економију обима за највећи део своје производње односно најчешће све док се обим производње не приближи граници производних капацитета, будући да су варијабилни трошкови неретко занемарљиви у односу на фиксне. Ипак, деловање других фактора ограничава раст предузећа које је прво ушло на тржиште. Ту се пре свега убрајају трошкови загушења односно трансакциони трошкови проналажења друге стране у уговору који расту када број корисника на другој страни тржишта достигне одређени ниво.<sup>20</sup> Реч је о томе да се увећавају трошкови упоређивања карактеристика потенцијалних уговорних партнера или њихових производа. У случају неких предузећа посредника, ефекат позитивних екстерних ефеката између две стране тржишта ограничен је негативним екстерним ефектима међу корисницима на истој страни. Сваки нови корисник на једној страни појачава конкурентски притисак међу тржишним учесницима на тој страни, чиме се умањује вероватноћа закључења уговора за оне кориснике који су први приступили тржишту.<sup>21</sup>

18 У условима када тржишни учесници на обе стране тржишта могу да користе само једног посредника, опстанак само једног тржишног учесника је оптимално са становишта друштвеног благостања. Вид. B. Caillaud, B. Jullien, 314–15.

19 D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 15.

20 Графички исказано, веза између величине двостраног тржишта или броја корисника, са једне стране, и трошкова проналажења друге уговорне стране може се представити обрнутом *U* кривом. Гранични екстерни ефекти једне стране на другу су опадајући тако да после одређене тачке постају негативни.

21 Негативни екстерни ефекти међу корисницима на истој страни тржишта, неретко постоје само за једну страну. На пример, у случају медија, сваки нови читалац, слушалац или гледалац не ствара негативне екстерне ефекте за друге кориснике, док сваки нови оглашивач смањује корисност других оглашивача јер њихов садржај не може да дође до изражаја. Међутим, за највећи број двостраних тржишта, екстерни ефекти међу тржишним учесницима на

Трошкови проналажења друге уговорне стране и негативни екстерни ефекти међу корисницима на истој страни доводе до вертикалне и хоризонталне диференцијације платформи што омогућава да на тржишту послује већи број предузећа посредника. Вертикална диференцијација подразумева да се двострана тржишта међусобно разликују према квалитету производа или услуга које учесници на једној страни тржишта пружају другој страни,<sup>22</sup> што доводи до тога да се и корисници на другој страни определе за предузеће посредника сходно њиховој спремности за плаћање. Хоризонтална диференцијација подразумева да се карактеристике производа и услуга прилагођавају преференцијама одређене групе корисника на једној страни тржишта (купаца, читалаца, корисника компјутерских програма и др.). Независно од врсте и степена диференцијације, у случају да постоји више од једног предузећа посредника, могуће је да се учесници на једној или обе стране тржишта ослањају само на једно предузеће посредника (*singlehoming*) или да истовремено користе услуге више од једног предузећа (*multihoming*).<sup>23</sup> Уобичајено је да уколико учесници на једној страни тржишта истовремено користе услуге више посредника, учесници на другој страни тржишта користе услуге само једног.<sup>24</sup> По правилу се ће она страна која ствара веће екстерне ефекте ослањати на само једног, а супротна страна на више посредника.

### III Стратегија максимизације профита и структуре цена

Предузеће посредник увећава укупан профит или благостање тржишних учесника у односу на ситуацију када они ступају у билатералне односе. Због новостворене вредности учесници на једној или обе стране тржишта су спремни да предузећу посреднику плате накнаду из које оно покрива своје трошкове и остварује профит. Стратегија максимизације

---

истој страни тржишта су по правилу позитивни и настају у непосредној вези са позитивним екстерним ефектима између две стране тржишта. Уколико сваки нови тржишни учесник на једној страни тржишта привлачи већи број корисника на супротној страни, онда он ствара позитивне екстерне ефекте за кориснике на истој страни.

22 Код неких двостраних тржишта као што су медији, садржај обезбеђује сама платформа (предузеће посредник).

23 На пример, чест је случај да продавци прихватају различите платне картице или да корисници Интернета користе више Интернет претраживача. Са становишта права конкуренције, и хоризонтална и вертикална диференцијација предузећа посредника отварају питање услова конкуренције на обе стране тржишта.

24 Вид. Mark Armstrong, „Competition in Two-Sided Markets“, *The RAND Journal of Economics* 37, 3/2006, 669–670.

ција профита предузећа посредника је сложенија од максимизације профита предузећа које послује само на једном тржишту, будући да су корисници двостраних тржишта осетљиви на промену цене али и промену броја тржишних учесника на другој страни тржишта. Разумевање природе и јачине екстерних ефеката коју једна страна емитује другој су од кључне важности за одабир одговарајуће стратегије. Проблем са којим се сусрећу предузећа посредници у литератури се уобичајено назива проблемом ”кокоши и јајета” (енг. *chicken-and-egg-problem*): да би привукли купце, предузећа посредници морају да имају велики број регистрованих продаваца, а продавци ће бити спремни да учествују само уколико очекују учешће великог броја купаца.<sup>25</sup> Другим речима, посредници треба да установе структуру цена на оба тржишта које ће максимизовати заједничко учешће обе стране, и последично, број трансакција. Цена коју предузећа посредници наплаћују корисницима на једној и другој страни тржишта зависе од неколико фактора: ценовне еластичности тражње на обе стране тржишта, унакрсне еластичности тражње, релативне јачине екстерних ефеката коју једна страна ствара другој страни и промена граничних трошкова услед промене аутпута на једној или другој страни.

Предузеће посредник ће по правилу наплаћивати вишу цену оној страни чија је тражња мање ценовно еластична, *ceteris paribus*, будући да је раст цене праћен мањим процентуалним смањењем количине.<sup>26</sup> Анализа ценовне еластичности тражње у случају двостраних тржишта, међутим, мора да узме у обзир три повезана ефекта. Први, директан, ефекат раста цене на једној страни тржишта састоји се у смањењу тражене количине од стране учесника на тој страни. Смањење тражене количине, односно мање корисника, ствара индиректан ефекат на тражњу на другој страни тржишта. То има за последицу да при непромењеној цени на другој страни тржишта, долази до смањења броја корисника на тој страни. Коначно, трећи ефекат подразумева да, у условима узајамно позитивних екстерних ефеката, смањење броја корисника на другој страни, повратно делује на учешће корисника на првој страни, где је заправо дошло до раста цене.<sup>27</sup>

Из тога непосредно произилазе други фактори који утичу на висину и структуру цена. Висина цена ће зависити од унакрсне еластичности тражње. Што је коефицијент унакрсне еластичности тражње на два

25 В. Caillaud, В. Jullien, 309.

26 М. Armstrong, 672-673.

27 Теоријски посматрано, ланчани ефекат промене цене на број корисника се не зауставља након другог индиректног ефеката (укупно трећег ефекта смањења у овом примеру).

тржишта већи, ствара се већи подстицај да се смањивањем цене на једној страни тржишта увећа тражња на другој страни. И обрнуто, висок коефицијент унакрсне еластичности смањује подстицај раста цена. Структура цена ће пре свега бити одређена релативном јачином екстерних ефеката која једна страна ствара другој страни. Цена је по правилу већа за ону страну која прима јаче позитивне екстерне ефекте што је истовремено начин да се позитивни екстерни ефекти интернализују.<sup>28</sup> Другим речима, страна која ужива већу корист од већег броја корисника на другој страни ће бити мање осетљива на раст цене. Могућност да се трошкови учешћа једне стране тржишта превале на другу страну доводи до интерног субвенционисања, што омогућава да предузеће посредник остварује профит и у случају да је цена коју наплаћује једној страни испод граничног трошка.<sup>29</sup> Разлог лежи у чињеници да је губитак на једној страни тржишта компензован увећањем профита на другој страни.

Трећи фактор односи се на везу између промене аутпута и граничних трошкова на свакој страни тржишта. Раст цене ће довести до смањења аутпута на тој страни тржишта. Што је раст граничних трошкова бржи, односно што је понуда на тој страни тржишта мање еластична, мањи је губитак благостања услед смањења аутпута, а тиме и већи подстицај предузећу посреднику да на тој страни наплаћује вишу цену.

Предузећа посредници могу да наплаћују нелинеарне цене. У многим гранама уобичајена је двокомпонентна цена која се састоји из цене за учешће на двостраном тржишту или приступ платформи (енг. *membership fee*) и цене за коришћење платформе односно цене која се наплаћује за сваку закључену трансакцију (енг. *usage fee*). Фиксни део цене има примарни ефекат на број корисника ја једној или обе стране тржишта док варијабилни део цене утиче на број трансакција. За разлику од предузећа која послују на једностраном тржишту која купцима наплаћују и фиксни и варијабилни део двокомпонентне цене, на двостраним тржиштима двокомпонентна цена може да подразумева да се фиксни део наплаћује једној а варијабилни другој страни. Заправо избор између наплаћивања фиксне или варијабилне компоненте у основи зависи од природе екстерних ефеката која једна страна ствара другој. Теоријски је могуће направити дистинкцију између позитивних екстерних ефеката које једна страна ствара другој самим учешћем на двостраном тржишту и екстерних ефек-

---

28 G. Parker, M. Van Alstyne, 1505.

29 За разлику од једностраних тржишта, наплаћивање цене испод граничног трошка је профитabilно независно од конкуренције на тржишту. G. Parker, M. Van Alstyne, 1494.

ката који произилазе из закључене трансакције и сходно томе прилагоди-ти структуру цена.<sup>30</sup>

Структура цена може да зависи и од чињенице да ли се тржишни учесници на једној страни тржишта ослањају искључиво на једно предузеће посредника или могу истовремено да користе више посредника (енг. *singlehoming vs. multihoming*). У случају асиметричне ситуације која подразумева да се једна страна тржишта ослања искључиво на једног посредника, а друга страна користи више посредника, биће успостављена ценовна структура која по правилу привилегује ону страну коју одликује искључивост.<sup>31</sup>

#### IV Ограничења стандардних метода одређивања релевантног тржишта

Одређивање релевантног тржишта представља први корак у дефинисању тржишне моћи учесника на тржишту или тржишне моћи која би настала концентрацијом два или више тржишних учесника. Са становишта политике заштите конкуренције, тржишна моћ је проблематична у мери у којој води успостављању цена изнад конкурентног нивоа, а посебно уколико би омогућила понашања тржишног учесника које има за циљ или последицу затварање тржишта или друге радње којима се нарушава конкуренција. Одређивање релевантног тржишта је саставни део анализе коју спроводи тело за заштиту конкуренције у вези са сва три стуба заштите конкуренције: забрана рестриктивних споразума, забрана злоупотребе доминантног положаја и контрола концентрација. Одређивање релевантног тржишта подразумева дефинисање релевантног тржишта производа и релевантног географског тржишта. У мери у којој карактеристике двостраних тржишта стварају важне импликације за релевантно тржиште производа, у наставку овог рада акценат ће бити стављен на тај аспект релевантног тржишта. Анализа ће бити усмерена на ограничења стандардних метода дефинисања релевантног тржишта када се узму у обзир карактеристике двостраних тржишта, пре свега екстерни ефекти између две стране тржишта.<sup>32</sup> Важност овог питања лежи у чињеници да погрешно дефинисано релевантног тржиште може да доведе до лажно позитивних или лажно негативних налаза – санкционисања

30 J. Rochet, J. Tirole (2004), 6.

31 J. Rochet, J. Tirole (2003), 993 и M. Armstrong, 669–670.

32 У раду неће бити разматрана ограничења стандардних метода за утврђивање релевантног тржишта која су инхерентна једностраним тржиштима такође.

понашање учесника на тржишту које не представља повреду конкуренције или пропуштање да се забрани штетно понашање.

Релевантно тржиште производа чине добра и услуге које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њихових својстава, уобичајене намене, и цене.<sup>33</sup> Услови под којима се робе и услуге могу сматрати заменљивим зависе од фактора који утичу на супституцију тражње и супституцију понуде.<sup>34</sup> При дефинисању релевантног тржишта уобичајено се примењује метод хипотетичког монополисте односно тест малог али значајног нетранзитивног повећања цене (*SSNIP- small but significant and non-transitory increase in price*). Полазећи од најуже дефинисаног тржишта, тест подразумева процену да ли би хипотетичком монополисти који послује на том тржишту било исплативо повећање цене у одређеном проценту. Уколико би процентуално смањење количине услед пораста цене довело до пада профита хипотетичког монополисте, потребно је дефинисати релевантно тржиште шире.

Једна од техника која служи имплементацији теста хипотетичког монополисте је анализа критичног губитка (*critical loss analysis*) и његово поређење са стварним губитком (*actual loss*) до кога би дошло услед повећања цене.<sup>35</sup> Критичан губитак представља процентуално смањење количине које би учинило да повећање цене у одређеном проценту буде непрофитабилно за хипотетичког монополисту.<sup>36</sup> За одређивање релевантног тржишта, кључно је предвиђање стварног губитка који се може изразити као процентуално смањење количине до кога би дошло у случају да хипотетички монополиста истовремено повећа цену свих производа. Релевантно тржиште је оно при коме се критичан губитак изједначава са стварним губитком. Уколико би стварни губитак био већи од критичног, тржиште је одређено преуско. Обрнуто, уколико би стварни губитак био мањи од критичног (што истовремено имплицира да је повећање

33 Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, чл. 6.

34 Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта, *Службени гласник РС*, 05 број 110-6990/2005, чл. 6.

35 Метод критичног губитка су развили Харис и Симонс (1989). Вид. Barry C. Harris, Joseph J. Simons, „Focusing Market Definition: How Much Substitution Is Necessary?“, *12 Res. L. & Econ*, 207/1989.

36 Критичан губитак даје одговор на питање колико супституције производа хипотетичког монополисте другим производима је потребно да би увећање цене било непрофитабилно. Детаљније вид. Kai Hüscherlath, „Critical Loss Analysis in Market Definition and Merger Control“, *European Competition Journal* 5, 3/2009, 757–794.



цене профитабилно), тржиште је одређено прешироко.<sup>37</sup> Одређивање релевантног тржишта техником критичког губитка примерено је у случају да се ради о предузећу које послује на једностраном тржишту, у вези са којим је ова техника и развијена. Проблем њене примене у случају двостраних тржишта настаје уколико се занемари чињеница екстерни ефекти између две стране тржишта ограничавају могућност повећања цене хипотетичког монополисте.

Техника критичног губитка се примењује проценом еластичности тражње директно, на основу сакупљених података о условима на тржишту, или израчунавањем еластичности тражње индиректно на основу Лернеровог индекса. Ако тело за заштиту конкуренције израчунава еластичност тражње директно, уобичајено се узима у обзир краткорочна еластичност тражње која подразумева процентуално смањење тражене количине производа до кога долази услед једнопроцентног повећања цене, уз занемаривање повратног дејства које касније настаје у вези са екстерним ефектима између две стране на тржишту.<sup>38</sup> Процена еластичности тражње на овај начин може да потцени стварну еластичност под претпоставком да раст цене на једној страни има утицаја на величину двостраног тржишта (у апсолутном или релативном смислу). Реч је о томе да пад тражене количине на тржишту на коме је дошло до раста цене доводи до пада тражене количине на другој страни тржишта, што у условима узајамно позитивних екстерних ефеката проузрокује даљи пад тражене количине на првој страни тржишта. Потцењивање еластичности тражње има за последицу потцењивање стварног губитка услед повећања цене. Поређењем критичног и стварног губитка може се доћи до погрешног закључка да би повећање цене од стране хипотетичког монополисте било профитабилно. Сходно томе, анализа релевантног тржишта која се заснива на директној процени (краткорочне) еластичности тражње

---

37 Под претпоставком да је тражња линеарна, критичан губитак се израчунава као однос процентуалног повећања цене и збира процентуалног повећања цене и профитне маргине. Стварни губитак се израчунава на основу еластичности тражње и унакрсне еластичности тражње. Већи је што је већа еластичност тражње за производом чија се цена повећава, а мањи што је већа унакрсна еластичност тражње за другим производом хипотетичком монополисте, будући да то имплицира да ће пад прихода услед смањене тражње за првим производом бити једним делом компензован растом тражње за другим производом.

38 Кратак рок подразумева оно време у коме раст цене производа доводи само до директног ефекта на промену тражене количине односно у коме не долази до смањења тражене количине услед индиректних ефеката између тражене количине на две стране тржишта. D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 168.

доводи до одређивања релевантног тржишта преуско. То има за последицу да се прецењује тржишна моћ која би била створена концентрацијом или да се прецењује могућност увећања цене.<sup>39</sup> Другим речима, увећава се вероватноћа лажно позитивног налаза – утврђивања да је дошло до повреде конкуренције односно да би концентрација довела до умањења конкуренције<sup>40</sup>. У циљу отклањања овог недостатка, постојеће формуле критичног и стварног губитка је могуће кориговати тако да узму у обзир два додатна фактора: губитак који би хипотетички монополиста претрпео на другој страни тржишта услед повећања цена на првој страни, и ефекат мултипликације који означава даљи пад тражене количине на првој страни.<sup>41</sup> Највећи проблем, међутим, представља могућност процене и квантитативног изражавања јачине екстерних ефеката.

Имајући у виду да процена еластичности тражње директно представља административно захтеван поступак који подразумева велики број података који често нису доступни, релевантно тржиште односно еластичност тражње се неретко дефинише индиректно преко Лернеровог индекса.<sup>42</sup> Присуство екстерних ефеката у случају двоструких тржишта такође мења природу ове анализе. Лернеров индекс представља меру тржишне моћи и израчунава се као однос разлике између цене и граничног трошка, са једне стране, и цене са друге стране. На основу налаза економске теорије познато је да је Лернеров индекс обрнуто сразмеран ценовној еластичности тражње односно да је једнак инверзној еластичности за аутпут при коме се максимизује профит. Из тога произилази да ће тржишна моћ бити већа што је тражња мање еластична односно што су потрошачи мање осетљиви на промену цене. Међутим, у случају двостраних тржишта, Лернеров индекс може бити непрецизан показатељ краткорочне еластичности тражње за добрима на једној страни тржишта и последично довести до погрешне процене стварног губитка односно

---

39 Дискутабилно је у којој мери тело за заштиту конкуренције на основу података којима располаже мери краткорочну а у којој мери дугорочну еластичност тражње.

40 До сада је претпостављено да је реч о позитивним екстерним ефектима. Последице примене једностраног теста хипотетичког монополисте у случају негативних екстерних ефеката су супротне. Еластичност тражње је потцењена а тржиште дефинисано прешироко, што у крајњој инстанци доводи до потцењивања тржишне моћи.

41 D. Evans, Platform economics: Essays on multi-sided businesses, 169-171.

42 Веза између Лернеровог индекса, са једне стране, и процене критичног и стварног губитка, са друге стране, произилази из формула за критичан и стварни губитак. Формула за критичан губитак садржи Лернеров индекс, док формула за стварни губитак садржи ценовну еластичност.

пристрасног одређивања релевантог тржишта.<sup>43</sup> Разлог лежи у чињеници да је Лернеров индекс индикатор ценовне еластичности само уколико се посматра збирно цена на обе стране тржишта и збир еластичности тражње за добрима на обе стране тржишта.<sup>44</sup> Структура цена на две стране тржишта одређује се узимајући у обзир и интензитет екстерних ефеката који учесници једне стране стварају учесницима на другој страни. То имплицира да је за дату краткорочну еластичност тражње на једној страни тржишта, тржишна моћ на тој страни тржишта додатно ограничена ефектима које повећање цене ствара на другој страни тржишта. Обрнуто посматрано, за дати Лернеров индекс краткорочна еластичност тражње на једној страни тржишта мора бити мања од онога што би једнострани Лернеров индекс предвидео, да би се постигло исто увећање цене.<sup>45</sup>

Из тога произилази да израчунавање Лернеровог индекса за само једну страну тржишта доводи до прецењивања краткорочне еластичности тражње.<sup>46</sup> Прецењивање еластичности тражње има за последицу прецењивање стварног губитка. То имплицира прешироко дефинисано релевантно тржиште, а самим тим и потцењивање тржишне моћи и могућности повећања цене. Узимање једностраног Лернеровог индекса као мере еластичности увећава вероватноћу лажно негативног налаза – утврђивања да није дошло до повреде конкуренције односно да концентрација не би довела до умањења конкуренције.<sup>47</sup>

## У Превазилажење ограничења једностраних метода

Независно од метода примене теста хипотетичког монополисте, из свега горе наведеног произилази да га треба изменити тако да се не занемаре ефекти ни на једној страни тржишта.<sup>48</sup> Начелно посматрано, то

---

43 Краткорочна еластичност тражње не узима у обзир утицај промене величине тржишта на тражену количину на тржишту на коме је дошло до раста цене.

44 J. Rochet, J. Tirole (2003), 997.

45 David S. Evans, Michael D. Noel, „The Analysis of Mergers That Involve Multisided Platform Businesses“, *Journal of Competition Law and Economics*, 4/2008, 663–96.

46 Другачије исказано, позитивни екстерни ефекти чине да је стварна еластичност тражње мања него што би била у одсуству ових ефеката. G. Parker, M. Van Alstyne, 1499.

47 За формално исказивање величине двостраног Лернеровог индекса вид. J. Rochet, J. Tirole (2003), 996-997.

48 У литератури је посебна пажња посвећена питању постојања тржишта чак и код оних услуга које су потпуно бесплатне за кориснике, посебно имајући у виду распрострањену праксу онлајн платформи да омогућавају бесплатан приступ, а као накнаду добијају податке које могу да продају корисницима на другој страни тржишта. За преглед литературе вид. Sung

је могуће постићи на два начина. Први начин подразумева да се дефинише јединствено релевантно тржиште за производе и услуге на обе стране тржишта, и то тако што ће се анализирати промена цена за обе стране заједно (промена тзв. нивоа цена независно од структуре цена) и њихов ефекат на промену укупне тражене количине за производима и услугама платформе. У литератури се означава као двострани тест хипотетичког монополисте.<sup>49</sup> Ограничења која произилазе из дефинисања јединственог релевантног тржишта за различите врсте корисника се везују за врсту платформи (тип услуге) и природу конкуренције са којом се суочава. У вези са врстом платформи, дефинисање јединственог тржишта је посебно оправдано уколико постоји висок степен комплементарности између услуга које платформа нуди корисницима на две стране, као што је то случај са платформама које омогућавају трансакције између две групе корисника.<sup>50</sup> Реч је о платформама код којих је успостављање везе између две групе корисника есенцијални део услуге за обе стране тржишта као што је то нпр. случај са кредитним картицама. На таквим тржиштима, хипотетички монополиста једино води рачуна о укупном броју трансакција, независно од тога да ли се њихов број мења као последица реакције једне или друге стране тржишта.<sup>51</sup> Насупрот томе, дефинисање јединственог релевантног тржишта је мање оправдано уколико је реч о платформама чија се сврха не исцрпљује у успостављању интеракције између две групе корисника, као што је то случај са медијским платформама.<sup>52</sup> Ова дистинкција има важне импликације, будући да дефинисање јединственог релевантног тржишта ограничава потенцијалну конкуренцију на оне тржишне учеснике који послују на обе стране тржишта, а искључује оне који послују само на једној.<sup>53</sup> С тим у вези, платформе се разликују према томе да ли се суочавају са конкуренцијом на једној или обе стране тржишта, односно да ли су конкуренти по својој структури симетрични. Асиметричност подразумева да конкуренти производе супституте само за

---

Yoon Yang, „Rethinking modes of relevant market definition for multi-sided platform“, *CRESSE conference proceedings*, 2017, 37-41.

49 D. Evans, M. Noel, 671.

50 Eric Emch, Scott T. Thompson, „Market Definition and Market Power in Payment Card Networks“, *Review of Network Economics* 5, 1/2006, 8-9.

51 *Ibidem*.

52 Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric E.C. van Damme, „Identifying Two-Sided Markets“, *SSRN Electronic Journal*, 2012, 8–9. Аутори наводе као пример да новине и ТВ станице нису нужно супститути за њихове купце (читаоце и гледаоце) али јесу за предузећа која користе ове медије за рекламирање.

53 *Ibidem*, 9.

једну страну тржишта. Таква предузећа могу да буду обична, једнострана предузећа, или двостране платформе које на једној од страна пружају услуге различитој групи корисника.<sup>54</sup>

Други начин да се превазиђе ограничење једностраних тестова јесте да се дефинишу два (или више) релевантних тржишта за сваку групу корисника посебно, водећи рачуна о интензитету екстерних ефеката. Оправданост одвојене анализе се заснива на претходно описаној асиметричности конкурената и различитим условима конкуренције који владају на две стране тржишта. Услови конкуренције су у непосредној вези са диференцијацијом платформи на свакој страни (хоризонталној или вертикалној), будући да већи степен диференцијације слаби ценовну конкуренцију. Питање диференцијације додатно усложњава анализу ко су учесници на тржишту. Посебно питање у вези са засебним дефинисањем два или више тржишта јесте случај када корисници платформе на једној страни имају бесплатан приступ. Будући да у ситуацији када је цена услуге нула било које процентуално повећање цене нема смисла, тест хипотетичког монополисте не може да се примени.<sup>55</sup> Тиме се, међутим, не доводи у питање важност анализе обе стране тржишта, с обзиром на то да индиректни мрежни ефекти стварају снажан конкурентски притисак за платформе да квалитетом услуге привуку кориснике. Поједини аутори се залажу да се на овој страни тржишта примени тест малог али значајног и нетранзитивног смањења квалитета (енг. *SSNDQ Test (Small but Significant Non-transitory Decrease in Product Quality)*), што не искључује примену класичног теста хипотетичког монополисте на другој страни тржишта.<sup>56</sup>

## VI Закључна разматрања

Предузећа која имају одлике двостраних тржишта отварају читав низ питања у области права конкуренције као последица једног од првих налаза теорије двостраних тржишта, а то је да цена у условима неограничене конкуренције не (мора да) одговара граничном трошку. Интере-

54 S. Yoon Yang, 25. Питање симетричности платформи постаје још сложеније када платформа повезује више од две врсте корисника, због чега је уобичајено да се користи генеричан термин вишестране платформе (енг. *multi-sided platforms*).

55 S. Yoon Yang, 40.

56 Lapo Filistrucchi, Market definition in multi-sided markets, OECD, DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL, 2017, доступно на адреси: [www.oecd.org/daf/competition/rethinking-antitrust-enforcement-tools-in-multi-sided-markets.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/rethinking-antitrust-enforcement-tools-in-multi-sided-markets.htm), 02.04.2019, para. 16.

сантно је да управо захваљујући њиховој главној карактеристици, индиректним мрежним ефектима, имају тенденцију великог раста, па се данас највреднији поступци заштите конкуренције често воде у вези са понашањем ових тржишних учесника.

Теоријске контроверзе у примени права конкуренције се јављају већ приликом првог корака - дефинисања релевантног тржишта. У раду је указано на то да стандардни (једностранни) тест хипотетичког монополисте доводи до пристрасних резултата јер свако повећање цене на једној страни тржишта има повратно дејство на приступање или учешће корисника на другој страни. Смер пристрасности зависи од тога да ли је реч о позитивним или негативним екстерним ефектима као и методе за примену теста хипотетичког монополисте. Код позитивних екстерних ефеката показало се да метод критичног губитка доводи до дефиниције тржишта која је превише уска, а метод који се базира на Лернеровом индексу превише широка. У раду су изложена два алтернативна приступа проблемима превазилажења недостатака једностраног теста. Први приступ који подразумева дефинисање јединственог релевантног тржишта за обе групе корисника је брзо испољио ограничења како у погледу врсте двостраних тржишта на која се може применити тако и питања могућности теста да узме у обзир промене у структури цена<sup>57</sup>. Оба питања завређују даља истраживања. Други приступ који подразумева дефинисања два или више засебна тржишта, осим тога што је методолошки захтеван, не даје јасне смернице како утврдити ко су конкуренти на различитим странама тржишта нарочито у условима *multihoming-a* и диференцијације платформи.

Ипак, чини се да на аналитичком плану највише фали одговор на питање избора између утврђивања јединственог и засебних тржишта, будући да постоји читав низ платформи који не одговарају дихотомији трансакције - медији. Једна од полазних основа може бити критеријум да ли се накнада плаћа по трансакцији или за приступање платформи.<sup>58</sup> Велики број отворених питања, уз разноликост платформи, представља основни узрок неуједначене праксе тела за заштиту конкуренције, која је остала изван сфере овог рада.

---

57 На то су указали E. Emch, S. Thompson и L. Filistrucchi, D. Geradin, E. Ban Damme.

58 Вид. Julian Wright, „One-Sided Logic in Two-Sided Markets“, *Review of Network Economics* 3, 1/2004.

**Ana ODORVIĆ, LL.M.**

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

**MARKET DEFINITION FOR TWO-SIDED PLATFORMS:  
CONCEPTUAL ISSUES AND POSSIBLE SOLUTIONS**

*Summary*

*The article provides an overview of issues that arise when defining relevant market for two-sided platforms and discusses possible ways forward. The question of competition law aspects of two-sided platforms is growing in importance for two reasons. Firstly, as shown in industrial organization literature on two-sided markets, pricing of one side of the market is often detached from marginal costs of the service provided, due to reasons which go beyond competition law concerns. Secondly, indirect network effects, which lie in the very definition of two-sided markets, often induce high market concentrations, increasingly gaining attention from competition authorities. It has been shown that standard market definition analysis tailored to one-sided markets leads to biased results. The direction of the bias depends on the method used. While Critical loss analysis tends to underestimate the relevant market, the analysis using the Lerner index underestimates price elasticities and consequently defines the market too broadly. Two competing theoretical frameworks suggested in the literature to overcome these inconsistencies (a two-sided market definition test and a separate analysis of both sides of the market) require further refinement both a from theoretical and practical point of view.*

**Keywords:** *two-sided markets, two-sided platforms, relevant market, market definition, SSNIP test.*

---

# ТРГОВИНСКО И МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО

---

Др Александар ЂИРИЋ\*

## ПРАВНО-ТЕОРИЈСКИ ПОГЛЕД НА ДИЛЕМУ СУДСКЕ ПРАКСЕ ПРИВРЕДНИХ СУДОВА: Да ли је постојање нерезидентног рачуна страног правног лица код банке у Србији, услов за дозволу принудног извршења?\*\*\*

### *Резиме*

*Правна сигурност подразумева очекивани ниво стручне правне предвидивости одлука судова у покренутим поступцима. Неусаглашеност правних ставова судова о субсумцији истоветних одлучних чињеница под различите правне норме не значи њихову креативност у креирању права. Напротив, таква пракса директно угрожава темељне вредности од општег друштвеног интереса, негира начело једнакости и равноправности учесника правног промета. Недопустиво је да судска пракса, преко различитих ставова судова у истоветним или сличним околностима, буде креатор правне несигурности.*

---

\* Редовни професор Државног универзитета у Новом Пазару. aciric@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања аутора у оквиру Пројекта Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.



*Предмет овог рада је посвећен анализи ставова привредних судова као извршних органа судске власти у вези са постављеним питањем у наслову. Уверење је аутора да је анализа од користи за усаглашавање различитих ставова судске праксе, која је изнедрила контрадикторне позиције привредних судова о овом проблему. Такво усаглашавање је, поред осталог, значајно и за поступање судова *in favorem iudicium* (у корист правноснажне пресуде), свакако у границама *intra legem* (сагласно закону).*

*За потребе анализе су коришћена два истоветна случаја из судске праксе у поступку принудног извршења правноснажних и извршних судских пресуда пред привредним судовима (пример А и пример Б).*

*Судска пракса нема јединствен став у вези са питањем да ли је за дозволу извршења у извршним поступцима, у којима је страном правно лице извршни поверилац, постојање нерезидентног рачуна код банке у Србији неопходан услов за дозволу принудног извршења. Сprovedеном анализом, аутор је дошао до закључка да неиспуњење таквог услова није разлог да привредни суд, у својству извршног суда, одбаци предлог извршног повериоца за дозволу извршење на имовини извршног дужника.*

**Кључне речи:** Судска пракса; Принудно извршење; Нерезидентни рачун; Страно правно лице; Међународни платни промет.

## I - Уместо увода

Различити ставови судова у вези са истоветним чињеничним и правним питањима су узрок неуједначене судске праксе и извор правне несигурности.

Дешава се да судови понекад заузимају различите ставове у вези са решавањем спорова по основу истоветних одлучних чињеница. Различити судови, или, чак и исти судови у различитим саставима судећих већа, односно судија појединаца, иста чињенична и правна питања често решавају на различите начине.

Неуједначеност судске праксе не доводи само до повреде зајемчених законских и уставних права, већ и до читавог низа последица правне и практичне природе од ширег друштвеног значаја. У конкретном случају такве последице се тичу материје трговинских односа наше земље са иностранством.

Предмет овог рада је посвећен анализи ставова привредних судова као извршних органа судске власти у вези са постављеним питањем у

поднаслову. Уверење је аутора да анализа може бити од користи за усаглашавање различитих ставова судске праксе, која је изнедрила контрадикторне позиције привредних судова о овом питању. Такво усаглашавање је, поред осталог, значајно и за поступање судова *in favorem iudicium* (у корист правноснажне пресуде), свакако у границама *intra legem* (сагласно закону).

Највиши судски органи су свесни далекосежности последица до којих долази доношењем различитих одлука по истом правном питању, због чега су и дужни да успоставе једнообразност и доследност при заузимања правних ставова.<sup>1</sup>

За потребе анализе, биће коришћена два истоветна случаја из судске праксе у поступку принудног извршења правноснажних и извршних судских пресуда пред привредним судовима.

Истоветне случајеве, које су судови решили на различите начине, смо означили као пример А и пример Б.

## II - Анализа примера А

1. Правноснажном и извршном пресудом, коју је, по жалби туженог, потврдио Привредни апелациони суд Србије, домаће привредно друштво је обавезано да компанији, чије је седиште у иностранству, исплати 20.000 евра на име дуга, са каматом, као и судске трошкове у одговарајућем износу, у року од 8 дана од дана пријема пресуде.

### 2. Кратак опис чињеничног стања

2.1. Извршни поверилац, који је успео у спору, је компанија са седиштем у Грчкој, која је, по основу уговора о међународној продаји, испоручила робу извршном дужнику, привредном друштву са страним капиталом, чије је седиште у Србији;

2.2. Купац - дужник, је био дужан да, по основу уговора, плати примљену робу;

2.3. Дужник није уредно измирио обавезу плаћања цене, због чега је продавац покренуо парнични поступак пред Привредним судом, ради наплате потраживања;

---

1 У вези са овим, видети: R. Kastratović, Zastarelost potraživanja naknade štete – sporna pitanja u sudskoj praksi u vezi sa štetom prouzrokovanom krivičnim delom, Sudska praksa sudova država-članica EU i Evropskog suda pravde, br. 2/2013, str. 56-61.

2.4. Након вишегодишњег сложеног судског поступка, инострани продавац је успео у спору и издејствовао правноснажну и извршну пресуду;

2.5. У остављеном парниционом року, дужник није добровољно измирио своје обавезе на које га је правноснажном и извршном пресудом обавезао парнични суд;

2.6. Још је Српски грађански законик у чл. 21 предвидео: „Шта је ко дужан, оно дати мора. Ако неће, суд ће га на то приморати“;

2.7. Страно правно лице је, у својству извршног повериоца, преко пуномоћника, поднело јуна месеца 2017. године надлежном Извршном привредном суду Предлог за дозволу принудног извршења на имовини дужника, чије је седиште у Србији;

2.8. Суд је, по судији појединцу, оценио да је Предлог неуредан, због чега је Закључком наложио Извршном повериоцу „да уреди предлог за извршење тако што ће доставити нерезидентни рачун извршног повериоца“;

2.9. Пуномоћник повериоца је примио Закључак 16. 6. 2017. године, није успео да поступи по налогу Суда, због чега је Суд, Решењем од новембра месеца 2017. године **одбацио** Предлог за извршење као неуредан;

2.10. Суд се у Решењу позвао на чл. 39. Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО)<sup>2</sup>: „У извршном поступку и поступку обезбеђења сходно се примењује закон којим се уређује парнични поступак“, и применио одредбу ЗПП: „Ако је поднесак, који је у име странке поднео пуномоћник,...неразумљив или непотпун, суд ће да га одбаци“ (чл. 101. ст. 5.);

2.11. Суд се позвао и на чл. 30. и чл. 59. ЗИО, напомињући да та два члана предвиђају шта предлог за извршење треба да садржи;

2.12. Сагласно чл. 30. ЗИО, предлог за извршење садржи потребне податке, које ова норма захтева **за страно правно лице**: 1) пословно име и седиште; 2) одговарајући идентификациони број;

2.12. 1. Поверилац, страно правно лице, је у Предлогу уредно навео предвиђене податке из чл. 30. ЗИО;

2.13. Суд је у Образложењу Решења истакао да је ...,имао у виду и одредбу чл. 301. ст. 1. ЗИО, којом је предвиђено да се у решењу о извршењу налаже организацији за привредну наплату да наложи банкама да

---

2 „Сл. гласник РС“, бр.106/2015, 106/2016, аутентично тумачење и 113/2017, аутентично тумачење.

блокирају рачуне извршног дужника и да пренесеу новчана средства на рачун извршног повериоца у висини његовог потраживања;“

2.14. Без смислене везе конкретних околности са нормама на које се позива, Суд лапидарно констатује - „како предлог за ивршење није био потпун, а извршни поверилац није поступио у законском року, по налогу суда, то суд...“ Решењем од новембра месеца 2017. године **одбацује Предлог Повериоца као неуредан;**

2.15. Неспорна је чињеница да је седиште Повериоца у Грчкој, због чега Поверилац има статус страног правног лица – нерезидента;

2.16. Поверилац има рачун код банке у Грчкој, који према закону Србије, припада категорији нерезидентних банкарских рачуна, чије је податке Поверилац уредно навео у Предлогу за извршење;

2.16. Према тумачењу Народне банке Србије (НБС), нерезидентни рачуни у земљи и иностранству имају исти статус;<sup>3</sup>

2.17. У Решењу о одбацивању, Суд није навео ни једну норму позитивног законодавства која обавезује повериоца, страног правног лица, да поред тога што је навео свој нерезидентни рачун код банке у иностранству, треба да наведе и „податке о нерезидентном рачуну“;

2.18. Суд не наводи какав нерезидентни рачун има у виду - девизни, или динарски, код банке у Србији, или код банке у иностранству и слично;

2.19. Упркос неодређености и нелогичности одлуке Суда, Поверилац је разумео да је, ако жели да суд усвоји његов нови Предлог за извршење, принуђен да отвори нерезидентни рачун код банке у Србији;<sup>4</sup>

2.20. Поверилац се обратио неколицини банака у Србији ради отварања нерезидентног динарског рачуна;

2.21. Пословне банке захтевају од страних правних лица да изричито наведу норму позитивног законодавства, која им омогућава отварање нерезидентног рачуна, ако се такав рачун отвара по том основу;

---

3 Питања, одговори и инструкције о начину обављања платног промета са иностранством – [https://www.nbs.rs/internet/latinica/20/bop/platni\\_promet\\_uputstvo\\_pitanja\\_i\\_odgovori.pdf](https://www.nbs.rs/internet/latinica/20/bop/platni_promet_uputstvo_pitanja_i_odgovori.pdf)

4 Поверилац никада није користио тзв. „право настањивања“ у Србији и није обављао сталну регистровану делатност, нити има огранак, ни регистровано представништво. Он нема законски основ, а ни пословни интерес за отварање нерезидентног рачуна у Србији. Наплате и исплате противвредности робе и услуга са партнерима из других држава, укључујући и Србију, Поверилац несметано и уредно измирује преко свог рачуна код банке у својој домицилној земљи, који је и доставио Суду.

2.22. На такву норму се Суд није позвао. Она је, за конкретни случај, непозната и банкама и повериоцу.

### 3. О правном режиму трансфера средстава правним лицима са седиштем у иностранству по основу судских пресуда и решења

3.1. „Поступак и начин на који се спроводи извршење одређен је прописима којима се уређује платни промет“ (чл. 299. ст. 2. ЗИО);<sup>5</sup>

3.2. Закон о платном промету утврђује да начин принудне наплате с рачуна клијента прописује НБС, што значи да то питање није у надлежности судова, ако о томе, евентуално, не постоји спор, што у конкретном примеру није случај;

3.3. Закон о девизном пословању не забрањује банкама да слободно врше плаћање према иностранству;<sup>6</sup>

3.4. Трансфер средстава правним лицима у иностранству, по судским пресудама и решењима, је прописима додатно регулисан у односу на општи правни режим међународног платног промета Србије;

3.5. Тачком 22. Упутства за спровођење Одлуке о условима и начину обављања платног промета са иностранством, предвиђено је да: **„ако банка извршава налог по основу судског решења, плаћање врши на основу правноснажног судског решења (банка у налогу као налого-**

---

5 Платни промет са иностранством обухвата плаћања, наплаћивања и преносе по текућим и капиталним пословима у девизама и динарима између резидената и нерезидената. Више о режиму платног промета Србије са иностранством: А. Ђирић, Право спољне трговине, Правни факултет Ниш, Центар за публикации, 2013, стр. 214-230.

6 Поред Закона о девизном пословању и других темељних законских прописа, за предметно питање је од непосредног значаја **Одлука о условима и начину обављања платног промета са иностранством** („Сл. гласник РС“, бр. 24/2007, 31/2007, 38/2010 и 111/2015.), за чију примену је гувернер НБС донео Упутство за спровођење Одлуке о условима и начину обављања платног промета са иностранством („Службени гласник РС“, бр. 24/2007, 31/2007, 41/2007, 3/2008, 61/2008, 120/2008, 38/2010, 92/2011, 62/2013, 51/2015, 111/2015, 82/2017.). Упутством су предвиђени ближи услови и начин за спровођење Одлуке. Платни промет са иностранством врши се инструментима плаћања који се примењују у међународном платном промету, уз примену међународних правила и стандарда из подручја банкарства, као и уз коришћење налога прописаних Упутством. Тачка 4. Упутства: Банком наплате сматра се банка која прима средства на свој рачун у иностранству или прима ефективни страни новац, као и банка која води рачун нерезидента на чији се терет врши плаћање. Банком исплате сматра се банка која резиденту, односно нерезиденту одобри рачун или исплати средства.

давца наводи матични број правног лица и основ плаћања према обавези наведеној у судском решењу)";

3.6. Наведене одредбе указују да је питање у вези са нерезидентним рачуном детаљно уређено у оквиру правног режима платног промета наше земље са иностранством;

3.7. Извршни поверилац је у предлогу за извршење уредно навео податке свог нерезидентног рачуна код пословне банке у иностранству;

3.8. Извршни суд у Закључку, као и у Образложењу Решења, није навео рацио издатог налога повериоцу да наведе „податке о нерезидентном рачуну“, услед чега је он и остао непознат;

3.9. Извршни поверилац није успео да сам пронађе ни један акт заснован на закону, **који допушта отварање нерезидентног рачуна** за трансфер средстава у иностранство у циљу спровођења извршних пресуда и судских решења.

#### **А/ Да ли је поверилац дужан да отвори нерезидентни рачун и да ли је испуњење налога Суда могуће**

##### **1. Одлучне чињенице**

1.1. Купац је био дужан да плати цену за испоручену робу трансфером средстава са свог рачуна код банке у Србији на нерезидентни рачун Повериоца банци у Грчкој;

1.2. Пошто купац није извршио уговорну обавезу, продавац је покренуо парнични поступак, у коме је успео у целини. Парнични суд је пресудом обавезао дужника да плати досуђену суму повериоцу;

1.3. Да је дужник извршио плаћање у париционом року из правноснажне и извршне пресуде, он би своју обавезу измирио трансфером средстава са свог резидентног рачуна код банке у Србији, на постојећи нерезидентни рачун повериоца код банке у Грчкој;

1. 4. НБС, као орган контроле платног промета са иностранством, сагласно прописима и постојећој пракси, не би имала примедбе на начин таквог трансфера;

1.5. Чињеница што Извршни дужник није добровољно испунио обавезу, на коју га је обавезала судска одлука, приморала је повериоца да се обрати Извршном суду, са Предлогом да Суд одобри спровођење извршења на имовини дужника;

1.6. Уместо да Суд поступи у интересу дужника и да, сагласно прописима, одобри извршење, он се упустио у питање које је ван оквира његове надлежности;

1.7. У конкретном случају је Извршни суд био дужан да цени само услове из ЗИО, а не и прописе о међународном платном промету, о којима брину Јавни извршитељ и НБС, која је орган контроле промета новца;

1.8. То произлази и из члана 299. ст.1. ЗИО, који гласи: „Извршење ради намирења новчаног потраживања према извршном дужнику који је правно лице, предузетник или физичко лице које обавља делатност, спроводи организација за принудну наплату...“

1.9. Дозволом извршења, Суд би на сасвим законит начин омогућио да Јавни извршитељ, чије учешће је и предложио Поверилац, спроведе извршење тако што би наложио НБС да пренесе средства са рачуна Дужника на рачун Повериоца, по потреби, претходно на наменски рачун Јавног извршитеља, до потпуног намирења потраживања.

## 2. Анализа правних питања

2.1. Неспорно је да је уговор између продавца - повериоца и купца - дужника био довољан правни основ за трансфер цене директно на повериочев рачун у иностранству, чије је подаке он и доставио;

2.2. За трансфер потраживања страног продавца по основу испоручене робе домаћем купцу, продавац, не само да нема обавезу да ради наплате отвори нерезидентни рачун, већ такав уговор не може бити основ за отварање нерезидентног рачуна у држави седишта купца;

2.3. Потраживање повериоца у судском поступку против дужника је деривативне природе. Оно је изведено из њиховог међусобног пословног односа, које није реализовано уредним испуњењем обавезе дужника, што је суд констатовао правноснажном пресудом;

2.4. Извршни суд се, у Решењу којим је одбацио Предлог за извршење, позвао на Одредбе ЗИО, наводећи чланове 30. и 59, којима се утврђује шта предлог за извршење треба да садржи:

2.5. И члан 30. (ставови 2. и 3.) и члан 59. ЗИО успостављају веома јасну разлику између домаћег и страног правног лица у вези са њиховом обавезом подношења извршном суду идентификационих података<sup>7</sup>

---

7 Чл. 30. ст. 2. Идентификациони подаци о извршном дужнику и извршном повериоцу који је правно лице јесу:...

2.6. Члан 59. ст. 1. ЗиО прописује: „У предлогу за извршење означавају 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“...

2.7. Члан 30. ст. 3. предвиђа да су идентификациони подаци о извршном дужнику и извршном повериоцу, који је страно правно лице пословно име и седиште и његов идентификациони број;

2.8. Члан 59. ЗИО ст. 1. поред идентификационих података о извршном повериоцу и извршном дужнику, који је страно правно лице, утврђених чл. 30. став 3, наводи да је потребно означити потраживање извршног повериоца... и друге податке који су потребни за спровођење извршења;

2.9. Извршни поверилац је поднео Извршном суду све наведене податке за извршење, тако да је њега, сагласно одредбама ЗИО (чл. 229. ст. 2.), могуће спровести у поступаку и на начин којима се уређује платни промет;

2.10. Сагласно чл. 66. ЗИО, који уређује питање садржине решења о извршењу, Извршни суд је дужан да донесе такво решење, у коме наводи: суд, извршног повериоца и извршног дужника с идентификационим подацима (члан 30.), извршну исправу, потраживање извршног повериоца, средства и предмете извршења, упутство о праву на изјављивање правног лека и друге податке који су потребни за спровођење извршења;

2.11. Нерезидентни рачун Извршног повериоца код банке у Србији није наведен ни у једном пропису као неопходан за спровођење извршења;

2.12. О непосредном начину трансфера средстава Извршном повериоцу се стара Јавни извршитељ, чије учешће је и предложио Поверилац у Предлогу за извршење.

2.13. Јавни извршитељ има овлашћења да, сагласно ЗИО (чл. 66, 299. и чл. 301.), одреди спровођење извршења и наложи НБС да пренесе средства са рачуна Извршног дужника директно на наменски рачун Јавног извршитеља;

2.14. Када се стекну услови за издавање налога за пренос средстава са наменског рачуна Јавног извршитеља на нерезидентни рачун извр-

---

Чл. 30. ст. 3. Идентификациони подаци о извршном дужнику и извршном повериоцу који је страно правно лице јесу:...



шног повериоца у иностранству, сходно прописима о међународном платном промету Србије, извршитељ ће предузети потребне мере за трансфер средстава повериоцу;

2.15. Чак, и за случај да извршни поверилац у предлогу за извршење није назначио средство и предмет извршења, јавни извршитељ, без предлога извршног повериоца, доноси закључак којим после идентификовања имовине извршног дужника одређује средства и предмет извршења;

2.16. Нерезидентни рачун страног лица код банке у Србији, није поменут ни у једној одредби на коју се Суд позвао.

2.17. Због тога је, не само Повериоцу већ и банкама код којих је он настојао да изврши налог Суда, остао нејасан основ његовог просуђивања за издавање таквог налога;

2.18. Ако је Суд имао у виду потребу за прикупљањем средстава на нерезидентни рачун, ради издавања налога за исплату целокупне суме Повериоцу у иностранству, или у циљу контроле трансфера новца из Србије у иностранство, тој сврси у потпуности може удовољити наменски рачун јавног извршитеља.

2.19. Упутство за спровођење Одлуке о условима и начину обављања платног промета са иностранством предвиђа да „плаћање према иностранству банка обавља на основу налога за плаћање резидента (слог - 70)<sup>48</sup>;

2.20. „Ако банка извршава налог **по основу судског решења**, плаћање се врши...на основу правноснажног судског решења (банка у налогу као налогодавца наводи матични број правног лица и основ плаћања према обавези наведеној у судском решењу).<sup>49</sup>

2.21. Поред наведеног, Упутство садржи шифрарник основа наплате, плаћања и преноса у платном промету **са иностранством**. Шифре **892 и 893**, између осталог обухватају исплате иностраним повериоцима **по основу судских пресуда и судских решења**, као и наплате које произлазе из договора између резидената и нерезидената.<sup>10</sup>

2.22. Директорату за економска истраживања и статистику Одељења за статистику платног биланса, Одсек за девизну статистику НБС, је

---

8 Тачка 20. Упутства за спровођење Одлуке о условима и начину обављања платног промета са иностранством.

9 Тачка 22. Упутства.

10 Прилог 2. уз Упутство - Шифрарник основа наплате, плаћања и преноса у платном промету са иностранством.

постављено питање: Да ли су у вези са применом Упутства за спровођење Одлуке изједначени нерезидентни рачуни у земљи и у иностранству? Директорат је кратко, изричито и јасно одговорио: **Да, нерезидентни рачуни у земљи и иностранству имају исти статус.**<sup>11</sup>

2.23. Претходна анализа показује да констатација Суда да „У предлогу за извршење није наведен нерезидентни рачун извршног повериоца,“ објективно не може бити од утицаја на поступак извршења, нити разлог да Извршни суд донесе Закључак којим је наложио Извршном повериоцу „да уреди предлог за извршење тако што ће доставити нерезидентни рачун извршног повериоца“.

2.24. Немогућност повериоца да отвори нерезидентни рачун, што је условило и његову немогућност поступања по налогу из Закључка Суда не може бити, на закону заснован разлог, да Суд одбаци Предлог за извршење.

### 3. Налог Суда има обележја немогуће чинидбе (лат. *Impossibilium nulla obligatio est*)

3.1. Усвајање предлога повериоца да суд дозволи принудно извршење и, на тај начин, садејствује да се поверилац наплати из имовине дужника, који не жели да измири своја дуговања по извршној пресуди, не може бити условљена немогућом чинидбом;

3.2. За отварање нерезидентног рачуна, пословне банке, међу којима „Интеза банка“<sup>12</sup>, „Комерцијална банка“<sup>13</sup>, „АИК банка“, „Ехробанк“ и друге су, сагласно прописима објавиле посебна упутства,<sup>14</sup>

3.3. У упутставима банака о неопходној документацији за отварање нерезидентног рачуна страних компанија у Србији, која су у складу са

11 Питања и одговори: <http://docplayer.net/39049350-Narodna-banka-srbije-direktorat-za-ekonomska-istrzhivanja-i-statistiku-odeljenje-za-statistiku-platnog-bilansa-odsek-za-deviznu-statistiku.html>

12 Неопходна документација за отварање нерезидентног рачуна (NECESSARY DOCUMENTS FOR OPENING NON-RESIDENT ACCOUNTS), [https://www.google.com/search?rlz=1C1VFKB\\_enRS596RS596&ei=a3KsXOKREo-GwPAP7emDoAU&q=Прилог+листе+докумената+које+захтева+Интеза](https://www.google.com/search?rlz=1C1VFKB_enRS596RS596&ei=a3KsXOKREo-GwPAP7emDoAU&q=Прилог+листе+докумената+које+захтева+Интеза)

13 Документација за отварање нерезидентног рачуна/Documentation for oprning non resident account, <https://www.kombank.com/pdf/strane-kompanije-sa-sedistem-u-inostranstvu.pdf>, Сајт посећен 10. 4. 2019.

14 Неопходна документација за отварање нерезидентног рачуна (NECESSARY DOCUMENTS FOR OPENING NON-RESIDENT ACCOUNTS), [https://www.google.com/search?rlz=1C1VFKB\\_Интеза](https://www.google.com/search?rlz=1C1VFKB_Интеза), Сајт посећен 12. 4. 2019.

Одлуком о условима отварања и начину вођења девизних рачуна резидената, као и динарских и девизних рачуна нерезидената,<sup>15</sup> један од услова за отварање рачуна је и прилог – **Извод из закона, односно другог прописа, ако се нерезидентни рачун отвара по том основу;**

3.4. Суд није изричито навео норму закона, односно одредбу другог прописа, на основу које извршни поверилац има основа да отвори нерезидентни рачун;

3.5. Налог из Закључка Суда не садржи: правни основ таквог налога; врсту нерезидентног рачуна (динарски или девизни); државу места седишта банке, имајући у виду да НБС ставља знак једнакости између нерезидентних рачуна у земљи и нерезидентних рачуна у иностранству и друге потребне податке;

3.6. Према схватању Уставног суда, захтев за одређеношћу и прецизношћу норме, па макар она била садржана и у Решењу суда (прим. аутора), није испуњен „ако савесна уговорна страна буде принуђена да нагађа о њеном смислу, садржају и коначном дејству“.<sup>16</sup>

3.7. Норме чл. 30.<sup>17</sup> и чл. 59.<sup>18</sup> ЗИО, на које се суд позвао, предвиђају шта предлог за извршење треба да садржи;

3.8. Из одредби из претходне тачке произлази да Закон захтева да се о извршном дужнику и извршном повериоцу, који је **страно правно лице**, наведу следећи потребни подаци: пословно име; седиште и одговарајући идентификациони број. Нерезидентни рачун није поменуто;

3.9. Обавеза отварања нерезидентног рачуна, нема ослонца ни у одредбама члана 301. ст. 1. ЗиО<sup>19</sup>, на коју се Суд позива у Решењу, којом

---

15 "Сл. Гласник РС", број 51/2015. и 82/2017.

16 Видети Одлуку Уставног суда Србије, IУз-512012, од 23. 05.2013, „Сл. Гласник РС“, бр. 49/2013.

17 Члан 30. Закона о извршењу и обезбеђењу ( „Сл. гласник РС“, бр.106/2015, 106/2016, аутентично тумачење и 113/2017, аутентично тумачење) гласи:

...Идентификациони подаци о извршном дужнику и извршном повериоцу који је **страно правно лице** су: 1) пословно име и седиште; 2) одговарајући идентификациони број.

18 Члан 59. Закона гласи:

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.

19 Члан 301. ст. 1. Закона гласи: У решењу о извршењу налаже се организацији за принудну наплату да наложи банкама да блокирају рачуне извршног дужника и да пренесу новчана средства на рачун извршног повериоца у висини његовог потраживања.

је, како и сам Суд наводи, ...,предвиђено да се у решењу о извршењу налаже организацији за привредну наплату да наложи банкама да блокирају рачуне извршног дужника и да пренесу новчана средства на рачун извршног повериоца у висини његовог потраживања.“

3.10. Под принудном наплатом подразумева се обавеза и овлашћење НБС да са свих рачуна клијената код банака дужника на којима клијент има средстава (динарских и девизних), без његове сагласности, изврши плаћање обавеза по извршним решењима (пореских, царинских, судских и других органа)...по прописаном редоследу приоритета, а у оквиру истог реда приоритета према времену пријема. Извршна решења надлежних органа достављају се, почев од 30. септембра 2005. године организационом делу НБС -Одељење за пријем, контролу и унос основа и налога, Крагујевац;<sup>20</sup>

3.11. Дакле, Суд објективно није ни могао да се позове на норму, која би била основ његовог налога из Закључка, будући да детаљна претрага прописа за потребе ове анализе, показује да таква норма - не постоји;

3.12. Банке се не могу повинovati налогу суда, без позива на императивне норме предвиђене позитивним прописима;

3.13. Без изричитог навођења извода из закона односно другог прописа, по коме нерезидент има основа да отвори нерезидентни рачун, Суд постаје потенцијални саучесник у незаконитом ширењу инфраструктуре у виду отварања нерезидентних рачуна страних правних лица, без законског основа, који може ебентуално бити злоупотребљен за нелегалне новчане трансакције;

3.14. Пошто Поверилац не испуњава законске услове за отварање нерезидентног рачуна у Србији, за њега је налог Суда **немогућа облигација**;

3.15. Из немогуће облигације не настаје обавеза предузимања чинидбе од стране лица на које се односе, или су му наложене (*Impossibium nulla obligatio est*).

3.16. Став Суда и његов налог, којим захтева од повериоца да достави, односно отвари нерезидентни рачун, не представља попуњавање правних празнина, већ доношење одлуке супротно закону (лат. "*contra legem*");

---

20 Видети: <https://www.nbs.rs/internet/latinica/67/index.html> , сајт посећен 14. 4. 2019.

3.17. Поједини незванични коментари да је реч о бризи Суда да таквом мером настоји да предупреди могућност повреде прописа којима се уређује спречавање прања новца, финансирање тероризма,<sup>21</sup> евазија пореза<sup>22</sup> и слично, су неосновани;

3.18. Супротно од тога, отварање нерезидентног рачуна противно законским прописима, на подлози погрешне судске одлуке, би могло да представља изградњу потенцијалне платформе и за незаконите токове новца.

### III - Последице одбацивања Предлога повериоца

1. НБС, као орган монетарног суверенитета, *stricto sensu* и по службеној дужности, контролише законитост и допуштеност извршења платних налога у међународном платном промету, а не суд, који је орган судске власти;

2. Својим погрешним ставом, Суд је угрозио најмање две врсте интереса – општи и појединачни, који свако за себе и оба заједно заслужују правну заштиту:

2.1. Суд је нарушио функционално јединство судске власти тиме што његов налог, у својству извршног правосудног органа, објективно представља повреду општег интереса, услед суштинске опструкције спровођења извршне пресуде парничног суда, уз нарушавање начела организоване слободе међународне трговине;

2.2. Погрешан став Суда непосредно и директно тешко погађа појединачни интерес повериоца. После безуспешног настојања да отвори нерезидентни рачун у Србији и спроведе налог суда, његов положај је постао веома деликатан:

2.2.1. Поверилац је, бавећи се процедуром отварања рачуна, пропустио рок за истицање правног лека против наведеног Решења Суда;

---

21 Под прањем новца подразумева се полагање новца стеченог обављањем незаконите делатности (сива економија, трговина оружјем, дрогом, психотропним супстанцама и др.), на рачуне код банака и других финансијских организација, или укључивање на други начин тог новца у легалне финансијске токове, које домаћа и страна физичка и правна лица врше ради обављања дозвољене привредне и финансијске делатности (Видети члан 2. Закон о спречавању прања новца, "Сл. лист СР", бр. 53/2001.). Гомилање нерезидентних рачуна, када њихово отварање није неопходно, генерално, ствара ширу платформу за потенцијалне нелегалне трансакције.

22 Извршни поверилац није порески обвезник Републике Србије, што је по захтеву Суда проверљиво на основу одговарајућих доказа.

2.2.2. Постоји оправдана бојазан да би подношење новог предлога за извршење, без навођења нерезидентног рачуна повериоца код банке у Србији, услед постојећег става Суда, могао поново бити одбачен;

2.2.3. Трошкови судског поступка по тужби (око 660.000 динара), трошкови извршења, судске таксе, које су у вези са Решењем Суда о одбацивању Предлога опредељени на износ од око 200.000,00 динара за таксу на предлог за одређење извршења, око 20.000,00 динара за таксу на решење о одбацивању предлога за извршење и друго, могли би у наставку поступка превазићи знатан део, а можда и саму досуђену главницу, по основу главног тужбеног захтева;

3. Даљи ток поступка би могао значити повреду Уставом и међународним изворима, зајемчених права Повериоца, као и раст трошкова извршног поступка, чиме би се и онако непотребно настали издаци, могли увећати и обесмислити постигнути успех Повериоца у судском парничном поступку;

4. **Судска пракса** је детерминисана законским прописима и одвија се у оквирима који су дефинисани *ex lege*;

5. Резултати спроведене анализе случаја из примера А су у расконару са таквом обавезном детерминисаношћу, што ће додатно потврдити случај из примера Б, који се по нашој оцени одвијао правилно и у *ex lege* оквирима.

#### **IV - Случај Б - пример законитог поступања Привредног суда у истоветној ситуацији**

1. У случају који смо означили као пример Б, Извршни поверилац, правно лице из Данске, преко истог пуномоћника чије је адвокатске услуге користио и поверилац из Грчке у анализираном случају А, поднело је Предлог за принудно извршење Привредном суду у Нишу;

1.1. Потраживање Повериоца је изворно настало по уговору о међународној продаји робе привредном друштву – Извршном дужнику са седиштем у Србији;

1.2. Пошто дужник није измирио уговором преузете обавезе, поверилац је покренуо парнични поступак, у коме је у целини успео на основу правноснажне и извршне пресуде;

1.3. Дужник није испунио обавезу у парниционом року, због чега је Поверилац поднео Суду Предлог за дозволу принудног извршења;

2. Суд је Решењем од 28. 03. 2017, на основу извршне судске пресуде, дозволио предложено извршење против Дужника чије је седиште у Србији;
3. Поверилац је у Предлогу за извршење навео само број свог нерезидентног рачуна у Данској, како је то учинио и поверилац из случаја А;
4. Поверилац из Данске није навео податке о нерезидентном рачуну код банке у Србији, будући да такав рачун није ни имао;
5. Непостојање података ове врсте није била сметња да Привредни суд у Нишу, по основу поднетог Предлога, донесе Решење о дозволи извршења, на имовини дужника;
6. Јавни извршитељ је на основу Решења о дозволи извршења, одредио спровођење извршења, сагласно прописима о платном промету са иностранством;
7. Новчана средства су, најпре, прикупљена на наменски рачун Јавног извршитеља до пуног износа потребног за намирења износа утврђеног Решењем о извршењу, конвертована из динар у евро, и на основу једног налога трансферисана дознаком у пуном износу Повериоцу на његов нерезидентни рачун код банке у иностранству;
8. У вези са описаним начином трансфера средстава није било примедби пословних банака, нити НБС, као органа контроле таквог промета.<sup>23</sup>

## V - Уместо закључка

Право је друштвена математика.

Недопустиво је да судска пракса, преко различитих ставова судова у чињенично истоветним или сличним околностима, буде креатор правне несигурности.

---

23 Спорно питање у вези са нерезидентним рачуном има технички карактер: Дозволом извршења, суд би омогућио Јавном извршитељу да се, на основу поднетог Предлога, у коме су наведени сви потребни подаци, које захтева ЗИО, сходно својој законској надлежности, стара о свим аспектима спровођења извршења, па и о трансферу средстава са рачуна дужника на рачун повериоца; Хипотетички, чак и за случај да је нерезидентни рачун нужан за неко конкретно извршење, то питање би требало да решава јавни извршитељ, уз поштовање законодавства о међународном платном промету Србије, чију примену и контролу примарно спроводи НБС, а не суд; Члан 30. ЗИО и не предвиђа да Предлог за извршење страног правног лица мора да има наведен било какав рачун. Извршни поверилац је у свом претходно поднетом Предлогу за извршење, навео да ће извршење спровести Јавни извршитељ.

Правна сигурност подразумева очекивани ниво стручне правне предвидивости одлука судова у покренутим поступцима. Неусаглашеност правних ставова судова о субсумцији истоветних одлучних чињеница под различите постојеће, или чак и под непознате норме, не значи њихову креативност у креирању права. Напротив, таква пракса директно угрожава темељне вредности од општег друштвеног интереса, негира начело једнакости и равноправности учесника правног промета.

Поглед кроз призму различитих ставова судова, у конкретном случају, привредних судова као специјализованих државних правосудних институција, у поступку извршења правноснажне пресуде из спора домаћег и страног привредног друштва, имају посебан угао преламања на слику нашег правосудног система у целини.

Поступајући на начин, који смо анализирали у овом раду, Извршни суд је, у примеру А, супротно императивним законским нормама, арбитражно одлучио, чиме је поред осталог, на дискриминаторан начин третирао нерезидента, једне државе у односу на нерезиденте других држава, због чега је својом одлуком поред дискриминаторног третмана страног лица, повредио и међународни јавни поредак Републике Србије.

Налог Извршног суда у вези са Предлогом за извршење има обе лежје дискриминаторне мере према извршном повериоцу, чије је седиште у Грчкој, у односу на извршног повериоца са седиштем у појединим другим државама.

У конкретном случају став Извршног привредног суда у примеру А представља негацију темељних начела унутрашњег и међународног трговачког промета робе услуга и новца: националног и једнаког третмана страних лица и недискриминације; начела најповлашћеније нације, као и других руководних идеја слободне и организоване међународне трговине.

Суд је одбацивањем Предлога за извршење нарушио и начело *in favorem iudicium* (у корист пресуде);

Поступајући *in favorem debitoris* (у интересу дужника), који не извршава добровољно обавезу из пословног односа, као ни правноснажну и извршну судску одлуку Суд, у примеру А, наноси штету искључиво извршном повериоцу, као савесној страни, ускраћујући му темељна, Уставом Србије зајемчена и гарантована права на правично суђење, суђење у разумном року и друга права.



Описана пракса доводи до дисторзије читавог правног система и урушавања угледа државе на међународном плану. Незаконити став извршног суда, суштински пребацује тежиште спора између странака, који је решен правноснажном и извршном судском пресудом, на спор страног лица и државног суда као извршног органа.

Чак, и за случај погрешних ставова аутора овог рада, чињеница је да о постављеном и анализираном питању постоје очигледне разлике у судској пракси, због чега су различити правни ставови из примера А и примера Б, довољан основ да Привредни апелациони суд, а по потреби и Врховни касациони суд Републике Србије, предузму механизме за уједначавање судске постојеће судске праксе. У том смислу би делотворне мере подразумевале напор да судови највише инстанце заузму јасне ставове и закључке о постављеном питању укључујући, за случај потребе, и ново тумачење постојећих правних норми.

За случај да такви ставови постоје, а да они нису узети у обзир при спроведеној анализи у овом раду, било би целисходно да кроз постојеће механизме судске власти, највише правосудне институције у сарадњи са судовима ниже инстанце, обезбеде јединствено спровођење таквих ставова у пракси. То би допринело делотворности функционисања правосудног система.

За извршне поступке у предметима у којима су страна правна лица у својству извршних поверилаца, јединствен и на закону заснован став би био нужна мера ради предупређења неусклађености судске праксе као узрока нових спорова. У супротном, у вези са извршењем судских пресуда, којима су спорови странака решени коначно, правноснажним и извршним пресудама, начин извршења постаје могућа клица новог спора и то између извршних поверилаца и самих судова.

**Prof. dr Aleksandar ĆIRIĆ**

**LEGAL-THEORY VIEW ON THE DILEMMA OF JUDICIAL PRACTICE OF ECONOMIC COURTS: Is the existence of a non-resident bank account of a foreign legal entity in a bank in Serbia a condition for a permit for a forcible execution?<sup>24</sup>**

**Summary**

*Legal science is social mathematics.*

*Legal security implies the expected level of professional legal predictability of court decisions in proceedings initiated. The disagreement between the legal attitudes of the courts on the subsumption of identical decisive facts under various existing, or even under, non-existent legal norms does not imply their creativity in the creation of rights. On the contrary, such practice directly endangers fundamental values of general social interest, negates the principle of equality and equality of participants in legal transactions.*

*It is impermissible that case-law, through different positions of the courts, in fact identical or similar circumstances, be the creator of legal uncertainty. raised issue in the title.*

*The author's assertion is that the analysis is useful for harmonizing the different attitudes of the court practice. Such harmonization is, among other things, also important for the handling of courts in *favorem iudicium* (in favor of a final judgment), certainly within the limits of *intra legem* (in accordance with the law).*

*For the needs of the analysis, two identical cases from the case-law were used in the process of enforcing enforceable judgments before commercial courts (Case A and Case B).*

*For executive procedures in cases where foreign legal entities acting as executive creditors, a unique and legally based attitude would be an effective measure of preventing the mismatch of court practice as the cause of new disputes. Otherwise, in connection with the execution of court verdicts, where the disputes of the parties are resolved ultimately, in a lawful and enforceable manner, the manner of execution becomes a possible call for a new dispute between the executive creditors and the courts themselves.*

**Key words:** *Judicial practice; Forcible execution; Non-resident account; Foreign legal entity; International Payment Transactions.*

---

24 The article is the result of research by the author within the Project of the Law Faculty of the University of Niš, no. 179046, financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

**Rainer KULMS\***

## **BLOCKCHAIN LAW – AN INTRODUCTION**

### ***Abstract***

*Blockchain technology is the more successful side-product of Bitcoin and crypto-currencies. Blockchains, distributed ledgers and smart contracts challenge traditional private-ordering beliefs. This paper examines whether there is still room for law. It offers an introduction into recent codification efforts conferring erga-omnes effects on blockchain-related contracts and value stored on electronic ledgers. U.S. blockchain statutes and national legislative projects in Europe will be assessed. As the legislative policies of the new General Data Protection Regulation of the European Union are beginning to unfold, regulators will also have to address the interface between blockchains and data protection.*

**Keywords:** *Blockchains, distributed ledger technology, digitisation, private law standards, regulation*

### **I. Blockchains – Where Do We Stand?**

#### **1. A New Challenge to Law**

Blockchain technology is the successful side-product of Bitcoin and cryptocurrencies<sup>1</sup>. Blockchains and decentralised ledger technology are belie-

---

\* Priv.-Doz., Dr. iur., LL.M., Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany; Adjunct Professor China University of Political Science and Law, Beijing.

1 See P. Rosenberger, *Bitcoin and Blockchain – Vom Scheitern einer Ideologie und dem Erfolg einer revolutionären Technik* (Springer Vieweg Berlin 2018), 63 et seq.; United Kingdom Government Office for Science, *Distributed Ledger Technology: beyond block chain* (London 2015) (available at [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf)). See the speech by the governor of Sweden's Riksbank C. Skingsley, *Should the Riksbank Issue e-Krona?*, Stockholm 16 November 2016 (available at [http://archive.riksbank.se/Documents/Tal/Skingsley/2016/tal\\_skingsley\\_161116\\_eng.pdf](http://archive.riksbank.se/Documents/Tal/Skingsley/2016/tal_skingsley_161116_eng.pdf)).

ved to revolutionise modern finance, industry and public services<sup>2</sup>. Transactions can be carried out in ‘real time’ without the intervention of traditional intermediaries<sup>3</sup>. The upshot of this development is an interface between blockchain technology and artificial intelligence, coordinating the activities of swarms of robots and drones<sup>4</sup>.

Blockchain technology has brought forth a new infrastructure for transmitting and storing data. Blockchains operate differently from traditional data bases as they do not have to be centrally maintained. Each computer which participates in the blockchain system will carry the memory of the whole network of decentralised nodes<sup>5</sup>. By downloading the specific software on a computer, the user will be able to transmit electronic signals, to trigger transactions. Each incoming signal, each electronic signature is unique and cannot be forged. As soon as a signal enters the network, it will be time-stamped, grouped into blocks (hence ‘blockchain’), and validated in order to ensure that it is not a replica of the previous one<sup>6</sup>. Once this validation has taken place, the

- 
- 2 See Report by the United Kingdom House of Lords, *Distributed Ledger Technologies for Public Good: leadership, collaboration and innovation* (London 2017), at p. 18 et seq. (available at [http://chrisholmes.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Distributed-Ledger-Technologies-for-Public-Good\\_leadership-collaboration-and-innovation.pdf](http://chrisholmes.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Distributed-Ledger-Technologies-for-Public-Good_leadership-collaboration-and-innovation.pdf)).
  - 3 See comments by ISDA Chief Executive Officer S. O’Malia, *The Legal Aspects of Smart Contracts*, on the efficiency potential of smart contracts, 9 August 2017 (available at <https://www.isda.org/2017/08/09/the-legal-aspects-of-smart-contracts/>). For a general evaluation of the positive and negative effects of distributed ledger technology: United Kingdom Financial Conduct Authority, *Discussion paper DP 17/3 on distributed ledger technology* (London April 2017) (available at <https://www.fca.org.uk/publication/discussion/dp17-03.pdf>); US Financial Industry Regulatory Authority (Finra), *Regulators Forum on Distributed Ledger Technology (DLT)*, 13 July 2017 (available at [http://www.finra.org/sites/default/files/2017\\_BC\\_Regulators\\_Forum.pdf](http://www.finra.org/sites/default/files/2017_BC_Regulators_Forum.pdf)).
  - 4 See E. Castelló Ferrer, *The blockchain: a new framework for robotic swarm systems* (6 August 2016, available at [https://www.researchgate.net/publication/305807446\\_The\\_blockchain\\_a\\_new\\_framework\\_for\\_robotic\\_swarm\\_systems/download](https://www.researchgate.net/publication/305807446_The_blockchain_a_new_framework_for_robotic_swarm_systems/download)); Ledger Insights, *Boeing launches blockchain, AI drone venture* (November 2018, available at <https://www.ledgerinsights.com/boeing-blockchain-aidrone-skygrid/>).
  - 5 For a general introduction see P. De Filippi/A. Wright, *Blockchain and the Law – The Rule of Code* (Harvard University Press, Cambridge 2018), 13 et seq.; M. Finck, *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge University Press, Cambridge 2019), 6 et seq.; W. Mougayar, *The Business Blockchain* ((Wiley, Hoboken 2016), 1 et seq., 124 et seq.; R. Lai/D. Lee Kuo Chen, in: D. Lee Kuo Chen/R. Deng (eds.) *Handbook of Blockchain, Finance, and Inclusion*, Vol. 2 (Academic Press – Elsevier, London 2018), 145 (157 et seq.).
  - 6 R. Vilarroig Moya/C. Pastor Sempere, *Blockchain: Aspectos Tecnológicos, Empresariales y Legales* (Thompson Reuters/Aranzadi, Cizur Meno 2018), 56 et seq.; E. Rutland, *Blockchain Byte* (R3Research, 2017), at p. 2 et seq. (available at [https://www.finra.org/sites/default/files/2017\\_BC\\_Byte.pdf](https://www.finra.org/sites/default/files/2017_BC_Byte.pdf)).

transaction will be stored in a distributed ledger, accessible via the individual computer. In fact, the distributed ledger is the record of consensus of cryptographic audit trails, validated after originating from an individual node<sup>7</sup>. In the Bitcoin scenario, participants send value across the network. The transferor is equipped with a private key to make his bitcoins enter the system, whereas the transferee operates a public key to accede to a network where validated, electronic 'value messages' may be sent to his or her address<sup>8</sup>. Blockchain systems have become considerably sophisticated since their Bitcoin beginnings<sup>9</sup>. A distributed ledger will not only operate as the memory of the system, it may also be used to store value<sup>10</sup>.

Blockchain and distributed ledger systems can be organised as permissionless or private networks<sup>11</sup>. For private or permissioned blockchain and distributed ledger systems, the software cannot be freely downloaded. Instead, participants will have to seek access, frequently from the organisers of the platform<sup>12</sup>, by accepting the terms of operation (including validation) and the standards of digital trading<sup>13</sup>. Private blockchain systems benefit from low verification costs, but still cannot dispense with the costs of running trusted nodes<sup>14</sup>. Moreover, computer and finance specialists will have to explore to what extent contracting and clearing processes can be translated into algorithms without jeopardising the efficiencies of international trade<sup>15</sup>. Especially

- 
- 7 D. Tapscott/A. Tapscott, *Blockchain Revolution – How the Technology behind Bitcoin is Changing Money, Business and the World* (Portfolio/Penguin, 2016), 30 et seq.
- 8 J.W. Ibáñez Jiménez, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos* (Thompson Reuters/Aranzadi, Cizur Meno, 2018), 36 et seq.
- 9 Di Filippi/Wright, supra sub FN 5, at p. 27 et seq.; Tapscott/Tapscott, supra FN 7, p. 55 et seq.; Virarroig Moya/Sempere, supra sub FN 6, at p. 256 et seq.
- 10 See the analysis by the Swiss Federal Government on the potential of distributed ledger technology: Schweizerische Eidgenossenschaft, Der Bundesrat, *Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz – Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor*, p. 39 et seq. (Bern 14 December 2018, available at [https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/Publikationen/2018/181207\\_Bericht\\_Bundesrat\\_Blockchain.pdf](https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/Publikationen/2018/181207_Bericht_Bundesrat_Blockchain.pdf)).
- 11 De Filippi/Wright, supra sub FN 5, 31 et seq.
- 12 For a survey see Moya/Pastor Sempere, supra sub FN 6, p. 60 et seq.
- 13 See C. Catalini/J.S. Gans, *Some Simple Economics of the Blockchain*, NBER Working Paper Series, Working Paper No. 22952 (December 2016), at p. 11 et seq. (available at <http://www.nber.org/papers/w22952.pdf>).
- 14 *Ibid.*, at p. 12.
- 15 See Ibáñez Jiménez, supra FN 8, 89 et seq.; A. Garapon/J. Lassègue, *Justice digital – Révolution graphique et rupture* (Presses Universitaires de France, Paris 2018), at p. 140 et seq., and J. Dewey/S. Amuial/J. Seul, *The Blockchain: A Guide for Legal and Business Professionals* (Thompson Reuters 2016), at § 2:5, on programing smart contracts.

the international finance community has begun to assess the potential of permissioned blockchains. Permissioned blockchain systems are thought to assure a high degree of compliance with local regulatory interventions<sup>16</sup>, since the 'gatekeeper' of the permissioned system normally has to apply for a licence from local capital market authorities. Although algorithms as such do not qualify for protection by an intellectual property right<sup>17</sup>, specific applications of blockchain technology can be recognised as patentable<sup>18</sup>. To reinforce their position as blockchain innovators, U.S. banks have begun to file for patent protection for newly-developed applications<sup>19</sup>. Patent protection allows developers of specific blockchain applications to reap the exclusionary benefits of their creativity, but it might also raise competition concerns<sup>20</sup>.

Cryptocurrencies, smart securities and derivatives and the organisational products of blockchain technology generate both, positive and negative

- 
- 16 ISDA/Linklaters, Whitepaper – Smart Contracts and Distributed Ledger – A Legal Perspective (August 2017), (available at <https://www.isda.org/a/6EKDE/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf>).
- 17 For an overview see: C. Wild et al., *Electronic and Mobile Commerce Law* (University of Hertfordshire Press Hatfield, 2011) (134 et seq.); C. Reed (ed.), *Computer Law* (Oxford University Press Oxford, 7th ed. 2011), 373 et seq.
- 18 See F. Marrella/C.S. Yoo, *Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?*, 47 Va. J. Int'l L. 807 (831 et seq.) (2007), and United States Patent Application U.S. 2015/0332395 of 19 November 2015 (Cryptographic Currency for Securities Settlement) by Goldman Sachs & Co, New York City (available at <http://www.freepatentsonline.com/20150332395.pdf>); Financial Times on-line 3 December 2015, Jennifer Hughes, Goldman Sachs files patent for virtual settlement currency (available at <https://www.ft.com/content/b0d8f614-997c-11e5-9228-87e603d47bdc>).
- 19 O. Kharif, *Big Banks Are Stocking Up on Blockchain Patents* (21 December 2016, available at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-21/who-owns-blockchain-goldman-bofa-amass-patents-for-coming-wars>); Finextra Blog, *Bank of America loads up on blockchain patents* (29 January 2016, available at <https://www.finextra.com/newsarticle/28401/bank-of-america-loads-up-on-blockchain-patents>); J. Hughes, *Goldman Sachs files patent for virtual settlement system*, Financial Times on-line 3 December 2015 (available at <https://www.ft.com/content/b0d8f614-997c-11e5-9228-87e603d47bdc>); M. Arnold, *Big banks plan to coin new digital currency – Group of major lenders seeks industry standard for settlements*, Financial Times on-line 23 august 2016 (available at <https://www.ft.com/content/1a962c16-6952-11e6-ae5b-a7cc5dd5a28c>).
- 20 See OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (Competition Committee), *Blockchain Technology and Competition Policy – Issues Paper* by the Secretariat (DAF/COMP)WD(2018)47, Paris 8 June 2018, para. 12 et seq. (available at [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)47/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)47/en/pdf)); European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)* (Study IP/A/ECON/2017-20, July 2018, available at [http://www.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL\\_STU\(2018\)619027\\_EN.pdf](http://www.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/IPOL_STU(2018)619027_EN.pdf)).

externalities<sup>21</sup>. Nonetheless, regulators appear to have decided not to interfere too early with digitisation in the making. A regulatory sandbox approach or supportive blockchain statutes are recommended as an element of regulatory competition to attract business<sup>22</sup>.

As smart contracts and artificial intelligence are beginning to merge with blockchain technology, the debate concentrates on how the claim that ‘code is law’<sup>23</sup> can be reconciled with traditional notions of offer and acceptance. In the context of FinTech, the question arises how assets can be stored digitally and whether they produce *erga-omnes* effects<sup>24</sup>. Once recognised as a ‘thing’, a piece of property, digital assets could be traded like any other merchandise<sup>25</sup>. Recent codifications on blockchain-based contracts go beyond consumer protection. They are about to modify the laws of contract and property<sup>26</sup>. Last year, the European Union’s law on data protection added a new

---

21 For a general evaluation of the positive and negative effects of distributed ledger technology: FCA Discussion Paper, supra sub FN 3; US Financial Industry Regulatory Authority (Finra), Regulators Forum on Distributed Ledger Technology (DLT), 13 July 2017 (available at [http://www.finra.org/sites/default/files/2017\\_BC\\_Regulators\\_Forum.pdf](http://www.finra.org/sites/default/files/2017_BC_Regulators_Forum.pdf)). See also David Mills et al., Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement, Federal Reserve Board, Washington, D.C., Staff Working Paper – Finance and Economics and Discussion Series 2016-095 (available at <https://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016095pap.pdf>), and comments by ISDA Chief Executive Officer S. O’Malia, The Legal Aspects of Smart Contracts, on the efficiency potential of smart contracts, 9 August 2017 (available at <https://www.isda.org/2017/08/09/the-legal-aspects-of-smart-contracts/>).

22 See United Kingdom Financial Conduct Authority, Discussion Paper on distributed ledger technology (DP 17/3, London April 2017) (available at <https://www.fca.org.uk/publication/discussion/dp17-03.pdf>) for a regulatory sandbox approach, and the legislative proposal by the Liechtenstein Government: Vernehmlassungsbericht der Regierung betreffend die Schaffung eines Gesetzes über auf vertrauenswürdigen Technologien (VT) beruhende Transaktionsaktionssysteme (Blockchain-Gesetz; VT-Gesetz, VTG) (Vaduz 28 August 2018, available at <https://www.llv.li/files/srk/vnb-blockchain-gesetz.pdf>).

23 See L. Lessig, Code Version 2.0 (Basic Books 2006), 5, 77 et seq.; cf. Di Filippi/Wright, supra sub FN 5, at p. 74 et seq.

24 See the distinction between payment, utility and asset tokens by the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA): Swiss FINMA Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs) of 16 February 2018 (available at <https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung/>), and the assessment under what circumstances blockchain transactions need to attain ‘legal value’ (*valeur légale*): T. Bonneau/T. Verbiest, Fintech et Droit (EB Édition, Paris 2017), p. 77 et seq.

25 Cf. Vilarroig Moya/Pastor Sempere, supra sub FN 6, 178 et seq.

26 See infra sub III.3.

aspect to the legal analysis on blockchains<sup>27</sup>. Data protection law and the individual's 'right to be forgotten' are bound to shape the private law on blockchains<sup>28</sup>.

## 2. Outline of the Paper

This paper will first survey the current debate on smart contracts and whether the very nature of legal contracts generated by algorithms places them beyond judicial scrutiny. Regulatory intervention by supplying private law is predicated on the belief that private ordering may not always bring forth efficient results<sup>29</sup>. A pure private-ordering approach cannot explain under what circumstances contracts are capable of generating *erga-omnes* effects with a corresponding recognition under property law. The analysis will focus on blockchain statutes in off-shore jurisdictions and some U.S. states, before it turns to French legislation on mini-bonds and non-listed securities and the recent Liechtenstein draft law on blockchains. A final section on the challenges for regulators in the age of cross-border blockchains and data protection concludes.

## II. Private Law for Blockchains

### 1. Smart Contracts

Blockchains have the reputation of being faultless since they record any transaction between their users since the very first day of trading<sup>30</sup>. From the perspective of private contracting this seems to imply that any transaction recorded on the distributed ledger is immune from subsequently being challenged in court. This would extend to both, rules of substantive law and the law of civil procedure, including evidence of electronically stored 'facts'<sup>31</sup>. If the infallibility of blockchains and distributed ledger technology is carried to the extreme, this would also frustrate any meaningful attempt by regulators to

---

27 Regulation (EU) 2016/679 of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), O.J. L 119/1 of 4 May 2016.

28 For an introduction into the interface between data protection and blockchain technology: Finck, *supra* sub FN 5, p. 88 et seq.

29 Di Filippi/Wright, *supra* sub FN 5, at p. 185, suggest that governments should focus on influencing the underlying dynamics of blockchain controlled markets.

30 See Tapscott/Tapscott, *supra* sub FN 7, at p. 4 et seq. (on the trust function); Garapon/Lassègue, *supra* sub FN 15, at p. 140 et seq.

31 See Ibáñez Jiménez, *supra* sub FN 8, 56 et seq.



ensure compatibility with mandatory law, e.g. for the financial markets. Thus digitisation appears to accelerate the permanent de-stabilisation of law<sup>32</sup>.

The history of Bitcoin and its (more sophisticated) progeny demonstrates that forging algorithms and siphoning off virtual currencies from exchanges occur in spite of the proclaimed infallibility of the system<sup>33</sup>. Moreover, the infallibility claim rests on assumptions about smart contracts and the underlying algorithms which are debatable. Transactions via blockchains and distributed ledgers under ‘2.0 blockchain platforms’<sup>34</sup> are frequently predicated on initial negotiations between the parties, sometimes including an agreement with the organiser of a permissioned blockchain. These negotiations aim at implementing contractual stipulations via the blockchain and distributed ledger, but they also trigger an exercise in standardisation<sup>35</sup>. Contractual stipulations are converted into code, computer programmes, in order to generate a stable climate of enforcement and to avert violations of law. Thus, algorithms may also produce positive norm-stabilising effects<sup>36</sup>.

On the other hand, the digitisation of the market for global payment services highlights potential negative externalities from privately-controlled blockchain models: One of the major payment services provider, PayPal has made a plea for a ‘Smart Governance Cycle’ which relies on algorithms to speed up decision-making processes and to minimise the risk of intervening customer default by accelerating money transfers<sup>37</sup>. The upshot of this proposal is a scenario where regulatory intervention is inappropriate because ‘smart

---

32 But see also the nuanced approaches by Finck, *supra* sub FN 5, at p. 43 et seq., and by De Filippi/Wright, *supra* sub FN 5, at p. 196 et seq.

33 See the Mt. Gox insolvency: R.S. Grossman, *Something to like about bitcoin* (5 March 2014) (OUP blog, available at <https://blog.oup.com/2014/03/bitcoin-economics/>); A. Hern, *A history of bitcoin hacks*, *The Guardian online* 18 March 2014 (available at <https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/18/history-of-bitcoin-hacks-alternative-currency>).

34 See: Vilarroig Moya/Pastor Sempre, *supra* sub FN 6, at p. 60 et seq.

35 See the standardisation efforts in digitising contracts by the International Swaps and Derivatives Organization (ISDA), *ISDA/Linklaters, Whitepaper*, *supra* sub FN 16.

36 Finck, *supra* sub FN 5, at p. 43 et seq.

37 See PayPal’s Booklet on PayPal – A Smart Step: Putting Innovation at the Heart of Payments Regulation, at p. 16 et seq. (Brussels ebayEU Liaison Office, 2013, available at [https://www.paypalobjects.com/webstatic/en\\_US/mktg/public-policy/PayPal-Payment-Regulations-Booklet-EU.pdf](https://www.paypalobjects.com/webstatic/en_US/mktg/public-policy/PayPal-Payment-Regulations-Booklet-EU.pdf), p. 23 et seq.; PayPal/ebay Booklet, *21st Century Regulation – Putting Innovation at the Heart of Payments Regulation* p. 20 et seq. (Washington, D.C., 2013, available at [https://www.paypalobjects.com/webstatic/en\\_US/mktg/public-policy/PayPal-Payment-Regulations-Booklet-US.pdf](https://www.paypalobjects.com/webstatic/en_US/mktg/public-policy/PayPal-Payment-Regulations-Booklet-US.pdf)).

governance' addresses potential inefficiencies and negative externalities<sup>38</sup>, as code has become law<sup>39</sup>. Once a party has accepted a code, it might be taken to have renounced the right to attack in court the result of the code's workings, the digitised contract. This redefines the balance between the courts and digitisation, but it also changes the role of the judge who is thought to become just an executor of the smart contract, i.e. the computer programme<sup>40</sup>. Those who control the code have acquired the power to control the trade<sup>41</sup>.

The argument about the normative consequences emanating from a smart contract or even a digitised contract generated by blockchains and DLT suffers from a certain circularity. In the context of private contracting, whether by a traditional exchange of declaration of intent or by an automated contracting mechanism, parties can establish a legal order between themselves without third-party effects. But the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) has made it clear that consumer protection rules even apply in the context of digitisation and contracts concluded in an online scenario<sup>42</sup>. Thus, the very existence of an electronic contract generated by blockchain and DLT is unable to exclude regulatory intervention *per se*. Under Directive 2011/83/EU<sup>43</sup> consumers have a right to withdraw from an online contract, including contracts on the supply of digital content. *De facto*, this confers a right to challenge an online transaction on the basis of an error. As a corollary, it is unlikely that by applying for accession to a permissioned, privately-administered blockchain clearing system one of the parties renounces completely to having its rights enforced either by a court or by an arbitration procedure. In the context of consumer protection, the CJEU has observed

---

38 For an early assessment of „the perils of Being PayPal“: C. Kaminski, Online Peer-to-Peer Payments: PayPal Primes the Pump, Will Banks Follow?, 7 N.C. Banking Inst 7 N.C. Bank. Inst. 375 (380 et seq.) (2003).

39 Lessig, supra sub FN 23, 5, 77 et seq.; cf. Di Filippi/Wright, supra sub FN 5, at p. 74 et seq.

40 Garrapon/Lassègue, supra sub FN 93.

41 Lessig, supra sub FN 23, at p. 79.

42 CJEU judgment of 7 December 2010, joint cases no. C-585/08, Pommer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG, [2010] ECR I-12527; and no. C-144/09, Hotel Alpenghof GesmbH v. Oliver Heller, [2010] ECR I- 12527, and the analysis by D.J. Svantesson, Digital Contracts in Global Surroundings, in: S. Grundmann (ed.), European Contract Law in the Digital Age (Intersentia Cambridge 2018), 49 (at p. 75 et seq.).

43 Art. 6 of the Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, O.J. L 304/64 of 22 November 2011.

that consumers are entitled to having their day in court<sup>44</sup>. This is not to suggest that smart contracts and algorithms are automatically open to comprehensive scrutiny. Conversely, the assertion that blockchain codes and smart contracts, triggered by the operation of blockchain technology, automatically excludes any judicial scrutiny is not tenable either. As the mandatory rules of the new General Data Protection Regulation<sup>45</sup> unfold, the operation of smart contracts, blockchains, and decentralised ledgers and underlying 'legal' contracts may yet have to adapt irrespective from where they are located.

## 2. Oracles

In introducing digitisation to the international trade in derivatives and clearing processes the International Swaps and Derivatives Association (ISDA) has emphasised the need to distinguish between operational and non-operational clauses<sup>46</sup>. Clearing processes on the basis of smart contracts and distributed ledger technology can only operate if (automated) payments and deliveries under the respective contracts are triggered by pre-determined, well-defined events ("conditional logic")<sup>47</sup>. Smart contracts implementing a traditional, 'legal' framework contracts have to be conditioned on verifiable events, triggering the workings of an algorithmic programme without requiring a value judgment<sup>48</sup>. A smart contract may become operative if information has been received that an outside event has occurred<sup>49</sup>. Outside events requiring a judgment whether fulfilment of contractual obligations can be certified, defy easy translation into algorithms<sup>50</sup>. Such judgment may be retrieved from another distributed ledger, but it can also require the intervention of a so-called oracle where a human being decides. Conceivably, such an oracle could also be programmed to provide for private dispute solution or arbitration<sup>51</sup>.

---

44 See *supra* sub FN 42.

45 See *infra* sub III.4.

46 ISDA/Linklaters, Whitepaper, *supra* sub FN 16.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 See M. Kaulartz/J. Heckmann, *Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, Computer und Recht*, 9/2016, 618, and M. Bartoletti/L. Pompianu, *An empirical analysis of smart contract: platforms, applications, and design patterns* (18 March 2017) (available at <https://arxiv.org/pdf/1703.06322.pdf>).

50 ISDA/Linklaters, Whitepaper, *supra* sub FN 16.

51 De Filippi/Wright, *supra* sub FN 9, at p. 75. Dewey/Amuial/Seul, *supra* sub FN 15, § 2.5., caution, however, that the use of extrinsic information has to be shielded from manipulative practices

### III. Blockchain Statutes

#### 1. The Regulatory Problem

International banking consortia and clearing institutions have an interest in forging private cross-border standards in order to reap the benefits of digitisation, but also to circumvent the intricacies of conflicting national concepts. However, this private ordering approach faces its litmus test once a practical case ‘touches down’ on a national legal order. This is most likely to happen when trading via smart contracts, blockchains and distributed ledgers meets national mandatory law or attempts to cross the borderline between the law of obligations and property law. In June 2016, the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) decided that the international practice of adding and subtracting claims based upon a master agreement for netting was in breach of national insolvency law<sup>52</sup>. As a consequence of this holding, the parties to a series of contracts on derivatives would be obliged to modify their risk management strategies in order to comply with national insolvency law<sup>53</sup>. The German legislator quickly stepped in to remedy the court holding. The amended Insolvency Code classifies all claims and counter-claims as one single transaction, occurring before the initiation of proceedings<sup>54</sup>. This is a case where the legislator confers exclusionary third-party effects on a system of contracts under the law of obligations in order to escape creditors’ claims under insolvency law.

Both, the UNCITRAL Model on Electronic Commerce<sup>55</sup> and the EU Directive on e-commerce<sup>56</sup> approach the digitisation of offer and acceptance

---

52 Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court), judgment of 9 June 2016 (available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74978&pos=0&anz=1>).

53 See in this context art. 295 of the EU’s Regulation no. 575/2013 (corrigendum in O.J. L 321/6 of 30 November 2013) on prudential requirements for credit institutions and investment firms (recognition of contractual netting as risk reducing) (available at <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:321:0006:0342:EN:PDF>), and BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht), H. Thonfeld, Netting-Klauseln: Rechtssicherheit für Rahmenverträge über Finanztermingeschäfte (16 January 2017) (available at [https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa\\_bj\\_1701\\_Netting\\_Klauseln.html](https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1701_Netting_Klauseln.html)).

54 See amended s. 104 of the German Insolvency Code.

55 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998 (available at [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf)).

56 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal

by expanding traditional concepts of private contracting. The EU's Regulation on electronic identification and trust services for electronic transactions acknowledges that digitised contracting challenges also evidentiary standards, but does not yet reflect on evidentiary standards or third-party effects of electronic records<sup>57</sup>. The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records<sup>58</sup> refrains from laying down rules of substantive law<sup>59</sup>. But it relies on an analogy between transferable documents or instruments and electronic transferable records, including distributed ledgers (blockchain)<sup>60</sup>. Moreover, the UNCITRAL Model Law appears to place electronic (negotiable instruments) instruments in the realm of negotiable instruments, and hence, tangible assets<sup>61</sup>. The transfer of an electronic asset recorded in a distributed ledger is perfected (with *erga-omnes* effects) once the transferee acquires control over the electronic transferable record, i.e. the access code, from the transferor<sup>62</sup>. In commenting on the blockchain-based investments for securities, the Swiss FINMA emphasises that the commodification of electronic signals is a gradual process: Cryptocurrencies exclusively used for payment purposes will not transcend the borderline between the law of contract and property law. Specific electronic keys, utility tokens, do not qualify as securities as long as they provide for digital access rights only<sup>63</sup>. Asset tokens, electronic commodities, may represent physical assets to be traded via blockchains. Such tokens are similar to equities, bonds or derivatives. They attain legal status with *erga-*

---

Market (Directive on electronic commerce), O.J. L 178/1 of 17 July 2000 (available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>).

57 Regulation (EU) 910/2014 of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market, O.J. L 257/73 of 28 August 2014.

58 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Press Release UNIS/L/251 of 17 July 2017, UN Commission on International Trade Law adopts the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (available at <http://www.unis.univie.ac.at/unis/en/pressrels/2017/unisl251.html>); UNCITRAL Explanatory Note on the Model Law (13 July 2017) (available at [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/2017model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2017model.html)).

59 Art. 1 para. 3 of the Model Law.

60 Ibid.

61 K. Takahashi, Implications of the Blockchain Technology for the UNCITRAL Works, in: Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development - Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law Vienna July 2017, p. 81 et seq. (available at [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/17-06783\\_ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/17-06783_ebook.pdf));

62 See commentary on art. 11 of the Model Law.

63 See supra sub FN 24, at 3.2.2.

*omnes* effects if digitally recorded on a blockchain, clearing the way for mass standardised trading<sup>64</sup>.

## 2. Blockchain Laws in the US

Various states in the U.S. have enacted blockchain statutes. In fact, the legislative development of the past five years have generated several generations of blockchain enactments. Contrary to their European counterparts, most statutes go beyond prescribing specific rules for FinTech investments via blockchain technology. As a matter of legislative technique, U.S. blockchain statutes attempt to expand the regulatory framework proposed by the Uniform Electronic Transactions Act of 1999<sup>65</sup>.

A 2018 New York bill on the creation of distributed ledger technology and business entities that develop such technologies expressly defines “distributed ledger technology” *inter alia* “[as] mathematical secured, chronological, and decentralized consensus ledger or database, whether maintained via internet, interaction, peer-to-peer network, or otherwise used to authenticate, record, share and synchronize transactions in their respective electronic ledgers or databases”<sup>66</sup>. A proposed 2018 amendment to the New York technology law introduces an interesting analogy to the law of contracts. Signatures secured through blockchain technology and smart contracts will be deemed to be in electronic form and, therefore capable of bringing forth a contract. The envisaged amendment carries this approach even further. Although not necessarily triggered by specific *ad-hoc* statement, smart contracts are recognised in commerce and contract will remain valid and enforceable. There is a somewhat opaque passage in the draft statute reflecting on property law aspects of blockchain technology. Ownership of information will not be lost even if such information is processed by blockchain technology<sup>67</sup>.

---

64 Ibid.

65 National Conference of Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Electronic Transactions Act (1999) (available at <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>).

66 New York Assembly Bill A 10854 of 23 May 2018, relating to the development and creation of distributed ledger technology and business entities that develop such technology (available at <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2017/a10854>).

67 New York Senate Bill S 8858 (2017-2018 Legislative Session), allowing signatures secured through blockchain technology to be considered an electronic signature (available at <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2017/s8858>).

Arizona and Tennessee<sup>68</sup> have chosen a comparable approach. The Arizona statute expressly observes that “the data on the ledger is protected with cryptography, is immutable and auditable and provides an uncensored truth”<sup>69</sup>. Arizona law tacitly acknowledges that blockchain technology and smart contracts create property law effects. Blockchain technology is understood to include tokenised crypto-economics, electronic certificates evidencing ownership of an information or an asset. ‘Smart contracts’ within the meaning of the statute are “event-driven programs” that “can custody over and instruct transfer of assets on ... [a] ledger”<sup>70</sup>.

Vermont law defines a ‘participant’ in a blockchain as a “person in control of any digital asset native to the ... blockchain technology”<sup>71</sup> without specifying the criteria for ‘control’. What is still unclear under these blockchain statutes how valid smart contracts triggering commercial transactions can be reconciled with the traditional notion of freely negotiated private law contracts. The Wyoming 2018 law has moved into the property law effects of blockchains by providing for ‘open blockchain tokens’ in exchange for the receipt of goods, services or content, including rights of access thereto<sup>72</sup>.

---

68 See § 47-10-201 et seq. of the Tennessee Code Annotated (State of Tennessee, 110th General Assembly, 2017-2018, SB 1662, public chapter no. 591, available at <https://legiscan.com/TN/text/SB1662/2017>).

69 44-7061 Arizona Statutes (as amended by Arizona House of Representatives Bill HB 2417 (53rd Legislature, First Regular Session 2017, available at <https://www.azleg.gov/legtext/53leg-1r/bills/hb2417p.pdf>).

70 Ibid.

71 12 V.S.A. § 1913 (2) (A) (available at <https://law.justia.com/codes/vermont/2016/title-12/chapter-81/section-1913>).

72 See the of an ‘open blockchain token’ in § 17-4-206 (e) of the Wyoming Statutes:

(e) *As used in this section, "open blockchain token" means a digital unit which is:*

(i) *Created:*

(A) *In response to the verification or collection of a specified number of transactions relating to a digital ledger or database;*

(B) *By deploying computer code to a blockchain network that allows for the creation of digital tokens or other units; or*

(C) *Using any combination of the methods specified in subparagraphs (A) and (B) of this paragraph.*

(ii) *Recorded in a digital ledger or database which is chronological, consensus-based, decentralized and mathematically verified in nature, especially relating to the supply of units and their distribution; and*

(iii) *Capable of being traded or transferred between persons without an intermediary or custodian of value.*

However, if the token at the time of sale is not ready for ‘consumptive purposes’ the buyer is barred from reselling prior to maturity<sup>73</sup>.

Several states have enacted specific provisions on the evidentiary value of distributed ledgers. These are intended to address problems of property law, but they also relate to burden-of-proof problems when blockchain technology reaches the courts. Generally, information stored on a distributed ledger can be classified as duly registered in an electronic record. Under a lenient regulatory approach transactions via blockchains and smart contracts should be recognised. Nonetheless, the parties may occasionally request a print-out of the respective agreement<sup>74</sup>. State legislators have decided to replace physical registers of shareholders by blockchain technology<sup>75</sup>. Conceivably, blockchain technology can also be employed to generate electronic proxies for voting in the general meetings of shareholders, as long as the holder of an electronic share registered on a distributed ledger can be identified<sup>76</sup>.

A Vermont 2016 statute provides for rules of evidence if ‘a digital record electronically registered in a blockchain’ reaches litigation<sup>77</sup>. Such record shall be considered as self-authenticating if accompanied by a written declaration under oath by a qualified person, certifying the propriety of the use of blockchain technology<sup>78</sup>. The statute carries a presumption that a record verified through blockchain technology is authentic. Nonetheless the presumption does not cover the truthfulness, the validity or legal status of the contents of the fact or record<sup>79</sup>. A Michigan 2018 draft bill challenges the com-

---

73 § 17-4-206 (a) (3) of the Wyoming Statutes.

74 New Jersey Statute Senate Bill No. 2462, 218th Legislature 2018 (available at <https://legiscan.com/NJ/text/S2462/2018>).

75 See e.g. Delaware State Senate Bill no. 69 (149th General Assembly) amending § 151 (f) Title 8 of the Delaware Code (available at <https://legis.delaware.gov/json/BillDetail/GenerateHtmlDocument?legislationId=25730&legislationTypeId=1&docTypeId=2&legislationName=SB69>), and Arizona House of Representatives, Chapter 122 House Bill 2603 (53th Legislature, Second Regular Session 2018), amending §§ 10-140 and 44-7003 Arizona Revised Statutes (available at <https://legiscan.com/AZ/text/HB2603/id/1718691>).

76 See Wyoming House of Representatives Bill HB 0101 (64th Legislature 2018 Budget Session), amending the state’s Business Corporation Act (available at <https://www.wyoleg.gov/Legislation/2018/HB0101>).

77 12 V.S.A. § 1913 (see supra sub FN 71).

78 12 V.S.A. § 1913 (b) (1).

79 12 V.S.A. § 1913 (b) (4).



mon belief that blockchains cannot be forged: The alteration of a record made utilising distributed ledger technology shall be declared a felony<sup>80</sup>.

### 3. Europe – National Blockchain Codifications

On the European Union level, the growing importance of blockchains has not yet triggered legislative activities. The EU Commission has supported the establishment of advisory bodies. Both, the European Blockchain Partnership<sup>81</sup> and the EU Blockchain Observatory & Forum<sup>82</sup> are to collect factual evidence and to sharpen the awareness where regulatory intervention might be apposite. So far, the only major jurisdiction to have moved for rules on trading certain securities via blockchains with *erga-omnes* is France<sup>83</sup>. On the other hand, some minor European jurisdictions have embraced blockchain statutes to enhance their attractiveness as an off-shore centre for digitised finance.

#### *a. Gibraltar*

The 2017 Gibraltar Regulations on Financial Services (Distributed Ledger Technology) specify that DLT may be used “for storing and transmitting value belonging to others”<sup>84</sup>. However, from the perspective of a civilian lawyer it remains unclear what property status the ‘values’ have which are stored on distributed ledger. Apparently, ‘value’ can be both, a piece of property, but also “rights or interests, with or without related information, such as agreements or transactions for the transfer of value or its payment, clearing or settlement”<sup>85</sup>.

#### *b. Malta*

In July 2018, Malta passed the Digital Innovation Authority Act<sup>86</sup> in an attempt to develop the innovative technology sector while protecting consu-

---

80 Michigan House Bill No. 6257 of 12 June 2018 (available at [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(mws4vloduoupi33tzbtkhlnv\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objectname=2018-HB-6257](https://www.legislature.mi.gov/(S(mws4vloduoupi33tzbtkhlnv))/mileg.aspx?page=getobject&objectname=2018-HB-6257)).

81 See 2018 Declaration on European Partnership on Blockchain (available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-countries-join-blockchain-partnership>).

82 Website at <https://www.eublockchainforum.eu/>.

83 See *infra* sub III.3.e.

84 Gibraltar Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2017 (Schedule 1 Amendments to the Principal Act) (LN. 2017/204) (available at <http://gibraltar-laws.gov.gi/articles/2017s204.pdf>).

85 *Ibid.*

86 Ch. 591 of the laws of Malta (available at <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12873&l=1>).

mers, investors and the integrity of the market<sup>87</sup>. To implement this regulatory policy choice, the Malta legislator adopted the Virtual Financial Assets Act<sup>88</sup> which allows for initial offerings of virtual financial assets on distributed ledger facilities<sup>89</sup>. Initial offerings of virtual financial assets shall be accompanied by ‘whitepaper’ which serves as an abridged prospectus. Initial offerors and other providers of services must be licensed<sup>90</sup>. S. 2 (2) of the Malta Virtual Financial Assets Act, defines a “DLT asset” as a virtual token, a virtual financial asset, electronic money or a financial instrument. The statute makes it clear that “ ‘assets’ mean[...] movable and any immovable property of any kind”<sup>91</sup>.

### c. Monaco

Monaco’s draft law on blockchains is clearly motivated by competitive concerns<sup>92</sup>. The preparatory report notes the legislative and regulatory developments in ‘blockchain-friendly’ jurisdictions<sup>93</sup>. The statute is intended to apply to cryptocurrencies, blockchains, smart contracts and algorithmic processes and, by implication, to cryptoassets<sup>94</sup>. Art. 2 of the draft law defines ‘smart contracts’ as mechanism for moving value or informations via a blockchain. In the language of the draft statute smart contracts are ‘legal acts’ (*actes juridiques*) which are capable of generating consequences in law and are, as such, subject to the law of contracts<sup>95</sup>. The Monaco draft statute recognises the legal ‘value’ of smart contracts, but does not subscribe to the notion that ‘code is law’. Regrettably, the draft does not explain how principles of contract law may impinge on smart contracts. On the other hand, art. 3 of the

---

87 See s. 3 of the Act.

88 Virtual Financial Assets Act 2018, ch. 590 of the laws of Malta (available at <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12872&l=1>). In force since 1 November 2018 (Times of Malta, 4 November 2018, available at <https://www.timesofmalta.com/articles/view/20181104/business-news/the-virtual-financial-assets-act-enters-into-force.693392>).

89 s. 3 et seq. of the Act.

90 s. 3 (4) of the Act.

91 S. 2 (2) of the Act.

92 See Conseil National de Monaco, Proposition de loi no. 237, 4 December 2017 (available at <http://www.conseil-national.mc/index.php/textes-et-lois/propositions-de-loi/item/600-237-proposition-de-loi-relative-a-la-blockchain>).

93 Ibid.

94 Art. 1 of the Dispositif No. 237 (Texte consolidé, 14 December 2017) (available at <http://www.conseil-national.mc/index.php/textes-et-lois/propositions-de-loi/item/600-237-proposition-de-loi-relative-a-la-blockchain>).

95 Art. 2 of the draft statute

draft law recognises that smart contracts are capable of creating *erga-omnes* effects. The Monaco draft statute attempts to accommodate the ubiquity of blockchain systems by adopting an ‘effects-approach’: Monaco’s law shall be applicable to blockchains, smart contracts and algorithmic processes if the establishment of the foregoing takes place in the principality or produces effects therein (art. 5)<sup>96</sup>. Art. 7 of the blockchain draft statute opts for a regulatory-sandbox approach under the auspices of newly organised ‘Autorité Monégasque des Blockchains’<sup>97</sup>.

#### *d. Luxembourg*

Earlier this year, Luxembourg amended the law on circulating securities in reaction to the growing influence of blockchain trading on the financial markets<sup>98</sup>. In a seemingly inconspicuous manner, the legislator opted for an analogy in order to pave the way for digitised finance via centralised and distributed ledgers<sup>99</sup>. In fact, the analogy expands the electronic registration mechanism for intermediated securities to include blockchain-based trading of securities. The legislative report classifies blockchain-based securities as a category of dematerialised securities<sup>100</sup>. As a corollary, Luxembourg law accepts the concept of tokens, cryptographic assets, stored centrally or on a distributed ledger. Tokens are capable of generating the same *erga-omnes* effects as any other electronic security<sup>101</sup>. Although the new law remains silent on contract law aspects of this tokenisation, trading of securities via blockchains shall be considered as normal bank transfers<sup>102</sup>. Arguably, this seems to suggest that traditional private law principles shall prevail even if trading is undertaken with the help of smart contracts.

---

96 Ibid.

97 Ibid.

98 Loi of 1 March 2019 portant modification de loi modifiée du 1er août 2001 concernant la modification la circulation de titres, Mémorial A no. 111 de 2019 (5 March 2019, available at <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2019/03/01/a111/jo>); see also report by A. Alexandre, Luxembourg Passes Blockchain Bill into Law, Cointelegraph 14 February 2019 (available at <https://cointelegraph.com/news/luxembourg-passes-blockchain-framework-bill-into-law>).

99 Art. 18bis of the Loi modifiée du 1er août 2001 concernant la circulation des titres (supra FN 98).

100 See Luxembourg Chambre de Députés, Session ordinaire 2017-2018, Projet de loi no. 7363 (6 November 2018) (available at [https://www.chd.lu/wps/PA\\_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=C9D0C9CB5AC1682F8AD1DC36175252FF26530FBAB20F896BDEC2D74A3FBAB31A3C2CAC62A625123D0A0B697273B03BC6\\$7517CFC69E1CF4D4FAD36945BC69A3E3](https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=C9D0C9CB5AC1682F8AD1DC36175252FF26530FBAB20F896BDEC2D74A3FBAB31A3C2CAC62A625123D0A0B697273B03BC6$7517CFC69E1CF4D4FAD36945BC69A3E3)).

101 Ibid.

102 Ibid.

*e. France*

On a limited scale, French law has also acknowledged the crucial importance of property-law effects of transaction engineered by blockchains and distributed ledgers. The French ‘Ordonnance’ no. 2016-520 of 28 April 2016<sup>103</sup> authorises non-listed companies to issue minibonds via crowdfunding platforms<sup>104</sup>. In order to facilitate authentication of transactions, crowdfunding companies shall be entitled to rely on DLT<sup>105</sup>. An amendment to the Code Monétaire et Financier specifies that the transfer of property of a minibond results from entering the assignment of title in the blockchain<sup>106</sup>. The assignment via blockchain technology substitutes a written contract for the assignment of title to a minibond<sup>107</sup>. It is clear from the wording of the statute that the establishment of a blockchain<sup>108</sup> serves to replace the physical register of transactions in the shadow of the existing law of assignment of titles, and thus creates third-party effects under property law<sup>109</sup>. In December 2018, a decree was issued setting out the technical requirements of distributed led-

---

103 Ordonnance no. 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse, JORF no. 101 du 29 avril 2016 (texte no. 16).

104 H. de Vauplane, RTDF No. 2 – 2016, 64 et seq.

105 BNP Paribas Press Release of 19 September 2016, BNP Paribas Securities Services renforce sa plateforme blockchain pour les titres d’entreprise non cotés (available at <https://group.bnpparibas/communique-de-presse/bnp-paribas-securities-services-renforce-plateforme-blockchain-titres-entreprises-cotees>).

106 See art. 2, section 2 (L-223-12; L-223-13) of the Ordonnance no. 2016-520:

*Art. L. 223-12:*

*Sans préjudice des dispositions de l’article L. 223-4, l’émission et la cession de minibonds peuvent également être inscrites dans un dispositif d’enregistrement électronique partagé permettant l’authentification de ces opérations, dans ces conditions, notamment de sécurité’, définies par décret en Conseil d’État.*

*Art. L. 223-13*

*Le transfert de propriété de minibonds résulte de l’inscription de la cession dans le dispositif d’enregistrement électronique mentionné à l’article L. 223-12, qui tient lieu de contrat écrit pour l’application des articles 1321 et 1322 du code civil. A défaut, par dérogation aux dispositions de l’article 1323 de ce code, le transfert de propriété de minibonds résulte de leur inscription au nom de l’acquéreur dans le registre prévu à l’article L. 223-4... .*

107 Ibid.

108 See H. de Vauplane, Le financement des entreprises par la *blockchain* : le cas des «minibonds», RTDF No. 2 – 2016, 64 (66).

109 ‘opposable aux tiers’: see the press release of the French Ministry of Finance, Direction générale du trésor, Modernisation du régime des bons de caisse, Paris 27 May 2016 (available at [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/13778\\_modernisation-du-regime-des-bons-de-caisse](https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/13778_modernisation-du-regime-des-bons-de-caisse)).

gers<sup>110</sup>. In reiterating a commentary to the UNCITRAL model on electronic transferable records, the decree requires that ledger allow directly or indirectly the identification of the owner of the securities<sup>111</sup>. This acknowledges the tokenisation of electronic trading via blockchains and distributed ledgers, but it also emphasises that non-physical transactions are capable of generating *erga-omnes* effects. Comparable to requirements for intermediated securities the decree provides for owners' access to statement of transactions undertaken with this technology. A new law to be enacted during the first half of 2019 is scheduled to introduce rules for initial coin offerings<sup>112</sup>, similar to the initial offer of virtual assets under Maltese law. So far, France appears to be the only European jurisdiction where the impact of the new Data Protection Regulation on blockchain laws has been assessed by the national data protection authority<sup>113</sup>.

#### *f. Liechtenstein*

The Liechtenstein draft law on blockchain technology undertakes to reconcile traditional property law concepts with the (new) requirements of digital units registered on a distributed ledger and the rights pertaining to these digital units. A 'token' evidences the right to dispose of an asset registered in digital form on an asset. The owner of the token is therefore entitled to introduce the digital asset into a commercial transaction (including the market for securities). The Liechtenstein draft law introduces the 'physical validator', an institution mildly reminiscent of the functions of an oracle or a central counterparty. The physical validator is responsible for facilitating the trajectory from a digital asset to a physical entity recognised as a thing under the

---

110 Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons (available at <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037852460&dateTexte=20190104>).

111 Ibid.

112 See Assemblée Nationale, 15e Législature, Rapport no. 1237 – Tome I, comment on art. 26 of the Loi Pacte (available at <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r1237-tl.pdf>); for the accounting treatment of initial coin offerings see Autorité des Normes Comptables, Règlement no. 2018-07 of 10 December 2018 (available at [http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/ANC/1.%20Normes%20fran%c3%a7aises/Reglements/2018/Reglt\\_2018\\_07/Reglt\\_2018-07\\_ICO\\_jeton.pdf](http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/ANC/1.%20Normes%20fran%c3%a7aises/Reglements/2018/Reglt_2018_07/Reglt_2018-07_ICO_jeton.pdf)).

113 Commission Nationale Informatique et Libertés, Premiers éléments d'analyse de la CNIL – Blockchain (September 2018, available at [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/la\\_blockchain.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/la_blockchain.pdf)).

Liechtenstein law of property<sup>114</sup>. In fact, the physical validator certifies the existence of a token and is required to defend the legal existence of a token<sup>115</sup>. In this, Liechtenstein law will expect the physical validator to assume the role of a trustee administering the rights of the owner of the token. Although this (projected) legislative approach appears to be somewhat convoluted, it intends to bear in mind the specificities of blockchains and DLT. Beyond individualisation by time-stamps and a registration code, digital units and their owners remain anonymous<sup>116</sup>. The physical validator with his certifying function takes the role of both a trustee protecting the rights of the owner of a digital asset and the creative link between a non-physical asset and a thing in the sense of property law<sup>117</sup>.

#### g. *The Swiss Regulatory Approach*

Switzerland has decided not to intervene in the developing blockchain industry by mandatory law. Nonetheless, Swiss capital market authorities apply an analogy with existing securities regulation in order to confer third-party effects on tokens. A study by the Swiss Federal Government notes that tokens as such are creatures of the law of contract, generally unable to produce *erga-omnes* effects<sup>118</sup>. Nonetheless, the Swiss government favours an instrumentalist approach. If a token can be assimilated to an existing right of value, recognised by the existing law as endowed with third-party effects (*Wertpapier*), it becomes freely tradable as a ‘thing’<sup>119</sup>. Ultimately, this turns into an issue of how much discretion capital market administrators enjoy in interpreting statutes without an express authorisation to stretch the law to accommodate blockchain and distributed ledger technology<sup>120</sup>.

#### h. *The United Kingdom*

The United Kingdom Financial Conduct Authority (FCA) has decided against premature regulation. Whilst emphasising an attitude of technological

114 See p. 60 of the Vernehmlassungsbericht, supra sub FN 22.

115 Ibid., at p. 61 et seq.

116 Ibid., at p. 62 et seq.

117 See artt. 20 of the Liechtenstein draft law on blockchains.

118 See supra sub FN 10.

119 See 3.2. of the Swiss FINMA Guidelines, supra sub FN 24.

120 In a German criminal law case against a bitcoin exchange which had offered exchange services without an appropriate license to handle financial instruments, the Berlin court of appeal refused to uphold a sanction because there was no statutory basis to classify bitcoins as financial instruments: Kammergericht, judgment of 25 September 2018, Neue Juristische Wochenschrift 2018, 3734.

neutrality the FCA explores emerging business models, their competitive effects and potential risks to market integrity and consumers. The FCA pursues a regulatory sandbox approach whereby applicant firms are certified by the authority to participate in this programme and supply information on their experiences<sup>121</sup>. Current sandbox use cases include cross-border payment schemes with an intermediate, digital currency, issuance processes for short-term debt processes, share management and corporate governance mechanisms, and automated verification of documents<sup>122</sup>.

The problematic relationship between the law of contracts and assets stored on a distributed ledger has not gone unnoticed to common law scholars. Especially, in the scenario of a permissioned blockchain and DLT where participants have to apply for access, it might be considered that a trust is created<sup>123</sup>, charged with administering the digital assets. This would solve concerns with respect to third-party claims as the rights pertaining to digital assets would generate *erga-omnes* effects. The Liechtenstein draft law on blockchains is inspired by trust law thinking, but it expressly provides for the establishment of a physical administrator discharging *de facto* a trustee's duties<sup>124</sup>. In view of the current Master Agreements and their prospective digital successors operating on the basis of a blockchain and distributed ledgers it is, however, unlikely that a trust could be construed. Moreover, the first generation of blockchain statutes appear to suggest that legislators are cautious about recognising third-party effects of (digitised) contracts on digital assets in a broad brush mood.

#### 4. The EU's General Data Protection Regulation

When the legislative authorities of the European Union began to draft the General Data Protection Regulation they were guided by the paradigm of centralised data storage and the need to protect the interest of those potentially affected by data storage mechanisms<sup>125</sup>. Blockchain and distributed ledger technology is difficult to reconcile with the legislative of the new data protec-

---

121 See FCA Discussion Paper, supra sub FN 3.

122 See comments on sandbox use cases in FCA, Distributed Ledger Technology – Feedback Statement on Discussion Paper 17/03 (FS 17/4, London December 2017) (available at <https://www.fca.org.uk/publication/feedback/fs17-04.pdf>).

123 See R. Herian, Blockchain and the (re)imagining of trusts jurisprudence, 26 (5) Strategic Change 453 (459.) (2017)

124 See supra sub III.3.f.

125 Finck, supra sub FN 5, at p. 88 et seq.

tion regulation<sup>126</sup>. In fact, decentralised storage of personal data is crucial for assuring the efficiency of distributed ledger system which operates in the context of smart contracts and artificial intelligence. As the use of blockchain technology spreads there should be a growing awareness that the scope of potential data controllers, and hence addressees of the data protection regulation is much larger than initially thought<sup>127</sup>. Notaries using blockchain technology for notarisation and mortgage conveyances are also deemed to be data controllers and should adopt specific data protection measures for their clients. Likewise, if the participants of public, permissionless blockchains are classified members of a rudimentary partnership, they might also be thought to assume the role of data controllers, potentially liable to fines in case of breach of the obligations under the data protection regulation. As the data protection regulation imposes duties of minimisation and modification, it is difficult to see how this requirement can be implemented in a blockchain context. Moreover, it is as yet a matter of speculation whether art. 17 of the data protection regulation and its right to be forgotten ('right to erasure') pose a threat to blockchain technology, or whether the system of distributed ledgers constitutes the embodiment of data sovereignty<sup>128</sup>. The French Data Protection Authority has warned against the potential risks of being a data controller. A group of participants envisaging the operation of a blockchain system should consider the establishment of legal person operating the chain, thereby avoiding direct personal liability<sup>129</sup>. Moreover, in operating a blockchain smart contracts should so devised that stores data will remain in the ledger for evidentiary purposes, but will not be accessible to every participant of the system<sup>130</sup>. However, according to the French Authority, the information storage mechanisms of blockchains and distributed ledgers are not illegal per se<sup>131</sup>. What needs to be averted, is the potential for human intervention and access to the information<sup>132</sup>. It is also unclear whether a data controller retains this quality as soon as artificial intelligence takes over, producing results unforeseen by the data controller.

---

126 EU Blockchain Observatory and Forum, *Blockchain and the GDPR* (Thematic Report – 16 October 2018), at p. 17 et seq.) (available at [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016\\_report\\_gdpr.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016_report_gdpr.pdf)).

127 See Finck, *supra* FN 5, at 99 et seq.

128 *Ibid.*, at p. 113 et seq.

129 See *supra* FN 113.

130 *Ibid.* See also the principles developed by the EU Blockchain Observatory and Forum, *supra* sub FN 126, at p. 28 et seq.

131 *Ibid.*

132 Cf. Finck, *supra* FN 5, at p. 108.



## 5. Blockchains – A Challenge for Private Law and Regulators

Blockchains have emancipated themselves from their early cryptocurrency beginnings. Blockchain technology is the cornerstone of FinTech. But blockchain applications go well beyond electronic trading via a finance platform. They operate as to introduce digitisation into asset management, production processes in industry<sup>133</sup>, land registry with electronic mortgages<sup>134</sup> and e-notarisation, and e-government<sup>135</sup>. Blockchain technology will also be decisive for integrating the internet of things into daily life applications<sup>136</sup>.

The current regulatory debate on blockchains oscillates between intervention and leniency<sup>137</sup>. In this context, it is often overlooked that blockchains, distributed ledgers and smart contracts challenge traditional law beliefs<sup>138</sup>. A more comprehensive approach is necessary, combining insights from digital processes with law of contract, liability and property law principles. This may usher in special liability rules for those who do nothing more than generating electronic signals to be stored ledgers<sup>139</sup>. Moreover, rules of property law and capital market regulations will have to be modified in order to advance the commodification of electronic signals, conferring on them the status of a ‘thing’ or, a financial instrument. The upcoming debate on the European General Data Protection Regulation suggests that liability concepts under data protection law and the private law on blockchains need to be calibrated. Moreover, a comprehensive legal approach towards blockchain technology will also have to consider that the involvement of artificial intelligence reshapes established causation and liability concepts<sup>140</sup>.

---

133 See survey in the FCA Feedback Statement, *supra* sub FN 122.

134 See the report in: Coincentral, D. Hamilton, Blockchain Land Registry: The New Kid on the Block (11 January 2019, available at <https://coincentral.com/blockchain-land-registry/>).

135 See Report by the United Kingdom House of Lords, Distributed Ledger Technologies for Public Good: leadership, collaboration and innovation (London 2017), at p. 18 et seq. (available at [http://chrisholmes.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Distributed-Ledger-Technologies-for-Public-Good\\_leadership-collaboration-and-innovation.pdf](http://chrisholmes.co.uk/wp-content/uploads/2017/11/Distributed-Ledger-Technologies-for-Public-Good_leadership-collaboration-and-innovation.pdf)).

136 See M. Conoscenti et al., Blockchain for the Internet of Things: a Systematic Literature Review, Conference Paper, 2016 IEEE/ACS 13th Conference of Computer Systems and Applications (AIC-CSA) (available at <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=7945805>).

137 See *supra* sub III.3.h. on the regulatory sandbox approach.

138 For an analysis in the context of secured transactions: T. Rodríguez de las Heras Ballell, Digital Technology-based Solutions for Enhanced Effectiveness of Secured Transactions Law: The Road to Perfection?, 81 L. & Contemp. Prob. 21 (34 et seq.) (2018).

139 See Ibáñez Jiménez, *supra* sub FN 8, at p. 284 et seq.

140 See e.g. US Federal Trade Commission Press Release (27 February 2017), Third FinTech Forum to discuss artificial intelligence and blockchain (available at <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/busi->

The UNICTRAL Model Law does not offer much guidance on private international law principles<sup>141</sup>, although it opts for the cross-border recognition of electronic transferable records. The principle of cross-border recognition is subject to an important qualification. If the host state does not recognise electronic transferable records, it is not bound by the Model Law to recognise a foreign electronic transferable record. Likewise, neither the point of access to the information nor a specific electronic do justify acceptance of jurisdiction of a specific country<sup>142</sup>. If the ‘country of origin’ rejects the notion of electronic transferable records, the (foreign) host state may nonetheless acknowledge a foreign electronic record if its own domestic legal order does so<sup>143</sup>. This stipulation supports legislative policies by (off-shore) jurisdictions which have enacted or are likely to enact blockchains statutes as an instrument to attract foreign business. Moreover, meaningful private law rules on blockchain technology (including the commodification of ‘electronic signals’) and, if necessary, corresponding capital market rules provide an incentive for opting for a jurisdiction which favours digitisation and protects investors. On the other hand, permissionless, decentralised ledgers continue to be a challenge for practitioners. Art. 14 of the Model Law emphasises that the very location of the information system (with DLT) does not establish a presumption in favour of a place of business. But even the combination of blockchain technology and smart contracts is unable to overcome the barriers imposed by mandatory law.

For practical purposes, private international law problems may lose some of their relevance as blockchains and associated platforms structures fre-

---

ness-blog/2017/02/third-fintech-forum-discuss-artificial-intelligence); for a healthcare perspective: P. Mamoshina et al., *Converging blockchain and next-generation artificial intelligence technologies to decentralize healthcare and accelerate biomedical research and healthcare*, *Oncotarget*. 2018 Jan 19; 9(5): 5665 et seq. (available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5814166/>).

141 See art. 19 para. 2 of the Model Law

*Nothing in this Law affects the application to transferable records of rules of private international law governing a transferable document or instrument.*

142 See art. 14 (Place of Business) of the Model Law:

*1. A location is not a place of business merely because that is:*

*(a) Where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with electronic transferable records or located; or*

*(b) Where the information system may be accessed by other parties.*

*2. The sole fact that a party makes use of an electronic address or other element of an information system connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country.*

143 Commentary on art. 19 para 1 of the Model Law (supra sub FN 55).

quently operate as permissioned, private systems<sup>144</sup>. Admission to such a platform structure is granted by those who devised or run the platform, frequently assuming the role of gatekeepers. The U.S. Finra opines that the governance structure of a private network with DLT is crucial for the success of digitisation<sup>145</sup>. Moreover, the governance structure should also provide for a clear definition of responsibilities for handling emergencies or disruptions or deficiencies of the blockchain<sup>146</sup>. Finra's concern for specific governance mechanisms extends to introducing basic requirements for the operational structure of an automated trading platform, including access and off-boarding criteria, documentation of the undertakings of each participant, and electronic validation requirements<sup>147</sup>. Ultimately this requires an assessment whether the private law rules for permissioned blockchains are capable of averting externalities without regulatory intervention.

---

144 See the analysis of private blockchains in Vilarroig Moya/Sempere, *supra* sub FN 6, pp. 61, 71 et seq.

145 See: US Financial Industry Regulatory Authority (Finra), Regulators Forum on Distributed Ledger Technology (DLT), 13 July 2017 (available at [http://www.finra.org/sites/default/files/2017\\_BC\\_Regulators\\_Forum.pdf](http://www.finra.org/sites/default/files/2017_BC_Regulators_Forum.pdf)).

146 *Ibid.*

147 *Ibid.*

Др Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)\*

## СМИСАО И ДОМЕН ПРИМЕНЕ РЕГУЛАТИВЕ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА\*\*

### Резиме

*У овом раду аутор анализира опште услове пословања, који се другачије означавају и као општи услови уговора или стандардни услови уговора. Први, уводни део рада је посвећен приказу различите терминологије и различитог појмовног одређивања општих услова пословања. У том погледу, аутор предлаже прихватање свеобухватне дефиниције општих услова пословања, која би покрила све случајеве где је оправдано примењивати исти правни режим. Следећи део рада се бави разлозима за посебно правно уређење општих услова пословања, који се тичу злоупотребе преговарачке моћи и делимичног неуспеха тржишта. Коначно, у последњем делу рада је објашњен домен примене правила о општим условима пословања, путем детаљне анализе елемената овог појма, које чине: 1. услови уговора, 2. унапред формулисани за већи број уговора, 3. једнострано наметнути другој уговорној страни, 4. осим ако је реч о посебним погодбама.*

**Кључне речи:** *општи услови пословања, општи услови уговора, индивидуално преговарање, посебне погодбе.*

### I Увод

У савременом пословању привредни субјекти редовно користе стандардизоване уговорне одредбе при закључивању већег броја истоверних уговора. Таква пракса је свакако пожељна, али изазива нарочите ризике за клијенте који приступају датим општим условима пословања без преиспитивања њихове садржине и без преговарања. Нарочити ризици

---

\* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

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

којима су клијенти у таквој ситуацији изложени не могу да се ублаже нити избегну ослањањем искључиво на тржишне механизме. Из тог разлога се данас у упоредном праву, па и код нас, материја општих услова пословања изричито посебно регулише. Међутим, упркос постојању законске регулативе и огромном практичном значају, општим условима пословања се, генерално посматрано, не посвећује заслужена пажња у српској правној науци. Имајући у виду да се у Србији у актуелној судској пракси, пре свега у области банкарског пословања, живо расправља о (не)пуноважности појединих одредби општих услова пословања, циљ овог рада је расправљање фундаменталних, претходних питања, и то: који је *ratio* посебног правног уређења општих услова пословања, и које све технике одређивања садржине уговора потпадају под дату регулативу.

## II Термиолошке и појмовне напомене

Општи услови пословања (нем. *allgemeine Geschäftsbedingungen*) се другачије означавају и као општи услови уговора (франц. *les conditions générales des contrats*) или стандардни услови уговора (енгл. *standard contract terms*). Иако сваки од наведених термина има своје предности и недостатке, у овом раду се користи израз „општи услови пословања“, јер сасвим адекватно указује на суштину ових клаузула. Реч је о унапред припремљеним уговорним одредбама које одређено лице намерава да користи у суштински неизмењеном облику када закључује одређену врсту послова са трећима. Отуда, те одредбе чине опште услове „пословања“ као стандардизоване клаузуле за предузимање правних послова. Основна предност датог термина се огледа у томе што дочарава могућност регулативе општих услова пословања, а самим тим и могућност њихове контроле, независно од закључења било ког уговора који их садржи. Другим речима, већ од тренутка када неко лице изради своје опште услове пословања, у одређеним браншама, попут банкарског сектора, они треба да задовољавају прописане захтеве, а некада подлежу и обавезном одобрењу надлежног органа пре почетка коришћења у конкретним уговорним односима.

У српском законодавству терминологија, па и појмовно одређење општих услова пословања нису уједначени. У том погледу, најстарији и најзначајнији извор представља Закон о облигационим односима, који тематику општих услова пословања уређује под називом „општи услови формуларних уговора“.<sup>1</sup> Тиме је појам општих услова пословања постављен преу-

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 142 и 143.

ско, будући да су формуларни уговори само они чији је целокупан текст унапред припремљен и од стране једног сауговорача представљен другом сауговорачу као коначна садржина уговора о којој не може да се преговара.<sup>2</sup> Када би се општи услови „формуларних уговора“ из Закона о облигационим односима тако буквално схватили, из датих правила би сасвим неоправдано били искључени други слични случајеви, код којих нема разлога за другачији регулаторни третман. Стога, необухватање свих општих услова пословања од стране законодавца у Закону о облигационим односима треба третирати као непланирану правну празнину, која се попуњава применом аналогije. Према томе, увек када једна страна жели да уговори примену општих услова пословања, а није у питању формуларни уговор, за такав случај по аналогiji важе правила о општим условима формуларних уговора из Закона о облигационим односима.

За разлику од Закона о облигационим односима, Закон о банкама и Закон о заштити корисника финансијских услуга изричито уређују и дефинишу појам „општих услова пословања“. Ипак, приступ ових закона, такође, пати од бројних мањкавости. Са једне стране, Закон о банкама одређује опште услове пословања као „сваки документ који садржи стандардне услове пословања применљиве на све клијенте банке, опште услове за успостављање односа између клијената и банке, поступак комуникације између клијената и банке и опште услове за обављање трансакција између клијената и банке“.<sup>3</sup> Из изложене дефиниције се уочава непотребно сужавање овог појма на „документ“ који се примењује на „све“ клијенте. Стога, регулативу из овог закона треба по аналогiji примењивати и на друге опште услове пословања, који испуњавају суштинске карактеристике такве квалификације. Са друге стране, Закон о заштити корисника финансијских услуга прописује да су општи услови пословања „услови пословања који се примењују на кориснике, услови за успостављање односа између корисника и даваоца финансијске услуге и поступак комуникације између њих, као и услови за обављање пословања између корисника и даваоца ове услуге“.<sup>4</sup> Приметно је да овај закон, изненађујуће, не говори о општим, нити стандардним условима, а не захтева ни њихово важење за све кориснике финансијских услуга.

---

2 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд 2014, 55; упор.: Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд 1999, 265.

3 Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010, 14/2015, чл. 42 ст. 4.

4 Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014, чл. 9 ст. 1.

Приказано правно уређење општих услова пословања у Србији показује да овај појам није законски довољно одређен. Када се томе дода чињеница да ни у праву Европске уније не постоји дефиниција општих услова пословања,<sup>5</sup> јасно је да главну улогу у утврђивању граница овог института има правна теорија. У том погледу се српска правна наука традиционално угледа на француско и немачко право. Имајући то у виду, чини се да је опште услове пословања могуће свеобухватно дефинисати као стандардизоване уговорне одредбе, које су унапред припремљене за коришћење при закључивању већег броја уговора, а које једна уговорна страна предочава свом сауговорачу без спремности за суштинско преговарање о њиховој садржини.<sup>6</sup> Наведена дефиниција је довољно широка да обухвати све случајеве у којима је потребно регулисати заштиту друге уговорне стране која трпи негативне последице због прихватања типизираних уговорних одредби на иницијативу лица које те одредбе стандардно користи у свом пословању.<sup>7</sup>

### III *Ratio* правила о општим условима пословања

Општи услови пословања су се развили у пракси као последица серијске производње стандардизованих роба и услуга.<sup>8</sup> Услед масовног закључивања истоврсних уговора са истим предметом, привредни субјекти имају интерес да израде, односно користе стандардизоване услове уговора.<sup>9</sup> Тиме се постижу вишеструки циљеви. Прво, коришћење општих услова пословања доприноси рационализацији обављања делатности, будући да закључивање појединих послова постаје једноставније, брже и

5 Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима помиње (унапред формулисани) стандардне одредбе, али их не дефинише. Вид.: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *Official Journal* L 95, 21.4.1993, p. 29-34, Art. 3(2).

6 Упор.: Марко Ђурђевић, „Примена правила о неправичним одредбама општих услова формуларних уговора после доношења Закона о заштити потрошача“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ (2012)* (ур. Вук Радовић), Београд 2012, 379 и 386; Милош Вукотић, „Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2014, 376; Aristides N. Hatzis, „An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts“, *Standard Contract Terms in Europe* (ed. Hugh Collins), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 45; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 31. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006, 41.

7 Jürgen Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2019, Rn. 1.

8 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 1.

9 Упор.: Christian Grüneberg, у: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 72. Auflage, 2013, 417; И. Јанковец, 265.

економичније.<sup>10</sup> Друго, путем општих услова пословања лице које их користи може да попуни евентуалне правне празнине у регулативи одређених питања или одређеног уговора (попут, уговора о франшизингу, уговора о форфетингу).<sup>11</sup> Треће, приликом припреме општих услова пословања лице које их користи настоји да одговарајућом садржином тих одредби боље заштити сопствене интересе у односу на интересе сауговорача (на пример, путем преваљивања одређених ризика на другу уговорну страну).<sup>12</sup> Стога се поставља питање због чега је уопште потребна посебна регулатива овог института. У том погледу се у правној теорији истиче неколико основних аргумената.

Према једном схватању, *ratio* посебног правног уређења се огледа у потреби заштите слабије уговорне стране у односу на лице које користи опште услове пословања, као јаче уговорне стране.<sup>13</sup> Идеја је да једна уговорна страна због своје економске, социјалне, интелектуалне и друге врсте надмоћи намеће опште услове пословања другој уговорној страни која се због слабе преговарачке позиције подвргава тим уговорним одредбама без преиспитивања њихове садржине.<sup>14</sup> Следствено томе, основно оправдање за регулативу општих услова пословања и контролу њихове садржине се огледа у злоупотреби преговарачке моћи, услед чега коначна садржина уговора није у потпуности резултат аутономије воље, већ представља једнострано припремљен текст у интересу надмоћније уговорне стране.<sup>15</sup> Међутим, када се на овај начин схвати смисао регулативе материје општих услова пословања, долази се до закључка да за појам тих услова не треба да буде значајан њихов општи, стандардизован карактер. Наиме, чак и сауговорач коме надмоћнија страна наметне уговорне одредбе, без преговарања о њиховој садржини, у појединачном (*ad hoc*) случају, подједнако завређује заштиту као и сауговорач који присту-

10 Hans Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), 10. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2019, Rn. 3; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 2; H. Brox, W.-D. Walker, 43.

11 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), Rn. 3.

12 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 3; H. Brox, W.-D. Walker, 43.

13 Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб 1967, стр. 145, нав. према: М. Ђурђевић, 381.

14 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 4.

15 О неравноправности уговорних страна као оправдању за посебну регулативу општих услова пословања чак и у уговорима између трговаца, вид.: М. Вукотић, 378.



пи општим (стандардизованим) условима уговора.<sup>16</sup> Описани приступ потиче из енглеског и француског права, а прихваћен је и у праву Европске уније у контексту заштите потрошача као слабије уговорне стране.<sup>17</sup>

Према другом схватању, опште услове пословања треба регулисати због делимичног неуспеха тржишта да обезбеди оптималну равнотежу интереса уговорних страна.<sup>18</sup> Лице које користи опште услове пословања има интерес да уложи енергију, време, па и новац у израду стандардизованих уговорних одредби којима преваљује одређене ризике на другу уговорну страну, јер постоји велика вероватноћа да ће му се то кад-тад исплатити.<sup>19</sup> Услед закључивања већег броја уговора с позивом на исте опште услове пословања, довољно је да се у само неким од њих појави проблем уређен стандардизованом клаузулом у интересу лица које користи те опште услове. То представља довољан подстицај за лице које користи опште услове пословања да ове услове припреми пажљиво и да у одређеним питањима одступи од диспозитивних законских правила на штету друге уговорне стране.<sup>20</sup> Насупрот томе, друга уговорна страна по правилу нема интерес да се посвети детаљном изучавању садржине општих услова пословања који су јој презентовани, нити да покуша да преговара о њиховој измени. Разлог се огледа у чињеници да би трошкови таквог изучавања и преговарања били већи од потенцијалних користи,<sup>21</sup> имајући у виду малу вероватноћу да ће се проблем уређен општим условима на штету тог лица појавити баш у његовом конкретном случају. Из тог угла је одлука лица које приступа општим условима пословања да о тим условима не преговара и да их не преиспитује сасвим рационална.<sup>22</sup> Тржишни механизми нису подобни да разреше описани проблем, јер чак

16 Упор.: H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 6.

17 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Recital 9; Hans-W. Micklitz, „Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts“, *Standard Contract Terms in Europe* (ed. Hugh Collins), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 28 и 36; H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 6.

18 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 5.

19 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7.

20 H.-W. Micklitz, 25. Када се томе дода чињеница да су привредни субјекти често повезани преко привредних удружења, која развијају опште услове пословања за читав дати сектор привреде, јасно је да је подстицај за улагање у израду њиховог текста и увођење решења у корист чланова, а на штету клијената, још и већи.

21 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7.

22 A. N. Hatzis, 47.

и када постоји ефикасна конкуренција на тржишту клијенти се не опредељују између пружалаца услуга или испоручилаца робе на основу поређења детаља њихових општих услова пословања, већ примарно на основу цене и квалитета њихових производа, односно услуга.<sup>23</sup>

Објашњени неуспех тржишта доводи до тога да уговори закључени с позивом на опште услове пословања нису у потпуности резултат аутономије воље.<sup>24</sup> Овде једна уговорна страна стандардизацијом услова пословања појачано штити своје интересе на штету друге уговорне стране, и успева да укључи те опште услове у садржину уговора искоришћавајући рационалну немотивисаност друге стране да их суштински преиспитује. Отуда, друга уговорна страна не доноси слободну и самосталну одлуку о уговарању општих услова пословања, већ се тим општим условима беспоговорно „подвргава“.<sup>25</sup> На тај начин, лице које користи опште услове пословања једнострано узурпира слободу уговарања (обликовања уговора), која би требало да равноправно припада обема странама уговорницама.<sup>26</sup> Следствено томе, опште услове пословања је оправдано регулисати увек када једна страна користи стандардизоване услове уговора,<sup>27</sup> без обзира на то да ли је она у датом случају надмоћнија у односу на другу уговорну страну.

Објашњено другонаведено схватање је прихваћено у српском праву.<sup>28</sup> Према томе, у Србији се заштита друге уговорне стране обезбеђује директно на основу чињенице да сауговорач користи стандардизоване, унапред припремљене уговорне одредбе, о садржини којих нису, нити су реално могли бити вођени преговори. За разлику од тога, за примену правила српског законодавства о општим условима пословања (односно општим условима формуларних уговора) је правно ирелевантно да ли се

23 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417; J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 7. Упор.: A. N. Hatzis, 48. Стандардизација уговорних одредби није резултат тржишне моћи, јер чак и конкурентско тржиште може да буде препуно општих услова пословања.

24 Упор.: C. Grüneberg, у: O. Palandt, 417.

25 J. Basedow, „Vorbemerkung (Vor § 305)“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 4.

26 H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 3.

27 Упор.: H.-W. Micklitz, 26. Код општих услова пословања оправдање за посебно правно уређење се огледа у двострукој колективизацији, јер један трговац примењује опште услове на све клијенте, а сви трговци се договарају да примењују исте опште услове на своје клијенте.

28 Као оправдање за посебну регулативу поједини аутори наводе потребу за заштитом правног поретка, јер су општи услови пословања намењени за коришћење у већем броју уговора, па излажу „целу јавност“ неправичним одредбама. Вид.: М. Вукотић, 379.

лице које користи те опште услове налази у надмоћнијем положају у односу на другу, слабију уговорну страну, те ову моћ искоришћава за непримерену једнострану заштиту својих интереса.<sup>29</sup>

#### IV Елементи појма општих услова пословања

Да би у конкретном случају могла да се примене посебна правила о општим условима пословања, неопходно је да се одређене одредбе које уређују садржину уговорног односа квалификују као општи услови пословања. У том погледу је потребно да постоје сви елементи појма општих услова пословања, тако да дате одредбе представљају: 1. услове уговора, 2. унапред формулисане за већи број уговора, 3. једнострано наметнуте другој уговорној страни, 4. осим ако је реч о посебним погодбама.

##### 1. Услови уговора

Општи услови пословања постоје само ако одредбе које их чине представљају услове уговора, односно уговорне одредбе. Реч је о приватноправним правилима која служе да обликују (уреде) садржину уговорног односа.<sup>30</sup> У том смислу општи услови пословања укључују све могуће одредбе уговора – не само одредбе о споредним, него и о главним уговорним обавезама.<sup>31</sup> Притом, није релевантно да ли су конкретне одредбе заиста и постале пуноважан део закљученог уговора. Пошто општи услови пословања обухватају само уговорне одредбе, тиме су из њиховог појма искључене све одредбе о садржини уговора, које су уређене прописима (на пример, законом или подзаконским актом).<sup>32</sup> То важи не само за императивне, већ и за диспозитивне норме прописа. Наведена граница појма општих услова пословања је значајна нарочито код уговора које правни субјекти закључују са државом, а чија је садржина детаљно уређена одговарајућим прописима, као унапред припремљеним општим правилима које једна уговорна страна (држава) предочава другој без могућности прегова-

29 Упор.: М. Ђурђевић, 382.

30 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 9; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2; H. Brox, W.-D. Walker, 41.

31 Ипак, чак и када су општим условима пословања уређене главне уговорне обавезе, на њих се не примењују правила о судској контроли садржине уговора. Вид.: H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2. Отуда суд не може да, примера ради, одбије примену одредбе општих услова о главној уговорној обавези, која је неправична или претерано строга према другој уговорној страни.

32 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 5.

рања о њиховој измени. Како ова правила не представљају уговорне одредбе, она не могу да се квалификују као општи услови пословања, чак и кад испуњавају све остале елементе тог појма. Отуда, без обзира на то да ли такви прописи нарочито штите државу, као једну уговорну страну која их „користи“ при закључењу уговора, на штрб друге уговорне стране која им „приступа“, судови нису овлашћени да контролишу њихову садржину преко правила о општим условима пословања.

Пошто опште услове пословања чине само уговорне одредбе чија је сврха обликовање садржине уговорног односа, они обухватају само правила која би имала обавезујући карактер када би постала саставни део уговора између страна. Из тог разлога, изван појма општих услова пословања остају изјаве рекламног карактера, обавештавање (информисање), поучавање друге стране, напомене или молбе упућене другој страни, будући да не стварају никакве обавезе у уговорном односу.<sup>33</sup> Уз то, као општи услови пословања не могу да се третирају ни уговорне одредбе које само понављају императивну или диспозитивну норму неког прописа.<sup>34</sup> Према томе, да би се уговорна одредба сматрала делом општих услова пословања, она мора да буде конститутивног, а не само декларативног карактера у погледу уређивања садржине уговора.<sup>35</sup>

Најзад, иако се правила о општим условима пословања у српском Закону о облигационим односима тичу уговора, постоји основ за њихову сходну примену и на једностране изјаве воље.<sup>36</sup> Отуда, под општим условима пословања треба подразумевати и одредбе које обликују садржину једностране изјаве воље друге стране.<sup>37</sup> Насупрот томе, када одређено лице користи стандардизоване одредбе приликом формулисања своје изјаве воље, није реч о општим условима пословања, јер овде не постоји

---

33 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2.

34 Насупрот томе, када се прописана норма у уговору користи за уређење ситуације изван њеног домена примене, таква уговорна одредба може да има карактер општих услова пословања. Вид.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 6. Разлог је у томе што се претпоставка садржинске уравниожености (избалансираности) која прати правне прописе протеже само на домен примене дате нормe.

35 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 12.

36 ЗОО, чл. 25 ст. 3.

37 Astrid Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. Rolf Stürner), 17. Auflage, C. H. Beck, München 2018, Rn. 2; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 2.

једнострано узурпирање туђе аутономије воље, већ слободно обликовање сопствене изјаве.<sup>38</sup>

## 2. Унапред формулисане одредбе за већи број уговора

Општи услови пословања постоје само ако су услови уговора формулисани унапред<sup>39</sup> за коришћење у већем броју уговора. Уговорне одредбе се сматрају унапред формулисаним, ако је њихова садржина утврђена пре закључења конкретног уговора.<sup>40</sup> Међутим, поставља се питање да ли је садржина одређене уговорне одредбе унапред утврђена, ако у њој постоји празнина коју треба попунити приликом закључења конкретног уговора и у складу са садржином тог уговора. У случају да је начин попуњавања празнине детерминисан, те да клаузула може да се допуни само тачно одређеним податком (на пример, именом и презименом клијента), уговорна одредба је у довољној мери формулисана унапред.<sup>41</sup> Исто важи у случају када лице које користи одређену клаузулу унапред утврди како она треба да се попуни, или предвиди могуће алтернативе у том погледу и то приликом закључења уговора предочи сауговарачу.<sup>42</sup>

Садржина општих услова пословања не мора да буде утврђена писмено, иако је то по правилу случај,<sup>43</sup> већ лице које их користи може и да их напамет научи, односно запамти садржину одредби које планира да предочи сауговарачима када закључује будуће уговоре.<sup>44</sup> Такође, општи услови пословања не морају да буду осмишљени лично од стране лица које их користи, већ ово лице може да се послужи унапред формулиса-

38 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 11.

39 М. Ђурђевић, 379; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420.

40 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 13.

41 Christian Funk, *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Peer-to-Peer-Märkten*, Freiburg 2009, 26; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 15.

42 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 3; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 16.

43 Упор.: М. Ђурђевић, 386. С обзиром на то да Закон о облигационим односима уређује опште услове формуларних уговора, јасно је да се они по правилу утврђују писмено. Међутим, општи услови пословања су шири појам од општих услова формуларних уговора, те обухватају и усмене услове уговора на које по аналогији треба примењивати исти правни режим.

44 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 13.

ним условима уговора које је припремио неко трећи (на пример, привредно удружење у одређеној бранши).<sup>45</sup>

У ситуацији када неко лице унапред припреми уговорне одредбе са циљем да их користи при закључењу једног конкретног уговора, није реч о општим условима пословања.<sup>46</sup> Напротив, за опште услове пословања је неопходно да су они унапред формулисани са намером да се користе при закључењу већег броја уговора. Намера стандардног коришћења мора да постоји код лица које је израдило опште услове пословања, али не и код лица које те опште услове користи када закључује конкретан посао.<sup>47</sup> С обзиром на то да је намеру у случају спора тешко доказати, у упоредном праву се сматра да сама садржина и форма унапред припремљених услова уговора (на пример, употреба одштампаног формулара са празнинама које треба попунити) може да чини *prima facie* доказ о намери коришћења у већем броју уговора.<sup>48</sup> Поред тога, ако одређено лице фактички користи исти текст уговорних одредби у већем броју уговора, ствара се претпоставка постојања одговарајуће намере.<sup>49</sup>

Општи услови пословања треба да буду унапред формулисани за коришћење у већем броју уговора,<sup>50</sup> али није нужно да постоји намера њиховог коришћења у неодређеном броју уговора.<sup>51</sup> Стога је овај услов испуњен и када привредни субјект намерава да користи опште услове за закључење одређеног већег броја уговора.<sup>52</sup> Притом, није битно да ли се ти уговори закључују са истим или са различитим сауговарачима.<sup>53</sup>

45 C. Funk, 26; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 14.

46 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 17.

47 Отуда, ако неки привредни субјект искористи опште услове пословања, припремљене од стране привредног удружења чији је члан, за закључење само једног уговора, на те услове уговора ће се примењивати правила о општим условима пословања.

48 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18.

49 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18.

50 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420.

51 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18. Супротно вид.: М. Ђурђевић, 386; Н. Brox, W.-D. Walker, 41.

52 У немачком праву се сматра да намера коришћења у већем броју уговора постоји ако се планира примена општих услова пословања у најмање три правна посла. Вид.: C. Grüneberg, у: O. Palandt, 420; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18; Н. Brox, W.-D. Walker, 42. Упор.: C. Funk, 27.

53 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 18; Н. Brox, W.-D. Walker, 42. Супротно вид.: М. Ђурђевић, 386.

### 3. Једнострано наметнуте одредбе другој уговорној страни

Да би се унапред формулисани услови уговора квалификовали као општи услови пословања неопходно је да их је једна уговорна страна при закључењу уговора наметнула другој.<sup>54</sup> Другим речима, без обзира на то ко је припремио текст општих услова пословања, они се у датом случају третирају као такви само ако њихово укључивање у уговор може да се припише једној уговорној страни – страни која их користи.<sup>55</sup> Довољан основ за то постоји ако једна уговорна страна у моменту закључења уговора тражи од друге прихватање општих услова пословања без могућности преговарања о њиховој садржини.<sup>56</sup> У случају спора око тога која уговорна страна је током преговора предложила коришћење одређених општих услова пословања, треба претпоставити да је то учинила страна која је конкретним општим условима погодована на штету друге стране.<sup>57</sup>

Наведени елемент појма није испуњен ако су општи услови пословања укључени у уговор на предлог неутралног трећег лица (на пример, јавног бележника или посредника).<sup>58</sup> Такође, не може се сматрати да су општи услови пословања наметнути од једне уговорне стране ако их је она озбиљно ставила на располагање другој страни, оставивши јој пуну слободу да утиче на обликовање њиховог текста или, чак, да предложи неке друге унапред формулисане уговорне услове.<sup>59</sup> Међутим, битно је да друга страна заиста има реалну, ефективну могућност спровођења свог предлога у преговорима, да би се могло сматрати да општи услови посло-

54 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 21 и 22.

55 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 20.

56 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 6. Према томе, битно је да је иницијатива за коришћење датих општих услова пословања потекла од те уговорне стране. Вид. и: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 26; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5; C. Funk, 31.

57 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 28.

58 A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 6. Исто важи и у случају закључења уговора преко *eBay*-а, када део уговора између купца и продавца постају општи услови одређени (наметнути) од стране ове интернет платформе. Вид.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 22.

59 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 422; H. Brox, W.-D. Walker, 42; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 21; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5.

вања нису једнострано наметнути.<sup>60</sup> У супротном, ако једна страна само на речима позове другу страну да истакне своје примедбе или предлоге у вези са текстом општих услова пословања, али суштински није спремна да одступи до њихове садржине, ови услови ће се третирали као једнострано наметнути. Уз то, ако лице које користи опште услове пословања понуди другој страни неколико (унапред формулисаних) алтернатива, то не утиче на испуњеност овог елемента појма.<sup>61</sup> Према томе, општи услови пословања неће постојати само ако је друга страна у конкретном случају имала стварну слободу обликовања уговора, односно утицаја на његову садржину, у циљу очувања сопствених интереса. Са друге стране, није од значаја да ли је друга страна ову могућност и искористила.

#### 4. Одредбе које нису посебне погодбе

Посебна правила о општим условима пословања се не примењују ако су о конкретним уговорним одредбама сауговорачи индивидуално преговарали.<sup>62</sup> Према томе, општи услови пословања не обухватају тзв. посебне погодбе – клаузуле о којима су стране постигле обострану сагласност на основу слободног преговарања. Испуњеност наведеног негативног елемента појма се цени у односу на сваку поједину клаузулу општих услова пословања.<sup>63</sup> Отуда је могуће да су стране индивидуално преговарале само о неким клаузулама општих услова пословања, док су све друге клаузуле једнострано наметнуте од једног сауговорача. Индивидуално преговарање о једној клаузули општих услова пословања начелно не утиче на квалификацију осталих клаузула као општих услова пословања.<sup>64</sup> Изузетак у том погледу постоји када је читав текст општих услова пословања стављен на располагање другој страни, која је имала реалну могућност да у преговорима утиче на његову садржину.<sup>65</sup> У том случају, измену појединих одредби општих услова уз задржавање других треба свеукупно сматрати као резултат преговора, односно компромиса између уговор-

60 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 5; C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421; H. Brox, W.-D. Walker, 42.

61 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421.

62 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 34.

63 A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 9.

64 C. Grüneberg, у: O. Palandt, 421.

65 Таква ситуација је најчешћа код трговинских уговора између два привредна субјекта.



них страна, због чега све одредбе општих услова, укључујући и оне које на крају нису измењене представљају посебне погодбе.<sup>66</sup>

Посебне погодбе су искључене из појма општих услова пословања, јер се претпоставља да су стране кроз слободно преговарање оствариле своје интересе, те да је садржина уговора у том смислу правична.<sup>67</sup> Индивидуално преговарање представља супротност једностраном намећању уговорних одредби и, стога, овде нема оправдања за примену регулативе о општим условима пословања.<sup>68</sup>

Да би се одређене одредбе општих услова пословања квалификовале као посебне погодбе, неопходно је да страна која користи те опште услове другој страни озбиљно и јасно истакне своју спремност за преговоре о њиховој садржини.<sup>69</sup> У том смислу је битно утврдити да је суштина конкретне клаузуле стварно стављена на располагање другој страни, која је имала ефективну могућност заштите сопствених интереса кроз преговоре о измени те клаузуле.<sup>70</sup> У случају да су претходно наведени услови испуњени, уговорна одредба ће се сматрати посебном погодбом чак и ако њена садржина у крајњем исходу не буде измењена у односу на првобитан текст општих услова.<sup>71</sup> Такав резултат је могућ ако је друга страна након преговора била убеђена у исправност дате одредбе, или ако њено задржавање у неизмењеном тексту представља компромис праћен изменом неке друге подједнако значајне уговорне одредбе.

Да ли конкретна клаузула општих услова пословања чини посебну погодбу или не, искључиво зависи од суштинског испитивања у којој мери је друга страна заиста имала слободу и могућност утицаја на њену

66 Упор.: J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 41.

67 Упор.: H. Schulte-Nölke, „Vorbemerkung zu §§ 305–310“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 4.

68 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 421.

69 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7.

70 H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7; C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürmer), Rn. 9; упор.: Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 10th Edition, Sweet & Maxwell, London 2011, 259. Упор.: М. Вукотић, 377.

71 C. Grüneberg, y: O. Palandt, 422; J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 39; H. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 8; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürmer), Rn. 9.

садржину. Насупрот томе, потпуно је ирелевантно ако друга страна (само формално) потпише изјаву да се о одређеној одредби општих услова преговарало, када то уистину није био случај.<sup>72</sup> Такође је ирелевантно ако се друга страна посебно изричито сагласила са спорном клаузулом.<sup>73</sup> Такав акт сам по себи не значи да се о датој клаузули заиста индивидуално преговарало. Најзад, чињеница да је друга страна била слободна да одбије закључење уговора због спорне клаузуле општих услова пословања није довољна за квалификацију те клаузуле као посебне погодбе.<sup>74</sup> Напротив, потребно је утврдити да је друга уговорна страна имала ефективну могућност преговарања о суштини садржине дате клаузуле, да би примена правила о општим условима пословања у том домену била искључена.

### V Закључак

Претходна излагања су показала да постоји оправдање за посебну регулативу општих услова пословања већ на основу чињенице њихове стандардизоване израде за коришћење у већем броју уговора, а независно од питања неједнаке преговарачке моћи уговорних страна. Стога, чак и након имплементације комунитарних правила о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима, општи услови пословања опстају као самосталан правни институт са сопственим доменом примене. Имајући у виду смисао регулисања ове материје, треба се заложити за шире схватање појма општих услова пословања, како би њиме били обухваћени сви случајеви који завређују једнак регулаторни третман. У раду су издвојене и детаљније обрађене суштинске карактеристике општих услова пословања, које би требало да служе као смернице за правилно утврђивање домена примене посебних правила о њиховом укључивању уговор, транспарентности и контроли садржине од стране судова.

---

72 Н. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7; A. Stadler, „BGB § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“, *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch: BGB* (Hrsg. R. Stürner), Rn. 10.

73 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 35. Исто важи и ако стране изричито у уговору предвиде да се о одређеним клаузулама индивидуално преговарало. Правила о општим условима пословања су императивног карактера и од њих стране не могу уговором да одступе. Вид.: Н. Schulte-Nölke, „§ 305“, *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar* (Hrsg. R. Schulze et al.), Rn. 7.

74 J. Basedow, „§ 305“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn. 40.

**Mirjana RADOVIĆ, PhD, LL.M. (Humboldt)**  
**Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

**THE RATIO AND SCOPE OF REGULATION CONCERNING  
STANDARD CONTRACT TERMS**

**Summary**

*In this paper the author analyzes general terms of doing business, also denoted as general contract terms or standard contract terms. The first, introductory part of the paper presents different terminology and different understanding of the meaning of standard contract terms. In this respect, the author advocates in favor of accepting a broader definition of standard contract terms, that would include all cases where it is justified to apply the same legal regime. The following part of the paper deals with reasons for specific regulation of standard contract terms, notably: abuse of bargaining power and partial market failure. Finally, the last part of the paper explains the scope of rules concerning standard contract terms, through an in-depth analysis of constituent elements of this term, which include: 1. contract terms, 2. terms pre-formulated for numerous contracts, 3. terms imposed one-sidedly to another contracting party, 4. except individually negotiated special terms.*

**Key words:** *general terms and conditions, standard contract terms, special terms, individual negotiation.*

Др Владимир ВУЛЕТИЋ\*

## ЗАТО СЕ СПРЕМИ ДА ОДСЕЧЕШ МЕСО АЛ' КРВ ДА НИСИ ПРОСУО: PRETIUM IUSTUM КАО КАТЕГОРИЧКИ ИМПЕРАТИВ<sup>1</sup>

### Сажетак

Уговор о купопродаји је један од најстаријих економских и правних инструмената који, услед своје веома сложене еволуције и утицаја на остале консенсуалне контракте, има посебно место у науци.

Правна природа овог уговора, дилеме у вези са његовим пореклом, изражени утицај различитих правних система (у првом реду грчког) у његовом обликовању, као и велики број правила у вези са битним елементима овог контракта, одговорношћу продавца и купца и, најзад, његовим бројним модалитетима, опредељују аутора да се позабави једним посебно значајним питањем развоја цене код купородаје.

Правило да цена мора бити правична (*pretium iustum*) данас се не доводи у питање и општи је став који је нашао место у свим грађанским законцима па и нашем Закону о облигационим односима и Нацрту Грађанског законика Србије.

Међутим, у овом раду аутор настоји да укаже на дуг и релативно спор процес развоја овог правила, на неколицину дилема и разлика у приступу, посебно од става класичног римског права *inviset se circumscribere* до посткласичног и средњовековног *laesio enormis*.

У ту сврху аутор је покушао да осветли допринос римских јурипрудената, њихов начин логичког размишљања, допринос клаузуле *quiddid dare facere oportet ex fide bona*, и моралног категоричког императи-

---

\* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду (amicusbg@gmail.com; pfc@ius.bg.ac.rs)

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета Универзитета у Београду, за 2019. годину.

ва античких и средњовековних философа, Аристотела, Цицерона, Томе Аквинског и Хуга Гроција.

Тај својеврсни правнички код послужио је аутору да представи непрекинуту линију односа према моралности у праву којом су и многи велики писци, попут Шекспира, били заокупљени.

**Кључне речи:** уговор о продаји и куповини - *pretium iustum - laesio enormis* - *bona fides* - грађански законик

## 1. Дефинисање правичне цене код уговора о продаји

Цена је један од два битна елемента уговора о продаји и куповини. Основно питање у вези са продајом посткласичног римског права је дилема да ли је консенсуалност и даље суштинско обележје овог уговора.

Епитоме Гаја сведоче да посткласично право није одустало од консенсуалне продаје, јасно наводећи да простом сагласношћу воља настају облигације из куповине и продаје, с обзиром да се више захтева сагласност од неког писмена или свечане радње, а оваква облигација може бити закључена чак и између одсутних, што није могуће у другим случајевима.<sup>2</sup>

Међутим, Теодосијев Кодекс указује да је продаја захтевала писани поднесак, одговарајућу писану исправу да би продаја била ваљана:

*“Cum inter emptorem ac venditorem de menciipii pretio convenerit et fuerit conscripta venditio...”*<sup>3</sup>

*“Res, quae proposita actione repetitur, transferi a possidente ad alterum nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptura a permittitur.”*<sup>4</sup>

Ова одступања од консенсуалности продаје у посткласичном праву тумаче се у романистичким ставовима претежно као инсистирање на предаји ствари, једној врсти реалног облика, што продају посткласичног права приближава реалној а удаљава од консенсуалне.

---

2 *Gai Ep. 2, 9, 13-14: Consensu fiunt obligations ex emptionibus et venditionibus...; quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut solemnitas quareitur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest. Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuisset numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit.*

3 *C. Th, 3,4,1*

4 *C. Th, 4,5,1*

Да уговор о продаји није сматран закљученим и да не ствара обавезе за странке пре него и друга страна не изврши своју обавезу, сматра Казер.<sup>5</sup>

Диожди је супротног мишљења и наводи да је продаја суштински сачувала своју форму познату класичном праву, да су и други консенсуални контракти потпуно опстали у посткласичном праву, као што је и развој контраката у ствари линеаран, од класичног до Јустинијановог права.<sup>6</sup> Овакав закључак Диожди изводи из своје анализе развоја стипулације, мада се чини да је напред цитирани фрагмент Гајевих Епитома поуздан и недвосмислен доказ у прилог овој тврдњи, који овај романиста није анализирао приликом заузимања свог става.

Иако може деловати да, имајући у виду овај Гајев фрагмент из Епитома нема ни једне разлике између класичне и посткласичне продаје, пажљивија анализа не може пренебрегнути неке разлике у нијансама формулација. У делу посвећеном класичној консенсуалности, примећено је да Гај инсистира само на простој сагласности воља да би продаја настала, међутим, у Епитомама он наводи да “се сагласност више (подвукао В. Вулетић) захтева од неког писмена или свечане радње”. Делује да ово ипак указује да, консенсуалност, истина и даље најважнији елемент уговора о продаји, није увек и једини: користе се и писане форме и свечане радње.

Још један фрагмент из Гајевих Епитома указује на другачији положај капаре код посткласичне продаје. Док је капара у класичном периоду развијен и изнијансиран институт, делује да у посткласичном праву нема ни изблиза такав значај:

*“Emptio igitur et venditio contrahitur, quum de pretio emptorem et venditorem fuerit definitum: etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit”*<sup>7</sup>

Јасно је, дакле, да продаја настаје у посткласичном праву чим продавац и купац одреде цену, упркос томе да ли је цена исплаћена, у целости или делу, или да ли је дата капара или не. Из ових одредби Гајевих Епитома, сматра Магдолна Сич, види се тежња да се истакне улога сагла-

5 Ово доводи продају на претходно стање јединственог акта исплате цене и предаје ствари, што је врло блиско реалној продаји, М. Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)* München 1954, 281.

6 G. Diosdi, *Contract in Roman Law from the Twelve Tables to the Glossators*, Cambridge 1921, 311.

7 *Gai Ep*, 9, 17, 14

сности воља као битног елемента уговора, насупротив писаној или свечаној форми, као и исплати цене или давања капаре.<sup>8</sup>

Међутим, с друге стране, Анамари Петрановић, инсистира на делу фрагмента Гајевих Епитома који дозвољава и писану форму уговора о продаји, па тако тежи закључку да посткласична продаја ипак није потпуно консенсуална и да има доста ситуација у пракси у којима се писана исправа, поготову када је реч о продаји непокретности, претежно користи.<sup>9</sup>

## 2. Развој идеје у философским поимањима Аристотела и Цицерона

У свим фазама њеног развоја доминирала је једна идеја: ово начело представља поштовање савесности, морала, добрих обичаја, култа предака, исконског поштења које је, чини се, много важније Римљанима, него ли осталим народима у окружењу.<sup>10</sup>

Првобитни утицај начела *bona fides* на Римљане, последица је, пре свега, величине тржишта у којем су се обављали правни послови. Омањи град-држава, с почетка развоја, Рим на седам бежуљака, затворена кућна привреда, лично познавање учесника у правном промету, снага дате речи чијим се непоштовањем ризикује гнев богова, вређа култ предака и презрење заједнице које неминовно доводи и до *aquae et ignis interdictio*, били су, с почетка, и више него довољан разлог да се Римљани строго придржавају савесности и поштења, добре вере у правним пословима. Уосталом, апстрактност правних послова у овом периоду, толико су омогућавали простора злоупотребама, да не би ни могли да опстану без уврежене свести о поштовању *bona fides*.<sup>11</sup> Код уговора о продаји, ово начело

8 Делује да се помоћу ових одерби води нека врста борбе против праксе у којој су све ове форме веома често коришћене. Ову борбу је, несумњиво, започео још сам Гај и само настављају састављачи Алариковог Зборника уношењем нових одредаба, М. Фејеš – Сић, *Ugovor o kupovini i prodaji prema odredbama zbornika Lex Romana Visigothorum*, (mag. teza), Novi Sad 1985, 139.

9 Она ипак признаје да се из Гајевог фрагмента не може закључити прецизна правна дефиниција ствари као објекта продаје у писаној форми и наводи да ову непознаницу није решио ни Јустинијан, А. Петрановић, *Položaj kupca u pravnom režimu rimske kupoprodaje* (dok. disertacija), Zagreb 1996, 52.

10 Грчки историчар Полибије, у 2. веку, са дивљењем истиче да ће Грк, ако да реч пред десет сведока, ипак избећи да је одржи: реч Римљанима је, напротив, и без сведока, за њих закон, М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2012, 68.

11 То су многобројне свакодневне ситније и крупније међусобне услуге суседа, пријатеља и рођака које су обављане са накнадом или без накнаде, али увек пријатељски, суседски, са пуним поверењем, не доводећи до ситуације да се тражи интервенција државе – да се поди-

има незаобилазну улогу, посебно имајући у виду заштиту права купца, па ће бити речи о развоју начела, имајући у виду углавном правне послове и његов значај у уговорним односима.

Основна идеја еквиваленција у пословним односима, што је централно поље деловања начела *bona fides* у сфери приватног права, позната је већ старим Грцима. Аристотел, разматрајући ово питање у 4. в. п. Х, истиче да странке у пословном промету морају бити једнаке, дакле да се нико не богати на штету другог, а правично је средина између добитка и губитка, односно да се после има исто колико се имало и пре.<sup>12</sup>

У својој *Реторици*, Аристотел истиче:

*"Очигледно је да, уколико писани закон противуречи нашем случају, треба прибегавати општем закону који је сагласнији са правичношћу и правдом, с образложењем да судска формула, судити по својем најбољем разумевању значи да се не ваља придржаватисамо писаних закона."*<sup>13</sup>

*"Надаље, указивати да је улога судије да дели правду и, доследно томе, да није његово да гледа слово уговора, већ оно што је праведније, а праведно се не може измерити ни преваром ни принудом (јер се темељи на природи), док се, супротно томе, уговори могу заснивати на превари и принуди."*<sup>14</sup>

Премда су ове Аристотелове мисли сувише апстрактне и далеко од конкретних случајева у којим се налазе учесници у правном промету, основна идеја је добра и показује прави пут: задатак судије (па тако и сваког правника) више је да поштује правичност и правду, да не буде само пуки извршитељ слова закона, поготову онда када закон није у складу са правично-

же тужба. У тим случајевима, пошто се није рачунало са евентуалним подизањем тужбе, нису ни поштоване формалности", D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1978, 190.

12 *"...Важно је само да се утврди да један неправду трпи, а други је наноси, да је један оштетио а други је на штети. Зато судија настоји да такву неправедност која се оглушује о једнакост изједначи. Судија поново успоставља једнакост када би од већег дела дужи пресечене на једнаке делове, одузео онолико колико је тај део већи од половине и додао га мањем делу. Али ако се целина дели између двојице, онда се за сваког од њих каже да је добио свој део ако је добио тачно половину. Једнако је, пак, према аритметичкој пропорцији, средина између превеликог и премалог. Добитком се назива прираштај добру које неко поседује. Претрпети губитак значи имати мање него што се пре тога имало. До тога долази приликом куповине и продаје, и уопште у свим правним пословима које закон дозвољава..."*, Аристотел, *Никомахова етика* (превод Р. Шалабић), Нови Сад 2003, 1132а, 1132б

13 Аристотел, *Реторика* (превод М. Вишића), Загреб 1989, 1, 15, 4 (1375а)

14 Аристотел, 1, 15, 24-25 (1376б)



шћу и поштењем. Тада ваља пресуђивати по својем најбољем разумевању, не осврћући се на слово закона. Већ у овој Аристотеловој мисли, види се ембрион идеје коју ће Римљани касније уврстити у правила о заштити друге уговорне стране клаузулом *quid quid dare facere oportet ex fide bona*.

Римљани, чини се, на један конкретан и казуистички начин, идеју савесности и поштења постављају у средиште проучавања правног промета. Тако Цицерон у другом веку п. Х, разматра питање савесног и поштеног понашања у правним пословима, са посебним освртом на уговор о продаји.

У делу *De Officiis* наводи пример трговца који је путовао, носећи товар жита од Александрије до острва Родос, на којем је тада владала глад.

Искористивши свој брзи брод, трговац је претекао остале бродове који су такође пловили према Родосу, и, стигавши доста пре њих, продао читав товар жита по много вишој цени.<sup>15</sup>

Можемо се поставити питање како се може окарактерисати ово понашање трговца? Да ли је он поступио исправно или је био у обавези да најави долазак и осталих бродова, чиме би, свакако, своје жито продао по нижој цени?

Цицерон, дајући одговор, нема дилему: такво понашање продавца је потпуно у супротности са начелом *bona fides*, и оличење је лукаве, злонамерне и неморалне особе. Продавац, верује Цицерон, није смео прикривати чињенице које би утицале на цену продаје товара жита.<sup>16</sup>

Опште узев, Цицерон закључује да човек мора добро да поступа, као међу добрим људима, и без обмањивања.<sup>17</sup>

### 3. Допринос римске класичне јуриспруденције

Интересантно је уочити на који је начин сам термин *fides* проширен у тумачењу и примени на *bona fides*. Термин *fides* у текстовима римских правника претежно означава верност датој речи,<sup>18</sup> док се *bona fides* претежно користи да се потврди садржај закључених уговора. Верност

15 Cicero, *De Officiis*, 3. 12. 50, Cambridge University Press 1991.

16 *Ibid.*

17 "Ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione", Cicero, *De Officiis*, 3, 70.

18 Cicero, *De Officiis*, 1, 23: "credamus...quia fiat, quod dictum est, appellatam fides". Исти смисао и у 3, 102. Исто филолошко тумачење нуди и Мејер. Видети више R. Meyer, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Göttingen 2004, 48-51.

сопственој речи предуслов је за сваки уговорни однос, и стога га Цицерон дефинише као *fundamentum iustitiae*.<sup>19</sup> У овом поређењу *bona fides* не представља само извршење уговора, него, кроз захтев да стране поступају поштено, утиче као начин извршења уговора.

Шермајер (*Schermaier*) покушава да развој термина *fides* веже за паралелу коју повлачи са потчињавањем римској доминацији оних који се предају и тиме обавезују према новом освајачу.<sup>20</sup>

Можда да би, ипак, најпожељније тумачење контекста речи *fides* у ширењу на *bona fides* могло бити прихватање синтагме "*fiat, quod dictum est*"<sup>21</sup>, као правне инспирације за настанак *iudicia bonae fidei*. Квалификација *fides* као *bona fides*, чини нам се, наглашава суштинску специфичност тог стандарда понашања: то је *bene agere* римског грађанина, који поступа савесно, брижљиво и мудро, поштујући и интерес друге уговорне стране, односно поступа као *bonus vir*. Тако је у уговору о продаји, *arbitrum boni viri* онај ко савесно, независно, имајући у виду интересе обе уговорне стране, доноси одговарајућу пресуду засновану на савесности и поштењу.<sup>22</sup>

Простор за доношење оваквих пресуда, шире тумачење појма *fides* и његово претварање у *bona fides*, омогућен је променама у државној и друштвеној структури Рима, које је, неминовно, извршила промене и у обиму, садржини и структури правних послова и тржишне привреде која се почела стварати и класичном периоду. Те промене су условиле и значајно другачија тумачења римских правника, а омогућиле су и деловање магистрата, у првом реду претора да, како то Папинијан истиче, измени, допуни и промени старо *ius civile* за свачије добро и корист.<sup>23</sup>

19 "*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.*" , Cicero, *De Officiis*, 1.23

20 Шермајер истиче да је *fides* у међународним споразумима, чуваним у храму посвећеном богињи *Fides*, изграђеном средином трећег века, наглашен такође као "поступање у складу са датим речима". Тако он изједначава *fides* римског освајача са онима који су се ставили под заштиту таквог *fides*-а: и онај који се предаје у обавези је према освајачу, па је и ова обавеза заснована на основу дате речи, М. J. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law*, у R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 78-79.

21 Cicero, *De Officiis*, 1.23

22 D. 19. 2. 24 (**Paulus libro 34 ad edictum**): "...nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit"

23 D.1.1.7.1(**Papinianus libro secundo definitionum**): "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi cel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*"

Облигационе обавезе, за разлику од стварноправних, утуживе су у Риму посебном групом тужби - *actiones in personam*.<sup>24</sup>

С обзиром да су ово тужбе које је предвиђало *ius civile*, њихове формуле засноване су *in ius conceptae*, па се дужничка обавеза изражава у формули термином "*oportere*"<sup>25</sup> а сам садржај његове обавезе термином "*dare*", уколико је реч о преносу одређеног права, односно "*dare facere*"<sup>26</sup> у осталим случајевима.<sup>27</sup>

У зависности од степена слободе судије при одлучивању, односно његове могућности да прихвата и додатке формули, тужбе *in personam* се могу поделити на тужбе *stricti iuris* (*iudicia stricta, iudicia stricti iuris*) и на тужбе *bonae fidei* (*iudicia bonae fidei*).

Тужбе *stricti iuris* судији остављају могућност само да утврђује исправност тужбеног захтева, прецизно сагледавајући све обавезне делове у формули. Његова слобода при одлучивању је сведена на најмању меру, јер је самом формулом и њеним деловима он потпуно везан, и самим тим није у позицији да прихвата било какве додатке формули, приговоре, адјудикације и остале налоге, укључујући, при том, и околности које би могле битно утицати на оправданост тужбеног захтева.

Опште узев, судија и није у прилици да уопште процењује оправданост тужбеног захтева. Ово је посебно изражено уколико је тужбени захтев *certum* (*certa pecunia* у случају да тужилац потражује одређену количину новца, или *certa res*, уколико се потражује одређена ствар) односно уколико је тачно објективно одређен.

24 Поступци *in personam* су, по својој структури, облици формализоване и контролисане освете због учињене "неправде" и показују велике сличности с развојем поступке у другим примитивним правима. Као и код других народа, и у Риму су први предмет процесне заштите били деликти (вероватно *iniuria* и *furtum*) да би касније правни послови добили заштиту тако што се неизвршење обавезе схвата као деликт.", М. Милошевић, 197, фн. 74.

25 *Dare oportere* је већ раније компонента *legis actio sacramento in rem*, М. J. Schermaier, 73.

26 Ово се односи на експлицитну обавезу туженог. Он је мора извршити јер је по закону обавезан на то. Како Виеакер каже: "Подношење правног захтева тужиоца ритуалним изговарањем формуле, сада је преформулисано у објективно формулисан основ за доношење одлуке магистрата", F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München 1988, 102.

27 Тако и Милошевић: "Улоге тужиоца и туженог се јасно разликују већ на почетку суђења: та разлика је још израженија у даљем току спора, јер за тужиоца неуспех значи само да није имао право, док неуспех туженог увек води, у крањој линији, дужничком ропству", М. Милошевић, 197.

У овом случају, судија је у потпуно подређеном положају формули: његов задатак је само да оцени да ли тужени по цивилном праву дугује нешто или не, да утврди исправност саме формуле, и, уколико утврди да је она испрвна и да тужени заиста нешто дугује, његов посао је практично окончан.

То колико тужени дугује опет није на судији да процени, јер је предмет дуга већ наведен у формули и према њему судија само треба да донесе пресуду.<sup>28</sup>

Пре свега делатношћу старих правника (*veteres*)<sup>29</sup>, у интенцији формуле судија сада бива упућен да суди тако да процени све оно што тужени дугује на основу добре вере – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ово је револуционарни тренутак и у заштити права купца. Проширење интенције формуле клаузулом *ex fide bona* омогућава судији да, приликом одређивања пресуде<sup>30</sup>, води рачуна о свим приговорима купца као туженог, који могу битно утицати на исход суђења.<sup>31</sup> Он је сада слободан

28 Донекле је само различита ситуација у случају *certa res* захтева, јер би судија морао да, након литисконтестације, процени вредност ствари која се дугује (*quanti ea res est*). Управо из овог разлога, опасност да тужени изгуби спор због плуспетиције је велика, јер би тужба била одбијена *a limine* уколико захтева више него што му припада или захтева нешто друго у односу на оно што му припада. Овако и М. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1954, 39, М. Милошевић, 192, В. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920, 86.

29 Израз *veteres* представљао је назив за старе правнике који су деловали пре караја републике, и који су, у знак великог поштовања, називани *стари* од стране јуриспрудената класичног периода. Најпознатији правници који су својим угледом утицали на потоње били су, између осталих, Секст Елије (који је објавио прву правну књигу, састављену од три целине: текста Закона 12 таблица, тумачења овог текста и збирке легисакција *Ius Aelianum*), Маније Манилије, Марко Јуније Брут, Квинт Муције Сцевола (најугледнији правник Републике, конзул и *pontifex maximus*), и Цицерон, види више О. Станојевић, *Gaius noster (прилог историји римске правне науке)*, Београд 1976 и О. Станојевић, “О Гајевом делу *Rerum cottidianarum sive augeorum libri VII*”, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4, 1983.

30 *Iudicia bonae fidei*, следствено овоме, представља битно обележје у историјској еволуцији од поступка *legis actio sacramento* до когниционог поступка. Шермајер истиче да је најважнији моменат сједињавање начела *bona fides* са формулом, и њихово интегрисање у законску процедуру. Резултат је проширење овлашћења судије, М. J. Schermaier, 76.

31 Инсистирањем на позивању на *fidem bonam*, судија сада не узима у обзир само изричите додатке странака формули, тумачећи их строго према употребљеним изразима и речима, него и све евентуалне доложне радње или преваре на које му може указати тужени да их тужилац починио. То ће у великој мери судијску одлуку учинити веродостојнијом, R. Meuer, 92. У истом смислу Хорват и Цимерман и Витакер - Судија може да прихвати све додатне споразуме странака (*pacta adiecta*), може уважити свако преварно и непоштено поступање странака, па се тужени могао позивати пред судијом на тужиочев *dolus*, макар у формули

да самостално размотри тужбени захтев и да процени, у складу са добром вером, да ли је и у коликој мери само потраживање засновано.<sup>32</sup> У овом смислу *officium* судије је проширен од пуког примењивања чињеница из формуле на процену оправданости тих чињеница *ex fide bona*.

Поставља се питање, уколико *circumscribere* није представљало било какву превару, или је представљало само ситну која не подлеже правном санкционисању, како се неки аутори залажу, уколико је прихвантан либерализам тржишта а самим тим и потпуно слободно закључивање уговора о продаји, зашто је уопште постојала потреба да се уводи једна нова клаузула у формулу која је толико променила положај оштећене и преварене стране?

Није ли могуће да су римски правници, управо сагледавајући честе случајеве најразличитијих превара, од којих су, вероватно, најбројније биле код уговора о продаји, као најважнијег и најраспрострањенијег, дошли на револуционарну идеју увођења клаузуле *ex fide bona*? Да су ситне преваре биле увек само ситне, тешко би се, чини се, појавила свест о потреби заштите преварене стране. Делује, стога, могуће да, поред реакција државе на јавноправном пољу, ово бива одговор претора и јуриспруденције у приватноправним односима, чиме није умањен дотадашњи либерализам у закључивању правних послова, нити је тржиште, историјски је већ показано, трпело било какве последице.

Чини се да је ова клаузула не само револуционарна, него и “еволуционарна”, с обзиром да од њеног увођења почиње потпуно другачији, за важан степен виши, обим заштите права оштећене стране, у нашем случају, купца. После њеног увођења, у појму заштите преварене стране више ништа није као раније. До тада етички, морални кодекс понашања приликом закључивања правних послова, постао је правни институт<sup>33</sup> који је и даље живо развијан делатношћу јуриспрудената.

---

није предвиђен *exceptio doli* (*doli exceptio bonae fidei iudicis inest*). Судија и без приговора уважава силу и принуду као основе који могу одбити тужиоцев захтев, М. Horvat, 40, R. Zimmermann, S. Whittaker, 49.

32 Иако је везан формулом коју претор издаје, судији клаузула *ex fide bona* омогућава да обликује суштински садржај формуле. Тиме је омогућено да се смекшају стари, крути, формализовани поступци да би се постигли праведнији резултати, М. J. Schermaier, 76.

33 Клаузула *quidquid dare facere oportet ex fide bona* односила се и на обавезе странака у компензацији. Судија је могао пребити и све захтеве туженог из истог правног посла (*ex eadem causa*), чак и уколико нису биле истоврсне (*ex eadem specie*). Начело *bona fides* не би дозволило да тужени своју обавезу мора да испуни у целини, уколико постоји контразахтев туженог из истог правног посла, R. Zimmermann, S. Whittaker, 52.

#### 4. Одсјај посткласичне и средњовековне моралности у модерним решењима

Формализам уговора о продаји је снажно изражен код продаје непокретности у посткласичном периоду, о чему сведочи и одредба из Теодосијевог Кодекса:

*“Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferretur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quod inter venditorem et emptorem contractus solemniter explicatur, certa et vera proprietates a vicinis demonstraretur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. Nec inter emptorem et venditorem solemnitas inquisitionis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus sepulta deperat.”*<sup>34</sup>

Из ове одредбе се може видети да је део продајног уговора и плаћање земљишног пореза, затим обавеза да се изради писана исправа и да се својина утврди пред суседима. Инсистира се на остваривању фискалних интереса државе, поготову када је реч о регистрацији новог власника непокретности, као новог пореског обвезника. Зато се и прописује и посебан услов правне ваљаности продаје непокретности: обавеза суседа да потврди продавчеву својину на продаваној непокретности. Та обавеза суседа мора бити извршена у време закључења уговора и они потврду о продавчевој својини морају манифестовати на одговарајући јасан и недвосмислен начин.

Чини се да је, следствено овоме, формални акт потврђивања својине, битан елемент форме овог уговора о продаји, јер, без испуњења овог услова, купац не може стећи својину над непокретности, па се ни уговор не може сматрати закљученим.

Израз овог фрагмента *“solemniter explicatur”*, односно свечано закључење уговора, Казер тумачи као обавезу састављања писане исправе.<sup>35</sup> Премда се из овог фрагмента не види да се захтева *traditio corporalis*,

34 С. Th, 3, 1, 2.

35 Уговор о продаји непокретности се закључивао у присуству суседа који су били позвани да потврде продавчеву својину, а затим је купац плаћао цену, без обзира на то што експлицитно обавеза исплате цене није истакнута у фрагменту – та се обавеза подразумева. На послед-

јасно је да одговарајуће присуство јавности мора бити постигнуто, управо путем писане исправе коју потврђују сведоци (суседи).<sup>36</sup>

Посткласична продаја, иако нема формалних захтева за класичном традицијом, не може се разумети као одустајање од тога да предаја ствари уопште не уследи. Најчешће се одвија истовремено са плаћањем цене.<sup>37</sup>

Штавише, продавчева одговорност је директно повезана са купчевом обавезом плаћања цене. Само на овај начин он може постати одговоран:

*“Venditor ...pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.”*<sup>38</sup>

Посебно питање, у вези са правима купца у посткласичној продаји, је ситуација у којој једно лице исплаћује цену, а друго лице је у писаној исправи означено као купац ствари. У ствари, ваља дати одговор на питање да ли плаћање цене, на основу чињенице да прихват цене од стране продавца уједно ствара и његову уговорну обавезу и одговорност, има темељну улогу у преносу својине на означеног купца:

*“Fundus eius esse uidetur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerate est, si tamen fundus comparatori sit traditus.”*<sup>39</sup>

---

ку су сви ови неопходни елементи констатовани у писаној исправи, који потписују како стране уговорнице, тако и суседи у својству сведока. Овако закључени уговор једино је третиран као правно ваљаним. Види више у М. Kaser, 199. и даље.

36 Традиција посткласичног права тако постаје у ствари самосталан правни посао са стварноправним ефектима, тако што из самог договора и споразума странака настаје обавеза преноса својине (*animus transferendi et acquirendi dominii*), Р. Bonfante, *Instituzioni di diritto romano*, Roma 1934, 347.

Хаузманингер и Зелб наводе да у садржај уговора о продаји, за разлику од класичног права где је постојала *iusta causa traditionis*, у посткласичном праву улази и сваки акт традиције, која се, у ствари, своди само на писану клаузулу исправе извршеног преноса својине, Н. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1987, 288.

37 Претпоставка је да би купац своју обавезу плаћања цене извршио тек уколико располаже предметом продаје, па се у посткласичном праву може дефинисати ново начело које је у супротности са класичним периодом - *emptio dominium transferentur*, које подразумева стварноправни ефекат продаје, с тим да права купца настају тек када он изврши своју обавезу, плаћање цене. Види више у Н. Hausmaninger, W. Selb, 300. и даље.

38 *Pauli. Sent. 2, 17, 1*

Вреди напоменути да, упркос томе, што овај фрагмент изричито помиње тужбу за правне недостатке ствари *actio auctoritatis*, која је позната много пре посткласичног периода, и везана је превасходно за продавчеву одговорност за евикцију, овај фрагмент се наводи као доказ самог постајања одговорности.

Из овог фрагмента Павлових Сентенција, види се да земљишна непокретност припада оном лицу за које је купљено, а не оном лицу које је платило цену, уз услов да је земљиште предато купцу. Видљиво је да именоване купца у писаној исправи, поред традиције ствари, одређује пренос својине на купца, који је онај и који је именован и коме је ствар предата. Самим тим делује да плаћање цене од стране другог лица нема посебан значај за одређивање положаја купца. Међутим, од плаћања цене зависи сама правна ваљаност уговора. Из овога, може следити, да лице које је исплатило цену (а само није постало власник ствари, с обзиром да је друго лице именовано као купац у писаној исправи, а и њему је извршена традиција ствари) може захтевати повраћај новца само од новог власника (именованог купца) а не од продавца.<sup>40</sup>

У Јустинијаново време продаја, чини се, враћа класичне особине консенсуализма, у случају усменог уговора:

*“Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.”*<sup>41</sup>

Уколико стране уговорнице продају предвиде у писаној форми, његов правни ефекат ће зависити ипак од ваљаности писане исправе у којој је сачињен:

*“...in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerunt conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta...”*<sup>42</sup>

Имајући горе наведено у виду, може се истаћи да посткласично право заштиту права купца обезбеђује алтернативно ако је исплаћена цена, или је извршена предаја ствари, док је анализа извора показала да има наговештаја да је била довољна и само делимична исплата цене.

39 *Pauli Sent.* 2, 17, 14.

40 Ако се претпостави ситуација, позивајући се на исти фрагмент Павлових Сентенција да лице, наведено у исправи, закључи уговор у име трећег лица које је наведено у писаној исправи, може се закључити да то лице нема права које би иначе купац имао. Делује да је ово могуће објаснити римским ставом да не постоји непосредно заступање (*Gai Inst.* 2, 95), па тако лице које је уговор склопило може само имати улогу предлагача закључења уговора, а не и самог уговарача.

41 *Iust. Inst.* 3, 139

42 *Iust. Inst.* 2, 23



Могли би се, стога, закључити да се уговор о продаји посткласичног права не сматра закљученим када је постигнут споразум о битним његовим елементима, предмету и цени, што је обележје класичне продаје, већ се захтевају додатни, формални услови, што посткласичну продају објективно удаљава од консенсуалног контракта.<sup>43</sup>

Током средњег века, развијају се, превасходно под хришћанским теолошким тумачењима, правила о забрани прекомерног оштећења (*laesio enormis*) уговорних страна код уговора о продаји. У истицању моралности као категоричког императива и код овог контракта истичу се посебно Тома Аквински, папа Грегорије IX и Хуго Гроције.

Тако је Бартол из Сасоферата (*Bartolus de Sassoferato*) оправдао постојање локалних обичаја, али је истовремено ограничио њихову област дејства, инсистирајући да се обичајно право мора ускладити с правилима римског приватног права. Развио је и скуп правила о сукобу закона, коментаришући глосиране текстове из Дигеста и Кодекса и уопштавајући пресуде донете на основу тих извора,<sup>44</sup> а дао је и завршни облик теорији феудалне својине на римским основама (*dominium directum, dominium utile*).<sup>45</sup> Балдо Убалди (*Baldus de Ubaldis*), припадник коментатора и последњи велики средњовековни правник, дао је релативно кохерентну оцену значења и дефинисања термина *bona fides*. Међутим, његов рад се углавном ослањао на идеје Аристотела и Томе Аквинског.<sup>46</sup>

У Декрету Грегорија IX наводи да уколико је продавац продајом преварен преко половине правичне цене, продавац, да би одржао продају може ипак захтевати, или да се врати ствар, или да се доплати до пра-

43 Ни у феудалном праву продаја неће моћи настати простом сагласношћу воља странака. Поред консенсуса, захтевано је или изговарање посебних свечаних формула (*fides facta*), или предаја ствари (*res prestita*), G. Diosdi, G, 366.

Магдолна Сич, занимљиво је напоменути, истиче да, с обзиром на то да се посткласична продаја третира превасходно као акт размене ствари за новац, па се приликом одлагања предаје ствари или исплате цене, рађа обавеза за другу страну да изврши противчинидбу, може констатовати да је оваква продаја уговор који има обележја и неименованог контракта, Види више у М. Feješ-Siĉ (1985), 156 и даље.

44 P. Stein, *Bartolus, the Conflict of Laws and the Roman Law*, Heidelberg 1980, 251.

45 Вид. више М. Милошевић, "Феудална својина", *Анали Правног Факултета у Београду*, 1-4/2001, 594.

46 Више о томе у В. Вулетић, "Од *bona fides* до начела савесности и поштења", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 258-288.

вичне цене, и ако од тога другачије захтева, биће побеђен.<sup>47</sup> Тома Аквински је, под видљивим утицајем Аристотеловог учења, стао на супротно становиште од римског класичног правила да није недопуштено тзв. ситно заобилажење истине код продаје и куповине, будући да је природно да продавац настоји да прода скупље а купац да купи јефтиније (*invicem se circumscribere*). Овај хришћански мислилац из тринаестог века тврди супротно: скупље продати и јефтиније купити ствар од оног што вреди је, само по себи, неправедно и недозвољено, будући да ниједна странка не сме да се богати на рачун друге.<sup>48</sup>

Хуго Гроције, оснивач школе природног права, своје мишљење темељи не само на принципа хришћанске етике, него и на античким принципима природног права које су уобличио класични римски јурипруденти. Гроције успоставља императив једнакости давања: по природи, контрактима влада једнакост и то баш тако да се из неједнакости рађа право за оног ко има мање. (*in contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem, ut ex inaequalitate jura oriatur minus habenti*).<sup>49</sup>

Рецепција римског права у Италији дала је у замашном обиму принципе етичког и моралног императива у односима између купца и продавца. Још су глосатори настојали да успоставе равнотежу инсистирајући да се правило о *laesio enormis* примени и на купца. Постојала је, међутим, и извесна разлика у мишљењима. Ацо је, тако, писао да ако је правична цена 10, купац ће бити оштећен преко половине ако је платио 16, јер је 6 више од половине 10. Свој став је аргументовао, да Закон не каже да треба да буде оштећен дупло, тј. да је платио више од 20. Међутим, Плацентин, Мартин и други доктори били су супротног мишљења. Рекли су, да купац не може тражити заштиту ни ако је платио двоструку цену, јер продавац ће бити оштећен преко половине ако је примио 4, тј. он је оштећен преко дуплог што је требало да прими.

47 *Corpus Juris Canonici, Decretales Gregorii IX.*, Lib. III, Tit. XVII, Cap. III.: „*Tenet venditio, licet venditor sit deceptus ultra dimidiam iusti pretii; potest tamen venditor agere, ut restituantur res vel iustum pretium suppleatur, et si alterum praecise petit, succumbit.*”

48 "*Carius vendere aut vilius emere rem quam valeat est secundum est iniustum et illicitum*", Тома Аквински (изабрано djelo, превод Т. Vereš), Загреб 1983, 43.

49 Магдолна Сич држи да је ово начело Гроције извео из Павлових фрагмената из Дигеста (D. 35. 2. 63, D. 9.2.33.), М. Сич, "Правична цена (*praetium iustum*) и њена примена током историје", *Зборник Матице Српске за друштвене науке*, Нови Сад 2006, 206.

Слично ако посматрамо купца који је купио ствар која вреди 10 за 16, такав купац није оштећен ин дуплум, чак ни онда ако би платио 20. Према томе, требало је да плати више од 20, а то потврђују и обичаји.<sup>50</sup>

Сич додаје да се држало да је, и поред ових дилема глосатора, захтев за правичном ценом постао општи већ у току тринаестог и четрнаестог века. Бартол је примену правила о прекомерном оштећењу проширио и на покретне ствари, није га ограничио само на купопродају, а право на раскид уговора обезбедио је и за купца.<sup>51</sup>

Почев од четрнаестог века било је владајуће мишљење да правило прекомерног оштећења (преко половине) треба применити и на купца. Сматрало правичним условом да купац стиче право на раскид уговора, уколико је платио више од пуне половине праве цене.

Наш Закон о облигационим односима, чини се, у значајној мери баштини одредбе о домашају етичког императива у правном уобличењу престација продавца и купца. Тако је у Закону присутно начело еквиваленције вредности код двостраних уговора које он темељи као основна начела која, поред интереса странака, треба да обезбеде да се акти размене одвијају по законима тржишта у општем интересу.<sup>52</sup> У циљу оствари-

50 G. Hanel, *Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris romani interpretum qui Glossatores vocantur*, Lejpcig 1834, 426—427: „Dissentiunt in C. De Rescind. Vend. (C. 4, 44.) L. 1. et L. 2., ubi dicitur, quod potest rescindere venditionem, si deceptus sit, etsi minus pretium habeat. „Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit". Unde dominus Azo dicit, quod idem sit in emtore, ut si quis rem, quae X valebat, emeret pro XVI, quod emtor, si voluerit, potest rescindere venditionem, quia deceptus est ultra dimidiam iusti pretii; et hoc ita probat: verum et iustum pretium erat X et deceptus est in VI, ergo ultra dimidiam iusti pretii, id est, ultra dimidiam X; nec Lex dicit, quod debeat esse deceptus in duplum, sed tantum in dimidiam iusti pretii, ut C. De Rescind. Vend. (C. 4, 44.) L. 2. et L. Si voluntate tua (8). Sed Pla. (Placentinus), Al. (Albericus) et M. (Martinus) et Alii Sapientes dicunt contrarium et dicunt, quod non potest agere, nisi sit deceptus in duplum, et hoc ita probatur. Lex dicit, quod tunc potest rescindere venditionem, si non habet dimidiam iusti pretii. Hoc ita intelligi, si sit deceptus in duplum. Nam deceptus est in duplum, quia ipse venditor debuisse accepisse X et non accepit nisi quatuor. Unde deceptus est ultra duplum, quod debuisse accepisse. Per similitudinem et iste emtor, qui emit rem, quae valebat X, pro XVI, non est deceptus in duplum, nisi XX dedisset; unde non ei subvenitur et ita per consuetudinem adprobatur et ita probo sententiam Alb. (Alberici) et Aliorum."

51 Истовремено, цитирајући Вишкија, Сич наводи да је Бартол у таквој мери проширио примену овог правила да је, у ствари, створио ново, М. Сич (2006), 211.

52 Чл. 15. Закона о облигационим односима, Службени лист СРП, 31/93. Види више у М. Константиновић, "Оштећење преко половине и зеленашки уговори", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/1954, 215. и даље, С. Перовић, "Начело еквивалентности и двострани уговори", *Правни живот*, бр. 5-6, Београд 2004, 7-39.

вања и заштите овог начела, Закон предвиђа више правних средстава: одговорност за материјалне и правне недостатке ствари, правила о прекомерном оштећењу и забрани зеленашког уговора и правила о раскиду или измени уговора због промењених околности. У погледу правила о прекомерном оштећењу прихвата субјективни појам и ради остваривања заштите предвиђа кумулативну потребу доказивања како очигледне несразмере тако и постојања заблуде.<sup>53</sup> Сич поставља и питање будући да се у наредном члану (чл. 140) регулише заштита у случају зеленашких уговора, да ли је одредба о прекомерном оштећењу уопште потребна, или се може обухватити зеленашким уговорима.<sup>54</sup>

Влада Републике Србије је 16. новембра 2006. године образовала Комисију истакнутих правних стручњака<sup>55</sup> са задатком да израде нацрт Грађанског законика.<sup>56</sup> Уставни основ пронађен је у одредбама које се тичу обавезе Републике Србије да уреди и обезбеди заштиту слобода и права човека и грађанина,<sup>57</sup> да уреди и обезбеди својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине, као и друге економске и социјалне односе од општег интереса.<sup>58</sup> Уставне одредбе према којима грађани и породице имају право на социјалну заштиту, чије се пружање заснива на начелима социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства,<sup>59</sup> зајемчење мирног уживања својине и других имовинских права стечених на основу закона, као и права на наслеђивање,<sup>60</sup> права на закључење брака и равноправност супружника, слобода одучивања о рађању, права детета, права и дужности родитеља, посебно породице, мајки, самохраних родитеља и деце,<sup>61</sup> послужиле су Комисији као неопходан правни оквир њеног деловања.

Након више од шездесет година без јединствене грађанске кодификације, Комисија се суочила са опсежним и сложеним задатком редефинисања и правног заокруживања у целину парцијалног и у знатној

---

53 Чл. 139. ЗОО.

54 М. Сич (2006), 214.

55 За председника ове комисије именован је академик Слободан Перовић. Чланови су, између осталих, и професори Правног факултета Универзитета у Београду Миодраг Орлић, Мирко Васиљевић, Оливер Антић и Марина Јањић-Комар.

56 Службени гласник РС, 104/06

57 Чл. 97, ст. 2. Устава РС

58 Чл. 97, ст. 7. и 8. Устава РС

59 Чл. 69, ст. 1. Устава РС

60 Чл. 58-59. Устава РС

61 Чл. 62-66. Устава РС

мери неусклађеног позитивног законодавства у грађанскоправној материји. Не мање сложен задатак било је усклађивање националних законских решења са ратификованим међународним конвенцијама, директивама и стандардима Европске уније.<sup>62</sup>

Комисија је овај замашан посао окончала а на јавној расправи налази се нацрт Грађанског таконика Србије који, између осталог, дефинише и поље примене одређивања цене код уговора о продаји. Кад је, истиче се, уговорена већа цена од оне коју је за одређену врсту ствари прописао надлежни орган, купац дугује само износ прописане цене, а ако је већ исплатио уговорену цену, има право захтевати да му се врати разлика. У случају кад између закључења уговора и времена одређеног за његово извршење надлежни орган промени висину прописане цене, купац дугује цену која је важила у време закључења уговора.<sup>63</sup>

Чини се веома јасним како овај члан кореспондира са посткласичним и посебно средњовековним схватањима о правилима у вези са *laesio enormis*. Инсистирање на повраћају купцу разлике између прописане и уговорене цене, под условом да је уговорена цена већа од прописане, недвосмислено темељи свој *ratio* на Јустинијановим и глосаторским решењима.

У не малом броју средњовековних и, посебно, дела хуманизма и ренесансе, линија инсистирања на моралности у међуљудским односима који се оваплоћују и у праву говори о својеврсном категоричком императиву којег су били свесни не само учени правници широм Европе, већ и писци који су посредно обрађивали ову тематику. Шекспиров отклон и презир према зеленашима и уговорима који у себи садрже неправичне одредбе, посебно истакнут у његовом делу Млетачки трговац, показао је начин кажњавања лица која злоупотребљавају (не)прилике сауговорача. Јеврејски грамзиви трговац Шајлок, игром судбине, бива принуђен да

---

62 Посебно је, у том смислу, значајна Директива Савета ЕЕЗ бр. 93/13, од 5. априла 1993. године, о непоштеним условима (клаузулама) уговора закључених с потрошачима. Директива је издата у циљу да се искључе непоштени услови из уговора закључених између оних који обављају стручну, пословну делатност и потрошача. Односи се на уговоре чији услови нису одређени обавезујућим законима или одлукама, нити су посебно уговорени (уз сагласност потрошача). По Директиви, услов који није посебно уговорен, може да се сматра непоштеним условом уговора, ако на штету потрошача, супротно захтеву савесних и поштених односа, производи знатну неједнакост у правима и обавезама уговорних страна. Такав услов не обавезује потрошача.

63 Чл. 675. Нацрта Грађанског законика Републике Србије

искуси другу страну сопствено наметнутих зеленашких одредби у уговору који је наметнуо Антонију. Циничан контразахтев Шајлоку да изврши одредбу уговора одсецањем дела тела Антонијевог али да, при том, крв не проспе, указује на презрење према лихварима и странкама у уговору које злоупотребљавају своју позицију.

Делује да је и професор Ландо неке од ових идеја унео и у своје Принципе уговорног права (*Principles of European Contract Law*) омогућавајући оштећеној страни да захтева заштиту, ако је у време закључења уговора био у односу зависности, посебног поверења с другом страном, или је био у економској нужди, или журби, био је неопрезан, неупућен, неискусан, или није имао пословног искуства, под условом, да је за то друга страна знала или је требало да зна и у зависности од околности и циља уговора — претераном непоштеношћу прибавио себи погодност или претерану корист.<sup>64</sup> Суд, на захтев оштећене стране, уколико за то постоје објективне могућности, има овлашћење да модификује уговор тако да одговара оној садржини коју би странке постигле, поштујући принцип савесности и поштења.

Наш законодавац има доста разлога да једну непрекинуту линију одредби уговорног права, које се односе на прекомерно оштећење и начин уговорања цене код уговора о продаји и у будућности дефинише и развија у правцу истински вековима утврђене потребе за моралношћу у праву. То је пут који, уз све странпутице, најизвесније доводи до неопходне правне сигурности уговорних страна.

---

<sup>64</sup> Чл. 109, гл. 4 PECL - "Прекомерна корист или непоштена погодност".

**Vladimir VULETIĆ**

**THEREFORE, PREPARE THEE TO CUT OFF THE FLESH.  
SHED THOU NO BLOOD:  
PRETIUM IUSTUM AS A CATEGORICAL IMPERATIVE**

*Summary*

*The purchase and sale contract is one of the oldest economic and legal instruments that, due to its very complex evolution and influence on other consensual counterparts, has a special place in science.*

*The legal nature of this contract, the dilemmas regarding its origin, the pronounced influence of different legal systems (primarily Greek) in its design, as well as the large number of rules regarding the essential elements of this contract, the responsibility of the seller and the buyer and, finally, its numerous modalities, authorize the author to address a particularly important issue in the development of the purchase price.*

*The rule that the price must be just (pretium iustum) today is not called into question and the general position is that it has found a place in all civil codes, as well as our Law on Obligations and the Draft Civil Code of Serbia.*

*However, in this paper, the author tries to point out to the long and relatively slow process of development of this rule, to a number of dilemmas and differences in approach, especially from the classical Roman law *invicem se circumscribere* to the post-classical and medieval *laesio enormis*.*

*For this purpose, the author tried to highlight the contribution of Roman jurists, their way of logical thinking, the contribution of the clause *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, and the moral categorical imperative of the antique and medieval philosophers, Aristotle, Cicero, Thomas Aquinas and Hugo Grotius.*

*This kind of legal code served the author to present an unbroken line of attitudes towards morality in the law with which many great writers, like Shakespeare, were preoccupied.*

**Keywords:** *purchase and sale - pretium iustum - laesio enormis - bona fides - civil code.*

Др Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.\*

## ПРАВНИ ОКВИР ПРИСТУПАЊА СВЕТСКОЈ ТРГОВИНСКОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ\*\*

### Резиме

Иако је поступак приступања Светској трговинској организацији веома сложен и захтеван, њега суштински уређује само једна одредба Споразума о оснивању СТО, док је од посредног значаја за ово питање још неколико одредаба тог споразума. У таквој ситуацији, многи аспекти поступка придруживања уређени су праксом која, колико год да је до сада била генерално хомогена, ипак показује одређене значајне изузетке и одступања у појединим случајевима. Имајући у виду такво стање права у погледу уређења оквира приступања СТО, овај рад детаљно разматра правне изворе меродавне за поступак приступања, објашњава и анализира поступак приступања и начин дефинисања материјалноправних услова приступања и упоређује их са општим међународноправним стандардима приступања међународним организацијама. Закључује се да неодређеност прописа који дефинишу правни оквир приступања СТО са једне стране омогућава Организацији и кандидату флексибилност и отвара пут за изналагање услова приступања који ће у највећој мери одговорати приликама, потребама и могућностима кандидата али и да, са друге стране, та неодређеност може да створи правну несигурност како на страни кандидата, тако и на страни Организације. Премда би нешто прецизније постављање услова приступања вероватно било од користи преосталим кандидатима за чланство, барем у погледу побољшања правне сигурности и повећања предвидљивости тока и исхода преговора о приступању, веома је мало вероватно да ће Организација проме-

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду

\*\* Рад је урађен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије (2019)“ на Правном факултету Универзитета у Београду.



нити своју праксу у овом погледу, која је суштински остала иста још из времена примене ГАТТ-а 1947.

**Кључне речи:** Светска трговинска организација – приступање међународним организацијама – приступање СТО – члан XII Споразума о оснивању СТО – поступак приступања СТО – материјалноправни услови приступања СТО

## І Увод

Закључење Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ) 1947. године представљало је знак сазревања схватања да се економске последице Велике депресије из тридесетих година ХХ века и Другог светског рата могу најефикасније превазићи хармонизацијом и либерализацијом правила спољнотрговинског пословања.<sup>1</sup> То је истовремено означило и крај протекционистичког приступа уређењу међународних трговинских односа, који је био доминантан у претходном периоду, а нарочито у првој половини ХХ века. Сасвим очекивано, оваква суштинска промена концепта спољнотрговинске политике имала је веома занимљиву и необичну предисторију.

На конференцији у Бретон Вудсу јула 1944. године, на којој су представници 44 државе-савезника разматрали могућности брзог опоравка светске привреде после Другог светског рата, закључено је, између осталог, да је потребно створити једну међународну организацију – Међународну трговинску организацију (енг. *International Trade Organization*), чији би задатак био да уједначи правила међународних пословних односа у различитим областима: царинском и фискалном режиму међународне трговине робом, уклањању нецаринских препрека међународној трговини робом, успостављању правила поштене међународне трговине, трговинским аспектима радноправних стандарда, третману страних улагања у контексту привредне обнове и развоја, итд.<sup>2</sup> Како би саставили оснивачки акт будуће Међународне трговинске организације, представници 57 држава су се затим састали новембра 1947. године на Конферен-

---

1 Више о томе вид. John J. Jackson, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, Cambridge 2002, 35-36; Raj Bhala, *Modern GATT Law – A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade*, Sweet & Maxwell, London 2005, 341; Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, Michael Hahn, *The World Trade Organization – Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, Oxford 2015, 4-6.

2 Више о томе вид. Peter van den Bossche, Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, 76-78.

цији Уједињених нација о трговини и запошљавању у Хавани.<sup>3</sup> Паралелено са преговарањем садржаја оснивачког акта Организације, преговарало се и о споразуму о уједначавању и постепеном снижавању царинских стопа на трговину робом, искључујући трговину пољопривредним производима, текстилом и обућом. Резултат ових преговора је ГАТТ 1947. Тај акт је требало да се примењује у оквиру Међународне трговинске организације, али су се 23 државе договориле да почну да га примењују већ од 1. јануара 1948. године, дакле и пре него што се конституише Организација.<sup>4</sup> Међутим, недуго након конференције у Хавани, неке од главних светских трговинских сила, а пре свих САД, ускратиле су подршку оснивању Међународне трговинске организације, тако да њена Повеља никад није ступила на снагу па ни Организација није била основана.<sup>5</sup> У таквим условима, „привремена“ примена ГАТТ-а 1947 се наставила и, како се касније показало, протегла на скоро пет деценија, све до стварања Светске трговинске организације 1. јануара 1995. године.<sup>6</sup>

Током вишедеценијске примене ГАТТ-а 1947, број уговорних страна овог споразума је порастао готово шест пута. Наиме, споразум су 1. јануара 1948. године почеле да примењују 23 државе, а последњег дана његове примене, 31. децембра 1994. године ГАТТ је имао 128 уговорних страна.<sup>7</sup> Број држава заинтересованих да учествују у мултилатералном систему уређења међународних трговинских односа наставио је да расте и након стварања Светске трговинске организације, па тако СТО данас броји 164 члана.<sup>8</sup>

Иако је већ и приступање ГАТТ-у 1947 покренуло много правних питања и недоумица,<sup>9</sup> ситуација се није значајније променила ни након стварања СТО. Тренутно се у поступку приступања, налази преко дваде-

3 Simon Lester, Bryan Mercurio, Arwel Davies, *World Trade Law – Text, Materials and Commentary*, Hart Publishing, Oxford-Portland 20123, 56-57.

4 Ibid., 57.

5 Више о томе вид. J. Jackson, 38-41.

6 Више о разлозима стварања СТО, њеним органима, функцијама и циљевима вид. M. Matsushita et al., 6-16.

7 Вид. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/gattmem\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/gattmem_e.htm).

8 Стање чланства на дан 29. јула 2016. године, које се до 20. априла 2019. године није мењало. За ажуране информације о броју чланова СТО вид. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm).

9 Више о тумачењу члана XXXIII ГАТТ-а 1947 вид. Mary Footer, „Article XXXIII“, *WTO – Trade in Goods* (eds. Rüdiger Wolfram, Peter-Tobias Stoll, Holger Hestermeyer), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2011, 753-759.

сет држава,<sup>10</sup> међу којима је и Србија.<sup>11</sup> Отуда потреба да се питање правног режима и оквира приступања ближе размотри, како би се утврдиле његове специфичности у контексту општег режима приступања међународним организацијама и из тога извели одговарајући закључци.

## II Општа питања правних аспеката приступања међународним организацијама

Приступање међународним организацијама је по правилу сложен процес који обухвата бројне и разнолике аспекте: правне, политичке, економске, итд. На општем плану нарочито је важна и пажње вредна тензија између политичких и правних аспеката која се, зависно од поља деловања организације, испољава о мањој или већој мери. Наиме, колико год поступак приступања једној међународној организацији био омеђен и уређен правним правилима, у пракси се често дешава да су, приликом доношења коначне одлуке о захтеву за пријем кандидата у чланство, чланови надлежног органа међународне организације вођени (и) политичким а не (само) чисто правним мотивима.<sup>12</sup> Питање је, дакле, у којој мери је приступање међународној организацији правни а у којој политички процес и од чега зависи однос ове две компоненте.

Управо је једна ситуација у којој је дошло до оштрог сукоба правних и политичких обзира приликом доношења одлуке о пријему у чланство питање правног оквира приступања довела у жижу међународног права. Радило се о захтевима за пријем у чланство Организације Уједињених нација (ОУН) неколико држава које су током Другог светског рата биле део сила Осовине или су их активно подржавале. Како услед политичких разлика држава чланица ОУН одлука о пријему није могла да буде донета, Генерална скупштина ОУН је Међународном суду правде упутила захтев за давање саветодавног мишљења о питању да ли држава чланица Савета безбедности или Генералне скупштине свој глас којим подржава пријем новог члана има право да условљава своју сагласност елементима који нису изричито предвиђени меродавним одредбама

---

10 На дан 20. априла 2019. године СТО је бројала 23 посматрача. Сви они, изузев Свете Столице, изразили су жељу за приступањем Организацији. За ажуране информације о броју посматрача вид. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/org6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm).

11 За ажуране информације о преговарачком статусу Србије вид. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/a1\\_serbia\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_serbia_e.htm).

12 Jan Klabbbers, *An Introduction to International Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge 20153, 90.

Повеље ОУН. Међународни суд правде је стао на становиште да је одлучивање о приступању ОУН у суштини правни процес (јер је уређен одговарајућим одредбама Повеље ОУН, па поступак одлучивања заправо представља поступак њиховог тумачења и примене), да државе чланице немају право да глас у пријему кандидата у чланство условљавају елементима и факторима који нису изричито предвиђени меродавном одредбом, као и да су, у случају када меродавна одредба оставља простор за дискрециону оцену испуњености одређеног услова, државе чланице дужне да је примењују у доброј вери.<sup>13</sup>

Треба, међутим, истаћи да међу судијама није било једногласности приликом доношења овог мишљења, тако да је оно усвојено већином гласова – 9 према 6. Неколико судија је одлучило да приложи појединачна или издвојена мишљења. Међу њима се нарочито истиче заједничко издвојено мишљење судија Бадевана, Винјарског, Мек Нера и Рида. Они су најпре приметили и истакли да приступање ОУН не зависи само воље кандидата за чланство већ и од одлуке Организације, што по њима подразумева и политички, а не само правни процес. Затим су направили врло пажљиву разлику између политичких и правних аспеката приступања ОУН. Према њима, право Генералне скупштине ОУН да одлучује о пријему кандидата укључује и вршење политичке процене приликом заузимања става о гласању. Али, околност да гласање о пријему кандидата у чланство међународне организације у одређеном сегменту представља политички процес не значи и да поступак одлучивања о пријему није уоквирен одређеним правилима и да политичка компонента процеса приступања може да неутралише правну.<sup>14</sup>

Са свим изложеним на уму, и апстрахујући околност да је саветодавно мишљење донето поводом приступања конкретної организацији – ОУН, и у вези са тумачењем конкретне одредбе њеног оснивачког акта – члана 4 Повеље ОУН, из саветодавног мишљења Међународног суда правде у предмету првих приступања ОУН је, сматрамо, ипак могуће извести неколико закључака који би били од значаја и за анализу правног оквира приступања Светској трговинској организацији. Прво, у мери у којој је поступак приступања некој међународној организацији уређен одређеним правилима, он представља правни процес. Друго, правна пра-

13 International Court of Justice, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, *ICJ Reports* 1948, 57-66.

14 Вид. Dissenting Opinion of Judges Basdevant, Winiarski, Sir Arnold McNair and Read, *ICJ Reports* 1948, 82-93, нарочито 85, пасус 9.

вила која уређују поступак приступања имају се тумачити у складу са уобичајеним правилима тумачења у међународном праву. Уколико оснивачки акт предвиђа *numerus clausus* услова које кандидат треба да испуни како би приступио организацији, орган који одлучује о захтеву за приступање не може да поставља нове услове, нити да условима чији је садржај заокружен додаје нове елементе који нису предвиђени меродавним актом. Коначно, заузимање става о испуњености услова за приступање представља поступак који има и правне и политичке компоненте, при чему однос тих компоненти зависи од начина на који је сваки конкретан услов формулисан.<sup>15</sup>

Сходно изведеним закључцима, у наставку рада је потребно најпре испитати природу и садржај извора права којима је уређен поступак приступања СТО, како би се утврдило у којој мери они дају могућност за укључивање политичке компоненте и да ли су формулисани на начин који оставља простор за дискрециону оцену испуњености услова за приступање. Ова анализа треба да обухвати како правила која уређују материјалноправне услове приступања, тако и правила која се односе на поступак приступања. На основу тога, биће могуће сместити поступак приступања СТО у општи правни оквир приступања међународним организацијама и указати на елементе у којима се испољавају његове посебности.

### **III Извори права за поступак приступања Светској трговинској организацији**

Основна одредба која уређује питање приступања Светској трговинској организацији је члан XII Споразума о оснивању СТО. Ова одредба има три дела. У првом делу она прописује да свака држава и посебна царинска територија која има пуну самосталност у вођењу спољнотрговинских односа и уређивању питања обухваћених Споразумом о оснивању СТО и мултилатералним трговинским споразумима закљученим у оквиру СТО може да приступи Споразуму о оснивању СТО према условима који ће бити договорени између тог кандидата и СТО.<sup>16</sup> Приступање Споразуму о оснивању СТО представља и приступање мултилатералним споразумима закљученим у оквиру Организације, а који су садржани

---

15 Упор. Antonio Parenti, „Accession to the World Trade Organization: A Legal Analysis“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2000, 142-144.

16 Чл. XII(1) Споразума о оснивању СТО.

у анексима 1-3 Споразума о оснивању СТО.<sup>17</sup> Друго, приступање трговинским споразумима садржаним у анексу 4, тзв. плурилатералним споразумима који обавезују само оне чланице СТО које су изразиле интерес да им приступе,<sup>18</sup> уређено је самим тим споразумима.<sup>19</sup> Коначно, о захтеву за приступање одлучује Министарска конференција, а у случају да о том питању мора да се гласа, за усвајање захтева је потребна двотрећинска већина.<sup>20</sup>

Као што се може приметити, члан XII Споразума о оснивању СТО веома штуро уређује поступак приступања СТО. Он скоро па уопште не уређује процесну страну приступања (изузев одредбе става 2 која говори о надлежности за одлучивање о захтеву за придружење и потребној већини у случају гласања), док у погледу материјалних услова за приступање ствар препушта споразуму кандидата и Организације. По свом садржају члан XII Споразума о оснивању СТО веома подсећа на члан XXXIII ГАТТ-а 1947.<sup>21</sup> Међутим, док се лапидарност члана XXXIII ГАТТ-а 1947 могла разумети и објаснити околношћу да је ГАТТ 1947 требало да буде део једног ширег правног оквира – Хаванске повеље,<sup>22</sup> дотле је оскудност садржаја члана XII Споразума о оснивању СТО тешко схватљива са правне тачке гледишта. У таквим околностима, много правних питања везаних за поступак приступања СТО морао је, по природи ствари, да се решава „у ходу“, кроз успостављање једнообразне праксе.

Како би помогао државама чланицама, али у одређеној мери и кандидатима за чланство, Секретаријат СТО је сачинио читав низ докумената која се односе на поједина процесна и техничка питања у поступку придруживања. То су, примера ради, Белешке о поступку преговора

---

17 Ibidem.

18 Тренутно су на снази два таква споразума: Споразум о трговини цивилним ваздухопловима и Споразум о државним набавкама.

19 Вид. чл. XII(3) Споразума о оснивању СТО.

20 Чл. XII(2) Споразума о оснивању СТО.

21 Члан XXXIII ГАТТ-а 1947 је гласио: „Било која влада која није уговорница овог Споразума, као и било која влада која поступа у име посебне царинске територије која има пуну независност у вођењу својих спољнотрговинских односа и других питања уређених овим Споразумом може приступити овом Споразуму, у своје име или у име те царинске територије, према условима које та влада договори са Странама уговорницама. Одлуке Страна уговорница о питањима уређеним овом одредбом биће донете двотрећинском већином“.

22 Питањима чланства у Међународној трговинској организацији требало је да буде посвећен члан 71 Хаванске повеље.

на основу члана XII,<sup>23</sup> Информације које је потребно доставити о домаћој подршци и извозним субвенцијама за пољопривредне производе,<sup>24</sup> Информације које је потребно доставити о мерама које утичу на трговинску услугама,<sup>25</sup> Информације које је потребно доставити о мерама које се тичу санитарних и фитосанитарних питања и техничких препрека трговини,<sup>26</sup> Информације које је потребно доставити о примени Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине,<sup>27</sup> Техничка белешка о поступку придруживања,<sup>28</sup> и сл. Међутим, ови документи немају карактер извора права *stricto sensu*. Они само представљају „кодификацију најбољих пракси“ коју је саставио Секретаријат, а не државе чланице у одговарајућем поступку доношења правно обавезујућих правила. Сходно томе, ови документи у поступку придруживања представљају смернице, а никако не правно обавезујућу разраду или допуну члана XII Споразума о оснивању СТО.

Управо због тога, а у светлу закључака изведених из напред анализираног саветодавног мишљења Међународног суда правде у предмету приступања ОУН, и поступак приступања Светској трговинској организацији као и одређивање круга и садржаја материјалноправних услова тог приступања отварају додатна правна питања која је потребно детаљније размотрити.

#### **IV Фазе и ток поступка приступања Светској трговинској организацији**

Члан XII Споразума о оснивању СТО овлашћује сваку државу, односно посебну царинску територију која има пуну самосталност у вођењу спољнотрговинских односа и уређивању питања обухваћених Споразумом о оснивању СТО и мултилатералним трговинским споразумима закљученим у оквиру СТО да затражи приступање овој организа-

---

23 *Note by the Secretariat on the Procedures for Negotiation Under Article XII*, WTO Document WT/ACC/22.

24 *Information to Be Provided on Domestic Support and Export Subsidies in Agriculture*, WTO Document WT/ACC/22/Add.1.

25 *Information to Be Provided on Policy Measures Affecting Trade in Services*, WTO Document WT/ACC/5.

26 *Information to Be Provided on Policy Measures With Respect to TBT and SPS Issues*, WTO Document WT/ACC/22/Add.2.

27 *Information to Be Provided on Implementation of the TRIPS Agreement*, WTO Document WT/ACC/22/Add.2.

28 *Technical Note on the Accession Process*, WTO Document WT/ACC/10.

цији. Може се приметити да по овом питању, а у односу на самосталне царинске територије, члан XII Споразума о оснивању СТО предвиђа нешто другачије решење него што је то чинио члан XXXIII ГАТТ-а 1947. Наиме, док Споразум о оснивању СТО директно овлашћује самосталну царинску територију да поднесе захтев за приступање Организацији, дотле је ГАТТ 1947 предвиђао да ће такав захтев у име самосталне царинске територије поднети држава која је одговорна за међународне односе самосталне царинске територије.<sup>29</sup>

Међутим, Споразум о оснивању СТО не уређује изричито питање поступка подношења и разматрања захтева за приступање Организацији. Начелно, одговор на ово питање би могао да се нађе системским тумачењем Споразума о оснивању СТО. Полазна тачка таквог приступа би био члан IV(1) Споразума о оснивању СТО који овлашћује Министарску конференцију да извршава функције СТО. Како је једна од функција СТО олакшавање спровођења мултилатералних трговинских споразума закључених у оквиру СТО (укључујући и Споразум о оснивању СТО),<sup>30</sup> а то је категорија под коју би се питање приступања тим споразумима могло подвести, произлази да је Министарска конференција надлежна да одлучује о захтеву за приступање. Али, како се Министарска конференција састаје у прилично дугим временским интервалима – најмање једном у две године, њене дужности у периоду између заседања обавља Општи савет.<sup>31</sup> Сходно томе, може се закључити да је одлучивање о захтеву за приступање СТО по правилу надлежна Министарска конференција, а у случају да је одлуку потребно донети у тренутку када овај орган није у заседању, надлежност припада Општем савету. Овакав закључак подржава и Белешка о поступку преговора на основу члана XII, која предвиђа да ће држава или самостална царинска територија о својој намери приступања Организацији обавестити генералног директора СТО, који ће затим то обавештење проследити свим државама чланицама, а о захтеву ће одлучити Министарска конференција, односно Општи савет.<sup>32</sup>

Изложени закључак за собом повлачи наредно питање, а то је: у чему се састоји „одлука“ о захтеву за приступање Организацији? Из члана XII Споразума о оснивању СТО може се наслутити да та одлука има најмање два дела. Потребно је најпре да СТО утврди услове приступања

---

29 Вид. А. Parenti, 144-145.

30 Вид. чл. III(1) Споразума о оснивању СТО.

31 Вид. чл. IV(1) и (2) Споразума о оснивању СТО.

32 Вид. тачке 4 и 5 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.



кандидата,<sup>33</sup> а затим и да донесе одлуку о испуњености тих услова, односно да донесе коначну одлуку о захтеву кандидата за приступање Организацији. Међутим, доношење овакве одлуке за собом повлачи најмање један значајан технички проблем. Наиме, очигледно је да ни Министарска конференција ни Општи савет као пленарни органи због своје гломазности не би могли да руководе свим елементима и сегментима поступка одлучивања о захтеву за приступање. Зато се овде јавила потреба за утврђивањем праксе поступања Организације у поступку утврђивања услова приступања кандидата. Та пракса је „кодификована“ у Белешци о поступку преговора на основу члана XII, која предвиђа да ће Министарска конференција, односно Општи савет, оформити Радну групу за приступање, у коју ће моћи да се прикључе сви заинтересовани чланови СТО, и чији ће задатак бити да размотри захтев за приступање кандидата и у том погледу учини одговарајуће препоруке Министарској конференцији, односно Општем савету, које могу да укључују и нацрт Протокола о приступању.<sup>34</sup> Према томе, Белешка појашњава да се „одлука“ о захтеву за приступање Организацији са једне стране састоји у формирању Радне групе која ће бити овлашћена да у име Организације води преговоре о приступању са кандидатом и, са друге стране, а по окончању преговора о приступању, у одлучивању о препорукама о пријему кандидата у чланство СТО које надлежном пленарном органу упути Радна група.

Међутим, и у погледу поступка формирања Радне групе могу се поставити одређена правна питања. Најмање два су од посебне важности. Прво, на основу којих критеријума пленарни орган доноси одлуку о формирању Радне групе тј. отпочињању преговора о приступању? Друго, постоји ли обавеза формирања Радне групе у случају да су кандидат испуњава критеријуме, или у том погледу има простора за дискрециону оцену пленарног органа? Што се тиче критеријума на основу којих ће се донети одлука о формирању Радне групе, Белешка не садржи никакве индикације у том смислу. Из члана XII Споразума о оснивању СТО би се могло закључити да се ти критеријуми ограничавају само на базичну околност, а то је утврђивање да ли је захтев за чланство поднео овлашћени ентитет – држава, односно посебна царинска територија која има пуну самосталност у вођењу спољнотрговинских односа и уређивању питања обухваће-

---

33 Сходно члану XII(1) Споразума о оснивању СТО, услове за приступање заједнички договарају СТО и кандидат за чланство, али да би такав договор могао да се постигне, СТО мора да усагласи своју преговарачку позицију у поступку састављања услова.

34 Вид. тачку 5 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

них Споразумом о оснивању СТО и мултилатералним трговинским споразумима закљученим у оквиру СТО.<sup>35</sup> Из тога се даље може извући закључак да је простор за доношење негативне одлуке о захтеву за формирање Радне групе веома узак. Међутим, непостојање правила које би наметнуло обавезу стављања захтева за приступање СТО на дневни ред надлежног пленарног органа у одређеном временском периоду од тренутка подношења отвара могућност за уплив политичких критеријума у овај поступак.<sup>36</sup> Наиме, уколико се процени да није изгледно да ће сви чланови СТО бити заинтересовани за отпочињање преговора о приступању са одређеним кандидатом, пракса показује да ће се одлука о захтеву за формирање Радне групе тада једноставно одлагати, односно да се неће стављати на дневни ред надлежног пленарног органа. Тако је, примера ради, Иран поднео захтев за приступање СТО 19. јула 1996. године, а Радна група је формирана тек девет година касније, 26. маја 2005. године, и од свог формирања се још ниједном није састала.<sup>37</sup> Дакле, захтев за формирање Радне групе се формално не одбија, али се ни не прихвата.

Када се оформи Радна група, Секретаријат СТО позива кандидата да поднесе Меморандум о спољнотрговинском режиму. Тај Меморандум представља детаљан приказ система и оквира спољнотрговинског пословања у држави или самосталној царинској територији кандидату у свим областима које уређује право СТО. Он садржи, примера ради, преглед кључних макроекономских и економско-политичких параметара и фактора, преглед правног оквира за доношење и примену прописа у области спољнотрговинског пословања, приказ прописа и политика које се тичу трговине робом и услугама, као и трговинских аспеката права интелектуалне својине.<sup>38</sup> Уз Меморандум је потребно приложити одговарајуће статистичке податке, као и примерке прописа наведених у Меморандуму, и

---

35 Тако и А. Parenti, 150.

36 Поређења ради, може се приметити да је оваква могућност политичког утицаја у контексту поступка решавања спорова у СТО јасно искључена Договором о решавању спорова, који предвиђа да ће Тело за решавање спорова СТО одмах бити обавештено о постојању захтева за формирање панела (дакле, искључена је могућност дискреционог одлучивања о (не)стављању таквог обавештења на дневни ред Тела), као и да ће се одлука о формирању панела донети најкасније на првој наредној седници Тела за решавање спорова у односу на седницу на којој се такав захтев први пут појави на дневном реду. Вид. чл. 6 ст. 1 Договора о решавању спорова.

37 Вид. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/a1\\_iran\\_e.htm#status](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_iran_e.htm#status).

38 Оквирна структура Меморандума о спољнотрговинском режиму кандидата за чланство садржана је у Анексу I Белешке о поступку преговора на основу члана XII. Међутим, та структура је, како је и наведено у тачки 7 Белешке, само индикативна.

то нарочито оних који се односе на царинску тарифу.<sup>39</sup> Због тога неки аутори ову фазу преговора о приступању називају „фазом представљања“.<sup>40</sup> Од кандидата за чланство се очекује да што пре почне да усклађује своје право са прописима СТО, тако да се сваки састанак чланова Радне групе са представницима кандидата по правилу завршава утврђивањем учињеног напретка и одређивањем корака које је потребно предузети у предстојећем периоду.<sup>41</sup> У том циљу се од кандидата за чланство очекује да у раној фази преговора о приступању поднесе Акциони план измене прописа (енг. *Legal Action Plan – LAP*) у коме ће пописати прописе који су већ усклађени са правом СТО и представити план за усклађивање оних прописа који одступају од правила Организације.<sup>42</sup> Такође, пракса је да током поступка приступања кандидат Организацији подноси на мишљење о усклађености нацрте прописа који се тичу спољнотрговинског режима или утичу на њега, како би се избегла ситуација да кандидат мора да мења или допуњава прописе које је усвојио током преговора о приступању.

Занимљиво је приметити да, паралелно са мултилатералним коло-секом преговора за приступање СТО, сваки заинтересовани члан Радне групе може, мимо Радне групе, да затражи билатералне преговоре са кандидатом о условима приступа тржишту роба и услуга и другим питањима о којима се споразуме са кандидатом.<sup>43</sup> Сваки споразум који буде постигнут у оквиру таквих билатералних преговора ће се затим мултилатерализовати посредством клаузуле најповлашћеније нације,<sup>44</sup> која представља израз једног од темељних принципа права СТО – принципа недискриминације.<sup>45</sup> Ову фазу паралелних мултилатералних и билатералних преговора неки аутори називају „фазом давања понуда“.<sup>46</sup>

Када се мултилатерални и билатерални преговори о приступању заврше, Радна група Министарској конференцији, односно Општем савету доставља тзв. пакет приступних докумената (енг. *accession package*). Тај пакет докумената се састоји из извештаја Радне групе, нацрта одлуке о приступању и приступног протокола и пописа повластица које се односе

39 Вид. тачку 10 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

40 S. Lester, B. Mercurio, A. Davies, 86.

41 Вид. тачке 13 и 15 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

42 Вид. тачку 16 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

43 Вид. тачку 18 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

44 Вид. чл. I Општег споразума о царинама и трговини; чл. II Општег споразума о трговини услугама; чл. 4 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

45 P. van den Bossche, W. Zdouc, 36-37.

46 S. Lester, B. Mercurio, A. Davies, 87.

на трговину робом и услугама.<sup>47</sup> Приступни протокол је по правилу веома кратак и има уобичајену форму и садржај. Међутим, има и другачијих примера. Тако, рецимо, Протокол о приступању Кине има више од 100 страна,<sup>48</sup> што је ипак изузетак у пракси СТО.

Оперативни део протокола о приступању састоји се из три целине: општег дела, пописа трговинских повластица и завршних одредаба.<sup>49</sup> У општем делу се одређује да ће по ступању на снагу протокола кандидат постати члан СТО, упућује се на део извештаја Радне групе у коме је садржан попис обавеза које је кандидат преузео у поступку приступања и успоставља обавеза примене мултилатералних трговинских споразума закључених у оквиру СТО као да је кандидат њима био обавезан на дан када су ступили на снагу. Други део стандардног протокола садржи одредбе којима се упућује на попис трговинских повластица које ће кандидат јемчити роби и услугама пореклом из других држава чланица СТО. Коначно, у завршним одредбама приступног протокола одређује се, између осталог, рок у коме кандидат треба да обави одговарајуће унутрашње поступке (ратификација и сл.) како би обезбедио да протокол у односу на њега ступи на правну снагу. Тај рок се одређује за сваког кандидата понаособ, зависно од сложености поступка изражавања сагласности на обавезаност протоколом који треба да примени. Ипак, најчешће се одређује рок у трајању од неколико месеци. Тако је, примера ради, рок који је имала Црна Гора износио 3,5 месеца,<sup>50</sup> Јордан нешто мало преко 3 месеца,<sup>51</sup> што је био период и за Казахстан (али уз могућност продужења одлуком Општег савета)<sup>52</sup>. Има, наравно, и примера где је тај рок био дужи (нпр. Вијетнам – скоро 8 месеци,<sup>53</sup> Русија – 220 дана,<sup>54</sup> Украјина – скоро 5 месеци<sup>55</sup>), док је, са друге стране, било и примера кандидата којима је рок за изражавање сагласности био знатно краћи. Тако је, рецимо,

---

47 Вид. тачку 23 Белешке о поступку преговора на основу члана XII.

48 Вид. Протокол о приступању Кине, WT/L/432 од 11. децембра 2001. године.

49 За форму и садржај стандардног протокола о приступању вид. Техничку белешку о поступку приступања, WT/ACC/10, 38-39.

50 Вид. Протокол о приступању Црне Горе, WT/L/841 од 17. децембра 2011. године.

51 Вид. Протокол о приступању Јордана, WT/ACC/JOR/35 од 23. децембра 1999. године.

52 Вид. Протокол о приступању Казахстана, WT/L/957 од 27. јула 2015. године.

53 Вид. Протокол о приступању Вијетнама, WT/L/662 од 7. новембра 2006. године.

54 Вид. Протокол о приступању Руске Федерације, WT/L/839 од 16. децембра 2011. године.

55 Вид. Протокол о приступању Украјине, WT/L/718 од 5. фебруара 2008. године.

Саудијској Арабији остављено непуних 50 дана,<sup>56</sup> Кини непуних 40,<sup>57</sup> а Оману само 22 дана<sup>58</sup>.

Одлуку о пријему у чланство кандидата доноси Министарска конференција, односно Општи савет уколико би се питање поставило у тренутку када Министарска конференција није у заседању. Начин одлучивања Министарске конференције, односно Општег савета, прописан је Споразумом о оснивању СТО. Сходно члану IX(1) Споразума о оснивању СТО, Организација ће наставити да примењује принцип ГАТТ-а 1947 према коме се одлуке по правилу доносе консензусом. Међутим, уколико би неки члан СТО тражио да се предлогу одлуке гласа, предлог ће бити усвојен уколико га подржи двотрећинска већина.<sup>59</sup> У пракси СТО, о предлогу одлуке о пријему у чланство гласало се само једанпут, и то у случају приступања Еквадора.<sup>60</sup> У свим осталим случајевима, одлука о пријему у чланство је доношена консензусом.

## **V Материјалноправни услови приступања Светској трговинској организацији**

Члан XII Споразума о оснивању СТО, као што је већ напоменуто, не дефинише материјалноправне услове приступања Организацији, већ само наводи да ће услови споразума о приступању бити договорени између кандидата и Организације.<sup>61</sup> Оваква формулација Споразума оставља простор сваком кандидату да, у мери у којој је то могуће, испредговара услове приступања, али и даје простор Организацији да услове приступања прилагоди конкретној привредној ситуацији сваког појединачног кандидата.<sup>62</sup> Али, са друге стране, оваква неодређеност члана XII Споразума о оснивању СТО истовремено представља и потенцијални извор правне несигурности јер омогућава успостављање различитих услова за пријем различитих кандидата. Неки аутори зато овај део члана XII Споразума о оснивању СТО називају правном празнином јер он у суштини омогућава да садржај споразума о приступању избегне било

---

56 Вид. Протокол о приступању Саудијске Арабије, WT/L/627 од 11. новембра 2005. године.

57 Вид. Протокол о приступању Кине, WT/L/432 од 11. децембра 2001. године.

58 Вид. Протокол о приступању Омана, WT/ACC/OMN/28 од 10. октобра 2000. године.

59 Вид. чл. XII(2) Споразума о оснивању СТО.

60 Steve Charnovitz, „Mapping the Law of the WTO Accession“, 2013, 6, доступно на веб-адреси: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1430&context=faculty_publications).

61 Вид. чл. XII(1) Споразума о оснивању СТО.

62 A. Parenti, 157.

какво ограничење и у потпуности зависи од исхода преговоар кандидата и Организације.<sup>63</sup> Управо то је у жаргону Организације довело до стварања термина „СТО-плус“ и „СТО-минус“ обавеза.

Термин „СТО-плус“ обавезе користи се у различитим контекстима.<sup>64</sup> У контексту приступања СТО, под овим термином се подразумева уговарање строжих дисциплина и ширег домашаја обавеза за кандидата од оних које обавезују постојеће чланове Организације. То би, примера ради, био пристанак кандидата на веће снижење царинске стопе на одређену робу од оног које је уговорено међу постојећим чланицама СТО, пристанак на строжа правила у вези са надзором над спољнотрговинском политиком или преузимање обавеза у неким областима које нису детаљно уређене споразумима закљученим у оквиру СТО, као што би био пристанак на давање одређених конкретних повољности и повластица страним улагачима. Концепт „СТО-плус“ је нарочито дошао у жижу интересовања теорије и праксе приликом приступања Кине Организацији. Наиме, Протокол о приступању Кине Светској трговинској организацији садржи дугачку листу „СТО-плус“ обавеза које се могу поделити у неколико група: 1) обавезе које се тичу транспарентности трговинске политике; 2) обавезе које се тичу управне и судске контроле одлука и мера које тичу односа уређених правом СТО; 3) обавезе које се тичу једнообразне примене мера трговинске политике; 4) детаљније прописан режим признавања националног третмана; 5) детаљније прописане обавезе третмана страних улагања од оних уређених Споразумом о инвестиционим мерама у вези са трговином; 6) обавезе које се тичу успостављања тржишне привреде; 7) посебне обавезе надзора над спољнотрговинском политиком у транзиционом периоду.<sup>65</sup>

Насупрот „СТО-плус“ обавезама, појам „СТО-минус“ обавеза требало би да означи споразум између кандидата и Организације којим се договара да се на кандидата у одређеном периоду након пријема у чланство неће примењивати одређене обавезе или дисциплине које иначе произлазе из права СТО.<sup>66</sup> „СТО-минус“ обавезе би, примера ради, подразумевале право кандидата да у одређеном периоду након пријема у чланство задржи више царинске стопе за поједине производе од оних

---

63 Julia Ya Qin, „'WTO-Plus' Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System“, *Journal of World Trade* 3/2003, 487.

64 Chang Fa Lo, *WTO-Plus in Free Trade Agreements*, Angel Publishing Company 2010, 1.

65 Детаљније о овоме вид. J. Ya Qin, 491-509.

66 S. Charnovitz, 17.

које су уговорене међу постојећим чланицама Организације или, пак, да у одређеном периоду након пријема у чланство не примењује неко друго правило трговања успостављено правом СТО. Изложени концепт наводи на закључак да на уговарање „СТО-минус“ обавеза у првом реду претендују они кандидати за чланство у Организацији који припадају категорији неразвијених држава. У прилог таквом закључку иду и Смернице за приступање неразвијених држава.<sup>67</sup> Ове Смернице у тачки 2, која се иначе односи на примену правила СТО, предвиђају уговарање посебних прелазних периода и аранжмана, одмерених у складу са индивидуалним стањем привредног развоја, финансијским и економским потребама сваког кандидата на кога се те Смернице односе, како би се неразвијеним државама омогућило да што пре дођу у стање да у пуној мери примењују сва правила и дисциплине СТО. Ипак, не треба занемарити околност да ове Смернице немају обавезујући карактер, тако да не дају основ ни за какво „леgitимно очекивање“ кандидата из реда неразвијених држава да ће материјалноправни услови његовог приступања Организацији подразумевати „СТО-минус“ обавезе. Напротив, релативно скорашња пракса Организације у вези са приступањем Непала и Камбоџе сведочи о томе да ће кандидат моћи да ужива „СТО-минус“ режим само ако за њега успе да се „избори“ током преговора о приступању.<sup>68</sup>

Без обзира на то да ли је кандидат за чланство током преговора о приступању за себе уговорио услове који се могу квалификовати као „СТО-плус“, „СТО-минус“ или које, пак, одговарају нивоу повластица и повољности успостављених између постојећих чланова Организације, обавезе из протокола о приступању су правно обавезујуће, тако да њихово кршење, односно неиспуњење, повлачи за собом могућност активирања механизма решавања спорова предвиђеног Договором о решавању спорова. До сада је механизам решавања спорова СТО коришћен у скоро 40 случајева сумњи на кршење обавеза из протокола о приступању.<sup>69</sup> Највећи број тих предмета односи се на Протокол о приступању Кине СТО, што не треба да чуди имајући у виду обим и степен детаљности тог акта.

67 *Guidelines for Accession of Least-Developed Countries*, WTO Document WT/L/508 of 20 January 2003.

68 S. Charnovitz, 17.

69 На дан 20. априла 2019. године пред Телом за решавање спорова било је регистровано 36 спорова поводом кршења обавеза из протокола о приступању. За ажурне информације вид. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/find\\_dispu\\_cases\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm).

## VI Закључак

Окосницу правног оквира приступања Светској трговинској организацији чини члан XII Споразума о оснивању СТО. Ова одредба, међутим, само делимично уређује питања од значаја за поступак приступања. Она само наводи да захтев за приступање може поднети било која држава или самостална царинска територија која независно уређује питања обухваћена правом СТО, да услове приступања договарају кандидат и Организација, да, у случају да се о захтеву за приступање одлука не може донети консензусом, потребна је двотрећинска већина за доношење одлуке о приступању, као и да су за приступање плурилатералним споразумима закуљченим у оквиру СТО меродавни управо ти споразуми. Дакле, осим што не уређује кључне елементе поступка приступања, одредба члана XII Споразума о оснивању СТО предвиђа и да ће материјалноправни услови приступања Организацији бити дефинисани преговорима кандидата и Организације. Лапидарност члана XII Споразума о оснивању СТО условила је то да су многи важни аспекти поступка приступања Организацији уређени праксом која, колико год до сада била хомогена, ипак садржи поједине изузетке, што негативно утиче на правну сигурност кандидата за чланство и њихову могућност предвиђања тока и исхода преговора.

Према неким ауторима, неодређеност члана XII Споразума о оснивању СТО је знак флексибилности система СТО захваљујући којој услови приступања у сваком појединачном случају могу да буду одређени тако да најбоље одговарају привредној ситуацији и економским потребама сваког конкретног кандидата. Међутим, одсуство било каквих изричитих ограничења у погледу обима и садржаја услова приступања у пракси је довело до тога да се од неких кандидата за чланство тражи да пристану на додељивање повластица и повољности које превазилазе ниво који обавезује постојеће чланове СТО. Неодређеност члана XII Споразума о оснивању СТО исто тако оставља незанемарљиву могућност уплива политичких елемената у поступак одлучивања о пријему у чланство, и то на начин који се не би могао сматрати супротним закључцима Међународног суда правде у предмету приступања ОУН. Да таква могућност заиста може да буде искоришћена показује и пракса СТО, и то нарочито у случајевима приступања Кине, чији су услови за приступање у многоструку одударали од до тада уобичајених, и Ирана, који је захтев за приступање поднео пре више од две деценије а до сада се није десио никакав значајнији напредак у поступку његовог приступања.



Имајући у виду околност да право СТО непрестано еволуира,<sup>70</sup> као и то да свако повећање чланства СТО потенцијално отежава преговарачку позицију будућих кандидата, јер сваки члан Организације може да затражи билатералне преговоре са кандидатом током поступка приступања и тако покуша да испреговара већи ниво повластица и повољности од оног који би био уговорен на мултилатералном нивоу, приступање Светској трговинској организацији, како неки аутори сликовито наводе, подсећа на трчање за возом у покрету.<sup>71</sup> Из тога би се могао извући закључак да би на садашњем степену развоја Светске трговинске организације, када њено чланство чини више од четири петине укупног броја држава на свету, за преостале кандидате било сврсисходније, са становишта правне сигурности и заштите легитимних интереса у погледу приступања како кандидата тако и саме Организације, да је овај поступак детаљније уређен и омеђен правилима. Ипак, веома је мало вероватно да би до таквог обрта могло да дође у овом тренутку, јер је правни оквир приступања СТО готово идентичан правном режиму приступања ГАТТ-у 1947, те тако представља чврсто устаљену праксу која је на снази већ више од седам деценија.

---

70 Тренутно је у току Доха рунда преговора у оквиру које се разматрају могућности даље хармонизације прописа у око 20 области међународне трговине. Вид. Министарску декларацију којом је отворена Доха рунда преговора, доступну на веб-адреси: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm).

71 Тако А. Parenti, 141.

**Dr. Marko JOVANOVIĆ, LL.M.**  
**Assistant Professor**  
**University of Belgrade Faculty of Law**

## **LEGAL FRAMEWORK FOR THE ACCESSION TO THE WORLD TRADE ORGANIZATION**

### *Summary*

*Despite its remarkable complexity, the process of accession to the World Trade Organization is essentially governed by only one provision of the Agreement Establishing the World Trade Organization. Additionally, a few more provisions of the said Agreement bear indirect impact on the issue of accession. Consequently, many aspects of the accession process are governed by practice which, as homogenous as it may be, nevertheless shows certain exceptions in some cases. Thus, this paper presents the sources of law for the accession to the WTO, explains and analyzes the accession process and the way in which the substantive requirements for the accession (i.e. the terms of accession) are defined and contrasts them to the general standards of accession to international organizations. The author concludes that the lack of precision of the provisions governing the accession gives a possibility to the Organization and to the candidate to be flexible in defining the terms of accession that will best fit the situation, the needs and the economic capabilities of the candidate. However, that lack of precision may also jeopardize the principle of legal certainty and foreseeability of the development of the accession process, as well as of its outcomes. Although it could be argued that more precision in defining the legal framework to the accession to the WTO could prove to be beneficial for the remaining candidates, it is highly unlikely that the current practice will be amended as it is more or less consistently applied since the times of GATT 1947.*

**Key words:** *World Trade Organization – accession to international organizations – accession to the WTO – Article XII of the Agreement Establishing the World Trade Organization – accession procedure – terms of accession*

Др Светислав ЈАНКОВИЋ\*

## ПРАВНИ РЕЖИМ УГОВОРА О ДРУМСКОМ ПРЕВОЗУ ПУТНИКА ЗАКЉУЧЕНОГ ПУТЕМ ИНТЕРНЕТ ПЛАТФОРМЕ\*\*

### Резиме

*Развој рачунарских технологија је омогућио брже и лакше повезивање људи, поготово у саобраћају. То се нарочито испољило кроз тзв. деобну економију у којој се вишак добра (услуге) дели (уз накнаду) са онима којима је потребнији. Такав економски приступ је успешно примењен у Uber-у у иностранству и CarGo у Србији, који представљају Интернет апликације путем којих се закључује уговор о превозу. При томе, спорна је правна квалификација оваквог вида превоза, јер, није јасно да ли се ради о јавном или приватном превозу, као и каква је улога Интернет апликација у њиховом закључењу и испуњењу. Према једном мишљењу, ради се и класичном посредовању, док је према другом схватању, ипак, реч о превозу (јавном).*

*У првом делу рада је приказан утицај техничко-рачунарског напретка на настанак деобне економије и, сходно томе, на саобраћајне односе. У другом делу се указује на правне проблеме који услед тога настају, а које изазива, пре свега, сличност са класичним такси превозом. Након приказа правног режима такси превоза, објашњава се начин рада Uber-а и CarGo-а, као и њихова правна природа. Указује се на нејасноћу правног облика ових интернет апликација, с обзиром да је, посебно у Србији, спорно да ли имају правни субјективитет, те да ли су привредно друштво или удружење. Закључује се да је поменута врста превоза само технички унапређенији класични тип ванлинијског јавног превоза чију услугу пружа субјект који, представља компанију.*

---

\* доцент Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Идентитетски преображај Србије (2019)“.

**Кључне речи:** економија дељења, Uber, CarGo, такси превоз, посредовање, јавни превоз.

## І Увод

Како уговор о превозу путника у друмском саобраћају представља свакодневну, уобичајену и масовну појаву, тако и свакодневне друштвене и техничке промене делују на њега. Почев од класичног ванлинијског, појединачног превоза путника запрежним колима и кочијама, када се сваки „превоз“ лица појединачно и детаљно уговарао, па до савремених путничких превоза током 20. века, техничке и друштвене промене су имале постепен али важан утицај на ову врсту превоза. Посебно се то уочава у другој половини 20. века када се уговори о превозу, углавном, закључују као уговори по приступу. Због тога, слобода воље путника у уговарању се смањује до мере да може само да прихвати или не прихвати (јавно) понуђене услове и уговор о превозу.<sup>1</sup> Такво испољавање снаге економски јаче уговорне стране (превозилаца) постепено је водило негодујућем пристанку путника на уговорне услове, с обзиром да други могући облик уговора о превозу није постојао. То се посебно одражава на друмски превоз, имајући у виду његову учесталију употребу у односу на друге видове превоза (ваздушни, поморски, речни и железнички).

Развој технике, а посебно рачунара и комуникационих технологија као што је Интернет, утиче на економске законе тако што, првобитна асиметрија информација бива надомешћена тако да сви учесници на тржишту (па и путници, потрошачи) бивају обавештенији о различитим могућим понудама.<sup>2</sup> Упоредо са тиме се испољава и схватање о деобној економији (енг. *sharing economy*) путем које се вишак (енг. *surplus*) добра или услуге који се не користи дели са другима којима ће се учинити употребљивијим.<sup>3</sup> Ова појава није својствена само у превозничкој делатно-

---

1 Борислав Т. Благојевић, *Уговори по пристанку*, Београд, 2013, 137. и даље.

2 Daniel E. Rauch, David Schleicher, „Like Uber, but for Local Governmental Policy: The Future of Local Regulation of the Sharing Economy“, доступно на адреси: [https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working\\_papers/1501.pdf](https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1501.pdf), 12.4.2019., 11.

3 О појмовном одређењу деобне економије вид. Arun Sundararajan, *The end of the employment and the rise of Crowd – Based Capitalism*, London, 2016, 26. и даље. Израз *sharing economy* се може превести и као економија дељења или економија отвореног приступа, али ће се у даљем току рада употребљавати, већ, споменути израз деобна економија.

сти, него и у осталима у којима је „освешћени, обавештени“ појединац спреман да подели своја добра и услуге, попут угоститељства на пример.<sup>4</sup>

Овакве промене су последњих десетак година извршиле утицај на уговор о превозу путника у друмском саобраћају тако што се појавила идеја да уместо уобичајених начина превозења у јавном саобраћају (аутобус и такси), путнику може да се пружи услуга и приватним возилима путем непрофесионалних возача, уз наравно мању цену и олакшанији вид уговарања. Олакшање се састоји у томе што се путем интернета могу сусрести понуда и тражња за оваквим типом превоза. Имајући у виду својство интернета да људи могу да међусобно саопштавају своје одлуке чим им то затреба, долази се до закључка да се уговори о превозу путника могу на тај начин закључивати кад су њихови учесници присутни на месту уговарања, иако су географски удаљени. Са друге стране, то није новина, јер је читав 20. век прожет непрестаним развојем комуникационих технологија које су се одражавале на олакшано преговарање и уговарање. Новина у овом начину закључивања уговора се састоји у томе што конкретна интернет платформа (као својеврсни рачунарски програм намењен само сусрету понуда и тражњи у друмском путничком саобраћају) не остаје само прости повезивач „понуде“ и „тражње“ на тржишту, него добија и једну додатну особину – постаје стваралац, организатор тржишта.<sup>5</sup>

## II Уочавање правног проблема

Већ је поменуто да су током 20. века различита техничка средства омогућавала закључивање уговора између одсутних лица. Последица тога је била да су та средства након закључења уговора остајала само прост доказ о начину закључења уговора, а даљу судбину уговора, посебно у погледу испуњавања, преузимале су уговорне стране. Заправо, тех-

4 Airbnb представља најпознатију Интернет платформу на којој се сусрећу понуде и тражње за смештајем. При томе, понудиоци смештајних капацитета могу бити физичка лица која се не баве пружањем туристичких услуга, већ само желе да поделе свој вишак простора, али се, као понудиоци могу појавити и професионалци који се, иначе, баве пружањем туристичких услуга. Детаљније вид. Ming Hu, *Sharing economy – Making Supply Meet Demand*, Toronto, 2019, 491. и даље.

5 Christoph Busch, „The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb pass the ‘Uber test’? Some observations on the pending case C-390/18 – Airbnb Ireland“, *Journal of European Consumer and Market Law*, 7/2018, 173.

*Напомена* - У даљем току рада изрази Интернет платформа, Uber, CarGo ће се користити у истом значењу као виртуелни, интернетски, програмски простор на коме се сусрећу понуда и тражња за друмским путничким превозом.

ничко-комуникациона средства су била само помоћ у закључивању уговора. Супротно томе, чини се да уговори о превозу који се закључују путем интернет платформи (као што су *Uber* на иностраном плану, а *Car-Go* на домаћем), ипак, нису толико осамостаљени након каначног сурета воља (и закључења). Наиме, Интернет платформа нема значај само у поступку закључивања уговора, него и у повезивању могућих уговорника, чиме добија одлику својеврсног тржишта.<sup>6</sup>

Чињеница да интернет платформа није само посредник у закључењу уговора, него и организатор тржишта, указује на потребу истраживања њеног правног положаја, али и, уопште, правног режима тако закљученог уговора о превозу путника. Наиме, нејасно је ко је носилац права, обавеза и одговорности из таквог уговора. Логика налаже да би то били превозилац и путник као уговорне стране, имајући у виду *inter partes* дејство уговора који су, „једино“ они и закључили. Међутим, управо улога Интернет платформе у закључивању уговора замагљује јасноћу и једноставност *inter partes* дејства овог уговора, јер путнику приликом избора превозиоца сам рачунарски програм указује (истовремено препоручујући) на могуће и најближе превозиоце, а који су спрам одређених мерила (редовност и уредност у пружању услуге, квалитет возила итд.) сврстани у одређени редослед са кога ће и бити изабрани. Такође, услуга превоза се не плаћа непосредно превозиоцу, него на заједнички рачун Интернет платформе са кога се зарада даље дели превозиоцима.<sup>7</sup>

Наведени рачунарски механизам уговарања превоза и његовог плаћања као уговорних последица уноси нејасноћу поводом читавог низа правних односа. Наиме, како је споменуто није потпуно јасно да ли је

---

6 Управо одлика интернет платформе као ствараоца тржишта је била једна од пресудних да се *Uber* као једна од таквих платформи окарактерише као пружалац транспортних услуга, а не само као прост повезивач (посредник) возача и путника. Чини се да је постојање таквог рачунарског програма предуслов појављивања возача као понуђача, а путника као тражилаца услуге превозе. У супротном, они не само да се не би повезали (што је иначе својство сваког посла посредовања), него возачи уопште не би пружали такву услугу, с обзиром да није реч о професионалним возачима који се јавно нуде неодређеном броју лица као превозиоци. Детаљније вид. Пресуду Европског суда правде у тзв. „шпанском“ случају: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=019EC51DD12A681F36A870C56E41D74E?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8053680>, 3.4.2019. године.

7 Benjamin Linke, „Gewerbefrei oder „Uber“ – reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf dem Prüfstand“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2015, 476.

сам, одабрани, возач, једини носилац права и обавеза из закљученог уговора или је то и интернет платформа која је у томе (са)учествовала.

Нејасним се чини и правни положај интернет платформе у погледу правног субјективитета. Иако ствараоци такве платформе желе да је правно обликују у удружење, чини се, ипак, да чињеница плаћања непосредно Интернет платформи, а не возачу, води закључку о њеној профитабилности. Због тога би, између осталог, таква платформа требала да се сматра привредним друштвом (упркос самосталној квалификацији њених оснивача као удружења – *falsa nomination, non poset*), а, свакако, ништа мање, но, *de facto* (или тајним) привредним друштвом.<sup>8</sup>

### III Такси превоз

#### 1. Појам и правно уређење

Такси превоз се сматра јавним ванлинијским превозом путника у друмском саобраћају. Јавност (а не приватност) такси превоза се састоји у томе што је намењен неодређеном кругу трећих лица, а сходно томе, строжем правном уређењу. То је ванлинијски превоз путника, јер такси возило нема унапред предвиђену и објављену путању кретања, иако има ограничење пружања услуге које је везано за одређену политичко географску локацију (град).

Као вид превоза јавља се још у старом веку (када се обављао путем рикши - које су људу вукли или кочија која су вукли коњи), даљи развој добија пред крај средњег века (када су постојали, чак, општи правни акти који су га правно уређивали у Енглеској и Француској), да би коначан облик добио почетком 20. века са појавом возила са погоном на мотор са унутрашњим сагоревањем.<sup>9</sup> Нагли пораст понуде оваквог превоза, тј. прецизније, такси возила у градовима поклапа се са великом економском кризом тридесетих година 20. века када, управо, почиње строже правно уређење.<sup>10</sup> Наиме, са порастом броја направљених, а непродатих аутомобила, а истовременим и наглим отпуштањем радника, створило се погодном окружење за појаву већег броја таксиста. Дакле, са губитком посла,

---

8 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2012, 185-189.

9 James Cooper, Ray Mundy, John Nelson, *Taxi! Urban Economics and the Social and Transport Impacts of the Taxicab*, London, 2016, 3. и даље.

10 Damien Geradin, „Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization be Applauded or Criticized?“, *Competition Policy International*, 2015, доступно на адреси: [ssrn.com/abstract=2693683](https://ssrn.com/abstract=2693683), 11.4.2019.

људи су почели да се окрећу samozапослењу, те се пружање услуга такси превоза учинило као економски најцелисходније понашање.<sup>11</sup> Међутим, то доводи до наглог пораста таксиста који су „презаситили“ тржиште услуге јавног ванлинијског превоза. Презасићеност такси тржишта доводи до бескомпромисне конкуренције, умањења квалитета услуге и повећања криминалитета, што је све водило ка нужном одговору државе у виду појачаног правног уређења ове области.<sup>12</sup>

У то време (1930-те године) јавља се, практично, модел регулатива такси превоза која ће бити (због сличних околности) усвајана у „готово, свим градовима света. Суштина овог правног уређења се изражава у неколико основних правила: почев од ограничења броја таксиста који смеју да пружају услугу, преко нужне обучености возача, безбедности и квалитета возила, па до, на крају, обавезног осигурања (како возача од одговорности, тако и путника од последица несрећног случаја).<sup>13</sup>

## 2. Српско право

У погледу правног уређења такси превоза, српско право прати моделе уређивања који су успостављени у иностранству, па су присутна јасна правила о броју такси возила, обучености возача и безбедности возила, те о осигурању путника за време превоза. Најразвијеније је уређење такси превоза у Београду. Ту такси превоз може обављати физичко лице као самостални предузетник или, пак, запослени у привредном друштву које се, као претежном делатношћу, бави пружањем услуга такси превоза.<sup>14</sup>

---

11 Дотадашње правно уређење такси превоза је било врло површно и с обзиром на невелики број лица која су била у овој делатности није било препрека за појаву нових таксиста, с обзиром да им осим аутомобила ништа друго није било потребно. То значи да су тржиште такси превоза до велике економске кризе тридесетих година 20. века чинили махом возачи на којима нису вршене провере безбедности, обучености, а што је услед наглог пада стопе запослености утицало на охрабривање уласка у ову делатност (као својеврсно последње пословно уточиште). Hannah A. Posen, „Ridesharing in the Sharing Economy: Should Regulators Impose Über Regulations on Uber?“, *Iowa Law Review*, Vol. 101, 2015, 409.

12 Paul Stephen Demsey, „Taxi Industry Regulation, Deregulation & Reregulation: the Paradox of Market Failure“, *Transportation Law Journal*, 24/1996, 76.

13 Н. А. Posen, 410.

14 Одлука о такси превозу, *Службени лист града Београда*, бр. 126/2016, чл. 4; Закон о превозу путника у друмском саобраћају – Закон о превозу путника, *Сл. гласник РС*, бр. 68/2015, 41/2018, 44/2018 – др. закон и 83/2018), чл. 87, ст. 2.



Опредељеност српског (градског) законодавца за ограничен број таксиста је само последица приклањања универзалном моделу правног уређења овог превоза путем чијих правила се жели унапред предвидети број такси возила који оптимално задовољавају потребу за одређени период (5 година) за овом врстом услуга.<sup>15</sup> При томе, дозвола за обављање такси превоза се сматра личним, непреносивим правом, везаним субјекта који је добија, под условом да је испунио услове за бављење том делатношћу.<sup>16</sup> Међутим, српски Уставни се суд у последњих 15-ак година другачије одређивао по питању препрека уласку на такси тржиште. Наиме, Уставни суд је сматрао неуставним правило о (ограниченом) броју таксиста, а разлог таквом одређењу је налазио у нескладу подзаконских аката са законом који уређује путнички друмски саобраћај.<sup>17</sup> Штавише, овакву одлуку није заснивао само на изричитим законским правилима, него и на самом Уставу према коме се не сме ограничавати право на рад

---

15 Одлука о такси превозу, чл. 5; Закон о превозу путника, чл. 94, ст. 2.

16 Одлука о такси превозу, чл. 17, ст. 10; Закон о превозу путника, чл. 92. Насупрот оваквом режиму непреносивости „такси дозвола“ у српском праву, постоји тзв. систем медаљона (енг. *taxi medallion system*) у САД и Канади. Иако оба система, за крајњу последицу имају стварање својеврсног олигопола (односно, искључивог права на пружање ове врсте услуга), српски систем се разликује по томе што није дозвољен пренос такси-дозволе на друга лица, док је, у САД-у и Канади, пренос „медаљона“ дозвољен. Штавише, у тим земљама се ствара посебно, секундарно, тржиште „медаљона“ (цене достижу и више стотина хиљада долара) у коме се основна трговина, тј. пренос обавља између таксиста који иду у пензију (преносилаца) и нових, младих таксиста (стицалаца). Међутим, увођењем нових начина обављања друмског превоза путника (UBER), долази до наглог пада вредности „медаљона“, па се основано поставило питање да ли би требало њихове имаоце обештетити. Вид. Eran Kaplinski, „Should licence Plate Owners Be Compensated when Uber Comes in Town“, *Law and the Sharing Economy: Regulating Online Market Platforms* (Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa editors), Ottawa, 2018, 265.

17 Уставни суд је тадашњи закон који је уређивао друмски саобраћај, тумачио тако да јединица локалне самоуправе (којој је иначе било дато у надлежност ближе уређивање такси превоза на својој територији) није могла да ограничи број лица која би пружала ту врсту превозне услуге. Наиме, правило је било да јединица локалне самоуправе може да одреди „само“ оптималан број таксиста, што је, *a contrario*, значило да није могла и да ограничи њихов број. С обзиром да такво правило садржи и тренутно важећи Закон о превозу путника, одлука Уставног суда је и даље правно обавезујућа. Вид. Одлука Уставног суда Србије, IУ бр. 53/2004 од 29. септембра 2005. године. Упор. Закон о превозу путника, чл. 87, ст. 2. и Закон о превозу у друмском саобраћају, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 66/2001, 91/2005, 62/2006, 31/2011, 68/2015, чл. 36, ст. 4. Као последица овакве одлуке уставног суда су доношене и одлуке о накнади штете лицима којима је било забрањено да обављају такси превоз. Вид. Решења Врховног касационог суда, Rev. 393/2016 од 6.4.2016. године, Rev. 1662/2015 од 22.10.2015. године.

и слобода избора занимања, те слободно и под једнаким условима обављање привредне и друге делатности.<sup>18</sup>

Са друге стране, Уставни суд се одређивао у још неколико случајева везаних за такси превоз, односно за побољшање квалитета ове услуге, тако што је установљавао неуставност подзаконских (најчешће градских) прописа. Овим прописима су се таксисти су се обавезивали да имају виши степен обучености (тзв. Ц категорија),<sup>19</sup> савременија возила (еуро 4 норма),<sup>20</sup> те солвентност која се доказивала и одуством пореског дуга, што су били услови за обављање такси делатности.<sup>21</sup> Међутим, највиши судови су се негативно одређивали о овим, додатним условима, и због тога је, као резултат, услуга такси превоза у већим градовима у Србији, скупа, а некавалитетна.

Овакво стање у пољу такси превоза, заједно са другим околностима (превише непродатих половних аутомобила, суштински раст стопе незапослености, развој комуникационих и рачунарских технологија) представља погодно тло за сиву зону и јављање нових, мутираних, видова јавног ванлинијског правоза. Управо такве врсте превоза највише конкуришу такси превозиоцима, пре свега кроз лакоћу уговарања (интернет апликација), бољи квалитет саме превозничке услуге и ниже цене.

## IV *Uber* у свету, *CarGo* у Србији

### 1. Настанак

Имајући у виду невољност такси превозилаца да унапређују своју делатност, али и законодавни оквир који им омогућава такав приступ, створиле су се прилике на тржишту за понуду једног новог начина обављања оваквог превоза.<sup>22</sup> Уз то, посебан подстицај за настанак нових начина превоза је била информатичка писменост и унапређеност рачунарских технологија које су омогућиле масовно повезивање људи путем Интернета. Тако, 2009. године настаје тзв. *Uber* апликација (у Сан Франциску) која се састоји у рачунарском програму који омогућава, уз помоћ Интернета, повезаност мноштва понуда и потражњи за јавним ванлиниј-

18 Вид. Образложење Одлуке Уставног суда, IУ бр. 53/2004 од 29. септембра 2005. године.

19 Одлука Установ суда, IУ бр. 169/2002 од 25.12.2003. године. Вид. Пресуда Врховног суда Србије, У. 1685/2003 од 4.12.2003. године.

20 Одлука Уставног суда, IUI бр. 296/2009 од 28.10.2010. године.

21 Одлука Уставног суда, IUI бр. 325/2019 од 21.2.2013. године.

22 Judd Cramer, Alan B. Krueger, „Disruptive Change in the Taxi Business: The Case of Uber“, *American Economic Review*, 2016, 177.

ским превозом. При томе, понудиоци овог превоза нису, најчешће, професионални возачи (превозиоци) него приватна лица која су спремна да уз свој основни посао додатно зараде.<sup>23</sup>

Овакав вид ванлинијског јавног превоза је, већ, у првим годинама довео до промена на тржишту и до великог удела у превозничкој делатности како по заради, тако и по распрострањености. За путнике је *Uber* погодан због своје ниске цене и једноставности коришћења. Наиме, за разлику од уобичајених начина уговарања такси превоза (путем телефона или „ангажовањем“ на улици или такси стајалишту), *Uber* омогућава „наручивање“ (енг. *booking*) превоза преко апликације на телефону са које се тачно може утврдити који превозиоци су најближи кориснику. Коришћењем такве апликације се, заправо, отклања асиметрија информација у превозничкој делатности и доприноси се уштеди времена и ваљаности услуге.<sup>24</sup>

Са друге стране, из угла превозилаца, *Uber* представља повољност, јер превозиоци не сnose тзв. фиксне трошкове уласка у привредну грану попут добијања дозволе за обављање превоза, те различитих потврда о оспособљености за овај вид превоза. Управо, овакав једноставнији, растерећенији приступ тржишту доводи до знатно ниже цене превоза у односу на истоврсни, такси, превоз. То даље води све већем, па и масовном, коришћењу овог вида превоза, имајући у виду ценовни критеријум као основно опредељујући код корисника ових услуга, те морални хазард

---

23 Заправо, ово је особина почетног нивоа ове врсте превоза где грађани, непрофесионални возачи, пружају услугу превоза. Ова врста *Uber*-а се назива *Uberpop* (енг. *pop* скраћено од *population*, што указује на могућност да било ко од грађана може да пружа ову услугу, иако није професионални, већ, само обични возач). Са друге стране, постоји *Uber* који је, суштински, истоветан класичном такси превозу, према коме лица која пружају услугу превоза то чине у циљу стицања профита и редовно, у облику занимања. Такав *Uber* се назива *Uberx* (у коме додатак *x* указује на карактеристично слово у такси делатности – *taxi*). Временом су се развиле и друге врсте *Uber*-а попут *Uberblack* путем кога се пружа услуга луксузног превоза, тј. превоза луксузним аутомобилима и пратећим низом додатних услуга чиме се приближава тзв. лимо-сервису, односно превозу типизираним лимузинама. Допатак *black* указује карактеристичну боју које лимузине најчешће имају, а иначе у овом типу *Uber*-а се могу користити само возила старости до 5 година. Вид. Norbert Wimmer, Mary Weiss, „Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung. Die verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis zu den Uber-Angeboten“, *MultiMedia und Recht*, 2015, 80. и даље.

24 Margherita Colangelo, Mariateresa Maggolino, „Uber in Europe: Are There Still Judges in Luxembourg?“, *CPI Antitrust Chronicle*, May 2018, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3192086>, 11.4.2019.

као основу оваквог понашања.<sup>25</sup> Нормално, то за последицу има негодовање таксиста које се изражава, пре свега, кроз протесте, али и покретање судских поступака због нелојалне конкуренције на основу које профитира *Uber*.

Са треће стране, из угла државе, законодавца, учоава се озбиљан проблем правне неуређености оваквог, новог, вида превоза који се изражава, пре свега, кроз бојазан безбедности путника. Држава, наиме, не сме да остане неми посматрач оваквих промена, али је, такође, нејасно у ком смеру да управи своју регулативу. Да ли да допусти и детаљније правно уреди нови вид превоза путника или да остане „нема“ и, сходно томе, да не дозволи ни једном превозиоцу да пружа своју услугу ако није испунио тражене услове и добио, сходно томе, дозволу јавног превозења?<sup>26</sup> На први поглед, решење може да буде само у корист једне, а на штету друге стране, па, према томе, постоје, два сценарија: први, да се допусте новији видови превоза на уштрб таксиста и други, да се забране новији видови превоза, а у корист таксиста.<sup>27</sup> Међутим, чини се да решење треба тражити не толико са становишта субјеката који пружају услугу, колико са стране оних који је примају. Зато је најцелисходније донети основна правила везана за безбедност ове врсте превоза и то како у погледу самих возила, тако и возача и путника (у смислу његовог осигурања).

Истоветна ситуација везана за друштвене прилике (нејасноћа правног режима, те правна, па понекад и физичка, сукобљеност са такси превозиоцима) догађа се у Србији од 2015. године када је почео са радом тзв.

25 Посебно је потребно имати у виду особину моралног хазарда којом се повећава ризик од наступања осигураних штетних случајева. Наиме, распрострањеност оваквог вида превоза, уз чак и обавезно осигурање путника, рађа ризичнија понашања како управљача Интернет платформе, тако и возача и путника, јер се они, практично, осмељују да што масовније користе овакав вид превоза. Имајући у виду одређење саобраћаја као опасне делатности, чини се оправданим протумачити понашање поменутих лица моралним хазардом. О појму моралног хазарда вид. Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Београд, 2006, 397-398.

26 Michael Geist, „The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation“, *Law and the Sharing Economy: Regulating Online Market Platforms* (Derek McKee, Finn Makela, Teresa Scassa editors), Ottawa, 2018, 230.

27 Овако се, практично, остаје у кругу тзв. Парето појма тржишта. Вид. Emilio Varucci, *Financial Markets Theory*, London, 2003, 9. Српско позитивно право изричито забрањује пружање услуге повезивања путника са превозиоцима који немају дозволу за пружање услуге превоза, па се може извести закључак о забрани таквих видова превоза у Србији. Вид. Закон о превозу путника, чл. 92, ст. 2.

*CarGo*.<sup>28</sup> *CarGo* представља као и *Uber* апликацију (програм) за мобилни телефон путем кога се, а уз помоћ Интернета, повезују превозиоци са путницима. Због истоветности методе повезивања, тј. начина функционисања овог вида превоза, већина ставова и тврдњи која се односи на *Uber*, примењива је и на *CarGo*. Једина разлика се састоји у томе што *CarGo* још увек није толико развијен и одређен у погледу услуге коју нуди, имајући у виду више различитих врста *Uber*-а (*Uberx*, *Uberpop*, *Uberblack*).

## 2. Правна природа

### а) Уопште

Одређивање правне природе оваквог, новог, начина организовања превоза путника важно је из разлога што је у случају, правних празнина, потребно применити правила сродног правног посла који је детаљније правно уређен. С обзиром да је овакав вид превоза новина и недовољно истражен, он још увек није правно уређен, тј. неименован је. Са друге стране, постоје опречни ставови којем од основних уговора грађанског права припада, зависно из чијег угла се правно квалификује.

Организатори оваквог вида превоза попут *Uber*-а и *CarGo*-а, теже да правни посао који представља предмет њихове делатности правно одреде као посредовање, а да посао који се њиховим посредовањем закључи, одреде као приватни уговор о превозу. Супротно, путницима је у интересу да оба посла, свеукупно, одреде као уговор о (јавном) превозу, јер тако добију најбољу могућу заштиту својих интереса. Такође, овакав вид организовања превоза се може одредити и као уговор о закупу возила са возачем, чиме би се приближио установи тзв. бродарског уговора у области поморском превоза.

### б) Посредовање

Организаторима оваквог вида превоза највише је у интересу да га правно одреде као посредовање, јер им је у таквом распореду међусобних односа одговорност најмања.<sup>29</sup> Наиме, према овој квалификацији, *Uber* је прости повезивач две стране, превозиоца и путника. Он их повезује на један савременији начин, путем Интернет платформе, тако што на једном месту „скупља“ велики број понуда и потражњи за друмским превозом

---

28 Светислав Јанковић, „Како и на који начин закон регулише КарГо превоз“, *Танјуг*, 12. фебруар 2019. године, доступно на адреси: <http://www.tanjug.rs/full-view.aspx?izb=460343>, 1.4.2019.

29 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Нови Сад, 1996, 163. и даље.

путника и тако омогућава њихово спајање на најповољнији могући начин. С тим у вези, проблем асиметрије информација који је до тада постојао и утицао на цену (повећану) и квалитет (смањени) превоза бива решен. Штавише, организатори оваквог вида превоза у својим општим условима пословања изричито наводе да они не пружају услугу превоза, него само посредовање, односно повезивање возача и путника.<sup>30</sup>

Према оваквом правном одређивању, *Uber* нема обавезу пружања услуге превоза, те сходно томе, за њено неиспуњење и не одговара. Он има само обавезу поузданог спајања, посредовања, а коју испуњава тако што на листу возача на својој Интернет апликацији прима само оне проверене и са већим угледом (који се, иначе, стиче гласањем од стране путника, а на основу дотадашњег искуства са конкретним возачем). Према томе, за испуњење услуге превоза је одговоран само возач, а не и оснивач апликације (која их је спојила).

При томе, тако изабрани возач не пружа класичну услугу превоза као „класични“ превозилац који се пружањем таквих услуга, иначе, бави (јавни превоз), него, као приватни превозилац. Основна разлика приватног и јавног превозиоца се састоји у томе што приватни превозилац своју услугу пружа нередовно и само онима које познаје, а јавни се нуди неодређеном броју лица.<sup>31</sup> Баш зато што трећа лица, потенцијални путници, не познају ближе јавног превозиоца, држава (законодавац), као крајњи заштитник интереса грађана, установљава услове које мора да испуни јавни превозилац да би се овим послом бавио. Поред тога, одговорност јавног превозиоца је строжа и детаљније уређена, у односу на одговорност приватног превозиоца који је приликом превоза дужан да покаже пажњу коју, иначе, показује у свом приватном животу.<sup>32</sup> Дакле, не ону општеобавезујућу, стандардну, која се захтева од (јавног) превозиоца, како би били потпуно заштићени интереси путника, као примаоца услуге превоза.

Да би се оваква врста превоза формалноправно одредила као приватни, ствараоци поменуте Интернет апликације су саму апликацију самостално квалификовали као удружење грађана, заправо, удружење возача и путника. Због тога се тежи да се уговор о превозу који они закључе не може одредити као јавни, него само као приватни из разлога

30 Вид. Опште услове пословања *Uber*-а. Више доступно на адреси: <https://www.uber.com/legal/terms/us/>, чл. 3, 11.4.2019. године.

31 Brian Harris, *Ridley's Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London, 2010, 55.

32 Детаљније о разлици јавног и приватног превозиоца вид. Небојша Јовановић, *Саобраћајно право – општи део*, Београд, 2017, 32-34.

што се закључује између чланова удружења, а чињеница да су чланови једног истог удружења указује да се међусобно познају. Стога, према оснивачима ове апликације, превоз је приватан, а не јаван јер се, иначе, не нуди неодређеном кругу лица, него само члановима удружења, који су, заправо, одређени (познати). Међутим, стварно стање је, ипак, доста другачије, јер се чланови таквог „удружења“, наравно, не познају лично, нити знају за правно значајне особине другог сауговарача, који је, такође, члан удружења. Према старом стандарду *falsa nominatio non nocet*, то би значило да ма како се тежило да се овакав превоз одреди као приватни, он је, ипак, јавни, а посебно ако се има у виду (више)милионско чланство овог „удружења“ којем се приступа једноставним преузимањем Интернет апликације на рачунар или мобилни телефон (чешће).

### в) Превоз

Посматрано из угла путника, јасно је да уговор који он закључује јесте уговор о превозу, с обзиром да је основна сврха његовог приступања уговору (ма како био правно квалификован) да му буде пружена услуга превоза. Једино није јасно са ким овај уговор закључује – лично са возачем или, пак, са оснивачем (управљачем) интернет апликације која их је међусобно повезала. Важност одређивања лица са којим је закључен уговор о превозу је садржана у томе што се тако установљава и ко је одговоран за добро пружање те услуге. Управљач апликације тежи да самостално оквалификује себе као простог посредника између возача и путника, те да у том смислу уговор о превозу представља *res inter alios acta* за њега. То значи да он у његовом закључивању није учествовао, него је само, својом услугом посредовања, омогућио његово закључивање.

Међутим, чини се да управљач апликације није прости повезивач путника са возачем, него да, ипак, знатно више утиче на саму садржину и испуњење тако закљученог уговора. Прво, сматра се да путник и превозилац не би уопште знали један за другог у одсуству овакве апликације. Но, док је ово, донекле, и даље у прилог посредничкој улози *Uber*-а, чини се да се без ове интернет апликације конкретни возач уопште и не би бавио пружањем превозничке услуге. Наиме, *Uber*, али и други оснивачи поменутих Интернет апликација (попут *CarGo*-а) не ограничавају своју улогу само на повезивање већ постојећих субјеката, него, управо, „стварају“ превозничку страну, с обзиром да ње у одсуству *Uber*-а не би ни било. Дакле, у овом случају самопрокламовани посредник није само то,

него је и стваралац тржишта, пре свега стране која пружа превозничку услугу, јер је она у одсуству ове апликације не би ни пружала.<sup>33</sup>

Друго, и важније, чини се да оснивач и управљач поменуте Интернет платформе, одлучујуће утиче на услове пружања услуге превоза попут одређивања највише цене, начина обрачуна цене превоза, те пријема цене. Наиме, путник за пружену услугу не плаћа возачу, него управљачу Интернет платформе, који са платне картице путника преузима одређена новчана средства на свој, јединствени, рачун. Затим, од тако наплаћене цене за себе задржава око 20%, држави (за порез) прослеђује око 5%, а остатак упућује возачу.<sup>34</sup> Дакле, путник цену може да плати једино преко своје платне картице и то путем свог налога на Интернет платформи, заобилазећи тако возача. Са друге стране, управљач Интернет платформе врши знатан утицај и на сам начин пружања услуге превоза тако што врши контролу над возилом и возачем, што за крајњу последицу може имати уклањање одређеног возача са апликације ако не испуњава установљене услове. Штавише, *Uber* може да уклони возача са листе на апликацији и без навођења (оправданог) разлога. То све води закључку да управљач Интернет платформе није само прости посредник, (неко ко само пружа информацију путницима, којима је услуга превоза потребна, о доступним возачима), него и превозилац. При томе, ако не стварни (фактички) превозилац, онда свакако уговорни превозилац, који би, у крајњем случају, требало да буде одговоран за испуњење услуге превоза.<sup>35</sup>

### г) Закуп возила са возачем

Као једно од могућих објашњења правне природе уговора о превозу закљученог путем Интернет апликације би могла да буде установа закупа возила са возачем. Ова установа није новина у праву, с обзиром да се увелико деценијама користи у пловидбеним правима (поморском, речном и ваздухопловном). Овакав правни посао у пловидбеним правима се назива бродарски уговор или тзв. чартер (у ваздушном праву).<sup>36</sup>

33 C. Busch, 173.

34 B. Linke, 476.

35 Управо су ово били разлози да у, већ, поменутом „шпанском“ случају Европски суд правде пресуди да UBER није посредник, него и превозилац с обзиром да одлучујуће утиче на услове обављања превоза и саму садржину уговора о превозу. Martien Y. Schaub, „Why Uber is an information society service – Case Note to CJEU 20 December 2017 C-434/15“, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, 113.

36 Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, 2005, 133, 277.



Основна разлика у односу на класичан уговор о превозу се састоји у томе што код бродарског уговора добија од стране бродара одређени бродски простор (или, чак, целокупни брод) на располагање кориснику превоза, те је он слободан да га испуни стварима по својој вољи. Корисник је у могућности да односни простор комерцијално искоришћава тако што ће га давати у тзв. подбродарски / подчартер уговор. Битан елемент оваквог уговора није предмет превоза, него средство превоза, што даље води последици да корисник превоза може и мењати предмет превоза (пре и у току превоза) без сагласности превозиоца, с обзиром да одређивање предмета превоза нема правну важност. Такође, овакав уговор је, углавном везан за ванлинијски превоз и поводом њега корисник превоза има већа права у погледу давања налога у току самог превоза.

Управо ове особине уговора о закупу средства превоза са посадом (возачем) су спојиве са уговором о превозу који је закључен путем Интернет апликације. Наиме, у оба уговора је изражен ванлинијски карактер превоза, као и повећана могућност давања налога превозиоцима. Међутим, док је у бродарском и чартер превозу јасно одређено да не представљају класичан закуп возила, дотле је нејасно да ли је тако са уговором закљученим преко Интернет апликације. Бродарски уговор није закуп брода, јер бродар као носилац пловидбеног подухвата ставља, заправо, само бродарски (смештајни) простор на располагање, а не и сам брод, односно његово управљање (које задржава за себе). Због тога, бродар остаје носилац пловидбеног подухвата и одговорно лице за случај типичних штета на роби (губитак, оштећење) или поводом ње (закашњење).

Са друге стране, у уговору закљученом путем Интернет апликације, нејасно је да ли се возило даје у прост закуп (поводом кога и возач изнајмљује своју услугу) или је, ипак, реч о уговору о превозу. Нејасноћа је заснована на томе што се овакав уговор закључује као додатни извор прихода имаоца возила, а на основу принципа тзв. деобне економије путем које непрофесионална лица деле (уз накнаду, наравно) вишак употребљивости својих добара и услуга. У том смислу, делује основано да конкретни возач (са својим возилом) не превози, него само изнајмљује (даје у закуп) своје возило и своје време.<sup>37</sup> Основаност је утолико већа уколико се има у виду његова непрофесионалност и необученост у пружању услуге превоза, као што се и власник стана који издаје сматра закуподавцем, а не хотелијером у погледу пружања услуге ноћења (с обзиром

---

37 Н. А. Posen, 423.

да за то и није регистрован, нити има дозволу). Међутим, за разлику од закуподавца који предаје ствар у искључиву државину које се том приликом, практично, привремено одриче, у уговору закљученом са путником власник возила се не одриче своје државине (па ни привремено), него, чак, има активан приступ при испуњењу уговора. При томе, такав уговор би могао да се квалификује само као превоз (ванлинијски), јер возач у оваквом уговору пружа истоветну услугу какву пружа превозила у класичном уговору о превозу.

Једино је спорно ко би се у оваквом уговору требало да сматра превозиоцем – лично возач или управљач Интернет платформе. Наиме, имајући у виду принципе деобне економије, нејасно је да ли власник возила дели своје возило и време првобитно са управљачем Интернет апликације (који га доцније оптимално располаже спрам текућег нивоа тражње за услугом превоза) или непосредно са путником. Узимајући у обзир већ постојећу расправу о посредничком положају управљача Интернет платформе, чини се би превозничку улогу (у смислу одговорности), ипак требало да преузме он, а да возач има положај само стварног превозиоца, који може бити солидарно (супсидијарно) одговоран.

## V Правни облик

Одговорност која је претходно поменута је уговорна категорија (у смислу одређивања одговорног субјекта) која у свом крајњем исходу може да буде бесмислена ако одговорни субјект нема имовину или, пак, према свом статусу (компанијскоправном режиму) ограничено одговара. Зато је важно одредити правни облик управљача Интернет апликације како би се извесно могао предвидети домашај и уговорне одговорности.

Премда у исту сврху основани, инострани *Uber* и домаћи *CarGo* имају различите правне облике. Први, који је основан у Сан Франциску 2009. године има облик затвореног акционарског друштва (у англо-америчком значењу - *private company*), док је други основан у Београду 2019. године као удружење грађана.<sup>38</sup> Како је неспорно да је *Uber* субјект права, који као привредно друштво одговара својом имовином, тако је нејасно да ли је *CarGo* субјект права, те да ли одговара својом имовином. Нејасноћа је утолико већа, уколико се има у виду да је *CarGo* већину времена свог постојања (од

38 Упор. правни положај UBER-a, <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1543151/000119312519103850/d647752ds1.htm>, 15.4.2019. и правни положај CarGo-a, <http://pretraga2.apr.gov.rs/AssociationPublicWebSearch/Details/Details?beid=9811487&rnd=E2F7546FCFA267E128C54AE027C3EA7BEF40AF34>, 15.4.2019.

2015. године) функционисао као неформално (нерегистровано) удружење, а да тек од 2019. године организује своју активност преко облика регистрованог удружења. Разлика у том смислу је велика, ако се има у виду правило да ако се удружење не региструје, онда функционише као грађанскоправни ортаклук који нема субјективитет и, сходно томе, нема класичну одговорност спрам субјекта као титулара права и обавеза (него само спрам заједничке имовине чланова која је једина правнозначајна приликом испољавања и одговорности). Супротно, када се региструје, удружење постаје правно лице, односно субјект које као такво може да буде силаца права и обавеза и, сходно томе, одговорности у правном саобраћају.<sup>39</sup>

*CarGo* је до 2019. године пословао као нерегистровано удружење грађана вероватно из разлога како би појачао тврдњу да није превозилац и путем тога да није правни субјект, те да, последично томе, не може ни да буде одговоран за неваљано испуњење уговора о превозу чије је закључивање, управо, омогућено, његовим (*CarGo*) постојањем. Међутим, чини се да се регистрацијом није коначно правно уобличио (као удружење са правним субјективитетом), јер је тиме компанијска садржина преобучена у форму удружења. Наиме, делује да такво удружење има више особина привредног друштва, него удружења. Штавише, делује да је суштинско обележје привредног друштва - *affectio societatis* (воља да се оснује друштво) присутно код овог удружења, јер је сасвим извесно да су га оснивачи створили са једним активним, заинтересованим приступом у погледу међусобне сарадње на остваривању заједничког циља (профита).<sup>40</sup>

С тим у вези, остаје нејасно како га у даљем пословању третирати, јер је јасно да, у суштини, није удружење. Као могући одговор могу да послуже установе тајног и *de facto* друштва.<sup>41</sup> Заједничко за обе правне установе је то што нису регистроване и фактички послују, као што је то *CarGo* чинио до 2019. године (када није био регистровано удружење), али и након тога, јер је наставио да функционише као привредно друштво регистровано као удружење. Посебно значајно поређење би могло да се уочи између тајног друштва и *CarGo*-а у погледу испољавања према трећим лицима. Наиме, ако се *CarGo* одреди као тајни члан, а конкретни

39 Закон о удружењима, Сл. гласник РС, бр. 51/2009, 99/2011 – др. закони, 44/2018, чл. 4, ст. 2; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 386.

40 М. Васиљевић, *Компанијско право*, 59.

41 Детаљније о *de facto* привредном друштву вид. Frank B. Cross, Roger LeRoy Miller, *The Legal Environment of Business – Text and Cases*, Mason, USA, 2009, 449.

возач (превозник) као јавни члан, поставља се питање њихове одговорности.<sup>42</sup> Ако је тајни члан остао непознат трећем лицу (путнику) до краја правног односа, онда је јасно да он не може бити одговоран. Супротно, ако је тајни члан откривен трећем лицу и ако је видљива његова значајна улога у самом настанку и испуњавању правног односа са трећим лицем (путником), онда се чини основаним да се и он означи као солидарно одговоран са јавним чланом.<sup>43</sup> Управо, оваква ситуација постоји и са *CarGo* апликацијом путем које се уговор о превозу закључује. Пре и након самог закључења уговора ово „удружење“ има одлучујући утицај на услове пружања услуге превоза, а чињеница да непосредно учествује у испуњењу у једном од два основна састојка уговора (наплати возарине), недвосмислено указује на његову „откривеност“ као тајног члана и сходно томе, солидарну одговорност.

Са друге стране, постоји знатна сличност *CarGo*-а са *de facto* (привредним) друштвом, посебно у погледу нерегистрованости. У оба случају изостаје регистрација (односно нису основани у адекватној правној форми и као такви регистровани), с тим што је код *CarGo*-а, ипак, изражен *affectio societatis*, док код *de facto* друштва није.<sup>44</sup> Као последица томе, *de facto* друштво нема правни субјективитет и према трећима одговара не оно, него, сви чланови који га чине солидарно. Супротно, *CarGo* од 2019. године има правни субјективитет (формално као регистровано удружење) и, према томе, одговара својом имовином, а не и имовином свих чланова. У случају када би се одговарало као код *de facto* друштва, тада би правни исход могао да буде врло неправедан, јер би за неиспуњење конкретног уговора о превозу одговарали сви чланови *CarGo* удружења, а то значи не само возачи (непосредни пружаоци услуге превоза), него и путници. Због тога, чини се основаним *CarGo* сматрати привредним друштвом у смислу одговорности и то било самостално (ако би се квалификовао као компанија, а не удружење према начелу *falsa nominatio non nocet*) било солидарно, ако би се правно одредио као тајни члан тихог друштва.

## VI Закључак

Имајући у виду наведене особине уговора о превозу закљученог путем Интернет платформе, јасно је да није реч о класичној и неспорној

---

42 Детаљније о одговорности код тајног друштва вид. Peter Reusch, *Die stille Gesellschaft als Publikumpersonengesellschaft*, Berlin, 1989, 23.

43 М. Васиљевић, 187.

44 О *de facto* друштву вид. М. Васиљевић, 188.

установи уговора о превозу путника у друмском саобраћају. Међутим, неспорно је, такође, да не би требало запоставити тековине и правну унапређеност на плану превоза путника која је последњих 50-ак година изражена кроз бољу обученост возача, безбеднија превозна средства и осигурање путника (али и возача од одговорности). У том смислу, чини се да су оба радикална приступа у уређењу ове појаве на тржишту погрешна. Први приступ који је заузео и српски законодавац (од 2018. године) састоји се у изричитој забрани оваквог вида превоза. Други приступ се састоји у дозвољавању потпуне тржишне слободе, односно прецизније, слободног (неспутаног) приступа тржишту и одсуству било какве баријере уласку у грану такси превоза. Други приступ, ма како деловао економски оправдано, чини се правно опасним, јер, заправо, чини правно неууређеним ову врсту превоза, не подводећи га ни под једну изричито уређену врсту превоза (једино, као могућно остаје, да се такав тип превоза протумачи као приватни). Опасност је утолико већа, уколико се схвати незаштићеност самих путника као корисника оваквог превоза.

Због тога, као тренутно једино решење које би штитило у довољној мери путнике, а истовремено учинило делатност оваквог превоза законитом, било би правно уређење минимума услова везаних за безбедност и осигурање. У том смислу, правно уређење *de lege ferenda* би морало да буде у основи, за прво време, окренуто не толико ка другим својствима ове врсте превоза (попут правног облика, статуса (не)запослености возача, пореског третмана итд.) колико ка заштити интереса корисника услуге, путника. Зато, као минимум правне регулативе би требала да представљају принудна правила о безбедности возила (како у погледу активне, тако и пасивне безбедности, година старост итд.), обучености возача (поред услова да је возач, требало би увести и друга мерила попут неосуђиваности и додатних возачких особина) и осигурања.<sup>45</sup> При томе, осигурање би требало да буде како осигурање путника (које је иначе обавезно у јавном превозу), тако и осигурање од одговорности самог возача у самој делатности превоза (не, дакле, основно осигурање од одговорности које морају да имају сви власници возила на моторни погон). Таквим, почетним, правним уређењем створила би се основа за даље унапређивање права у области оваквог превоза, а која би у свом коначном облику имала потпуну уређеност свих правних односа који настају из оваквог вида превоза.

---

45 Н. А. Posen, 428.

**Svetislav JANKOVIĆ, PhD**

**Assistant professor at University of Belgrade, Faculty of Law**

## **THE LEGAL REGIME OF CONTRACT FOR THE CARRIAGE OF PASSENGERS CONCLUDED BY INTERNET APPLICATION**

### **Summary**

*The development of technology, particularly computers, which enabled faster and easier connecting people, has deeply influenced to transportation, which as such has a meaning of connecting people and places. Such influence manifested through sharing economy whose rules enable that surplus of goods and services shares with those who needed it and who will use it in an optimal manner. The aforementioned economical mechanism has successfully applied to the Uber as a best known ride-sharing service at international level and to the CarGo, which is, basically, similar to Uber, and established and applied in Serbia and region. A Basic problem of Uber and CarGo is the legal qualification of contract which is concluded by the help of its Internet application, because, firstly, it is not clear whether Uber supplies carriage service or only intermediary service. And, secondly, if it supplies transport service, it is unclear whether such carriage is public (common carrier in Anglo-American meaning) or private. In this article, the author concludes that Uber (CarGo in Serbia) is not a just intermediary providing so-called information society service, but a transport service provider. This conclusion author based on the argument that Uber has the decisive and substantial influence to the carrier who directly supply transport service to the passenger.*

*In the first part of article is analyzed the influence of technological development on transport and appearance of Uber and similar services. Subsequently, the second part points to legal problems in the transport industry which evolved due to mentioned computerization and in relation to that similarity of Uber and Taxi. Thereafter it is explained a working method of Uber (and CarGo) and its legal nature (whether It is digital intermediation, classical carriage or rent of vehicle with driver analogously with charter party in Maritime Law). At the ending part, the author tries to find an exact legal shape for CarGo application in Serbia, because it is deeply doubted. At the beginning of the work of application, CarGo has not had any legal status, but from 2019 it shaped into a classical association of citizens. Applying the old principle "falsa nominatio, non nocet", the author concludes that CarGo is no an association, but company with legal responsibility characteristic to private limited company.*

**Key words:** Sharing Economy, Uber, CarGo, Taxi carriage, Intermediation, Common Carriage.

Др Снежана ДАБИЋ\*

Др Катарина ДОЛОВИЋ БОЈИЋ\*\*

## РАСПОЛАГАЊЕ ЈЕДНОГ (ВАН)БРАЧНОГ ДРУГА НЕПОКРЕТНОШЋУ У ЗАЈЕДНИЧКОЈ СВОЈИНИ

### Резиме

*У тежњи да створи амбијент у којем се подстиче равноправност у имовинскоправним односима између брачних (ванбрачних) другова и спречи њено неправично нарушавање, наш законодавац је као једну од мера којом се то постиже предвидео и стварање фикције према којој се начелно сматра да је упис права на непокретностима извршен на име оба (ван)брачна друга и када је извршен на име само једног од њих. Није прошло много времена пре него што су наши судови почели да се суочавају са озбиљним проблемима које је таква фикција створила, а њихова актуелност не јењава ни деценијама касније. Наиме, поставља се питање шта се дешава у ситуацији када уписани (ван)брачни друг располаже правима на непокретностима самостално, тј. без сагласности другог (неуписаног) брачног друга? Каква је природа таквог правног посла и производи ли он правна дејства? Проблем се нарочито компликује из угла примене начела поуздања: може ли се потенцијални стицалац поуздати у то да је стање у регистру непокретности истинито и потпуно или се њему намеће својеврсна дужност истраживања ванкњижног стања? И летимичан поглед на нашу судску праску довољан је да се уверимо да је она прилично неуједначена и да судови лутају из једног решења у друго трагајући за оним најадекватнијим. Усвајањем новог Закона о поступку*

---

\* Аутор је доцент Универзитета у Београду - Правног факултета, [snezana.dabic@ius.bg.ac.rs](mailto:snezana.dabic@ius.bg.ac.rs). Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Идентитетски преображај Србије“ за 2019. годину.

\*\* Аутор је доцент Универзитета у Београду - Правног факултета, [k.dolovic@ius.bg.ac.rs](mailto:k.dolovic@ius.bg.ac.rs). Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Идентитетски преображај Србије“ за 2019. годину.

*уписа у катастар непокретности и водова, проблем стицања и располагања непокретностима у заједничкој својини супружника поново је стављен у фокус правне мисли. Мада се начелно може рећи да је учињен помак у погледу решавања тог проблематичног правног питања, решењу које он нуди се могу упутити најмање две замерке: прво, оно нема капацитет да реши проблем у потпуности; друго, њиме је створено погодно тло за стварање нових проблема у нашем правном систему.*

**Кључне речи:** *Заједничка својина. Брачни (ванбрачни) другови. Непокретност. Начело поуздања. Савесност. Правна сигурност.*

## І. Увод

Институт заједничке својине (ван)брачних другова спада у ред најсуптилнијих, а свакако и најинтересантнијих питања стварног права. Сама идеја заједничке својине, па и њеног правног регулисања лежи у томе што све што је стечено радом током трајања брака (ванбрачне заједнице) јесте у режиму заједничке својине којом брачни (ванбрачни) другови заједнички управљају и располажу. Из одредаба закона којима се уређује овај институт провејава идеја поверења која постоји, или би бар требало да постоји, између брачних или ванбрачних другова.

Међутим, законодавац би, макар када су у питању одредбе којима се регулише питање располагања (ван)брачном тековином, требало да буде мало „далековидији“. Док постоји заједница живота, начелно ће постојати и поверење међу супружницима (ванбрачним партнерима), те ће и управљање и располагање заједничким стварима бити засновано на њиховом међусобном договору. Ипак, живот може поћи и другачијим током, оборити претпоставку постојања поверења међу супружницима и тако довести у питање саму дефиницију, па и сврху брака. Управо онда када дође до поремећаја односа између супружника (ванбрачних партнера), чини се да ће тежак задатак бити помирити супротстављене интересе и ускладити, с једне стране, одредбе закона којима се регулише заједничка својина супружника (ванбрачних партнера) и, с друге стране, одредбе којима се обезбеђује правна сигурност у промету права на непокретностима; несклад између њих тада постаје разлог бројних судских спорова.

Схватајући деликатност теме, с једне стране, а имајући у виду богатство праксе (нажалост неуједначене) домаћих судова и нова законска решења, аутори ће у раду критички приступити анализи схватања изражених у судској пракси, различитих тумачења законских одредаба о



заједничкој својини (ван)брачних другова, те изнети свој став у погледу тога које би то законско решење било најадекватније.

## II. Заједничка својина (ван)брачних другова у позитивном праву Републике Србије

Питање располагања непокретностима у заједничкој својини од стране једног (ван)брачног друга одувек је интригирало наше правнике, како због осетљивости саме теме, тако и због комплексности њеног правног регулисања. Ипак, сматрамо да сложеност и проблематичност института заједничке својине (ван)брачних другова у нашем праву свој корен има у одредбама Породичног закона.

Наиме, Породични закон<sup>1</sup> посвећује чл. 174 питању располагања стварима у заједничкој својини супружника, те у ст. 1 тог члана прописује да стварима у заједничкој својини супружници располажу заједнички и споразумно. Из тога произлази да стварима у заједничкој својини један супружник не би могао располагати самостално и мимо постојања споразума са другим супружником. Законодавац, даље, у чл. 176 ст. 2 ПЗ уводи фикцију прописујући да се сматра да је упис извршен на име оба супружника и онда када је извршен на име само једног, осим ако након уписа није закључен писмени споразум супружника о деоби заједничке имовине односно брачни уговор, или је о правима супружника на непокретности одлучивао суд.<sup>2</sup> Према чл. 191 ст. 2 ПЗ цитиране одредбе се сходно примењују и на ванбрачне партнере.

Иако је неспорно да је законодавац имао намеру да заштити и неуписаног брачног (ванбрачног) друга, поменута фикција створила је доста проблема у пракси. Судови су, крећући се у оквирима постојећих законских решења, писаним са уверењем да ће поверење између брачних (ванбрачних) другова увек постојати, у немалом броју случајева били стављени пред озбиљну дилему: како да поступе ако се поверење ипак изигра на тај начин што, уместо „заједнички и споразумно“, један (уписани)

---

1 Породични закон употребљава појам „имовина“, иако се неспорно овде ради о стварима у заједничкој својини брачних другова, па би било прецизније, а поврх свега тачније да се на овом месту у закону користи појам својине, који је иако обухваћен појмом имовине, знатно ужи од њега. Вид. Породични закон - ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, последње измене у 6/2015.

2 Ова одредба не представља новину, исто решење је било предвиђено и у Закону о браку и породичним односима, *Службени гласник СРС*, бр. 22/80, последње измене у 29/2001, чл. 322.

брачни или ванбрачни друг располаже правима на непокретности мимо сазнања и без сагласности другог?

Проблем се нарочито компликује имајући у виду примену начела поуздања, које подразумева да су подаци уписани у катастар истинити и потпуни и да савесно лице не може сносити штетне последице због тог поуздања.<sup>3</sup> Може ли се потенцијални стицалац уопште поуздати да је стање у регистру непокретности тачно и потпуно или се њему намеће својеврсна дужност истраживања ванкњижног стања, у нашем случају – (ван)брачног статуса преносиоца у тренутку стицања непокретности којом располаже? Кома би у том случају требало пружити заштиту: да ли (ван)брачном другу који није уписан у катастар или стицаоцу права на ствари у заједничкој својини? Представљено на другачији начин, да ли санкционисати неуписаног (ван)брачног друга због тога што је дозволио да остане неуписан или пак, треће лице због тога што није „боље проверило“ брачни (па чак и ванбрачни!) статус преносиоца? Чему дати предност: фикцији о упису на име оба (ван)брачна друга или начелу поуздања?

Чини се да оба пута воде неправичном исходу. Више од тога, без обзира на то да ли пођемо путем заштите неуписаног супружника (ванбрачног друга) или пак савесног стицаоца ризикујемо да поштовањем конкретне законске норме материјалног права повредимо једно од основних начела грађанског права и обрнуто.

Тема постаје још актуелнија ступањем на снагу Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова, чијим доношењем је на изванстан начин учињен корак унапред. Наиме, у чл. 7 ст. 4 установљено је правило да се заједничка својина уписује на име свих заједничара. Став 5 (као и ст. 6, 7 и 8) цитираног члана законодавац посвећује заједничкој својини брачних другова, те прописује да се у катастар уписује заједничка својина на непокретности увек када се утврди да је стицалац у тренутку настанка исправе за упис био у браку. Изузетак од правила да се непокретност стечена у браку ставља у режим заједничке својине постојаће само у оним ситуацијама када оба супружника изјаве да конкретна непокретност није у режиму заједничке својине већ да је у питању посебна својина једног од њих, као и у оним неспорним случајевима када се

---

3 Вид. Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова - ЗПУКНВ, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2018 и 95/2018, чл. 3 ст. 1 т. 4.

супружници упишу као сувласници,<sup>4</sup> те деле брачну тековину иако су у браку.<sup>5</sup> На тај начин, не само да се штите оба супружника већ је такво решење од значаја и за правну сигурност, односно заштиту трећих лица која се ослањају на стање у катастру. Ипак, и поменуто решење има својих слабости, о чему ћемо писати нешто касније.

Требало би нагласити да имплементацијом новог решења нису стављене ван снаге нити изгубиле на актуелности одредбе ПЗ које регулишу институт заједничке својине брачних и ванбрачних другова. Оне су и данас релевантне приликом предузимања правног посла којим преносилац располаже стварју у режиму брачне тековине јер се у односу на његов упис и даље примењује фикција да је извршен на име оба (ван)брачна друга. Осим тога, њихова релевантност се огледа и у томе што се пред судовима и даље воде поступци започети из времена пре доношења ЗПУКНВ. Следствено томе, одредбе ПЗ ће престати да буду актуелне тек у неком тренутку у далекој будућности, када код јавних бележника буду долазили само преносиоци који располажу непокретностима стеченим након ступања на снагу ЗПУКНВ, или пак они који су се на основу чл. 7 ст. 5 ЗПУКНВ уписали као заједничари на непокретности стеченој у браку на којој је најпре био уписан само један супружник као власник. Истина, и тада не у потпуности, јер ће се одредбе ПЗ и поменута фикција примењивати и *pro futuro* у односу на непокретне ствари које се стичу у ванбрачној заједници. Због тога ћемо током рада са подједнаком пажњом анализирати како одредбе ПЗ тако и ЗПУКНВ.

Иако нису део позитивног права Републике Србије и не зна се да ли ће то икада постати, није наодмет осврнути се укратко и на решења садржана у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима<sup>6</sup> и Нацрту Грађанског законика.<sup>7</sup> У оба нацрта се уређује институт заједничке својине без осврта на специфичност тог института на плану (ван)брачне заједнице.

Наиме, и редактори Нацрта Законика о својини и другим стварним правима су очигледно лутали у проналажењу адекватног решења за

---

4 На овом месту је занимљиво напоменути да хрватски законодавац уводи као правило да се супружници у регистар непокретности уписују као сувласници, те самим тим укида институт заједничке својине брачних другова. Вид. Обитељски закон, *НН* 103/15, чл. 36 ст. 3.

5 И ЗПУКНВ понавља исту грешку као ПЗ, мешајући појмове права својине на непокретности и имовине.

6 Нацрт Закона о својини и другим стварним правима - Нацрт ЗСДСП.

7 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 20. април 2019.

ово и те како проблематично питање, што доказује и постојање различитих верзија Нацрта ЗСДСП у којима је потпуно различито решено питање располагања непокретностима у заједничкој својини од стране само једног заједничара. У ранијој верзији Нацрта ЗСДСП,<sup>8</sup> у чл. 239, на веома јасан и једноставан начин је регулисано питање располагања стварју у заједничкој својини од стране једног заједничара, и то тако што се полази од правила да заједничари морају једногласно одлучивати о пословима располагања. У ст. 2 истог члана прописана је санкција за оног заједничара који се оглуши о одредбу ст. 1 и самостално располаже стварју у заједничкој својини. На овом месту редактори уводе нови институт, до сада непознат нашем праву, а то је казнена накнада штете, прописујући да ће неовлашћени заједничар одговарати сваком заједничару „у двострукој вредности штете коју трпи“. С друге стране, у последњој верзији истог Нацрта,<sup>9</sup> редактори, пак, нуде знатно „сложеније“ решење поменутог питања: само савесни стицалац који је стекао непокретност правним послом уз накнаду од уписаних заједничара стећи ће право својине.

На крају, Нацрт Грађанског законика Републике Србије садржи формулацију која нам је позната из ПЗ - да заједничари располажу стварју „заједнички и споразумно“, те да заједничар не може располагати ниједним делом заједничке ствари без сагласности осталих заједничара.<sup>10</sup> На плану располагања брачном тековином, ту норму тумачимо на начин да се неовлашћеним сматра свако располагање учињено од стране само једног брачног друга. Поново изостаје одговор на питање шта у случају да ипак дође до таквог располагања.

### **III. Схватања о правној природи (пуноважности) правног посла којим један (ван)брачни друг располаже непокретношћу у заједничкој својини у нашој теорији и судској пракси**

Једно од суштинских правних питања које се поставља у вези са управљањем и располагањем стварима у заједничкој својини брачних и ванбрачних другова јесте: каква је правна природа посла којим је један од њих самостално располагао одређеном ствари (или правом ужим од пра-

8 Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, <https://arhiva.mpravde.gov.rs/cg/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, 20. април 2019.

9 Вид. верзију Нацрта која је доступна на сајту <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xiv-mil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 20. април 2019, чл. 232.

10 Вид. Нацрт Грађанског законика Србије, чл. 1859.

ва својине) у заједничкој својини, дакле, без „сагласности“<sup>11</sup> другог? Питање посебно долази до изражаја онда када се прометују права на непокретностима: најпре, због њихове вредности која често вишеструко премашује вредност покретних ствари, а потом и због тога што се о непокретностима и правима на њима воде јавни регистри. То потврђује и чињеница да се пред нашим судовима водио (и још увек води) велики број спорова у којима се као круцијално јавља питање: може ли један (уписани) (ван)брачни друг да пуноважно самостално отуђи или оптерети непокретност која заправо представља део брачне тековине?

### 1. Схватање о ништавости и његова критика

У нашој правној теорији чини се да о поменутом питању нема спора. Велики број правних писаца износи став да би такво располагање несумњиво требало сматрати апсолутно ништавим.<sup>12</sup> С друге стране, судска пракса није тако једногласна и може се рећи да за одговором на постављено питање прилично „лута“. Донедавно, Врховни касациони суд се, мада уз дискутабилна образложења, држао (правилног) става да правни посао који предузме уписани (ван)брачни друг без сагласности другог није ништав.<sup>13</sup> Међутим, 2018. године долази до преокрета, када Врховни каса-

11 Термин „сагласност“ стављен је под знаке навода из разлога који ће детаљније бити образложени у даљем тексту.

12 Вид. Раденка Цветић, „Заједничка својина супружника и савесно стицање поуздањем у катастар непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016 (а), 827; Милан Почуча, Небојша Шаркић, *Породично право и породичноправна заштита*, Београд, 2016, 299; Слободан Панов, *Породично право*, Београд, 2018, 350; Марија Драшкић, *Коментар Породичног закона*, Београд, 2016, 433; Nikola Gavella, *Stvarno pravo, I. Uvod u stvarno pravo, II. Posjed i zemljišne knjige, III. Vlasništvo* (urednik Nikola Gavella), Zagreb, 2007, 729;

13 Вид. примера ради: одлуку Врховног касационог суда - ВКС, Рев. 1981/2015, од 14. априла 2016. године, *ParagrafLex*; одлуку ВКС, Рев. 386/2016, од 25. маја 2016. године; одлуку ВКС, Рев. 91/2016, од 01. јуна 2017. године, *ParagrafLex*.

ВКС је као образложење зашто се правни посао не сматра ништавим наводио да је то због тога што је: у тренутку његовог настанка само један (ван)брачни партнер био уписан као власник непокретности; да је други (ван)брачни друг требало да изврши забележбу о заједничкој својини; да стицалац није знао нити је могао знати да се ради о непокретности у заједничкој својини јер таквог уписа у јавним књигама нема; па чак и да неуписани (ван)брачни друг прећутно дао сагласност за то јер се „брак као заједница живота заснива на обостраном поштовању, разумевању и помагању“, а осим тога право стицаоца се уписује у јавне књиге (и ЦЕХ када је реч о хипотеци која се најчешће јављала као спорна, односно заложна изјава дата од стране уписаног (ван)брачног друга) те је самим тим неуписани (ван)брачни друг то није могао да не зна.

циони суд заузима супротан став - да се сматрају ништавим сви правни послови које предузме уписани (ван)брачни друг без сагласности другог.<sup>14</sup> До оваквог преокрета дошло је, између осталог, и под утицајем одлука које је Уставни суд о истом спорном питању донео у неколико наврата.<sup>15</sup>

У тежњи да образложе идеју о ништавости, правни теоретичари и практичари су уобичајено посезали за аргументом да је такво располагање противно принудним прописима, при чему су се позивали на различите законске норме на којима заснивају ништавост правног посла који је предузет. Тако, у зависности од врсте правног посла, наводи се да ништавост произлази из одредаба чл. 174 Породичног закона и чл. 6 ст. 2 Закона о хипотеци,<sup>16</sup> а као основ се помињу и општа правила Закона о облигационим односима о ништавости.<sup>17</sup>

---

Мада, начелно, сматрамо правилним став да правни посао није ништав, чини се да би се образложења највише судске инстанце могла довести у питање.

Прво, чињеница да је само један (ван)брачни друг био уписан као власник у регистру непокретности, односно, да ли је треће лице знало или могло знати да је непокретност у режиму заједничке својине, не може да утиче на пуноважност правног посла који се предузима, али може да утиче на његова дејства, која ће зависити од тога да ли је трећи савестан и какав ће значај бити дат начелу поуздања у потпуност и тачност података у регистру непокретности. Штавише, чак и ако би се утврдило да треће лице није савесно, ни ова чињеница не би могла да утиче на пуноважност посла који је предузет, али ће и те како утицати на то да правни посао произведе своја дејства: најпре, зато што се трећи не би могао позвати на начело поуздања, а потом и зато што се не би могао позвати ни на правила о стицању од невластника или правила о одржају, јер је услов за њихову примену савесност стицаоца.

Друго, требало би подсетити да законски прописи не предвиђају могућност уписа забележбе о заједничкој својини већ евентуално само забележбе спора, ако се уопште води спор. Више о томе и у Р. Цветић (2016а), 840-841;

Конечно, не стоји ни аргумент о тзв. прећутној сагласности неуписаног (ван)брачног друга из најмање неколико разлога о којима ће више бити речи даље у тексту.

14 Вид. примера ради: одлуку ВКС, Прев. 124/2018, од 30. маја 2018. године, ; одлуку ВКС, Рев. 1162/2016, од 12. јула 2018. године; одлуку ВКС, Рев1 14/2018, од 12. децембра 2018. године; Корисно је поменути да је неједначеност ставова судова о истом питању постојала и раније. То показује и судска пракса настала последњих деценија 20. века. О томе више у Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 2001, 165-166 и фн. 489 и 490.

15 То се изричито и наводи у одлукама ВКС, Рев1 14/2018, од 12. децембра 2018. године и Рев. 1162/2016, од 12. јула 2018. године. Наиме, реч је о следећим одлукама Уставног суда: одлука УС, Уж-6193/2018, од 19. јула 2018. године; одлука УС, Уж-8791/2013, од 5. новембра 2015. године; одлука УС, Уж-570/2012, од 27. новембра 2014. године.

16 Закона о хипотеци - ЗХ, *Службени гласник РС*, бр. 11/2005, последње измене у 83/2015.

17 Вид. одлуке: ВКС, Рев1 14/2018, од 12. децембра 2018. године; ВКС, Прев. 124/2018, од 30. маја 2018. године; ВКС, Рев. 1162/2016, од 12. јула 2018. године; УС, Уж-6193/2018, од 19. јула 2018. године. Види о томе и у: М. Драшкић, 433; Р. Цветић (2016а), 827 и фн. 17.

Чини се, међутим, да би се тако строгом ставу и оштрој санкцији имало више тога приговорити.

Најпре, дискутабилна је законска утемељеност тако строге санкције. Уколико се анализира одредба чл. 174 ПЗ, може се приметити да се у њој само наводи да супружници располажу заједничком имовином споразумно (ст. 1), односно да један супружник не може самостално располагати уделом у заједничкој имовини, нити га може оптеретити правним послом међу живима (ст. 2).<sup>18</sup> Исто се може уочити и анализом чл. 6 ст. 2 ЗХ: њоме се само предвиђа да се хипотека на непокретној ствари у заједничкој својини заснива на целој непокретној ствари и уз сагласност свих заједничара. Цитираним одредбама се, међутим, не предвиђа изричито да се самостално, неовлашћено располагање једног супружника (ванбрачног друга) има сматрати *ништавим*. С друге стране, иако општа правила ЗОО о ништавости представљају бланкетну норму, која отвара могућност да се сваки правни посао који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима може сматрати ништавим,<sup>19</sup> чини се да би у поменутих ситуацијама требало озбиљно размислити о томе има ли места примени тако строге санкције. Наиме, како је у теорији лепо објашњено, само је онда када је законом изричито употребљен израз „ништав“ сасвим извесно да је правни посао којим се вређа императивна норма погођен управо том грађанскоправном санкцијом. У свим другим случајевима, у којима се законодавац не изјашњава изричито, подложно је тумачењу да ли повреда императивне законске норме води тако строгој санкцији или је њој примеренија нека друга.<sup>20</sup> Другим речима, правни посао којим се повређује одређена императивна норма не

18 То је, заправо, јасно већ из самог појма и природе заједничке својине: она представља такав модалитет права својине у коме удели нису опредељени као што је то случај код сусвојине. Самим тим, чини се сувишним наглашавати да заједничар не може располагати својим уделом јер удео, у правом смислу те речи, ни не постоји. Другим речима, једино је могуће располагати целом ствари.

19 Осим ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго. Вид. ЗОО, чл. 103 ст. 1.

20 У том смислу се и разликују тзв. „савршене“ (*perfecta*) императивне норме, које предвиђају ништавост као санкцију, „више него савршене“ (*plus quam perfecta*) императивне норме, које поред ништавости предвиђају и још неку другу врсту казнене санкције и „мање него савршене“ (*minus quam perfecta*) императивне норме, које не предвиђају ништавост већ само неку другу грађанскоправну санкцију. Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима, књига 1*, коментар на чл. 103 ЗОО (редактори: Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 293 и даље.

мора нужно бити санкционисан апсолутном ништавошћу. То је несумњиво разлог неуједначености судске праксе.

Нама се чини да је неопходно ствар посматрати из шире перспективе. Наиме, уколико би се прихватило то становиште, да је свако располагање једног уписаног (ван)брачног друга без тзв. сагласности другог ништаво, онда би се исто с још већим правом морало узимати и у свим другим случајевима у којима преносилац није уједно и ималац права које преноси. Другим речима, сваки правни посао који предузме невластник (односно, неовлашћени преносилац) морао би се онда сматрати ништавим?<sup>21</sup> Мада се у нашој судској пракси и те како може наићи на одлуке у којима се подржава таква идеја,<sup>22</sup> њу сматрамо погрешном јер није у духу нашег права, о чему сведоче бројни законски прописи, али и ставови присутни у делу наше правне теорије и судске праксе.<sup>23</sup>

У том смислу, најпре би требало поменути правила о стицању од невластника, односно правила којима је уређен институт одржаја у нашем праву,<sup>24</sup> чиме долазимо до још једног приговора који се може упутити

- 
- 21 Притом, треба нагласити да савесност или несавесност преносиоца нема нити би требало да има било каквог утицаја на стварноправна дејства посла који предузима већ евентуално може створити облигационоправни захтев лица које је претрпело штету услед таквог понашања; дакле, може довести до грађанскоправне одговорности за штету коју је несавесни преносилац проузроковао.
- 22 Вид. примера ради, одлуку Привредног апелационог суда, Пж. 6835/2010(1), од 14. априла 2010. године, *ParagraphLex*, у којој се наводи да се сматра ништавим каснији уговор о продаји уколико се утврди ништавост ранијег уговора (оног на основу ког је продавац стекао право својине). Слично, у одлуци Привредног апелационог суда, Пж. 8186/2014, од 21. августа 2014. године, *ParagraphLex*, суд наводи да је ништав уговор којим невластник преноси право својине јер нико не може пренети више права него што сам има.
- 23 Вид. Miloš Živković, „Acquisition of ownership of real property by contract in Serbian Law – departing from the titulus-modus system?“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, No. 3/2015, 119 fn. 27; Вид. и О. Станковић, М. Орлић, 44-45 где је недвосмислено указано на то да државина може бити законита а несавесна, другим речима, да несавесност купца (свест о томе да ствар прибавља од лопова) не може да утиче на законитост његове државине. Исто износи о Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, коментар на чл. 72 (уредници: Драгољуб Стојановић, Димитар Поп-Георгиев), Београд, 1983, 206. Вид. и пресуду Апелационог суда у Новом саду, Гж. 1495/2012, од 18. априла 2012. године, *ParagraphLex*, где се, с једне стране, наводи да се не сматра ништавим уговор закључен са продавцем-невластником само због тога што је поништен уговор који је он претходно закључио са својим продавцем, али се, с друге стране, у истој одлуци наводи да би се питање непунважности купопродајног уговора могло поставити у случају несавесности купца.
- 24 Вид. Закон о основама својинскоправних односа - ЗОСПО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон, чл. 28-31. Самим тим што



схватању о ништавости правног посла којим један (ван)брачни друг располаже правима на непокретности без тзв. сагласности другог. Наиме, интересантно је да правни писци који заступају тако тврди став истовремено наводе да се савесни стицалац ипак може заштитити позивајући се на општа правила грађанског права о стицању од невласника или одржајем.<sup>25</sup> Дакле, према њиховом схватању, он може стећи право својине од „невласника“<sup>26</sup> оригинарним путем. Међутим, таквим резонавањем се испушта из вида веома важна ствар: како би стицалац уопште могао да се позива на правила за стицање од невласника или правила за стицање редовним одржајем када законодавац у оба случаја захтева пуноважност правног посла као један од услова? Према правилима за стицање од невласника, тек уколико је посао *пуноважан*<sup>27</sup> стицалац може, уз испуњење других кумулативних услова (савесност, покретна ствар прибављена уз накнаду и предата, те стечена на јавној продаји или од власниковог повереника или од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари), стећи право својине, и то у моменту када је ствар предата.<sup>28</sup> Исто тако, правилима о редовном одржају се, поред савесности и исправности државине, као и протекла рока, захтева да његова државина буде законита, односно, основ мора бити пуноважан.<sup>29</sup>

Другим речима, уколико бисмо уопште прихватили ништавост као санкцију, што аутори овог рада сматрају погрешним, онда би такав став

---

законодавац предвиђа пуноважност правног посла као један од услова за стицање од невласника, односно за стицање редовним одржајем, он посредно исказује став да није сваки посао којим невласник располаже правом својине ништав.

25 Р. Цветић (2016а), 827-828; М. Драшкић, 433;

26 Термин „навласник“ је стављен под знаке навода зато што једног (ван)брачног друга који самостално, неовлашћено располаже заједничком имовином не можемо у потпуности поистоветити са невласником – он има власничка права која извлачи из заједничке својине, али она нису довољна да би могао самостално деривативним путем пренети право на непокретности трећем лицу.

27 Вид. ЗОСПО, чл. 31, и како се он тумачи, примера ради, у О. Станковић, М. Орлић, 78 и 81; Д. Стојановић, коментар на чл. 31, 92.

28 Вид. О. Станковић, М. Орлић, 78; Рок од годину дана који се у чл. 31 ст. 3 ЗОСПО помиње односи се само на захтев који ранији власник може поднети према савесном стицоцу - да му ствар врати уз накнаду по прометној цени, уколико та ствар има за њега посебан значај. Он се, дакле, не сматра још једним условом који мора бити испуњен да би савесни стицалац стекао право својине на ствари – он је стиче у тренутку предаје, али ранији власник има могућност да поднесе захтев у року од годину дана да му се ствар врати под поменутиим условима.

29 Вид. ЗОСПО, чл. 28 ст. 1 и 2 и чл. 72; О законитости државине види и, примера ради: О. Станковић, М. Орлић, 85 и даље; Д. Стојановић, коментар на чл. 72, 205-206.

био потпуно неспојив са идејом да се савесни стицалац може позивати на правила о стицању од невласника, односно био би само делимично спојив са идејом да се савесни стицалац може позивати на правила о одржају. Наиме, стицање би било могуће само путем ванредног одржаја јер се код њега, за разлику од редовног, не захтева законитост државине.<sup>30</sup>

Ипак, у једном се слажемо: такво располагање (уписаног (ван)брачног друга без тзв. сагласности неуписаног) најчешће неће произвести жељена правна дејства у смислу преношења права. У томе јесте сличност са последицама ништавости. Али, требало би нагласити да разлог због којег треће лице није стекло одређено право на непокретности није у *ништавости* таквог располагања већ у чињеници да му право преноси *неовлашћено* лице.<sup>31</sup> Другим речима, стицање права на непокретности од једног уписаног (ван)брачног друга (који је, заправо, заједничар) без тзв. сагласности другог јесте својеврстан вид стицања од невласника, те се у тој чињеници, а не непуноважности посла, крије узрок због којег треће лице (стицалац) није могло да стекне право на непокретности деривативним путем, изводећи своје право из права претходника. Штавише, исто би требало узети и у случају када је треће лице знало (или морало знати?)<sup>32</sup> да је непокретност заправо у режиму заједничке својине: његова несавесност не утиче на пуноважност посла, али и те како утиче на могућност стицања права и позивања на начело поуздања. Као додатни аргумент у прилог тој тези говори и чињеница да право, начелно, не забрањује располагање туђим стварима (односно правима на њима).<sup>33</sup> Такви уговори се сматрају пуноважним<sup>34</sup> и обавезују саговорара-

30 Ипак, и код ванредног одржаја би законитост требало да постоји као „елемент свести“, те се у том смислу савесност другачије схвата код ванредног у односу на редовни одржај.

31 На овом месту наглашавамо да Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова не познаје брисовну тужбу и фикцију апсолутне тачности већ само начело поуздања у катастар непокретности, из чега произлази да је савесни стицалац стиче право одмах, тренутком уписа. Више о томе у Катарина Доловић Бојић, „Одржај као начин стицања права својине на непокретности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2019, 186 и тамо цитирани аутори.

32 О начинима оцене његове несавесности биће више речи у даљем тексту.

33 Вид. примера ради: ЗОО, чл. 460, којим се предвиђа да продаја туђе ствари обавезује уговараче, али купац који није знао или није морао знати да је ствар туђа може, ако услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете; или чл. 461 ст. 1, којим се предвиђа да предмет уговора о продаји може бити спорно право; или, пак, Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Сл. гласник РС*, бр. 57/2003, последње измене у 99/2011, чл. 13, којим се предвиђа да предмет заложног права могу бити и тзв. будуће ствари или права, које ће залогодавац прибавити у будућности (то могу бити како туђе ствари/права, тако и ствари/права које у тренутку залагања не постоје, али ће

че, али је сасвим друго питање да ли ће произвести жељења дејства, другим речима, да ли ће стицалац стећи право које му се преноси.

На крају, корисно је подсетити да су сличне идеје – да би требало забранити закључивање уговора у појединим случајевима – провејавале и кроз ранија законодавна решења, али се с правом одустало од њих. Наиме, реч је о решењу које је уведено изменама Закона о промету непокретности 2009. године, када је спорним чл. 4а прописано да ће судови (којима је тада било поверено овлашћење да оверавају потписе на уговорима о промету непокретности) одбијати да овере потписе на уговору уколико увидом у посебну евиденцију о уговорима о промету непокретности утврде да су већ оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, а продавац је исто лице; другим речима, циљ је био да се спречи вишеструка продаја исте непокретности од стране истог продавца јер је она неретко настајала као последица неажурности ранијег купца или, пак, неажурности регистра непокретности. Међутим, такво решење није у складу са основним принципима уговорног права и доношењем новог Закона о промету непокретности 2014. године се од истог одустало.<sup>35</sup>

## 2. О правној природи тзв. сагласности неуписаног (ван)брачног друга

Мада се, из поменутих разлога, слажемо са идејом да не би требало сматрати ништавим правни посао којим један (ван)брачни друг само-

---

настати у будућности). Осим тога, и из правила о евикцији се посредно може закључити да постојање права трећег на ствари којом је продавац располагао не чини уговор ништавим, чак ни онда када је купац знао за могућност да му ствар буде одузета или да његово право буде смањено или ограничено, али у том случају нема право да захтева накнаду штете већ само враћање односно снижење цене. Вид. ЗОО, чл. 510.

Више о последицама продаје туђе ствари вид. и у Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 535-536;

34 Услови за пуноважност правног посла тичу се пословне способности, сагласности воља, неманљивости воље, предмета, каузе и форме, док је право својине на страни преносиоца услов за дериватно стицање права својине, а не пуноважност. Више о пуноважности уговора (сходна примена на правне послове) код: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 245 и даље.

35 Овим законом је предвиђена само дужност јавног бележника да упозори сауговараче о чињеници да је у суду, односно, код јавног бележника већ сачињен у одговарајућој форми уговор о промету исте непокретности, те да се као продавац јавља исто лице, и да то упозорење унесе у нови уговор. Тек уколико се сауговарачи противе уношењу упозорења, јавни бележник ће одбити да сачини уговор. Вид. Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015, чл. 4 овог закона.

стално располаже правима на непокретности која је у заједничкој својини, изражавамо и озбиљну задршку када је у питању аргументација којом су наши судови донедавно образлагали одсуство ништавости.

Наиме, неретко се може наићи на аргумент да ништавости нема јер се сматра да је неуписани (ван)брачни друг своју сагласност на предузети правни посао већ дао, макар и прећутно. Тако, наводи се, брак представља „заједницу живота која се заснива на обостраном поштовању, разумевању и помагању“, те да се право стицаоца уписује у „јавне књиге доступне свим заинтересованим лицима“, из чега би, према овом ставу, „произлазио основан закључак да ова чињеница (да је предузет правни посао којим је један (ван)брачни друг располагао правима на непокретности, прим. аут.) није могла остати непозната“ неуписаном (ван)брачном другу и да је он заправо прећутно дао сагласност на предузети правни посао.<sup>36</sup>

Међутим, аргумент о тзв. прећутној сагласности неуписаног (ван)брачног друга не стоји најмање из два разлога: први је логички, други је формалноправни.

Прво, навести да се у случају располагања право стицаоца уписује у јавне књиге и да је због тога неуписани супружник морао да зна за њега, логички посматрано нема много смисла. Чак и ако бисмо замислили мало вероватну ситуацију у којој неуписани супружник сазнаје за извршени упис у корист трећег лица у најкраћем могућем временском периоду, то сазнање би опет било закаснело. Оно ни у ком случају не би могло

---

36 Вид. одлуку ВКС, Рев. 1981/2015, од 14. априла 2016. године, *ParagrafLex*; одлуку ВКС, Рев. 386/2016, од 25. маја 2016. године.

На овом месту сматрамо корисним скренути пажњу на то да се у теорији под прећутним изјављивањем воље подразумева предузимање конклюдентних радњи, на основу којих се посредно, али са сигурношћу може закључити да је правни субјект изјавио вољу одређене садржине. Другим речима, у питању је активно, а не потпуно пасивно понашање. Управо у вези са тим изражавамо сумњу да је у поменутиим судским одлукама реч о прећутном (конклюдентном) саглашавању јер нам се чини, на основу доступног текста одлуке, да такве чињенице нису доказане. Чак и ако би се узело да је неуписаном (ван)брачном другу било познато да уписани (ван)брачни друг располаже правима на непокретности, он није ништа урадио да би се његово понашање могло подвести под конклюдентне радње, а сагласност сматрала прећутном (макар се то не може закључити из доступног текста одлука). Реч је, дакле, о уздржавању од било каквих аката којима би се воља могла изјавити, то јест о пасивном понашању – тзв. ћутању. а ћутањем се воља не може изјавити, самим тим ни дати тзв. сагласност, осим у изузетним ситуацијама што овде није случај. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, Увод у грађанско право, Београд, 2007, 160-161; Владимир Водинелић, Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права, Београд, 2012, 432.

да значи прећутну сагласност на упис јер би сагласност, макар и прећутна, свакако морала да буде претходна, а не накнадна. Другим речима, све и да прихватимо став да је сагласност могуће дати прећутно, морало би се доказати да је неуписани (ван)брачни друг био упознат са чињеницом да ће доћи до располагања *пре*, а не *након* што је до њега заиста и дошло. Онда када до располагања дође, чињеница да се право трећег уписује у јавне књиге није довољна да се на основу ње закључи да је неуписани (ван)брачни друг морао за располагање знати. Осим тога, такво схватање полази од тога да сваки неуписани (ван)брачни друг константно (мора да) врши проверу стања у регистрима непокретности како би се уверио да није евентуално дошло до неке промене. То, пак, није разумно очекивати од субјеката у правном промету.<sup>37</sup>

Друго, прећутна сагласност се не би смела сматрати довољном ни из формалноправних разлога. Наиме, појам сагласност који се помиње у правној теорији, судским одлукама, па чак и законским текстовима,<sup>38</sup> није ништа друго до *изјава правног субјекта којом он изражава вољу да своје право пренесе у целости или у оквиру њега конституише неко уже право у корист трећег лица (стицаоца)*. Примењено у односу на проблем који ми анализирамо, та тзв. сагласност се ни по чему не би смела разликовати од изјаве воље коју даје уписани (ван)брачни друг. Оне, заправо, тек удружене представљају целину која је неопходна да би се правом на непокретностима у заједничкој својини уопште могло располагати деривативним путем. Појединачна изјава било ког (ван)брачног партнера усмерена на пренос права на целој ствари сама по себи није довољна да би произвела било какво правно дејство, а располагање уделом није ни могуће у режиму заједничке својине јер су удели неопредељени.

То наглашавање, да је реч о изјави воље правног субјекта неопходној да би правни посао настао и производио правна дејства, чини се неопходним из два разлога. Прво, да би се таква изјава разликовала од онога што се у праву уобичајено подразумева под појмом сагласност: дозвола

---

37 Још је мање основан аргумент да неуписани (ван)брачни друг није могао да не зна за залагање непокретности у заједничкој својини јер се ЗХ (пре измена) предвиђала обавеза уписа хипотеке у Централну евиденцију хипотека - ЦЕХ. Ово, стога, што је и сам ЗХ (пре измена) предвиђао да РГЗ (који је био овлашћен да води ову евиденцију) „не одговара за тачност и потпуност података уписаних у Централну евиденцију хипотека.“ Вид. одлуку ВКС, Рев. 386/2016, од 25. маја 2016. године у којој се помиње овај аргумент. Види и чл. 57 ЗХ, *Службени гласник РС*, бр. 11/2005 који је изменама закона из 2015. године престао да важи.

38 Вид. примера ради: ПЗ, чл. 174 ст. 2; ЗОСПО, чл. 14 и 15 (у односу на сувласнике); ЗХ, чл. 6.

или одобрење које представљају претходну или накнадну сагласност *трећег лица*, која се законом захтева у појединим случајевима ради заштите појединачних или општих интереса. Тако схваћена, сагласност (у правом смислу – дозвола или одобрење) не представља изјаву воље *учесника* одређеног правног посла у односу на кога ће посао и произвести правна дејства (учесник стиче, мења или губи права и/или обавезе) већ изјаву воље *трећег лица*, које тим послом не стиче/мења/губи никаква права и(ли) обавезе, али која је неопходна да би предузети правни посао био перфектан и произвео намеравана дејства. Ипак, требало би нагласити да чак и за дозволу и одобрење важи правило о паралелизму форми: дозвола, односно одобрење морају бити дати у облику прописаном за правни посао за чије се закључење дају.<sup>39</sup> Друго, да би се избегао сваки вид забуне у погледу значаја и дејстава изјаве воље било ког заједничара (назвавши изјаву воље неуписаног (ван)брачног друга *сагласношћу* на већ дату изјаву воље уписаног (ван)брачног друга као да се на изванредан начин врши градација међу њима, што не би смео бити случај).

Због тога сматрамо да не би требало изјаву воље заједничара (или пак сувласника) називати сагласношћу јер се тиме непотребно уноси забуна, што нажалост потврђује и спор о њеној правној природи у нашој теорији и пракси.

Имајући све ово у виду, тзв. сагласност неуписаног (ван)брачног друга мора не само садржински у потпуности одговарати изјави воље уписаног (ван)брачног друга, јер они заправо представљају једну страну и једну вољу, већ и формалноправно, у смислу да мора бити дата у оној форми која се захтева за предузимање конкретног правног посла. Стога, када је реч о располагању правима на непокретностима, изјаве и једног и другог (ван)брачног друга морају бити дате у законом предвиђеној форми у тренутку предузимања правног посла,<sup>40</sup> те се не може ни у ком случају прихватити схватање изнето у појединим судским одлукама да је довољна прећутна, па чак ни изричита „сагласност“ (усмена ни писмена) ако није испоштован законом постављен захтев форме.<sup>41</sup>

39 Вид. ЗОО, чл. 29.

40 Према важећим прописима је то форма јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, онда када закон дозвољава дуализам форми. Вид. Закон о промету непокретности, чл. 4; ЗХ, чл. 10, 14 и 15; Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, последње измене у 106/2015, чл. 82 и 93;

41 За одлуке у којима се сматрало да је довољна прећутна сагласност вид.: одлуку ВКС, Рев. 1981/2015, од 14. априла 2016. године, *ParagrafLex*; одлуку ВКС, Рев 386/2016, од 25. маја 2016. године.

#### IV. Заштита неуписаног супружника vs примена начела поуздања у катастар непокретности

##### 1. Постављање проблема

Начело уписа производи правна дејства под условом да стварно (ванкњижно) стање одговара књижном. Насупрот томе, правна дејства начела поуздања у катастар непокретности наступиће онда када у односу на већ спроведени упис нису наступила дејства начела уписа, односно у ситуацијама када извршени упис није ваљан или се након извршеног уписа ванкњижно стање променило.<sup>42</sup>

Међутим, требало би нагласити да у случају располагања непокретношћу у заједничкој својини од стране само једног супружника није реч о наваљаности уписа (нити о томе да се ванкњижно стање након уписа променило), иако је неспорно да стварно стање не одговара оном у катастру непокретности јер је уписано само једно лице као ималац права својине на конкретној непокретности, упркос томе што се ради о заједничкој својини супружника. Стога, разлика у односу на друге ситуације у којима стварно стање не одговара књижном је у томе што је упис једног супружника, упркос постојању заједничке својине на конкретној непокретности, као такав дозвољен Породичним законом. Више од тога, не само да је такав упис дозвољен, већ постоји фикција да је извршен на име оба супружника. *Ratio* прописане фикције је у заштити другог неуписаног супружника.

Међутим, колико год намера законодавца да заштити неуписаног супружника била оправдана, поменута фикција нарушава једно од основних начела на којима почива катастар непокретности – начело поуздања. Тако ће треће заинтересовано лице, извршивши увид у катастар непокретности, стећи сазнање да се само једно лице води као власник непокретности без икаквих података о томе да је у питању непокретност у заједничкој, а не искључивој својини, односно без икаквих података о томе да постоји и други заједничар – неуписани супружник. Начело поуздања штити трећа лица у том смислу што се она могу поуздати у то да је садржина регистра

---

За одлуку у којој се наводи да је неопходна изричита, и то писана сагласност вид. одлуку ВКС, Прев. 124/2018, од 30. маја 2019. године.

За правилно заузет став, да тзв. сагласност мора бити дата у законом предвиђеној форми вид.: одлуку ВКС, Рев1 14/2018, од 12. децембра 2018. године; одлуку УС, Уж-6193/2018, од 19. јула 2018. године.

42 Више о томе вид. Татјана Јосиповић, *Земљишнокњижно право*, Загреб, 2001, 134.

непокретности веродостојна.<sup>43</sup> У случају располагања непокретношћу у заједничкој својини од стране једног супружника реч је о дејству начела поуздања у потпуност катастра непокретности, што би значило да све што није уписано и не постоји, другим речима, да за стицаоца неуписани супружник и не постоји као ималац права својине.

Ипак, питање је има ли уопште места примени начела поуздања у катастар у случају када извршени упис (упис само једног супружника као имаоца права својине) није неваљан, с обзиром на то да до примене начела поуздања долази само онда када стварно стање не одговара књижном, али из разлога неваљаности уписа. У нашем случају, понављамо, упис је формалноправно ваљан (јер такав упис дозвољава ПЗ). Чак се може ићи и даље, па поставити питање да ли се заиста стварно стање не поклапа са књижним, јер узмемо ли у обзир прописану фикцију долазимо до закључка да стварно стање одговара књижном. Истина, то није видљиво из катастра непокретности, али из одредаба ПЗ свакако јесте.

На овом месту, међутим, не би требало занемарити две чињенице. Прво, начело поуздања штити само трећа *савесна* лица, те се поставља питање ко је у спорним ситуацијама савесни стицалац. Друго, ПЗ дозвољава могућност уписа само једног супружника, штавише, прописује фикцију да су и тада уписана оба. Отвара се, дакле, питање одређивања појма савесности стицаоца, имајући у виду одредбе ПЗ, нарочито прописану фикцију. Дефинисање појма савесности даће нам уједно одговор на питање који круг лица је заштићен начелом поуздања.

## 2. Дефинисање појма савесности стицаоца

Савесност се у теорији, у контексту могућности позивања на начело поуздања, обично дефинише као „нескривљено незнање да се ванкњижно стање непокретности разликује од земљишнокњижног“,<sup>44</sup> односно истиче се да се начелом поуздања штите „трећа савесна лица која су у правном промету иступала с поверењем у истинитост и потпуност података уписаних у јавни регистар, у оној ситуацији када то није био случај...“<sup>45</sup>

Поставља се питање како би у конкретном случају требало ценити савесност трећег лица? Да ли је довољно извршити увид у регистар непокретности или је пак неопходно проверити и ванкњижно стање због евентуалног несклада са стањем у регистру непокретности? Другим речи-

43 Вид. ЗПУКНВ, чл. 3 ст. 1 т. 4.

44 N. Gavella, 465.

45 Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад, 2016 (6), 118.



ма, да ли би требало сматрати несавесним само оног ко је знао или и оног ко није, али је могао/морао сазнати да књижно стање не одговара ванкњижном?

Најстроже схватање појма савесности које повлачи са собом и најужи круг лица која се могу с успехом позивати на начело поуздања и сматрати трећим савесним стицаоцима јесте оно које је дуго било присутно у пракси наших судова. Такво схватање датира још од Саветовања највиших судова у земљи 1986. године, када је и донет Закључак којим је појму савесности дат значај једног од услова стицања својине. По том ставу „купац непокретности своју савесност у стицању не може оправдати само позивом на поуздање у апсолутну тачност земљишнокњижних уписа, већ је дужан да провери и поседовно стање непокретности коју жели да прибави... Пропусти ли ову дужну пажњу... купац ће се сматрати несавесним“.<sup>46</sup>

С друге стране, чл. 8 ст. 3 хрватског Закона о земљишним књигама<sup>47</sup> прописано је да је правно заштићен онај који није знао нити је с обзиром на околности имао довољно разлога да посумња да оно што је уписано није потпуно или да је различито од ванкњижног стања. У истом ставу законодавац наглашава да се стицалац не може сматрати несавесним само због тога што није истраживао ванкњижно стање непокретности.

У поштовању начела поуздања у катастар немачко право одлази најдаље, те одступа и од принципа „знати и бити дужан знати, у праву је исто“.<sup>48</sup> Наиме, из §892 ст. 1 немачког Грађанског законика произлази да је несавестан само онај који је знао да стање у регистру непокретности не одражава стварно стање.

Које би се схватање појма савесности могло узети као најприхватљивије? Пођемо ли од тога да појам савесности обухвата само оне који нису знали да стање у регистру непокретности не одговара стварном стању, без наметања дужности испитивања ванкњижног стања,<sup>49</sup> и не испитујући притом да ли су могли сазнати за евентуална неслагања ванкњи-

---

46 Закључак са саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда од 28. и 29. маја 1986, *Intermex*.

47 Закон о земљишним књигама Републике Хрватске, *НН*, бр. 91/96, последње измене у 108/17.

48 Више о начелу поуздања у катастар непокретности и појму савесности вид. код: Р. Цветић (2016б), 120 – 124. Више о појму савесности као евентуалном услову за стицање права својине вид. код: Катарина Доловић Бојић, „Савесност као услов стицања права својине“, *Правни живот*, Београд, бр. 10/2017.

49 Вид. примера ради, Душко Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2016, 67. Аутор наглашава да је довољно да стицалац изврши увид у јавну евиденцију, без дужности да на неки други начин испитује правно стање непокретности.

жног и књижног стања, на путу смо поштовања начела поуздања у катастар непокретности. Пођемо ли пак путем сужавања појма савесности, те наметања дужности испитивања ванкњижног стања и прихватања става да су несавесни не само они који су *знали* већ и они који су *могли/морали знати* за одступање ванкњижног од књижног стања, у опасности смо да угрозимо начело поуздања у катастар. Чини се да улагањем у катастар непокретности, те постизањем ажурности на дневном нивоу, наша земља настоји да осигура поштовање начела поуздања, које је у време неуредно вођених земљишних књига било у значајној мери пољуљано.

### **3. Заштита неуписаног супружника/одступање од начела поуздања vs заштита стицаоца/стриктна примена начела поуздања**

Имајући у виду предмет рада, као нужно се намеће питање да ли предност дати заштити неуписаног супружника или трећег савесног стицаоца, односно да ли се одредити за стриктно поштовање начела поуздања у катастар или пак дозволити одступања. Насупрот дугогодишњој пракси наших судова, пођимо од тога да је савесто свако лице ко није знало да постоји одступање ванкњижног од катастарског стања. Дакле, у нашем случају, савестан би био сваки стицалац који није знао да је предметна непокретност у режиму заједничке својине. Како савесност, дакле, посматрамо само из угла података садржаних у катастру непокретности, у свакој ситуацији када је брачна тековина уписана на име само једног супружника, свако треће лице које је извршило увид у катастар било би савесно.

Међутим, када је у питању располагање стварима у заједничкој својини, понављамо, ствар је компликованија због тога што одредбе ПЗ дозвољавају могућност да упркос брачној тековини у регистар буде уписан само један супружник, те да постоји фикција о упису оба супружника (односно ванбрачна партнера). Имајући то у виду, поставља се питање може ли се стицалац сматрати савесним, те позивати на то да није знао да је непокретност у режиму заједничке својине, уколико су на снази одредбе ПЗ? Другим речима, да ли се упркос принципу да „непознавање права шкоди“ може позивати на своју савесност и онај који није проверио брачни (ванбрачни) статус преносиоца, те уживати заштиту начела поуздања која је резервисана само за савесне стицаоце?

Аутори су става да ниједан од поменутих два пута којим би се пошло у решавању постављеног проблема није без недостатака. Опредељење за заштиту неуписаног супружника на уштрб је поштовања начела поуздања; с друге стране, дискутабилно је да ли се стицалац може сматрати савесним и уживати заштиту начела поуздања у ситуацији када су на

снази одредбе ПЗ. Нама се чини да би се пре могло заступати становиште по којем се предност даје заштити трећег савесног лица, а из разлога што је неуписани (ван)брачни друг могао заштитити сам себе – уписом у регистар непокретности - што је далеко једноставнији задатак него истраживати преносиочев брачни или ванбрачни статус у моменту када је он (преносилац) стекао непокретност. Управо из тих разлога и сматрамо да би се проблем трајно могао решити једино доношењем нових законских одредаба којим би се у потпуности напустила идеја о фикцији о упису оба (ван)брачна друга.

На комплексност расправљаног питања указује и потпуни „заокрет“ у пракси Врховног касационог суда по питању заштите коју бу требало пружити неуписаном супружнику, односно стицаоцу непокретности који се поуздао у стање у катастру. Наиме, данашња пракса ВКС иде у правцу заштите неуписаног супружника, те тако суд у једној од својих скоријих одлука заузима став „да се не може сматрати савесним стицалац који је због извршеног уписа права својине на име једног од супружника сматрао да је он искључиви власник непокретности“ имајући у виду одредбу чл. 174 ст. 2 ПЗ.<sup>50</sup> У том смислу, у другој одлуци ВКС закључује „да одредба чл. 6 тада важећег Закона о државном премеру и катастру“, којом је прописано начело поуздања у катастар непокретности, „не може да искључи примену принудних норми материјалног права (чл. 174 ПЗ) о посебном режиму заједничке својине стечене у браку и начину законитог располагања том имовином“.<sup>51</sup> Насупрот данашњој пракси, не тако давно Врховни касациони суд је по истом питању заузимао потпуно другачији став. Наиме, у једној одлуци суд наводи да из чињенице да се „брак као заједница живота заснива на обостраном поштовању, разумевању и помагању“ произлази да би било основано закључити да је неуписаном супружнику било познато да је на заједничкој непокретности уписана хипотека, а то посебно и из разлога што је увид у катастар као јавни регистар доступан свима, те да је постојала прећутна сагласност неуписаног супружника у погледу оптерећења непокретности у заједничкој својини.<sup>52</sup> Тако је суд пружао заштиту трећем лицу – стицаоцу, инсистирајући на строгој примени начела поуздања у катастар, сматрајући да стицалац

50 Пресуда ВКС, Прев. 124/2018, од 30. маја 2018. године.

51 Пресуда ВКС, Рев1 14/2018, од 12. децембра 2018. године. Слично и у пресуди ВКС, Рев. 1162/2016, од 12. јула 2018. године.

52 Пресуда ВКС, Рев 386/2016, од 25. маја 2016. године; одлука ВКС, Рев. 1981/2015, од 14. априла 2016. године, *ParagrafLex*.

није знао нити је могао знати да је непокретност у заједничкој својини, а из простог разлога што таквог уписа није било у регистру непокретности.

Још једно занимљиво питање јесте питање савесности преносиоца који неспорно зна да се ради о брачној тековини и да му закон не дозвољава да самостално располаже стварима у заједничкој својини, али упркос томе злоупотребљава то што му право дозвољава да буде уписан у катастар као да је једини ималац права својине, иако то није. Питање савесности преносиоца нам може бити од значаја на пољу последица неовлашћеног располагања, те потребе санкционисања уписаног (ван)брачног друга.

#### **4. Закључна разматрања и препоруке**

Могло би се закључити да уколико пођемо од стриктне примене начела поуздања у катастар штитили бисмо стицаоца непокретности, сматрајући га савесним због тога што на основу података из катастра није могао стећи сазнања да је конкретна непокретност у режиму брачне тековине. С друге стране, пођемо ли од идеје да се нико не може сматрати савесним и уживати заштиту начела поуздања правдавајући се тиме да му законске одредбе, које стварају ризик да непокретност може бити у заједничкој својини, нису биле познате, штитили бисмо неуписаног (ван)брачног друга.

На овом месту видимо сву слабост решења садржаног у ПЗ. Наиме, сама фикција се више показала као извор многих спорних ситуација претворених у судске парничне поступке, него што је штитила неуписаног (ван)брачног друга, а из разлога што је доводила до значајних одступања од примене начела поуздања у катастар. Примена фикције стварала је дужност на страни стицалаца да испитују не само брачни већ и ванбрачни статус преносиоца у тренутку стицања непокретности којом располаже. Некада тај „посао“ може бити једноставан – примера ради, у ситуацијама када изводом из МК венчаних на дан предузимања правног посла стицалац стекне сазнање да је преносилац и тренутно у браку, али и да је био у (истом) браку у тренутку када је стекао конкретну непокретност. Ипак, неретко је тај задатак компликован, посебно у ситуацијама када преносилац настоји да нешто „прећути“, док постаје готово несавладив када је реч о непокретности стеченој у ванбрачној заједници. У тим случајевима се стицалац ставља пред незахвалан избор: да одустане од конкретног правног посла или да се ослони на то да му преносилац ништа неће прећутати. Поврх свега, не би требало занемарити чињеницу да се испитивањем брачног или ванбрачног статуса задире и у сферу при-

ватности преносиоца, али и ствара константна бојазан у погледу тога да ли се дошло до свих података од значаја за утврђивање статуса преносиоца на дан када је он стекао непокретност коју сада отуђује/оптерећује.

Стога аутори овог текста сматрају да је увођење фикције било веома лоше решење које је упркос томе што је имало за циљ заштиту неуписаног (ван)брачног друга, често у сукобу са начелом поуздања губило битку, те остављало неуписаног (ван)брачног друга без непокретности у погледу које је он заједничар. Сматрамо да је било могуће наћи друго решење које би истовремено штитило и оба (ван)брачна друга и обезбеђивало примену начела поуздања. У том смислу, подржавамо формулацију чл. 7 ЗПУКНВ. Истина, далеко од тога да је у питању савршено решење. Наиме, решавајући проблем примене начела поуздања у катастар и заштите оба супружника, ново решење доноси са собом и проблеме који до доношења поменутог Закона ипак нису постојали. О томе ће више речи бити у наредном поглављу.

## **V. Моћ и немоћ новог законског решења**

У уводном делу рада указано је на то да је ЗПУКНВ донео новине које се тичу и режима брачне тековине супружника. Потреба за тим произлазила је из стања у судској пракси које је одавно указивало на неопходност системског решавања питања заједничке својине супружника. Међутим, иако је доношењем ЗПУКНВ несумњиво учињен корак напред у мирењу супротстављених интереса, оно носи са собом и одређене слабости. Управо је тим предностима и недостацима посвећен овај део рада.

### **1. Ново законско решење као корак напред**

Ново решење представља корак напред и то из најмање три разлога.

Прво, оно пружа већу правну сигурност трећем савесном стицаоцу који се може ослонити на стање у катастру без страха од могућности примене фикције да је упис извршен и на име другог (неуписаног) супружника. Дакле, стицалац не мора више самостално истраживати брачни статус преносиоца како би био сигуран да није евентуално реч о непокретности која је у заједничкој својини већ ће самим увидом у катастар бити јасно да ли је у питању заједничка или посебна својина, макар када је реч о непокретностима које је продавац стекао *након* почетка примене ЗПУКНВ. Када је реч о непокретностима које је продавац стекао *пре* овог тренутка, законодавац је новим законским решењем дужност провере брачног статуса преносиоца (у моменту стицања непокретности) донекле

превалио на јавне бележнике. То је посебно важно имајући у виду чињеницу да изводом из матичне књиге рођених или венчаних стицалац може добити само информацију о тренутном брачном статусу преносиоца, односно информацију о томе да ли је преносилац у браку на дан предузимања правног посла и од ког тренутка траје тај брак, али не нужно и информацију о томе да ли је преносилац био у браку у тренутку када је он сâм стекао право својине на непокретности коју отуђује/оптерећује. У том смислу, ствар је једноставна уколико би се увидом у извод из МК венчаних утврдило да је брак постојао и у тренутку стицања непокретности којом се располаже. Међутим, у ситуацијама када је преносилац у тренутку стицања непокретности био у браку, али је тај брак накнадно разведен, „истраживачка“ дужност стицаоца постала би захтевнија. Тада би требало захтевати од преносиоца и додатне доказе (на пример, пресуду о разводу брака или дозволу да се изврши увид у матичне књиге преносиоца),<sup>53</sup> уз неизбежну бојазан да стицаоцу ипак нешто промакне, односно уз могућност да преносилац ипак нешто прећути.

Друго, ово је корак напред и за доследну примену начела поуздања у катастар, те шире значење појма савесног стицаоца. Наиме, сваки стицалац који се поуздао у стање у катастру заштићен је начелом поуздања у катастар. Самим увидом у катастар стицалац стиче довољно сазнања у погледу режима у којем се конкретна непокретност налази, без опасности да стварно стање не одговара оном у катастру.<sup>54</sup> Ипак, из угла преносиоца посматрано и даље су релевантне одредбе ПЗ, те изнова отварамо питање да ли је савестан и онај стицалац који се поуздао у стање у катастру, занемаривши могућност одступања података из катастра од стварног стања, и то из разлога предвиђених законом, односно прописаном фикцијом о упису оба супружника.

Трећи разлог у прилог доношења поменутих одредаба је у томе што се њима посредно штити и други (неуписани) супружник, те спреча-

53 Закон о матичним књигама, *Сл. гласник РС*, бр. 20/2009, 145/2014 и 47/2018.

54 Овде треба још једном подсетити да се мисли на случајеве када је право својине преносиоца уписано *после* почетка примене одредбе из чл. 7 ЗПУКНВ (у ком случају не постоји чак ни обавеза јавних бележника да истражују брачно стање преносиоца и чињеницу да ли је реч о посебној или заједничкој својини преносиоца јер су то већ једном учинили када је он стицао право својине). С друге стране, уколико се при увиду у катастар утврди да је преносилац стекао право својине на непокретности *пре* почетка примене ове одредбе, тада се купац може ослонити на то да ће јавни бележник истражити брачно стање преносиоца. Наравно, увек остаје могућност вођења управног поступка у коме се утврђује да је одређени упис неваљан, што је ризик са којим се мора носити сваки прибавилац права на непокретностима, не само у случају који се анализира у овом раду.

ва могућност да уписани супружник самостално располаже заједничком непокретношћу, користећи чињеницу да се само он води као власник у катастру. То се постиже тиме што се јавним бележницима намеће дужност да испитају да ли је преносилац био у браку у тренутку када је стекао право својине на непокретности, те уколико јесте, да ли таква непокретност заиста представља његову посебну имовину или је ипак реч о брачној тековини.

## 2. Слабости новог законског решења

Међутим, иако се начелно може рећи да је ново решење корак напред у регулисању имовинских односа супружника, оно није без недостатака.

Најпре, чини се да је законодавац превидео могућност да наш држављанин може закључити брак и са странцем у ком случају би могао да се сусретне са одређеним препрекама при стицању непокретности у браку. Наиме, Законом о основама својинскоправних односа<sup>55</sup> прописано је да странац који не обавља делатност у нашој земљи може стицати право својине на стану или стамбеној згради под условом узајамности. То би даље значило да уколико земља порекла страног држављанина не дозвољава нашим држављанима да у тој земљи стекну право својине на непокретностима, таква могућност не би била дозвољена ни странцу у нашој земљи. Другим речима, странац не би могао бити не само искључиви власник, већ ни сувласник ни заједничар. У таквој ситуацији бисмо брачне другове (из мешовитих бракова), довели у парадоксалну ситуацију: или би супружник-странац био доведен у (за њега) неповољну ситуацију да мора да изјави да се ради о посебној имовини супружника–домаћег држављанина и онда када је неспорно у питању брачна тековина, или би, да парадокс буде већи, супружник-домаћи држављанин био доведен у ситуацију (уколико супружник-странац не би дао такву изјаву) да не може стећи право својине на стану/стамбеној згради ни као заједничар ни као искључиви власник, и то све док је у браку са странцем. Другим речима, у ситуацији када нису испуњени услови да странац стекне право својине на непокретностима, један или пак оба брачна друга ће свакако „испаштати“.

Проблем се додатно компликује када брачни другови (из мешовитих бракова) желе да стекну право својине на пословној просторији, ако

---

55 Вид. ЗОСПО, чл. 82 а ст. 1.

притом странац не обавља делатност у нашој земљи.<sup>56</sup> Исти проблем постаје готово нерешив када супружници намеравају да стекну право својине на пољопривредном земљишту.<sup>57</sup> Тада је једини начин да домаћи држављанин стекне право својине на тим врстама непокретности тај да супружник-странац пристане да дâ изјаву да се ради о посебној својини другог супружника.

Посматрано кроз призму тог проблема, важећи законски текст доводи до правно нелогичних, а поврх свега неправичних решења, који потенцијално представљају узрок будућих спорова, али нешто другачије врсте. До тога ће нарочито долазити у ситуацијама када странац-супружник да изјаву да се ради о посебној имовини супружника-домаћег држављанина и на тај начин изузме непокретност из режима брачне тековине чак и онда када је она прибављена средствима која су по пореклу заједничка. Иако се у том случају неспорно ради о некој врсти поклонна супружнику, формално ће та ситуација бити изједначена са свим оним у којима супружник изјављује да се ради о посебној својини другог супружника јер се заиста и ради о његовој посебној својини. Управо због тога остаје отворено питање да ли је могуће у неком каснијем тренутку, на пример у случају развода, заштитити супружника-странца који би евентуално у неком посебном судском поступку доказао да се ипак радило о брачној тековини, те на тај начин „нападати“ дату изјаву и извршени упис или пак само стећи облигационоправни захтев према бившем (уписаном) супружнику.

Друга слабост новог законског решења јесте у томе што законодавац ни на овај начин, чини се, није решио проблем инфериорности који жена-супружник може имати и у данашње време, макар у једном броју случајева. Тако ће законодавац, у неким случајевима, трагајући за начином да заштити неуписаног супружника (што је у пракси најчешће жена) довести до тога да инфериорнији супружник својом изјавом изгуби статус заједничара, што је знатно лошије по њега у односу на раније решење када га је бар штитила фикција о упису оба супружника, додуше, на штету савесног трећег лица (стицаоца). Наравно, треба нагласити да и овде остаје могућност накнадног поништаја изјаве једног супружника да се ради о посебној имовини другог, односно доказивања да је изјава воље

56 Тада, наиме, није довољан само услов узајамности већ се захтева и да странац обавља делатност у нашој земљи и то само на непокретностима које су му потребне за обављање те делатности. Вид. ЗОСПО, чл. 82.

57 Вид. Закон о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, последње измене у 95/2018 – др. закон, чл. 1.



манљива – дата у заблуди или под утицајем преваре или принуде, у ком случају се опет може отворити проблем дејства поништења такве изјаве, нарочито у односу на треће савесно лице.

Коначно, недостатак новог законског решења лежи и у томе што оно нема капацитет да потпуно реши проблем који је створен увођењем фикције из чл. 176 ПЗ, односно проблем који се јавља у случају самосталног неовлашћеног располагања непокретношћу у режиму заједничке својине. Наиме, фикција ће и даље имати своју примену у односу на ванбрачне партнере. С једне стране, када се у улози преносиоца налази уписани ванбрачни партнер, чињеница да је непокретност у режиму заједничке својине ће јавним бележницима, односно потенцијалним стицаоцима права на непокретностима, бити позната најчешће само у случају када им то сâм преносилац стави до знања. То, пак, не делује као реалан сценарио. Другим речима, јавни бележници, а још мање потенцијални стицаоци, немају могућност да сами дођу до тог податка (да је преносилац био у ванбрачној заједници у тренутку када је стекао непокретност, те да је непокретност заправо у режиму заједничке својине), као што је то случај са чињеницом брака која се уписује у матичне књиге. Чини се да би тада пред стицаоцем била два пута: или да одустане од закључења конкретног правног посла (уколико не жели да се упусти у испитивање постојања ванбрачне заједнице) или пак да верује на реч преносиоцу. С друге стране, када се у улози стицаоца јавља лице које је у ванбрачној заједници, чињеница да је реч о заједничкој својини може се уписати у катастар најчешће само уколико сâм стицалац на то укаже; у супротном, уколико он то прећути, непокретност ће бити уписана само на његово име.

Проблем ће, дакле, остати у погледу непокретности које су стечене у ванбрачној заједници, те ће се и у будућности јављати спорови у којима ће судови морати да вагају да ли ће заштиту пружити неуписаном ванбрачном партнеру, применом фикције из чл. 176 ПЗ, или ће је пружити трећем савесном лицу, применом начела поуздања у тачност и потпуност података садржаних у катастру.<sup>58</sup>

---

58 У пракси се, из разлога немогућности утврђивања да ли је непокретност у режиму заједничке својине, јавни бележници „ограђују“ тиме што при солемнизацији правног посла, односно при његовом стварању у форми јавнобележничког записа, уносе поуку (упозорење) стицаоцу да постоји тај ризик - да се непокретност налази у режиму заједничке својине. Остаје отворено питање да ли се уношењем такве поуке ризик заправо потпуно преваљује на стицаоца у смислу да се он касније, уколико се испостави да је непокретност била у заједничкој својини, неће моћи позивати на начело поуздања. Уколико је то последица уношења такве поуке, онда би то могло да створи огроман проблем: разуман стицалац ће одбити да закљу-

## VI. Закључак

Увођењем фикције да је упис извршен на име оба (ван)брачна друга и онда када је извршен на име само једног, законодавац је несумњиво имао (добру) намеру - да обезбеди равноправност у имовинско-правним односима и заштити оног брачног (или ванбрачног) друга који није уписан као ималац права у регистру непокретности, иако је она стечена заједнички. Међутим, законодавац је морао истовремено водити рачуна и о потенцијалним негативним последицама таквог решења, којих је, како се у пракси убрзо испоставило, можда и више него позитивних. Правна сигурност је озбиљно пољуљана из простог разлога што се доследном применом фикције обесмишљава начело поуздања: стицалац се не може поуздати у то да је књижно стање тачно и потпуно већ се њему практично намеће дужност да испитује ванкњижно стање – да ли је преносилац непокретност стекао у браку или, да апсурд буде већи, у ванбрачној заједници; у супротном, ако то не учини, он не може бити сигуран да у неком каснијем тренутку његово стицање неће због тога „пасти“. С друге стране, имајући у виду неуједначеност судске праксе по том питању, те чињеницу да судови нису увек давали предност прописаној фикцији, односно заштити неуписаног (ван)брачног друга, а науштрб начела поуздања, већ су неретко пружали заштиту и савесном стицаоцу, не може се рећи да је фикција увек успевала да оствари сврху због које је иницијално уведена у наш правни систем.

Ново решење које предвиђа ЗПУКНВ несумњиво представља изванредан помак. Најпре, дужност утврђивања да ли је преносилац стекао непокретност у браку више није на стицаоцу већ на јавним бележницима; друго, иде се ка томе да из увида у катастар непокретности буде неспорно да ли је одређена непокретност у режиму заједничке својине, што ће у перспективи, надамо се, осигурати поштовање начела поуздања; коначно, уписом оба брачна друга посредно се обезбеђује и равноправност у имовинскоправним односима супружника.

Међутим, ново законско решење има и недостатака. Прво, њиме није у потпуности решен проблем неусклађености књижног и ванкњи-

---

чи било који уговор којим стиче право на одређеној непокретности све док преносилац не докаже да није био у ванбрачној заједници у тренутку када је он сам стицао непокретност. Другим речима, или ће промет права на непокретностима у великој мери бити успорен или ће сав ризик пасти на стицаоца који је прихватио да уговор ипак закључи упркос упозорењу од стране јавног бележника. Питање је и у којим би то ситуацијама јавни бележници требало да уносе у исправу поменуте поуке, будући да у погледу сваког преносиоца који није у браку постоји бојазан да је конкретну непокретност стекао у ванбрачној заједници.

жног стања јер ће се фикција из ПЗ и даље примењивати у односу на ванбрачне другове. Друго, њиме се не решава проблем неравноправности између брачних другова. Коначно, оно доноси са собом и нове проблеме са којима се пракса већ увелико суочава - стицање права својине на непокретностима у ситуацијама када је један супружник странац.

Стога сматрамо да је ново решење ипак недовољно добар покушај да се реше сви проблеми које је створило увођење фикције из чл. 176 ПЗ. Наша је нада да ће *de lege ferenda* фикција бити стављена ван снаге и тиме постати део прошлости. Њоме се прилично неуспешно покушава постићи један циљ (успостављање равноправности између (ван)брачних другова и заштита жене као често инфериорнијег партнера), стварајући истовремено много озбиљнији проблем у виду угрожавања правне несигурности, нарушавањем начела поуздања у катастар и пренебрегавањем заштите трећих савесних лица (чији број може далеко да премаши број инфериорних (ван)брачних другова којима је потребна заштита).

**Snežana DABIĆ, Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ**

## **TRANSFER OF IMMOVABLE PROPERTY IN JOINT OWNERSHIP BY ONE SPOUSE (DOMESTIC PARTNER)**

### **Summary**

*In an effort to create a legal environment which encourages equality between spouses (domestic partners) and prevent its unfair distortion, our legislator has introduced, as one of the measures by which this goal may be achieved, a fiction according to which a registration of ownership in the name of one spouse (domestic partner) is considered to be done on behalf of both. Shortly thereafter, the courts began to face serious problems created by such fiction which are still very much alive even decades later. Namely, what happens if a registered spouse (domestic partner) transfers rights on immovable property without the consent of the other (unregistered) spouse (domestic partner)? What is a legal nature of such a transaction and does it produce legal effects? The problem becomes more complicated if one takes into account the reliable principle: can a potential acquirer even rely that the data in the real estate register are accurate and complete or the law imposes on him a duty to investigate the accuracy and completeness of these data beyond the register? A glance at our court practice is enough*

*to show that it is quite uneven and that the courts wander from one to another solution in search of the most appropriate which would reconcile conflicting interests. The adoption of the new Law on the procedure of registration in the real estate and ducts register has put a new light on this problem. Although one may generally say a certain progress has been made in resolving this problematic legal issue, at least two fundamental objections can be raised: firstly, the new solution does not have the capacity to completely solve the problem; secondly, it has created grounds for creation of completely new problems in our legal system.*

**Key words:** *Joint ownership. Spouses (domestic partners). Immovable property. Reliable principle. Good faith. Legal certainty.*

Др Катарина А. ЈОВИЧИЋ\*

## ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА - ОСВРТ НА ПОТРОШАЧКЕ УГОВОРЕ

### Резиме

У овом прилогу са саветовања расправља се питање ограничења аутономије воље у потрошачким уговорима. Да би одговорила на ово питање ауторка најпре даје објашење о начелу аутономије воље као доктринарном и као правном начелу, уз кратак осврт на историјски контекст који је довео до прихватања начела аутономије воље у право. С тим у вези расправља се (не)постојање разлике између начела аутономије воље и начелса слободе уговарања, након чега се излажу правила о општим и посебним ограничењима слободе уговарања у нашем праву. У другом делу рада пажња се усмерава на специфичности ограничења слободе уговарања у потрошачким уговорима, што се анализира разматрањем три области у којима су она највише заступљена: информисање потрошача, пословна пракса трговаца и посебне дужности и одговорности трговаца у фази извршења потрошачких уговора. У закључку ауторка износи аргументе који оправдавају потребу посебних, ширих ограничења слободе уговарања трговаца у потрошачким уговорима, који имају за циљ да обезбеде балансирани однос у уговорном односу између потрошача као неискусног преговарача и трговца који је стручно, финансијски и организационо од њега јачи.

**Кључне речи:** аутономија воље, слобода уговарања, општа и посебна ограничења слободе уговарања, Закон о облигационим односима, Закон о заштити потрошача, потрошач, трговац.

### І Увод

Полазећи од правила да је уговор закон за оне који су га закључили, судови пружају подршку страни верној уговору када друга страна не

---

\* научни сарадник Института за упордно право у Београду

испуњава добровољно свој део погодбе. Судови су дуго времена то чинили без уплитања у уговорни однос, за који се сматрало да треба да се извршава онако како је написан. Ово схватање се наслања на начело аутономије воље, које као доктринарни концепт претпоставља апсолутну слободу правних субјеката да својим изјавама самостално преузимају обавезе и стичу права.<sup>1</sup> Примењено у праву, начело аутономије воље подразумева да појединачна воља није споља ограничена од стране државе, породице или трећих лица.

Аутономија воље у наведеном, апсолутном смислу у уговорном праву никада није била прихваћена и увек су јој била наметана одређена ограничења. На почетку су она била изузетна, али се временом њихов број повећавао како се увиђала потреба за спречавањем злоупотреба привилегија које то начело, ако се његова примена адекватно не омеђи, омогућава. Ово зато што стране које међусобно закључују уговор немају једнак положај односно преговарачку снагу, већ је често једна у стручном, финансијском и организационом погледу супериорнија. Захваљујући тим способностима она неретко успева да прилагоди уговор својим потребама и интересима, што редовно подразумева да уговорна права и обавезе нису добро избалансирана те да већи терет, па и штету трпи уговорна страна која је слабија.

Законодавац је препознао да ова појава може негативно утицати на економски и друштвени напредак, као и потребу да се она правно регулише односно предупреди. У нашем праву се, тако, аутономија воље ограничава Законом о облигационим односима који је општи пропис за уговоре,<sup>2</sup> али и другим прописима који уређују одређене врсте уговора, на пример, Породичним законом,<sup>3</sup> Законом о наслеђивању,<sup>4</sup> и др. Ипак,

---

1 Бранко Мораит, „Аутономија личности *sine qua non* Грађанског законика”, *Правни живот* бр. 10/2015, Београд, 2015, 288. Мораит указује на условљеност аутономије воље аутономијом личности, коју објашњава позивањем на професора Лукића и његове ставове да правни субјективите подразумева све људе као самосвесна бића, који су у стању да се понашају у складу са нормама (правним и друштвеним), да својом свешћу одређују своје понашање као и да одговарају за противправно (ненормално) понашање. Ограничења правног субјективитета (аутономије личности) су изузетак и резервисана су само за оне људе који су по природи неспособни за пуни субјективитет (услед незрелости или болести). Вид. Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд 1992, 418.

2 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - уставна повеља.

3 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

4 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/2015.

најзначајнија и по обиму највећа ограничења аутономије воље предвиђена су Законом о заштити потрошача - ЗЗП,<sup>5</sup> који уређује уговорне односе између потрошача и трговаца.

Пре него што се пређе на анализу специфичности примене начела аутономије воље у потрошачком праву, потребно је и корисно подсетити се када је и због чега то начело прихваћено у праву, као и на које начине се аутономија воље ограничава у правном систему да би остварила свој позитиван утицај на развој права и друштва у целини.

## II Начело аутономије воље као доктринарни и као правни концепт

Аутономија воље је као доктринарни (филозофски) концепт одавно познат у хуманистичким наукама. Његов пробој и доминација у савременом уговорном праву<sup>6</sup> везује се за појаву масовне производње роба крајем XVIII и почетком XIX века.<sup>7</sup> Наведени период карактерише доминација идеја економског и политичког либерализма, које су дале кључни допринос установљењу тржишне привреде и економских односа заснованих на слободној конкуренцији.<sup>8</sup> У тим условима било је неопходно

5 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС* бр. 62/2014, 6/2016 И 44/2018.

6 Начело аутономије воље најтешње је везано за уговорно право, али је оно једно од основних начела грађанског права.

7 Кључне за њено коначно обликовање су биле индивидуалистичка и колективистичка школе, односно њихова међусобно супротствљена схватања. По индивидуалистима, воља појединца је изнад опште воље, јер појединац је постојао пре друштва па је човек полазна (па и крајња) тачка друштва. Човек по слободном избору живи у једном друштву у коме у највећој могућој мери задржава своја права и слободе, која не могу бити бити ничим споља ограничена (законом нпр), сем у циљу осигурања слобода и права других лица. У овој теорији полази се од претпоставке да су сви људи једнаки, те је потребно да им друштво обезбеди слободу у наведеном смислу што је предуслов и довољно је да се сваки појединац у таквом друштву развија правилно (и самим тим једнако). Супротстављајући се овом учењу, чији је основни недостатак нереалност схватања да су сви људи једнаки, развила се тзв. Колективистичка школа. Она у први план истиче да човек не може да живи сам, већ да је увек живео у друштву и да ће тако живети и даље јер је човек социјално биће. Он може уживати слободе и права, али само и уколико те слободе и права буду призната од стране друштва, односно ако стања која настају као последица тих права и слобода буду заштићена од стране друштва (правни инструмент за то је закон и други прописи). Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку - Формуларни уговори*, Београд, 1932, 11-16. Вид. и Peter Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1985, 226-237; Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 7-14.

8 Више о историјату развоја начела аутономије воље и слободе уговарања у праву вид. Слободан Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975, 7-16; Оливер

омогућити ефикасно повезивање купаца са продавцима како би привреда могла успешно да се одвија и развија. Начело аутономије воље, које учи да ће се свако најбоље сам бринути о својим пословима, пружило је адекватну теоријску потпору за успешно утемељење и функционисање либералних идеја у економији и политици.

С тим у вези професор Перовић указује да је аутономија воље неопходан инструмент у друштвеном систему који се заснива на приватној својини и формално прокламованој слободи рада. Као начело уговорног права она прати основне односе робне производње и истовремено их обликује.<sup>9</sup> Тако, већа слобода тржишне размене повлачи за собом ширу слободу уговарања и обратно, императивно регулисање размене путем административних прописа спутава оквире те слободе.<sup>10</sup> Професор Антић, бавећи се овим питањем, иде и корак даље наводећи да је аутономија воље у облигационом праву ограничена могућностима правних субјеката да стичу, мењају и преносе своја субјективна права, а те могућности су условљене чињеницом да ли правни субјект поседује имовину која је претпоставка за стицање и пренос права, али и гаранција (општа залога) за испуњење преузетих обавеза.<sup>11</sup>

Апсолутну слободу деловања појединца, међутим, не подржава ни један савремени правни систем, нити се то икада толерисало у правно уређеним државама. Право, наиме, пружа заштиту радњама појединаца само ако се оне крећу у оквирима који су одређени законом. С обзиром да је закон израз опште воље и општих интереса једног друштва, деловања појединаца су дозвољена само ако је друштво сагласно да их допусти тј. ако је оно омогућило такву ситуацију.<sup>12</sup> Стога, појединачна воља није претпостављена општој, већ је управо обрнуто.

Начело аутономије воље је најтешње повезано са уговорима и уговорним правом, где је разрађено као начело слободе уговарања.<sup>13</sup> Многи

---

Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, 37-39; Драгољуб Вукићевић, „Начело слободе уређивања облигационих односа”, *Зборник Правног факултета у Новом Саду* БР. 23/83, 59-60; Meng Zhaohua, „Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of contract”, *Canadian Social Science* Vol. 10/6, 212-213.

9 То је отуда што право представља надградњу, док основу чини економија и економски односи.

10 С. Перовић (1975), 20-21.

11 О. Антић, 38-39.

12 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Књига прва, Загреб, 1978, 52-53.

13 Професор Антић наводи да начело слободе уговарања представља најопштији принцип уговорног права и као такво оно подразумева само основну опцију, уговорати или не, док се



аутори и не праве разлику између ова два начела, али она се може повући ако се узме у обзир чињеница да је аутономија воље филозофска концепција и као таква више представља идеал него што је у пракси достижна. За разлику од тога, слобода уговарања се превасходно односи на начин на који се та филозофска (доктринарна) концепција примењује у уговорним односима.<sup>14</sup>

У упоредном праву нема правног система који не ограничава аутономију воље као право саморегулације. Где су границе аутономије воље је питање на које се не може дати универзални одговор зато што су оне релативне и одређују се степеном економске, филозофске, моралне и политичке еманципације једне средине.<sup>15</sup> Притом, није увек једноставно одредити линију где престаје слобода друштва и почиње лична слобода, и обратно.<sup>16</sup>

### III Ограничења слободе уговарања

Иако воља појединаца у праву не може бити апсолутна то не доводи у питање постојање аутономије воље правних субјеката као једног од неопходних услова за успешно функционисање тржишне привреде. Због тога је потребно уредити правни систем тако да се ова два, међусобно супротстављена захтева, адекватно регулишу. Управо то решава начело слободе уговарања које, како исправно примењује професор Благојевић, не би ни било потребно да се апсолутна слобода воље појединаца у праву не доводи у питање.<sup>17</sup> Слобода уговарања је истовремено и гаранција да се у облигационим односима остварује начело аутономије воље у границама које је једно друштво спремно и вољно да прихвати.<sup>18</sup>

Ограничења слободе уговарања одређују се општим и посебним правилима садржаним у оквиру различитих закона. У анализи тог питања треба поћи од Закона о облигационим односима - ЗОО као основног про-

---

примена слободе уговарања на конкретан случај прецизно изражава као диспозиција субјеката. Оливер Антић, „Морал (етика) у грађанском праву”, Зборник радова *Хармонизација грађанског права у региону*, Сарајево, 2013, 6.

14 Професор Благојевић с тим у вези указује да је аутономија воље једна филозофска, доктринарна концепција, док је слобода уговарања више техничко правило организације грађанског права, прецизније уговорног права. Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку-Формуларни уговори*, Београд, 1932, 18. Слично: M.Zhaohua, 215.

15 С. Перовић (1975), 6.

16 Xandra Kramer, Erlis Themeli „The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum”, *Brussels Ibis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, 2017, 29-30.

17 Б. Благојевић, 18.

18 *Ibidem*.

писа за облигационе и уговорне односе. Тако, чл. 10. ЗОО поставља опште правило о ограничењу слободе уговарања, које има ниво основног начела за облигационе односе, прописујући да су стране у облигационим односима слободне да их уређују у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.<sup>19</sup> Иста ограничења слободе уговарања прописана су и у неколико законских норми које уређују уговоре као изворе облигација с обзиром да ово начело има највећи утицај на уговорно право. Тако, предмет уговорне обавезе није допуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 49. ЗОО). Исти разлози основ су због кога се недопуштеним сматра услов уговора (чл. 75. ЗОО), а то може бити разлог и за поништење уговора (чл. 103. ЗОО).<sup>20</sup>

Посебна правила о ограничењу слободе уговарања обухваћена су како Законом о облигационим односима, тако и другим прописима. Ова, посебна правила међутим нису исцрпно наведена (*numerus clausus*), већ се странама у уговорним односима оставља широк простор (у оквиру општих ограничења постављених општом нормом) да своје уговорне односе самостално уређују.

### 1. Општа ограничења слободе уговарања

У претходном излагању наведено је да општа ограничења слободе уговарања обухватају принудне прописе, јавни поредак и добре обичаје. Ова ограничења ће се објаснити у основним цртама с обзиром да њихова детаљна анализа не би могла по обиму стати у један рад ове врсте.

*Императивне норме:* Реч је о законским нормама које се од диспозитивних најлакше разликују по карактеру санкције која се предвиђа за непоштовање нормираног правила. Ипак, императивне норме нису ограничене само на оне које изричито прописују санкцију, нпр. ништавост, већ обухватају и норме које је не садрже, али су тако формулисане да је јасно да би непоштовање постављеног правила било на штету општег интереса и да се због тога санкционише. Такво је, на пример, правило да уговор о грађењу мора бити закључен у писменој форми (чл. 630. ст. 2. ЗОО). Непоштовање законом прописане форме уговора има за последицу непуноважност уговора. Некада императивна норма не садржи посебно одређену санкцију, али изричито забрањује одређено поступање, нпр.

19 Будући постављена као основно начело Закона о облигационим односима, ова норма има најшире оквире.

20 С. Перовић (1995), 5.

зобрањено је закључити уговор којим се ствара или искоришћава монополски положај.<sup>21</sup> У Закону о заштити потрошача је општим правилном (чл. 3) прописано да се потрошач не може одрећи Законом утврђених права, те да су ништаве уговорне одредбе које потрошачима предвиђају мање права него што их признаје Закон.

*Јавни поредак:* Ограничење слободе уговарања путем јавног поретка је најшире прихваћено у националним правима али, упркос томе, нема универзалног става о садржини овог института те да ли би требало унапред одредити његове границе, или прпустити суду да о томе одлучује у сваком конкретном случају. У погледу садржине јавног поретка у нашој литератури се аутори најчешће позивају на професора Перовића, који запажа да је јавни поредак саткан од више принципа чија је природа различита. Тако, он обухвата принципе економске, филозофске, етичке, политичке и правне природе, који су изражени принудним нормама и моралним императивима које прихвата једна заједница у свом трајању.<sup>22</sup>

На основу изложеног јасно је да се јавни поредак не ограничава на императивне норме, односно он обухвата много више од прописаних забрана и у његов састав, без сумње, улазе и моралне норме. У светлу правила о ограничењу слободе уговарања установом јавног поретка то практично значи да стране уговорнице нису дужне само да поштују прописане забране, већ се од њих очекује и да у духу моралних императива друштвене заједнице уређују своје уговорне односе и тако их унапређују.<sup>23</sup> Управо чињеница да јавни поредак поред позитивно-правних морми обухвата и друга, морална правила понашања, упућује на то да стране уговорнице нису пасивне када уређују своје послове и да њихова аутономија воље није ограничена искључиво на заштиту индивидуалних права и слобода, већ нужно мора бити и у функцији заштите општих интереса.

*Добри обичаји:* Добри обичаји (*boni mores*) се могу означити као моралне норме које се понављају тако дуго и тако често у једној средини да се формирала свест о обавезности поступања нна исти начин.<sup>24</sup> Огра-

21 С. Перовић (1995), 7; С. Перовић (1975), 154; Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, 53-54; Б. Визнер, 54-55.

22 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 165, 168. и 169.

23 В. Круљ, 1983, 55.

24 Професор Перовић под моралом подразумева норме друштвеног правила понашања којима се одређује или остварује неко морално добро које је заштићено санкцијом аутономног осећања гриже савести и/или презиром јавног мњења одређена средине. Слободан Перовић,

ничење слободе уговарања добрим обичајима је захтев странама уговорницама да своје послове уређују у складу са друштено корисним понашањем.<sup>25</sup> Поступци који се не могу тако квалификовати не могу постати обичаји, јер право не штити понашања која нису друштвено корисна, односно нису морална. У томе се огледа смисао ограничења слободе уговарања добрим обичајима, али је то истовремено и подстицај странама уговорницама да се руководе поступцима које друштвана заједница одобрава, јер добри обичаји у грађанском праву се изједначавају са постојећим моралом и етичким представама заједнице.<sup>26</sup>

## 2. Посебна ограничења слободе уговарања

Слобода уговарања обухвата право избора да се (не) закључи уговор, слободу избора лица са којим ће се уговор закључити, слободу одређивања садржине уговора, право неповредивости уговора и право избора форме уговора.<sup>27</sup> Свако наведено право подележе одговарајућим ограничењима.

1) *Ограничење слободе да се уговор (не) закључи*: У одређеним случајевима лице које закључује уговор, по правилу оно које нуди одређену робу или услугу, нема право да бира да ли ће и са ким уговорити посао. На пример, осигуравајуће друштво је дужно да закључи уговор о обавезном осигурању; јавно складиште је дужно да прими робу на чување; трговац је дужан да потрошачу прода робу коју је изложио у радњи итд. Ова слобода може бити ограничена и захтевом да се неко трећи сагласи са закључењем једног уговора, на пример, старалац не може закључити уговор који превазилази оквире редовног управљања малолетниковом имовином без сагласности органа старатељства.

2) *Ограничење слободе одређивања садржине уговора*: Закон некада одређује садржину одређених уговора, на пример, код уговора о тури-

---

„Завршни документ - Опште констатације, Уводна реч”, *Поруке Двадесет петог сусрета Копаоничке школе природног права*, Копаоник, 2012, 34.

25 Разликовање обичаја на добре и лоше се везује за Јеринга, који је указао да обичај може бити само добар, што се одређује на основу критеријума друштвене корисности. Рудолф Јеринг, *Циљ у праву*, Подгорица, 1998, 261-554 („Навика, обичај, цјелиходност, моралност - фундаментални проблеми етике”).

26 Перовић (1995), 49. Добри обичаји се везују за грађанско право, док у привредном праву егзистирају добри пословни обичаји, који се више односе на правила струке, али не сва правила струке већ само она која су истовремено и етичка тј. која представљају тзв. „пословни морал”. Ови, трговачки обичаји нису израз морала, већ фактичког поретка који влада у промету. Перовић (1995), 50.

27 У међународном приватном праву слобода уговарања обухвата и право избора меродавног права.

стичком путовању (чл. 96. ЗЗП). Некада је цена за одређени производ или услугу утврђена одговарајућим прописима и стране уговорнице не могу својом вољом да предвиде другачије. И затезна камата за доцњу у испуњењу новчаних обавеза је, такође, законом прописа.

Ограничење слободе уговарања саджине уговора, иако није формално прописано, у пракси постоји код угоовра који се закључују техничком општих услова пословања. У тим уговорима страна којој је понуђен такав формулар често нема времена да га прочита а ако то и успе онда тешко може да разуме значење предложени уговорних клаузула. Под тим условима она практично приступа уговору, без могућности да утиче на његову садржину.

3) *Ограничење слободе уговарања одржава се и на правило о неповредивости уговора.* Према класичном учењу, које је добило најшире оквири у теорији аутономије воље, уговор треба да се изврши онако како је написан. Једине промене уговора могу наступити на исти начин на који је и уговор настао а то је сагласношћу воља страна уговорница. На тај начин стране се могу договорити и да уговор раскину.

4) *Ограничење слободе уговарања форме уговора:* Законодавац у одређеним случајевима предвиђа посебну форму у којој један уговор мора бити закључен, на пример, уговор о грађењу, уговор о трговинском заступању, уговор о кредиту, уговор о финансијском лизингу итд. У таквим случајевима стране које закључују уговор немају слободу да одлучују о овом питању јер се непоштовање законом одређене форме уговора санкционише непуноважношћу таквог уговора.<sup>28</sup>

#### **IV Специфичности ограничења слободе уговарања у потрошачким уговорима**

Потреба за заштитом потрошача као слабије уговорне стране указала је на неопходност ограничења слободе уговарања трговаца у потрошачким уговорима. Та ограничења се манифестују на различите начине, а најчешће су у виду забрана или наметања одређених, додатних обавеза трговцима, које они иначе не би имали да не закључују уговор са потрошачем. Најзначајније интервенције законодавца у вези са ограничењем слободе уговарања су у потрошачким уговорима извршене у области информисања потрошача као и у вези са пословном праксом трговаца, док су у

---

28 Више о посебним ограничењима слободе уговарања вид: Перовић (1995), 8-10; Перовић (1975), 86-97.

сфери извршења уговора трговци подвртнути строжем законском режиму одговорности за његово несаобразно испуњење.<sup>29</sup>

### 1. Информисање потрошача

Обавеза трговца да потрошачу пружи одговарајућа обавештења пре закључења уговора има за циљ да га информише о свим релевантним питањима у вези са производом или услугом која му је понуђена. Ова је обавеза је уређена општим правилом које се примењује у односу на сваки потрошачки уговор, али и посебним правилима о предуговорном обавештавању потрошача која се примењују за одређене уговоре.

Опште правило о дужности предуговорног обавештавања потрошача регулише члан 13. ЗЗП, којим се одређује законски минимум информација које је трговац дужан да пружи потрошачу о понуђеној роби или услузи. У питању су информације о идентитету трговца, основним обележјима робе или услуге, цени, начину плаћања, одговорностима продавца за недостатке саобразности и условима под којима се уговор може раскинути. Поред тога предвиђена су и посебна, додатна правила предуговорног информисања потрошача која се односе на уговоре који се закључују на даљину или ван пословних просторија трговца (чл. 27), уговоре о пружању услуга од општег економског интереса (чл. 87), уговоре о туристичком путовању (чл. 93) и уговоре о тајм-шерингу (чл. 110).

Предуговорно информисање потрошача је од суштинске важности за заштиту интереса потрошача зато што потрошач који нема довољно информација о производу или услузи коју жели да купи, објективно није у могућности да донесе економски рационалну одлуку да ли да понуду трговца прихвати или не.

Дужност информисања потрошача и с тим у вези ограничења слободе уговарања трговаца, међутим, нису везана искључиво за предуговорно информисање потрошача, већ се протежу и на фазу извршења уговора. Ова обавеза трговаца је у Закону посебно уређена и превазилази општу дужност уговорних страна да, у складу са начелом савесности и поштења,<sup>30</sup> међусобно обавештавају једна другу о свим околностима релевантним за извршење уговора. У том смислу значајан је члан 73. ЗЗП који обавезује трговца, који је са потрошачем закључио уговор о пружа-

29 Исто: Criss Willett, David Oughton, „Consumer protection” *Commercial and Consumer Law*, Michael Furmston, Jason Chuah (eds), Pearson Education Limited, 2010, 376.

30 Чл. 12. ЗОО.

њу услуга, да га изричито и без одлагања обавести да је цена услуге значајно виша од износа који је могао разумно да очекује.<sup>31</sup> Такође, трговац који пружа услугу од општег економског интереса дужан је да потрошача обавести о чињеници да ће се променити цена пружања услуге и то обавештење мора му пружити најкасније 30 дана пре него почне да примењује нове цене (чл. 88. ст. 1). Ставом 2. истог члана прописано је да је трговац дужан да, у истом року, јавно и унапред информише потрошача о измени методологије формирања цена и општих услова уговора.

Када ће се сматрати да је трговац испунио обавезе у вези са (пред)уговорним информисањем потрошача је такође уређено Законом. У том смислу трговац је дужан да информацију пласира на јасан и разумљив начин, на српском језику и на језику и писму националне мањине у складу са Законом (чл. 13. ст.1).

## 2. Непоштена пословна пракса

Пословна пракса трговца обухвата одређене поступке које они примењују у уговорним односима са потрошачима. Већина тих поступака је допуштена, али постоје пословне праксе које Закон забрањују као непоштене. На тај начин се, такође, ограничава слобода уговарања трговца у потрошачким уговорима.

Да би се утврдило да ли је одређена пословна пракса непоштена или не, поступање трговца се процењују с обзиром на два критеријума: прво, да ли је он у уговорном односу са потрошачем применио стандарде професионалне пажње и друго, да ли је услед тога битно нарушено економско понашање потрошача у вези са производом, или постоји претња да ће оно бити нарушено.<sup>32</sup> Да би се отклонило што више могућих недоумица у вези са применом наведених, општих критеријума, Закон предвиђа и посебне критеријуме на основу којих се разликују два типична облика непоштене пословне праксе - обмањујућа и насртљива пословна пракса. Закон иде и корак даље у регулисању овог значајног питања и изричито прописује 23 облика пословне праксе за које постоји неоторива закон-

---

31 Ако трговац не информише потрошача о овој околности сматраће се да је пружио услугу која није саобразна уговору. Иста последица ће наступити и ако трговац није обуставио извршење услуге у ситуацији када није било могуће обавестити потрошача о наведеној чињеници (чл. 73. ст. 2. и 3. ЗЗП).

32 Чл. 18. ЗЗП. Вид. Катарина Јовичић, „Критеријуми квалификације непоштене пословне праксе”, *Право и привреда* бр. 4-6/2017, 590-593

ска претпоставка да су обмањујуће (чл. 21) као и осам облика пословне праксе која се сматра насртљивом (чл. 23. ЗЗП).

Правни значај утврђења чињенице да је трговац применио односно примењује непоштenu пословну праксу није само у прекршајној одговорности трговца и могућности да буде новчано кажњен у вези са тим поступком, већ је то довољан разлог због кога потрошач може да раскине уговор који је закључио у условима таквог поступања трговца.

### 3. Строжи режим одговорности за несаобразност

Трговац извршава потрошачки уговор у свему како је уговором предвиђено. Своје активности у току извршења уговора трговац је дужан да усклади са правилима струке и добрим пословним обичајима, с обзиром да га Закон изричито обавезује да у потрошачком уговору примењује стандарде професионалне, тј. повишене пажње.<sup>33</sup> Критеријум је постављен објективно и узима се у обзир она пажња коју би разумно компетант трговац применио током извршења уговора. Међутим, треба узети да се поред тога примењује и субјективни критеријум као корективни, па ако трговац поседује и већа знања дужан је да их примени, иако она превазилазе знања разумно компетентног трговца.

Код уговора о продаји робе продавац је дужан да испоручи робу која је саобразна уговору, што је редовна обавеза продавца и није специфична само за потрошачке уговоре. Међутим, само у потрошачким уговорима одговорност продавца за несаобразност предмета продаје траје две године од дана преласка ризика на потрошача, док је у уговорима који нису потрошачки ова његова одговорност ограничена на 6 месеци.<sup>34</sup> Поред тога, Закон прописује неоториву законску претпоставку да је продавац одговоран за сваку несаобразност која се појави у року од шест месеци од преласка ризика на потрошача (чл. 53. ст. 2). Ово правило олакшава положај потрошача у ситуацији када се у кратком року по куповини производа испостави да он има недостатак, јер му омоућава да,

33 Чл. 5. тач. 15 ЗЗП. Обавеза поступања са дужном пажњом је и начело уговорног права предвиђено чланом 18. ЗОО, по коме се разликују два степена пажње: редован и повишен. Поступање са пажњом доброг привредника односно доброг домаћина је редовни степен пажње који се очекује од свих учесника у облигационим односима, док је поступање са пажњом доброг стручњака виши степен пажње и захтева се од лица која учествују у облигационо-правним односима као професионалци, за које се очекује да знају правила струке и да поступају у складу са њима.

34 Вид. чл. 53. ЗЗП и чл. 482. ЗОО.



у складу са правилом чл. 52. ст. 7. ЗЗП, слободно изабере правно средство које ће корисити да заштити своје интересе, укључујући и право да једнострано раскине уговор.

Код продаје робе Закон посебно уређује и наглашава одговорност трговца за безбедност потрошача. Тако је у члану 57. Закона прописано да је трговац може стављати робу и услуге у промет на тржиште само ако испуњавају захтеве за безбедност производа у складу са посебним прописима.<sup>35</sup>

## V Закључак

Начело аутономије воље је једно од темљних начела уговорног права. Упркос томе, оно се у праву не прихвата у апсолутном смислу због потребе спречавања злоупотреба привилегија које то начело даје, као и настанак штете услед тих злоупотреба које би погодиле не само појединце већ и друштво у целини. Није спорно да свако, па и потрошач, када закључи уговор под претњом, принудом или заблудом има право да од суда тражи заштиту и поништај таквог уговора. Међутим, потрошачима ЗЗП пружа и додатну заштиту, овлашћујући јавне власти (инспекторате) да по службеној дужности сузбијају непоштenu пословну праксу и предузимају мере против трговаца који је спроводе у односима са потрошачима. Законодавац оправдано посвећује посебну бригу за потрошаче у односу на ово питање зато што они немају довољно искуства ни преговарачке снаге да препознају непоштено поступање трговца нити да самостално воде рачуна о својим интересима.

Исти разлози стоје и иза наметања посебних обавеза трговцима у вези са (пред)уговорним информисањем потрошача. Ниме, због недостатка искуства и знања од просечног потрошача се не може очекивати да захтева од трговца све информације које би га учиниле довољно обавештеним о производу или услузи коју жели да купи. Проблем недостатка информација је посебно изражен код уговора који се закључују техником општих услова пословања, због чињенице се потрошачима не оставља увек довољно времена да прочитају формулар, или је његова садржина неразумљива било зато што је написана малим словима, или нејасним језиком, или уз претерану употребу правних термина итд.

---

35 Закон о општој безбедности производа, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009. Овај Закон усклађен је са Директивом 2001/95/ЕЗ Европског парламента и Савета о општој безбедности производа, *Службени лист ЕУ* бр. Л 911/4.

Чињеница да су потрошачки спорови често спорови мале вредности, те да за потрошача није економски исплативо да тражи судску заштиту, такође је значајан разлог прописивања посебне заштите потрошача. Та посебна заштита се у битној мери остварује постављањем већих ограничења слободе уговарања трговаца у потрошачким уговорима, него ограничења прописана за уговоре који нису потрошачки.

**Katarina A. JOVIČIĆ, PhD**

**Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT - REVIEW OF THE CONSUMER CONTRACTS**

### **Summary**

*This contribution for the conference deals with the issue of restricting the autonomy of will in consumer contracts. In order to give answers to this question, the author first explain the principle of autonomy of will as a doctrinal and a legal principle, giving a brief overview of the historical context that led to the acceptance of that principle in law. In this regard, the (non)existence of the difference between autonomy of will and freedom of contract is discussed, after which the rules on general and specific limitations of freedom of contracting are given. In the second part of the work attention focuses on the specific restrictions of freedom of contract in consumer contracts, which are analyzed by considering three most represented areas: the consumer information, business practices and special duties and responsibilities of traders while performing the contract concluding with consumer. In conclusion, the author gives arguments that justify the need for additional limits of freedom of contracts for traders, which aim to provide a balanced relation in the contractual relationship between the consumer and trader, having in mind that their experience, knowledge, professional skills, financially and organization potential are not the same.*

**Key words:** *autonomy of will, freedom of contract, general and special restrictions of freedom of contracting, Obligation Act, Consumer Protection Act, consumer, trader.*

Милош ВУКОТИЋ\*

## НЕИМОВИНСКА ШТЕТА ПРАВНИХ ЛИЦА<sup>1</sup>

### Резиме

Овај рад истражује могућност и оправданост признавања права на накнаду неимовинске штете правним лицима. Услед специфичног схватања неимовинске штете као патње оштећеника и пратећег схватања о личном задовољењу као циљу новчане накнаде, у српском праву правна лица немају право на накнаду за повреду неимовинских интереса. Аутор критикује овакво решење и указује на потребу да се неимовинским интересима правних лица призна заштита у оквиру одштетног права. Аутор заснива своју критику на упоредноправном истраживању и теоријским ставовима о функцијама новчане накнаде неимовинске штете. У раду се такође указује на опасност за слободу говора која би настала када би држава и носиоци јавних овлашћења имали могућност да траже накнаду неимовинске штете.

**Кључне речи:** неимовинска штета, нематеријална штета, правно лице, привредно друштво, накнада штете.

### І Увод

Неимовинска штета уобичајено се одређује као патња оштећеника, као физички и душевни бол који нарушава оштећеникову психичку равнотежу. Неимовинска штета се састоји у негативним емоцијама, нерасположењу, несрећи оштећеника. Полазећи од овог интуитивног схватања, бројни правници одричу могућност да правно лице претрпи неимовинску штету. Неимовинска штета је неспојива с идејом правног лица. Очигледно је да правна лица нису особе, већ организације којима

---

\* асистент Правног факултета Универзитета у Београду

1 Овај рад је настао у оквиру научно-истраживачког пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се спроводи на Правном факултету Универзитета у Београду.

се правни субјективитет признаје из практичних разлога. Правна лица немају свест и осећања, па је бесмислено говорити о неимовинској штети правних лица. Наведено поимање неимовинске штете, које ћемо означити као субјективно (везано за личност оштећеника), има за последицу да у већини правних система неимовински интереси правних лица остану изван одштетног права. Тек се у новије време признаје могућност да правна лица буду повређена у својим неимовинским интересима и да такве повреде завређују заснивање грађанскоправне одговорности.

Појам неимовинске штете настао је у вези са заштитом неимовинских интереса који су типични за човека, као што су здравље, слобода, друштвени углед. Зато не чуди да је тај појам субјективан, да је сведен на негативне емоције које повреде наведених интереса по правилу проузрокују. Савремено грађанско право, међутим, није заинтересовано само за заштиту неимовинских интереса човека, већ и колективних неимовинских интереса који се понекад појављују као неимовински интереси правних лица. Круг заштићених неимовинских интереса не треба да буде ограничен постојећом дефиницијом неимовинске штете. Традиционални појам неимовинске штете треба преиспитати и променити како би круг заштићених интереса обухватио и неимовинске интересе правних лица. Неимовинска штета треба да буде одређена на начин који одговара неимовинским интересима који се сматрају вредним заштите.

## II Неимовинска штета правних лица у упоредноправној перспективи

У већини правних система влада устаљено схватање да правна лица не могу да трпе неимовинску штету и да не могу да захтевају накнаду за неимовинске губитке. Енглеско право може деловати као изузетак јер оно одавно дозвољава трговачким друштвима да траже накнаду за штету насталу повредом пословног угледа, али се та накнада разуме као посредна заштита имовинских интереса. Тек се у новијем законодавству и судској пракси јавља идеја да неимовински интереси правних лица треба да буду заштићени правом на новчану накнаду. Одлуке којима се досуђује накнада неимовинске штете правном лицу више се ослањају на осећај правичности и жељу за санкционисањем погрешног поступања него на разрађену и логичну теорију.

У немачком праву није призната могућност да се правном лицу досуди новчана накнада неимовинске штете. Новчана накнада неимовинске штете (*Schmerzensgeld*) досуђује се само у случају повреде добара

наведених у закону (тело, здравље, слобода и полна слобода).<sup>2</sup> Немачко право је морало да изађе из овако уско постављених граница, али није отишло довољно далеко да призна могућност неимовинске штете правних лица.<sup>3</sup> Ограничена грађанскоправна заштита човекове личности није одговарала систему вредности који је загарантован послератним немачким уставом, на чијем се врху налази човеково достојанство и право на слободан развој личности. Заштита неимовинских интереса је проширена због схватања да би било неуставно да тешке повреде туђе личности остану без грађанскоправне санкције.<sup>4</sup> Позивајући се на одредбу § 823 Грађанског законика, која на уопштен начин предвиђа обавезу исплате накнаде у случају намерне или случајне повреде туђег права, немачка судска пракса је признала право на новчану накнаду штете у случају повреде права личности, иако то право није наведено у одредби која одређује заштићене неимовинске интересе (§ 253).<sup>5</sup> Будући да је ова судијска иновација уведена због одредабачл. 1 и 2 немачког Устава, које људско достојанство и људску личност одређују као највишу вредност правног поретка, она се не односи на неимовинску штету нанету правном лицу.

Немају сви правни системи германског правног круга негативан став о неимовинској штети правних лица. У аустријском праву је призната могућност да се правном лицу досуди накнада за неимовинску штету, али само на основу посебних одредаба о забрани нелојалне конкуренције и одредаба о заштити купаца.<sup>6</sup> Иако је право на накнаду неимовинске штете признато правним лицима у врло уским границама, њиме се изражава начелни став да је новчана накнада корисна и оправдана санкција чак и када се ради о неимовинским губицима који се не састоје у негативним емоцијама.

Пољско и француско право такође су кренули у правцу признавања могућности да се правним лицима досуди накнада неимовинске штете. У оба правна система судови су занемарили недостатак јасне теоријске концепције о неимовинској штети и правним лицима признали пра-

2 § 253 немачког Грађанског законика – BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

3 О томе вид. Dirk Looschelders, *Schuldrecht: Besonderer Teil*, München, 2018, 499–500 и Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, München, 2018, 657–658.

4 Вид. Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, *Deliktsrecht*, München, 2014, 235.

5 Ова судска интервенција *contra legem* остварена кроз две одлуке немачког Савезног суда и једну одлуку немачког Савезног уставног суда: *Herrenreiter-Fall*, BGHZ 26, 349, *Ginsengwurzel-Fall*, BGHZ 35, 363 и *Soraya-Fall*, BVerfGE, 24, 269.

6 Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien, 2012, 117.

во на новчану накнаду како би појачали грађанскоправну заштиту њихових неимовинских интереса.

Одговорност за повреду неимовинских интереса правног лица призната је у пољској судској пракси, иако пољски прописи не садрже изричиту одредбу о праву правних лица на накнаду неимовинске штете и упркос томе што је теорија подељена по овом питању.<sup>7</sup> Полазећи од тога да је суштина правног лица у његовом самосталном правном субјективитету, одвојеном од субјективитета појединаца који га чине, Врховни суд Пољске је 2007. године одлучио да правно лице има право на заштиту своје репутација и свог пословног угледа.<sup>8</sup>

Француска правна теорија подељена је по питању права правних лица на накнаду неимовинске штете. Старија теорија заступа схватање да правна лица не могу да осећају, па самим тим ни да трпе неимовинску штету. Новија теорија, међутим, сматра да постоји могућност да неимовински интерес правног лица буде повређен и да се за такве повреде дугује накнада.<sup>9</sup> Француски Касациони суд је 2012. године одлучио да правно лице има право на накнаду неимовинске штете, не дајући за то никакво образложење.<sup>10</sup> Занимљиво је да је ова одлука донета поводом једног случаја нелојалне конкуренције. Наиме, накнада је досуђена због повреде уговорне одредбе о забрани конкуренције на одређеном тржишту.<sup>11</sup>

У енглеском праву одавно је прихваћено да привредно друштво има право на накнаду штете услед повреде репутације, међутим и даље је нејасно да ли се у таквом случају ради о накнади неимовинске штете.<sup>12</sup> У теорији постоји схватање да се овде ради о накнади имовинске штете, будући да се репутација привредног друштва одражава на његово пословање, те да има превасходно имовинску вредност.<sup>13</sup> У прилогу овом схватању говори одредба енглеског Закона о клевети (*Defamation Act*) из 2013.

7 Katarzyna Ludwiewska-Redo, „Basic Questions of Tort Law from a Polish Perspective“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. Helmut Koziol), Wien, 2015, 196–197.

8 K. Ludwiewska-Redo, 196–197.

9 Olivier Moréteau, „Basic Questions of Tort Law from a French Perspective“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. Helmut Koziol), Wien, 2015, 25–26.

10 Cour de cassation, Chambre commerciale, 15. 5. 2012, no 11-10278, наведено према: O. Moréteau, 25.

11 O. Moréteau, 25.

12 Ken Oliphant, „Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. Helmut Koziol), Wien, 2015, 391–392.

13 K. Oliphant, 392.

којом се право на накнаду ограничава на случајеве у којима је повреда репутације проузроковала или могла да проузрокује озбиљан финансијски губитак.<sup>14</sup> Наиме, Закон о клевети одређује клевету као изјаву чије објављивање може да проузрокује озбиљну штету за нечију репутацију (*serious harm to the reputation*). У случају привредног друштва (*body that trades for profit*), штетом за репутацију сматра се само она штета која може да проузрокује озбиљан финансијски губитак (*serious financial loss*). Ова законска одредба не представља новину, већ потврђује став који се традиционално заступа у судској пракси, а то је да правно лице може да захтева накнаду за повреду угледа која се негативно одражава на његово пословање.<sup>15</sup> Повреде репутације које не утичу на пословање остају, дакле, без правне реакције. Треба поменути да су енглески судови додатно ограничили право на накнаду штете услед повреде репутације правног лица тако што су демократски изабрана тела (политичка тела) и синдикалне организације искључили из ове заштите.<sup>16</sup> Ово ограничење је веома важно јер се заснива на једној од највећих вредности савремених правних система, а то је слобода говора. У случају *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*, Дом лордова једногласно је одлучио да општина не може да подигне тужбу за накнаду штете због наводне клевете сматрајући да би таква могућност била противна јавном интересу да се рад демократски изабраних политичких тела отворено критикује и да би представљала велику претњу по слободу говора.<sup>17</sup> Из наведеног се може закључити да енглеско право штити репутацију правних лица због њене вредности на тржишту, остављајући по страни питање да ли се штета настала повредом репутације квалификује као имовинска или неимовинска.

Америчко право полази од сасвим субјективне концепције неимовинске штете која се ограничава на емотивну, психолошку штету, што значи да правна лица никако не могу да претрпе неимовинску штету и да

---

14 Закон о клевети из 2013. године (*Defamation Act 2013*), sec. 1, доступно на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/section/1/enacted>, 21. 3. 2019.

15 *Metropolitan Saloon Omnibus Co. Ltd. v. Hawkins* [1859] EngR 234, доступно на адреси: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1859/252.pdf>, 5. 4. 2019; *South Hetton Coal Co. Ltd. v. North-Eastern News Association Ltd.* сажетак доступан на адреси: <https://swarb.co.uk/south-hetton-coal-company-ltd-v-north-eastern-news-association-limited-ca-1894/>, 5. 4. 2019.

16 K. Oliphant, 392.

17 *Derbyshire County Council v. Times Newspapers* [1993] AC 534, доступно на адреси: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1993/18.html>, 5. 4. 2019.

немају право на њену накнаду.<sup>18</sup> Поред тога, америчка јудикатура одриче могућност да политичко тело подигне тужбу за клевету. У случају *City of Chicago v. Tribune Co*, који се наводи у образложењу цитиране одлуке Дома лордова, Врховни суд савезне државе Илиноис је одлучио да град не може да подигне тужбу због клевете јер би таква могућност била у супротности с неограниченом слободом критике носилаца јавне власти.<sup>19</sup>

Нама блиски правни системи, наследници Закона о облигационим односима из 1978. године, направили су значајне измене како би проширили круг заштићених неимовинских интереса. Хрватски Закон о обвезним односима из 2005. године сасвим је напустио субјективну концепцију свог претходника и неимовинску штету одредио као „повреда права особности“.<sup>20</sup> Поред тога, хрватски законодавац је изричито признао право правних лица на новчану накнаду неимовинске штете у случају повреде угледа и других права личности.<sup>21</sup> Закон о обвезним односима одређује да правна лица имају сва права личности, осим оних која су везана за људску личност и наводи, *exempli causa*, најважнија од њих.<sup>22</sup> Обим неимовинске штете која се састоји у повреди права личности, зависи од тежине повреде. Хрватске компаније, нажалост, још увек нису користиле право на накнаду неимовинске штете, тако да судови нису имали прилику да поставе критеријуме за процену тежине повреде.<sup>23</sup> Када су у питању физичка лица, изузимајући лица без свести, јачина болова и страха остаје релевантан фактор за одмеравање накнаде, али, у случају правног лица, тежина повреде мора да се процени на основу других околности, као што је нпр. ометање пословања или имовинска штета настала услед повреде права личности.<sup>24</sup> Томе треба додати и околности које су важне за превенцију штетног понашања и очување ауторитета правног поретка, а то је, наравно, степен кривице штетника и мотиви због којих је напао на туђе право личности. Занимљиво је да нова кон-

18 Michael D. Green, W. Jonathan Cardi, „Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. Helmut Koziol), Wien, 2015, 459–461.

19 Наведено према: *Derbyshire County Council v. Times Newspapers*.

20 Закон о обвезним односима – ZOO (HR), *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, čl. 1046.

21 ZOO (HR), čl. 1100, st. 3.

22 ZOO (HR), čl. 19, st. 3.

23 Маја Bukovac Puvača, „Deset godina nove koncepcije neimovinske štete“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2015, 163.

24 M. Bukovac Puvača, 163.



цепција неимовинске штете и нова правила о њеној накнади нису довели до суштинских измена у примени хрватског права. Правна лица не постављају захтеве за накнаду неимовинске штете, док се неимовинска штета физичких лица процењује према болу и страху, као што је то и пре био случај, и то чак на основу старих оријентационих износа.<sup>25</sup> Промена појма неимовинске штете у закону и правној теорији очигледно није довољна да се измене правила која су постала устаљена у судској пракси у претходних 50 година.

Могућност да правно лице буде повређено у својим неимовинским интересима и да за ту повреду добије новчану накнаду отворено је прихваћена у контексту Европске конвенције о људским правима. За разлику од негативних или колебљивих ставова судске праксе у многим правним системима, Европски суд за људска права, на начелном нивоу, признаје правним лицима право на накнаду неимовинске штете. Практика Европског суда за људска права не заснива се, међутим, на јасној и разрађеној теоријској основи, већ пре свега на практичној потреби да се повреде права загарантованих Европском конвенцијом о људским правима ефикасно санкционишу. Иако нема консензуса о могућности правног лица да претрпи неимовинску штету, тј. о циљу који се накнадом има остварити, Европски суд за људска права није хтео да накнаду неимовинске штете избаци из арсенала својих санкција. У случају *Comingersoll S.A. v. Portugal* једном привредном друштву је признао право на накнаду неимовинске штете услед повреде права на суђење у разумном року која се састојала у извршном поступку који је трајао више од 17 година.<sup>26</sup> У образложењу је речено да је досуђивање новчане накнаде главно средство којим се гарантује ефикасност права загарантованих конвенцијом и да се зато мора признати могућност да се накнада досуди правном лицу. Неимовинска штета правног лица препозната је у поремећају планирања у привредном друштву, у неизвесности и личној патњи чланове управе и инвеститора. Право на новчану накнаду неимовинске штете признато је правним лицима и поводом претреса и одузимања докумената без претходне судске одлуке, што је квалификовано као повреда права на поштовање приватног и породичног живота, дома и кореспонденције.<sup>27</sup>

Из наведеног прегледа може се закључити да је питањенеимовинске штете правних лица и даље веома спорно. Упоредноправна перспектива

---

25 М. Bukovac Puvača, 176–178.

26 *Comingersoll S.A. v. Portugal*, no. 35382/97.

27 *Société Colas Est and others v. France*, no. 37971/97.

није показала консензус нити владајуће схватање о овом питању. Не само да различити правни системи заузимају сасвим супротна становишта о овом питању, већ су мишљења веома подељена и унутар појединих правних система. Ипак, може се рећи да постоји тенденција да се прихвати могућност да се правним лицима досуди накнада неимовинске штете. Нову тенденцију углавном заступају судови, осим у хрватском праву где је законодавац предвидео иновативна правила која судови још увек нису спремни да прихвате. На крају, примери из енглеског и америчког права показују да право на накнаду неимовинске штете не треба признати када би оно дошло у сукоб с темељним вредностима демократског државног уређења.

### III Неимовинска штета правних лица у српском праву

Закон о облигационим односима дефинише неимовинску штету, под називом *нематеријална штета*, као „наношење другоме физичког или психичког бола или страха“.<sup>28</sup> Повреда неимовинског субјективног права или неимовинског интереса, сама за себе, не представља неимовинску штету. Штета се састоји тек у негативним последицама повреде и то само у виду психичке патње оштећеника. Закон признаје право на новчану накнаду штете услед повреде угледа, части, слободе или права личности, али само под условом да су том повредом проузроковани душевни болови.<sup>29</sup> То значи да је српско право прихватило чисто субјективну концепцију неимовинске штете.<sup>30</sup> Њена доследна примена неминовно искључује могућност да се правном лицу досуди новчана накнада за повреду неимовинског интереса. Ипак, неимовински интереси правних лица нисусасвим лишени заштите. Правна лица имају могућност да захтевају натуралну реституцију настале штете тј. успостављање стања које је постојало пре повреде. Према одредби чл. 199 Закона о облигационим односима, у случају повреде права личности, суд може да одреди да се на трошак штетника објави пресуда, исправка или опозив штетне изјаве или да се учини нешто друго како би се отклонила штета. Ове санкције нису условљене постојањем бола или страха, тако да нису недоступне правном лицу.<sup>31</sup>

28 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 155.

29 ЗОО, чл. 200, ст. 1.

30 Вид. Марија Караникић Мирић, „Објективизовање појма моралне штете“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 3/2015, 488–489.

31 М. Караникић Мирић (2015), 498.

Субјективна концепција Закона о облигационим односима недвосмислено је потврђена 1986. године у закључку највиших судских инстанци социјалистичке Југославије.<sup>32</sup> У њему се јасно истиче да законска дефиниција неимовинске штете обухвата физички бол, психички бол и страх, под условом да су значајног трајања и интензитета, и да се новчана накнада неимовинске штете не може досудити ако повреда неког неимовинског интереса није изазвала неку од наведених штетних последица. У закључку се такође подвлачи да је сврха новчане накнаде неимовинске штете у поправљању оштећеникове психичке равнотеже. Овакво схватање неимовинске штете очигледно не оставља простора да се накнада неимовинске штете досудиправном лицу.

Иако је субјективна концепција неимовинске штете јасно изражена у закону и потврђена у ставу највиших судова, деведестих година прошлог века појавила се супротна судска пракса која је привредним друштвима признавала право на накнаду неимовинске штете услед повреде пословног угледа.<sup>33</sup> Може се претпоставити да је промена у судској пракси наступила услед приватизације тј. под утицајем нових тржишних и друштвених околности. Нова тенденција није, међутим, једногласно прихваћена. Јудикатура је била потпуно подељена по питању неимовинске штете правних лица, неки судови су признавали право на новчану накнаду такве штете, док су неки доследно пратили логику Закона о облигационим односима, сматрајући да је законски појам неимовинске штете везан за физичко лице.<sup>34</sup> Зато је 2001. године Врховни суд усвојио правни став да правна лица немају право на новчану накнаду неимовинске штете јер закон не признаје неимовинску штету правног лица као један од облика неимовинске штете.<sup>35</sup>

Занимљиво је да је законодавац сасвим игнорисао традиционално схватање неимовинске штете приликом доношења Закона о трговини из 2010. године. У чл. 50а, који је посвећен судској заштити од нелојалне конкуренције, предвиђена је могућност да се трговцу досуди правична

---

32 Закључак са саветовања представника Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. Извод и коментар закључка доступни су у: Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе: Тридесет година примене Закона о облигационим односима у судској пракси*, бр. 3/2018, доступно на адреси: [https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Bilteni/VrhovniSud/bilten\\_2008-3.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Bilteni/VrhovniSud/bilten_2008-3.pdf), 8. 4. 2019.

33 Вид. преглед судске праксе у: Vera Marković, „Nematerijalna šteta pravnog lica“, *Pravni život*, br. 11/2008, 658–659.

34 V. Marković, 658–659.

35 V. Marković, 659–661.

новчана накнада неимовинске штете услед повреде пословног угледа.<sup>36</sup> Имајући у виду да законска дефиниција трговца обухвата како физичко тако и правно лице,<sup>37</sup> поставља се питање да ли је законодавац хтео да измени постојећа правила о неимовинској штети. Формулација наведене одредбе преузета је из Закона о облигационим односима, али са занимљивим изменама. Закон о облигационим односима каже да се правична новчана накнада досуђује „ако јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава“.<sup>38</sup> Насупрот томе, Закон о трговини каже да правичну новчану накнаду оправдавају „значај, трајање и интензитет повреде“ и „ефекат повреде на пословање тужиоца“.<sup>39</sup> Наместо бола и страха истакнута је сама повреда пословног угледа. Из тога се може закључити да се одредба чл. 50а не односи само на трговца који је физичко лице, већ да је законодавац покушао да направи суштинску измену у режиму одговорности за неимовинску штету.

Субјективна концепција неимовинске штете и специфично схватање које циљ новчане накнаде види у поправљању оштећеникове психичке равнотеже сасвим искључују могућност да се правном лицу призна право на новчану накнаду неимовинске штете. Због тога су неимовински интереси правних лица лака мета за њихове конкуренте, а подстицај за нападе на право личности је превише велики. Према садашњим правилима, најтежа грађанскоправна санкција која може да погоди штетника је обавеза да плати објављивање пресуде, исправке или опозива штетне изјаве. Неадекватност постојећег решења примећена јене само у правној теорији,<sup>40</sup> већ и у правној пракси,<sup>41</sup> па се може рећи да је у српској правничкој јавности сазрело схватање да правним лицима треба признати право на накнаду неимовинске штете.

#### IV Преднацрт грађанског законика Републике Србије

Позиви да се преиспита појам неимовинске штете и призна право на новчану накнаду у случају неимовинске штете нанете правном лицу

36 Закон о трговини – ЗТ, *Службени гласник РС*, бр. 53/2010 и 10/2013.

37 ЗТ, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

38 ЗОО, чл. 200, ст. 1.

39 ЗТ, чл. 50а, ст. 3.

40 Вид. М. Караникић Мирић (2015), 498–500.

41 Јован Рајковић, Лара Максимовић, *Nematerijalna šteta pravnih lica – kako se manifestuje, a kako kompenzuje?*, доступно на адреси: <https://www.geciclaw.com/sr/nematerijalna-steta-pravnih-lica/>, 14. 3.2019.

нису остали без одговора. Нацрт нове кодификације српског грађанског права садржи предлоге који би значајно изменили правила о неимовинској штети. У нацрту се предвиђа да се обим заштите неимовинских интереса прошири путем шире дефиниције неимовинске штете и отвореним признавањем права на накнаду у случају повреде неимовинског права правног лица.

Комисија за израду грађанског законика предложила је мешовити појам неимовинске штете који обухвата како физички и душевни бол, тако и повреду неког права личности, независно од тога да ли је та повреда проузроковала личну патњу оштећеника.<sup>42</sup> Ова идеја није сасвим нова јер је била предвиђена још 1969. године у Константиновићевој Скици за Законик о облигацијама и уговорима.<sup>43</sup> Мешовити појам неимовинске штете бољи је од чисто субјективне или чисто објективне концепције јер је најфлексибилнији. Он дозвољава судовима да приликом одређивања накнаде узму у обзир све релевантне околности случаја. У неким случајевима нема потребе да се изађе из традиционалних оквира у којима се само лична патња оштећеника квалификовала као неимовинска штета. У случају телесне повреде, на пример, штетне последице повреде могу се свести на физички и психички бол. У другим ситуацијама судови ће морати да се ослоне на објективни елемент неимовинске штете, тј. на саму повреду неимовинског права. То ће бити случају када је повређен неки неимовински интерес правног лица, за које се не може рећи да осећа физички или психички бол. Ова два елемента неимовинске штете нису постављена у хијерархијски однос, али се може очекивати да ће судови полазити од бола и страха кад год се неимовинска штета појављује у том облику.<sup>44</sup> Имајући у виду конзервативност судова, која се јасно показала на примеру хрватског права, предност мешовитог појма лежи у томе што се постојеће схватање неимовинске штете не мења из корена, већ се само допуњује једним новим обликом штете.<sup>45</sup>

Мешовити појам неимовинске штете отвара врата признавању права на новчану накнаду неимовинске штете правним лицима. У том

---

42 Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије: радни текст*, Београд 2015, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 14. 3.2019, 139.

43 Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Београд 1969, 48 (čl. 124).

44 Упор. М. Караникић Мирић (2015), 494.

45 М. Караникић Мирић (2015), 500–501.

циљу, Комисија за израду грађанског законика предложила је једну општу одредбу о праву правног лица на новчану накнаду у случају повреде неког права личности чији титулар може да буде и правно лице.<sup>46</sup> Комисија је предложила три варијанте ове одредбе, али су све три сличне по суштини. У свим верзијама изричито се помиње углед правног лица, али се заштита не ограничава на углед, већ се проширује и на сва друга права личности које једно правно лице може да има. Према једној верзији уместо права личности говори се о вредностима које произлазе из природе правног субјективитета правног лица, што је врло нејасна формулација. Ипак, може се претпоставити да се тим изразом означавају неимовински интереси које једно правно лице може да има. У сваком случају, предложено је да нова кодификација постави једно врло опште правило о неимовинској штети правних лица, које ће судови морати да развијају у пракси. Нису предложена никаква ограничења права на накнаду. Накнада се може досудити за повреду било ког права личности које се може приписати правном лицу. Овако широко одређена грађанскоправна заштита угледа и других неимовинских интереса правног лица може да угрози неке темељне вредности правног поретка, па ће судови неминовно бити стављени пред задатак да одреде легитимне границе заштите. Као што смо видели на примерима из енглеске и америчке судске праксе, када је у питању држава, локална управа или неко друго правно лице с јавним овлашћењима, заштита угледа може да постане средство којим се ограничава критика носилаца јавне власти. Право државе да захтева накнаду неимовинске штете због изјава које могу да наруше углед актуелне власти долази у сукоб са слободом мишљења и изражавања и са слободом медија, које су заштићене уставом.<sup>47</sup> Наравно, појединци који обављају политичке функције треба да уживају грађанскоправну заштиту од напада на њихову личност, али држава и њене институције не треба да буду заштићене чак ни од најоштријих критика које се тичу обављања јавних овлашћења. Било би добро када би било изричито прописано да држава и имаоци јавних овлашћења немају право на накнаду неимовинске штете ако је њихов углед повређен критиком начина на који обављају своју функцију.

У српском праву већ су забележени бројни случајеви у којима су правна лица захтевала накнаду неимовинске штете. Ти захтеви су, услед субјективне концепције неимовинске штете, углавном били безуспе-

---

46 Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, 154.

47 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006, чл. 46 и 50.

шни. Ови спорови показују да правна лица осећају потребу за овом врстом заштите, па се може претпоставити да ће нова правила доживети већи успех него у хрватском праву, где се, упркос промени концепције неимовинске штете, правна лица не упуштају у спорове о накнади неимовинске штете.

### **V Аргументи у прилог признавању права на накнаду неимовинске штете правним лицима**

Правно лице не може да осети ни физички бол, ни психички бол, ни страх. Ипак, није извесно да је тиме исцрпљена могућност правног лица да претрпи неимовински губитак. Правним лицима се признају бројни неимовински интереси који могу да буду повређени. Углед правног лица може да буде нарушен. Пословна тајна правног лица може да буде откривена. Назив правног лица може да буде злоупотребљен. Ове повреде, независно од психичких последица које могу да имају на чланове управе, представљају друштвено препознате губитке. Право не треба да остане равнодушно према њима. Изостанак правне реакције на овакве повреде имплицира да неимовински интереси правних лица вреде мање од сличних интереса физичких лица и да право није спремно да стане у њихову заштиту.

Смисао новчане накнаде имовинске штете уобичајено се објашњава компензацијом насталог губитка. Новчана накнада враћа вредност оштећеникове имовине на износ који је постојао пре штетног догађаја. Више од тога није потребно да би се новчана накнада имовинске штете оправдала као грађанскоправна санкција. То ипак не значи да накнада служи *искључиво* компензацији губитака. Такво виђење ствари било би превише поједностављено. Досуђивање накнаде, поред компензације, остварује превенцију штетног понашања и пружа задовољење оштећенику тако што се штетнику, а посредно и читавој јавности, ставља до знања да се право оштећеника мора поштовати. Досуђивањем накнаде правни систем шаље поруку да озбиљно схвата и брани заштићене интересе. Санкционисање штетног понашања, у крајњој линији, чува ауторитет правног система. Сви ови циљеви досуђивања накнаде долазе до веома великог изражаја када је у питању накнада неимовинске штете. Код неимовинске штете компензација не долази на прво место и није довољна да објасни зашто се за повреду неимовинског интереса досуђује новчана накнада. Већи значај имају задовољење оштећеника, превенција штете и афирмација правно заштићених интереса. Другачије речено, накнада

неимовинске штете не значи поправљање вредности оштећеникове имовине, нити се може ограничити на поправљање оштећениковог расположења. Накнада неимовинске штете је санкција са сложеним задатком, који нераздвојно преплиће превенцију, задовољење оштећеника и реакцију на повреду правног поретка.

У аустријској правној теорији постоји схватање да је признавање права на накнаду неимовинске штете правним лицима оправдано и неопходно. Фелнер (*Fellner*) истиче да заштита личних права регулише друштвене односе у којима не учествују само појединци, већ и правна лица, те да лична права правних лица завређују једнаку заштиту.<sup>48</sup> Како би могли да успешно послују на тржишту или у друштву уопште, привредна друштва и друга правна лица морају да уживају заштиту личних права. Без тих права, правна лица уопште не би могла да учествују у друштвеним односима, тако да су она готово једнако значајна као лична права појединаца. Зато не чуди да је заштита неимовинских интереса правних лица најпре призната као заштита од нелојалне конкуренције. Пословање на слободном тржишту било би знатно отежано када право не би реаговало на злонамерно и грубо кршење личних права између конкурената.

Заштита неимовинских интереса правних лица није значајна само за појединачне правне субјекте, већ за углед и ауторитет читавог правног система. Марковић је истакла да је заштита пословног угледа правних лица у општем економском интересу земље јер се објављивањем неистинитих и дефамирајућих информација нарушава углед привредних субјеката, те самим тим и углед државе код потенцијалних инвеститора.<sup>49</sup> Она је такође приметила да је питање заштите неимовинских интереса правних лица тек недавно постало значајно и то услед приватизације државних предузећа.<sup>50</sup> Држава која не реагује на озбиљне повреде неимовинских интереса правних лица ствара несигурно пословно окружење у којем конкуренти морају да рачунају чак и са најгрубљим кршењем њиховог пословног угледа.

Привредна друштва свакако имају интерес да њихов углед буде заштићен у оквиру грађанског права, али се ту поставља питање да ли је заштита заиста усмерена на неимовинске интересе правног лица или представља посредну заштиту имовинских интереса. Привредна друштва

---

48 Наведено према: Н. Koziol (2012), 118.

49 Vera Marković, „Nematerijalna šteta pravnog lica“, *Pravni život*, br. 11/2008, 657.

50 V. Marković, 657–658. Њеним речима: „Ову тему наметнуо је живот“.



и инвеститори који у њих улажу заинтересовани су пре свега за профит који остварују. Стога пословни углед привредног друштва има претежно имовинску вредност. Повреда пословног угледа не изазива негативне емоције, већ може да се негативно одрази на пословање фирме. Пошто правно лице има право на накнаду *имовинске* штете услед повреде угледа, право на накнаду *неимовинске* штете могло би да се разуме као замена за накнаду имовинске штете у оним случајевима када се постојање или висина имовинске штете не може доказати. Ако се циљ накнаде одреди на овај начин, правним лицима не треба признати право на накнаду неимовинске штете јер се ту заиста ради о прикривеној и посредној заштити имовинских интереса. Штавише, ако правно лице може да докаже постојање и обим имовинске штете, накнада би била удвостручена, што никако не одговара начелу потпуне накнаде. Међутим, циљ накнаде неимовинске штете правног лица не може да се ограничи на посредну заштиту имовинских интереса јер правни систем није заинтересован само за очување положаја правног лица на тржишту, већ пре свега за поштовање признатих неимовинских интереса.

Када су у питању правна лица, накнада неимовинске штете не може да се објасни као поправљање оштећеникове психичке равнотеже, али то не значи да накнада уопште није могућа. У случају неимовинског губитка правног лица, новчана накнада има комуникативну улогу. Досуђивање накнаде је јавно признање повређеног интереса и осуда штетног понашања. Штета се отклања тако што се свима ставља до знања да напад на личност оштећеног правног лица није био основан. Осуда скривљеног понашања нарочито долази до изражаја у случајевима повреде угледа изношењем неистинитих информација јер се одговорност заснива на кривици. Такве повреде подразумевају погрешно понашање штетника. Накнада штете је, дакле, реакција на погрешно и штетно поступање штетника, а накнаду представља сама чињеница да је право стало у заштиту оштећеника. У том контексту може се поставити питање због чега санкција не би била ограничена на натуралну реституцију штете, као што је објављивање пресуде или повлачење штетне изјаве. Таквом санкцијом се штити повређени интерес правног лица, а не одступа се од традиционалног схватања да се новцем поправља расположење оштећеника. Ипак, натурална реституција може да буде недовољна тако да постоји потреба да се ојача новчаним износом. Натурална реституција није довољна у случају нарочито тешке повреде угледа или другог права личности правног лица. Да би заштићени неимовински интереси били озбиљно схваћени и да би накнада могла да оствари своју функцију

надокнаде насталог губитка, она мора да буде одређена у довољно великом износу. Када би повлачење штетне изјаве било једина санкција веома штетне неистините објаве, интерес оштећеног правног лица био би додатно погођен несразмерно лаком санкцијом.

Накнада штете, у смислу поправљања учињене повреде, главни је, али не и једини циљ грађанскоправне одговорности.<sup>51</sup> Поред накнаде штете, заснивање грађанскоправне одговорности има значајну превентивну улогу. Претња одговорности утиче на потенцијалне штетнике да ускладе своје понашање тако да смање ризик настанка штете. У већини случајева превенција остаје од секундарног значаја јер се грађанскоправна одговорност заснива и одмерава само на основу конкретно наступеле штете. Међутим, у неким околностима превенција постаје готово једнако значајна као и накнада штете. Рецимо, у немачкој судској пракси и правној теорији доминира схватање даповреда права личности од стране медија захтева енергичну реакцију права како би се спречила неовлашћена комерцијализација туђе личности.<sup>52</sup> Да би грађанско право одговорило уставноправном захтеву заштите човекове личности, износ накнаде мора да буде довољно висок, независно од обима штетних последица, да одврати штетника од поновног задирања у туђе право личности.<sup>53</sup> Иако уставна заштита обухвата само људску личност, нема разлога да се ова идеја не прошири на заштиту личности правних лица. Заштита пословног угледа правних лица такође ставља превенцију у први план. Када би правна лица могла да траже новчану накнаду за повреду неимовинских интереса, подстицаји за изношење неистинитих штетних информација о конкурентима били би значајно мањи. Грађанскоправна одговорност не може да се заснује у недостатку правом признате штете и зато она није најбоље средство за превенцију штетног понашања.<sup>54</sup> Међутим, када је извесно да је штета настала, чак и ако је њен обим неизван, нема препреке да се накнада одмери на основу потребе да се спрече сличне повреде у будућности. Када је у питању неимовинска штета, која нема објективну тржишну вредност, начело потпуне накнаде постаје довољно флексибилно да се накнада одмери у износу који ће бити јак подстицај за

51 О функцијама накнаде штете у оквиру српског права вид. Marija Karanikić Mirić, „Serbia“, *International Encyclopaedia for Tort Law* (ed. Britt Weyts), Wolters Kluwer, 2015, 40–41.

52 Dirk Looschelders, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, München, 2018, 349.

53 D. Looschelders, 349.

54 H. Koziol (2012), 79.

штетника и потенцијалне штетника да се суздрже од радњи које би могле да проузрокују сличну штету.

## VI Закључак

Иако нису особе у правом смислу те речи и немају емоције, правна лица имају значајне неимовинске интересе који могу да буду повређени и који заслужују грађанскоправну заштиту. Та заштита не треба да буде ограничена на натуралну реституцију штете јер та санкција често не одговара тежини повреде и није у стању да постигне превентивни ефекат. Ефикасна заштита неимовинских интереса правних лица од грубих и намерних насртаја конкуренције захтева енергичну санкцију која погађа штетника у његовој имовини, а јавности упућује поруку да правни систем озбиљно схвата повређено право.

Заштита неимовинских вредности правних лица није у искључивом интересу појединачних правних субјеката који супртрпели штету, већ у интересу ауторитета читавог правног поретка. Ефикасна заштита пословног угледа и других моралних вредности правних лица неопходна је ради заштите поверења у сигурно пословно окружење. Да су инвеститори веома заинтересовани за заштиту неимовинских добара својих компанија може се видети из тога што је питање неимовинске штете правних лица добило на значају баш у време приватизације. Значајан број спорова о овом питању показује да се осећа реална потреба за овом врстом заштите.

Нацрт нове грађанскоправне кодификације садржи правила која би српско право покренула у правом смеру. Мешовити појам неимовинске штете, који обједињује психичку патњу и повреду права личности, јесте најбољи начин да се заштита неимовинских интереса прошири. Њиме се постојеће схватање неимовинске штете не напушта, већ се обогаћује једним новим схватањем. Полазећи од мешовитог појма неимовинске штете, судови ће бити у могућности да нађу основ за досуђивање новчане накнаде кад год сматрају да је један правни субјект претрпео значајан неимовински губитак, независно од тога да ли се тај губитак осећа као бол или страх.

Позитивну оцену заслужује и предлог да се право правних лица на новчану накнаду неимовинске штете изричито предвиди и да се подвуче да правна лица имају сва права личности осим оних која су везана за људска бића. Међутим, опасност постоји због тога што није предвиђено никакво ограничење права на накнаду. То значи да ће судови морати да поставе легитимне границе заштите, што може да буде веома тежак зада-

так када се постави питање угледа државе и носилаца јавних функција. Пошто носиоци власти могу да користе захтев за накнаду штете за борбу против политичких неистомишљеника, право државе и носилаца јавне власти на накнаду штете треба да буде сасвим искључено. Појединци који обављају политичке функције треба да буду заштићени од напада на њихову личности, али држава и правна лица која имају јавна овлашћења не треба да уживају сличну привилегију. У демократском друштву слобода говора треба да има превагу над интересом државе да њен управљачки углед остане неокрњен.

**Miloš VUKOTIĆ, LL.M.**

**Lecturer**

**University of Belgrade, Faculty of Law**

## **NON-PECUNIARY LOSS OF LEGAL PERSONS**

### **Summary**

*This article examines the possibility and legitimacy of accepting the right of legal persons to claim damages for non-pecuniary loss. Because of a specific understanding of non-pecuniary loss as the suffering of the victim and the corresponding understanding of satisfaction as the main goal of awarding damages, Serbian law does not allow legal persons to claim damages for injury of their non-pecuniary interests. The author criticizes this solution and shows the need of protecting non-pecuniary interests of legal persons within tort law. The author bases his views on comparative research and theoretical views on the functions of damages for non-pecuniary loss. Danger for the freedom of speech which might arise if the state and public bodies had the right to claim damages for non-pecuniary loss is also discussed.*

**Key words:** *non-pecuniary loss, damages, legal person, commercial company, tort law.*

Стефан ПЕТРОВИЋ\*\*

## ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У КОНВЕНЦИЈИ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

### Резиме

Аутор се у раду бави питањем примене института промењених околности и могућих правних дејстава у оквиру члана 79 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе. Иако је историографија Бечке конвенције јасна по питању промењених околности, многи аутори изнели су став да се конвенција примењује на промењене околности. Стога аутор врши анализу правних последица доступних под претпоставком да Бечка конвенција обухвата овај институт. Иако члан 79 конвенције предвиђа само ослобођење од одговорности, у раду се анализирају схватања аутора који предлажу да се право на измену уговора може аналогично пронаћи у члану 50 конвенције. Алтернативно, предлаже се решење да се право на измену уговора може пронаћи у општим начелима на којима конвенција почива, као што је начело савесности и поштења (*good faith*), као и *UNI-DROIT* принципи међународних трговинских уговора који изричито регулишу право на измену уговора. Давањем аргумената против оваквих предлога, аутор долази до последњег решења прописаног у члану 7(2) конвенције које упућује суд на примену меродавног националног права.

**Кључне речи:** промењене околности; клаузула *rebus sic stantibus*; измена уговора; Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе; *UNI-DROIT* принципи међународних трговинских уговора.

### I Уводне напомене о значају измене уговора

Приликом закључења уговора, уговорне стране преузимају на себе одређену обавезу. Уговор тада постаје закон за уговорне стране, те свака

---

\* студент мастер академских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, email: stefanpetrovic995@gmail.com

од њих очекује међусобно испуњење обавезе. Принцип *pacta sunt servanda*, прихваћен како у српском тако и у упоредном праву као основни принцип уговорног права,<sup>1</sup> такво очекивање испуњења обавезе снабдева сигурношћу – уколико испуњење обавезе није у складу са уговором, отвара се леза правних могућности – чија ширина зависи од меродавног права – како би се дужник „натерао“ да своју обавезу испуни како је уговорено, као и да надокнади евентуалну штету која је настала услед повреде уговорне обавезе. Другим речима, принцип *pacta sunt servanda* везује уговорне стране да испуне обавезе у свему онако како су се договориле. Тако, нпр. код купопродајног уговора продавац ствари очекује да ће купац ствари поступити како је договорено и платити цену у свему у складу са уговором.

С друге стране, безусловно примењивање принципа *pacta sunt servanda* могло би да доведе до инверзије његове сврхе – уместо да служи као сигурносни стуб за испуњење обавеза, отворио би врата непредвиђеним околностима које би деформисале економску сврху уговора. Другим речима, у случају непредвиђених околности које падају на терет једне уговорне стране тако да чине испуњење обавезе отежаним, као и остајање у уговору нецелисходним, принцип *pacta sunt servanda* био би у потрази за новом сврхом али као антитеза принципу савесности и поштења. Како до тога не би дошло, јавља се институт промењених околности, односно доктрина *rebus sic stantibus*, која отвара могућност измене или раскида уговора због непредвиђених околности које отежавају испуњење обавезе једне стране или због којих се не може остварити сврха уговора, у тој мери да уговор више не одговара очекивањима уговорних

---

1 Cristoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance*, International Arbitration, International Arbitration Law Library Vol. 18, Kluwer Law International, Hague 2008, 391. Elena Zaccaria, „The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade”, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9, No. 1 2004, 135; Hans van Houtte, “Changed circumstances and “pacta sunt servanda””, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ed. Gaillard), Paris 1993, 107; Нарочито се наводи да је принцип савесности и поштења кроз призму правичности прећутни део сваког уговора и да постоје границе обавезујуће снаге уговора. Наиме, у доктрини се истиче да уговор обавезује уговорне стране само ако околности значајно нису промењене. У супротном, обавезујућа снага уговора се гаси позивом на доктрину *rebus sic stantibus*. Наравно, није довољна било каква промена околности да би се уговор изменио или раскинуо. Потребно је, у зависности од меродавног права, да промењене околности буду непредвиђене и да битно поремете равнотежу уговорних обавеза. Mercedeh A. da Silveira, *Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Kluwer Law International, Hague 2014, 324.

страна, те да би по општем мишљењу било неправично одржати уговор на снази такав какав је.<sup>2</sup>

Генеологија идеје о измени уговора због промењених околности засигурно је започела са првом граном развоја човечанства – хришћанством. Другим речима, темељ теорије о промењеним околностима припада животном принципу – забрани богаћења једне стране на рачун друге.<sup>3</sup> Иако је овај принцип данас заборављен, институт промењених околности још увек успешно траје. Такође је значајан механизам који ће моћи поново да успостави равнотежу, у случају да испуњење обавезе једне уговорне стране постане отежано због непредвиђених околности. У пракси ће се десити, нарочито код дугорочних уговора, да се околности значајно промене након закључења уговора, а што уговорне стране у време закључења уговора нису могле предвидети.<sup>4</sup> Некада ће се у међународној трговини околности променити тако да за продавца робе новчана обавеза приликом увоза робе постане већа него што је био његов очекивани профит у тренутку закључења купопродајног уговора. С друге стране, неспорна је воља уговорних страна у међународној трговини да уговор одрже на снази упркос промењеним околностима, тако да се обично оставља могућност уговорним странама да новим преговорима измене уговор како би поново успоставили једнакост уговорних обавеза.<sup>5</sup> Свакако, измена уговора служи интересу уговорних страна као и принцип *acta sunt servanda*, до оне мере докле је то у складу са њиховом вољом. Институт промењених околности мора бити у служби воље као суштинског елемента сваког уговора – потребна је права и сагласна воља уговорних страна. Таква сагласност не би постојала у случају непредвиђених околности које битно отежавају испуњење уговорне обавезе. У вези с тим, уговор ће се изменити или раскинути.

С обзиром на то да је међународна трговина у цвету младости и да се назире њена тенденција да буде „вечно млада“, истакнут је значај уни-

---

2 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/7, 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. 133; Вид. Franco Ferrari et al. “The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG”, *Internationales Handelsrecht*, 3/2017, 97.

3 Атила Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, Нови Сад 2015, 204.

4 Јелена Перовић, „Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LX, 1/2012, Београд 2012, 185-186.

5 E. Zaccaria, 137. За српско право вид. ЗОО, чл. 133, ст. 4.

формности правила која регулишу међународну трговину. Конвенција која има амбицију да се примењује униформно јесте Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе, потписана 11. априла 1980. године у Бечу<sup>6</sup> (у даљем тексту: Бечка конвенција). Имајући у виду значај питања измене уговора у случају промењених околности, творац Бечке конвенције битно је допринео осетљивости овог питања, пропустивши да изричито регулише доктрину *rebus sic stantibus* и њене правне последице, иако могућност да се уговор измени простим споразумом странака постоји у чл. 29 конвенције. Аутор ће анализом релевантних одредби Бечке конвенције приказати шта преостаје уговорној страни у случају промењених околности, на чији се уговор примењује Бечка конвенција. Наравно, анализа ће обухватити случајеве у којима уговорне стране нису ни на који начин предвиделе у уговору могућност измене уговора, нити су споразумно дошле до таквог решења. Уколико би уговорне стране уговориле такав механизам који би се активирао у случају промењених околности, не би било потребе за разматрањем могућности измене уговора, с обзиром на то да се предност даје аутономији воље и тиме уважавају правила која су уговорне стране одабрале да их обавезују.

## II Могућност измене уговора по члану 79 Бечке конвенције

Члан 79 Бечке конвенције прописује да ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.<sup>7</sup>

Да је пут до пакла поплочан добрим намерама потврђује творац Бечке конвенције. Наиме, у намери да доведе до јединственог тумачења конвенције, творац Бечке конвенције заобишао је терминологију националних правних система, као нпр: *force majeure*, *imprévision*, *frustration*, *impracticability*.<sup>8</sup> Уместо тога, употребљени су двосмислени термини као што су, између осталих, термини *exemption* и *impediment* из чл. 79 Бечке конвенције, што је довело до различитог тумачења конвенције.

6 Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 10-1/84.

7 Чл. 79 ст. 1 Бечке конвенције.

8 E. Zaccaria, 163; Catherine Kessedjian, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *International Review of Law and Economics*, 2005, 417.



Поставља се питање шта је оваквом формулацијом чл. 79 ст. 1 обухваћено и да ли се тумачење речи *impediment* (у српској верзији: сметња) из оригиналог текста зауставља на вишој сили и немогућности испуњења обавезе,<sup>9</sup> или је ипак могуће овај термин применити и на институт промењених околности и отежаног испуњења обавезе. Такође, поставља се питање, ако разматрамо доктрину *rebus sic stantibus* у оквиру чл. 79, да ли би била могућа измена уговора као право којим уговорна страна може да се користи по Бечкој конвенцији. Ово стога што чл. 79 не помиње изричито шта се дешава у случају да се таква сметња догоди. Једину смерницу можемо да нађемо у ст. 5 истог члана која прописује да ништа у том члану неће спречити било коју страну да се користи било којим другим правом из конвенције, изузев да захтева накнаду штете.<sup>10</sup>

Даље, с обзиром на то да с једне стране доктрина *rebus sic stantibus* није изричито регулисана у Бечкој конвенцији, а с друге стране Бечка конвенција тежи да се униформно тумачи и примењује, настаје нови проблем у виду различитости схватања релевантног прага за примену овог института, како у националним правним системима, тако и у доктрини. Нарочит раздор у схватању постоји између англосаксонског и европско-континенталног система у погледу измене уговора, с обзиром на то да англосаксонски систем не прихвата могућност да се суд или арбитражно веће упусти у измену одредаба уговора.

### 1. Опсег формулације члана 79

У теорији и пракси је општеприхваћено да „сметња“ из чл. 79 обухвата природне катастрофе као што су земљотрес, поплава, пожар, као и ратове, побуне, увозне и извозне забране и сл.<sup>11</sup> Ако се осврнемо на историографију Бечке конвенције, важан детаљ би се пронашао у тачки нових предлога, и то у погледу могућности примене института промењених околности. Наиме, „Норвешки предлог“ упућен је на конференцији у Бечу, са идејом да у случају привремене „сметње“ за извршење обавезе, када се околности значајно промене тако да је очигледно неправично држати уговорну страну везаном за уговорну обавезу, уговорна страна треба да буде ослобођена од испуњења уговорне обавезе.<sup>12</sup> С обзиром на

---

9 Pietro Ferrario, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, International Arbitration Law Library Vol. 41, Kluwer Law International, Hague 2017, 95

10 Чл. 79, ст. 5 Бечке конвенције.

11 C. Brunner, 206-207.

12 *Ibid*, 216.

то да је предлог одбијен, створио се утисак да се Бечка конвенција с намером не бави институтом промењених околности.<sup>13</sup>

С друге стране, данас преовлађује схватање да чл. 79 Бечке конвенције није ограничен само на немогућност испуњења обавезе, већ да се примењује такође на случајеве када испуњење обавезе постане битно отежано због промењених околности.<sup>14</sup> Аутори наводе, дакле, да се овај члан протеже не само на физичку „сметњу“ испуњења обавезе, већ се односи и на „економску сметњу“.<sup>15</sup> Другим речима, сметња, односно *impediment*, више се не тумачи као немогућност, већ управо као – околност која битно отежава испуњење обавезе. Прецизније, ако испуњење обавезе постане нарочито тешко, или очигледно непрофитабилно,<sup>16</sup> уговорна страна погођена промењеним околностима неће бити у обавези да испуни обавезу, позивајући се на искључење одговорности из чл. 79 Бечке конвенције. Наравно, како би се овај члан применио потребно је да су остали услови испуњени. Погођена уговорна страна мора да докаже да је до неиспуњења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.<sup>17</sup>

## 2. Праг за примену института промењених околности

С обзиром на то да се бавимо постојањем института промењених околности у Бечкој конвенцији, потребно је да се одреди праг, односно проценат непредвиђеног повећања цене или смањења вредности добара (или друга могућа околност) којим би се задовољила доктрина *rebus sic stantibus*. Одређивање релевантног прага значајно је за примену Бечке конвенције имајући у виду тежњу ове конвенције да се униформно примењује.<sup>18</sup> Наравно, ако узмемо у обзир услов примене института проме-

13 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International 2015, 534; Вид. *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.*, Tribunale Civile di Monza, 14. Јануар 1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>, приступљено дана: 25.02.2019.

14 Joern Rimke, "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000, 209; K. P. Berger, 534; C. Brunner, 216-217.

15 M. A. da Silveira, 299.

16 *Ibid*,

17 Члан 79 ст. 1 Бечке конвенције

18 Члан 7 ст. 1 Бечке конвенције; M. A. da Silveira, 329.

њених околности да извршење обавезе постане нарочито отежавајуће, могли бисмо да закључимо да се испуњеност овог услова мора одређивати од случаја до случаја. Тако, може се десити да цена производа порасте за 100%, али да то ипак не чини уговор економски нецелисходним, с обзиром на претходно утврђен висок профит. Тако, прецизно одређивање прага за примену доктрине *rebus sic stantibus* прекрило би његову сврху – успостављање једнакости престајања – велом униформности и довело у питање оправданост примене овог института.

Ипак, иако процентуално одређивање прага одузима сврху овом принципу, с друге стране то је једини начин да се *rebus sic stantibus* уведе у Бечку конвенцију. Имајући то у виду, лако се може злоупотребити институт који судови и трибунали примењују униформно, а који захтева по својој природи примену од случаја до случаја, како би се поново успоставила једнакост давања. Тако, ако се осврнемо на сврху Бечке конвенције и клаузуле *rebus sic stantibus*, наћи ћемо јасно оправдање зашто овај институт није уведен у редове конвенције.

С обзиром на практичност, а без обзира на нелогичност, ипак је семе другачијег схватања проклијало и оживело у већинском ставу аутора – не и судова – да се Бечка конвенција у тачки времена коначно састаје са доктрином *rebus sic stantibus*. Дакле, како би се задовољила тежња конвенције за униформном применом, потребно је одредити релевантан праг за његову примену.

Наравно, било би наивно помислити да постоји консензус око дефинисања релевантног прага за примену доктрине *rebus sic stantibus*. Наиме, међу ауторима влада мишљење да праг треба да буде значајно висок како не би дошло до злоупотребе. Такав праг се предлаже да буде виши од 50%,<sup>19</sup> 100%,<sup>20</sup> док се други аутори опредељују за схватање да праг треба да буде виши од 150% или 200%.<sup>21</sup>

У пракси имамо случајеве да није довољно повећање цене од 13,16%,<sup>22</sup> 30%,<sup>23</sup> 44%,<sup>24</sup> 25-50%.<sup>25</sup> С друге стране, у пресуди Врховног суда

19 C. Brunner, 427.

20 Ingeborg Schwenzer, "Force Majeure and Hardship in International Sales", *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 39, No.4, 2008, 714.

21 Martin Davies, David Snyder, *International Transactions in Goods: Global Sales in Comparative Context* Oxford University Press, New York 2014, 334.

22 ICC одлука бр. 6281, 26. август 1989.

23 *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B.*, Tribunale Civile di Monza, 14. јануар 1993.

24 Arbitration Court of the Japan Shipping Exchange, 20. септембар 1975.

Белгије изнет је став да је повећање цене од 70% довољно да се активира клаузула *rebus sic stantibus*.<sup>26</sup> Званични коментар UNIDROIT принципа међународних трговинских уговора предложио је да релевантни праг буде 50%.<sup>27</sup> Након бројних критика, овај праг није задржао своје место у званичном коментару UNIDROIT принципа о међународним трговинским уговорима.

Иако аутор не оправдава став да се примена предметног принципа одређује према унапред утврђеном прагу, ипак у светлости фактографије у којој се преплићу упорност већине аутора да Бечку конвенцију примене на све животне околности с једне стране, а с друге стране тенденција конвенције да се примењује униформно, такво нарушавање сврхе предметног принципа чини се неминовним. Тако, чини се да би се могло закључити, следећи праксу познату аутору и животну логику, да се релевантни праг налази између 50% и 70% повећања цене.

### 3. Правне последице предвиђене чланом 79 Бечке конвенције

Сходно члановима 45 и 61 Бечке конвенције, купац и продавац могу да траже надокнаду штете у случају неиспуњења обавезе или доцње друге уговорне стране. У вези с тим, уговорна страна која није испунила обавезу неће бити одговорна за надокнаду штете под условима прописаним у члану 79 Бечке конвенције. Језичко тумачење чл. 79(5) конвенције отворило је могућност да се истакне неки други захтев из уговора, као што је уговорна казна, с обзиром на то да ова одредба предвиђа да се не може захтевати надокнада штете „према овој конвенцији“. Ако се зачас вратимо на процес конструисања Бечке конвенције, учиниће се оправданим схватање да је уговорна казна остала изван домена ове конвенције – предлог Немачке да се ослобођење од одговорности прошири на уговорну казну је одбијен.<sup>28</sup> Међутим, владајуће је мишљење да се поменута одредба односи и на уговорну казну,<sup>29</sup> чинећи даље предлоге беспотребним, с обзиром на чињеницу да њихов резултат већина аутора није узела у обзир. С друге стране, у складу са чл. 6 Бечке конвенције, уговорне

25 ICC одлука бр. 2508, 1976.

26 *Scaфом International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, Белигјски Врховни суд, бр. С.07.0289.N,19. јун 2009.

27 Roberto Pirozzi, “Developments in the change of economic circumstances debate?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Vienna 2012, 106.

28 M. A. da Silveira, 252-253.

29 I. Schwenger, 719-720.

стране могу дерогирати, односно изменити чл. 79, између осталог тако да искључе или ограниче одговорност за одређену врсту повреде уговора.

Ослобођење од одговорности једне уговорне стране у складу са чл. 79 конвенције не значи аутоматски раскид уговора. Друга уговорна страна може да се користи правом да раскине уговор ако није истакла неки захтев у супротности са овим правом. Тако, друга уговорна страна неће моћи да изјави да раскида уговор и да захтева смањење уговорене цене из чл. 50 конвенције, с обзиром на то да захтев за смањење цене подразумева да је уговор још увек на снази.<sup>30</sup> Другим речима, иако је једна уговорна страна ослобођена од одговорности због неиспуњења обавезе јер су испуњени услови из чл. 79, то не мења категоризацију околности да је учињена повреда уговора – с обзиром на неиспуњење обавезе у складу са уговором. Наравно, уговорна страна може раскинути уговор само ако се ради о битној повреди уговора.<sup>31</sup>

Додатно, доцња са плаћањем цене због сметње из чл. 79 Бечке конвенције такође не искључује право продавца да у складу са чл. 78 конвенције захтева камату на неплаћени износ. Овакво право се не сме мешати са правом на надокнаду штете, што и чл. 78 разликује. Право на камату није искључено у чл. 79 ст. 5 конвенције.<sup>32</sup>

С друге стране, предметно питање овог рада – измена уговора у случају промењених околности – није експлицитно регулисано Бечком конвенцијом. С обзиром на изложену фактографију, разуме се да схватања аутора меандрирају између потврдног и одричног одговора на предметно питање. Међутим, не само да се чини чудним увођење доктрине *rebus sic stantibus* у конвенцију која униформност схвата као прецизно одређивања прага за примену овог принципа – што додатно говори о надахнућу аутора оваквог схватања – већ су остаци романтизма видљиви и данас у несрећном растанку института промењених околности и његове главне сврхе која га одржава у животу – да се поново успостави једнакост давања. Наравно, супротно романтизму у коме се на дуга писма дуго чекало, имајући у виду да се данас „брзо живи“, преговори се започињу одмах како би се успоставила једнакост давања. У случају немогућности таквог реуспостављања равнотеже између две стране у складу са модерним принципима једнакости, уговорне стране могу да раскину уговор

---

30 С. Brunner, 346-347.

31 Вид. чл. 49 ст. 1(а) и чл. 64 ст. 1(а) Бечке конвенције.

32 С. Brunner, 292-293.

према доктрини *rebus sic stantibus*. Посматрајући ширу слику, под претпоставком да су промењене околности регулисане у чл. 79 конвенције, постоје три схватања у вези са постојањем права да се захтева измена уговора према Бечкој конвенцији: 1) право на измену уговора није регулисано конвенцијом па се на ово питање има применити меродавно национално право; 2) право на измену уговора је с намером изостављено, односно негативно је регулисано, не остављајући погођеној уговорној страни могућност позивања на меродавно национално право; 3) право на измену уговора је регулисано али није изричито решено у конвенцији, сходно чл. 7(2) конвенције.

Поједини аутори пут размишљања обележили су схватањем да, у случају непредвиђених околности које знатно отежавају испуњење обавезе једне стране, ако поновни преговори протекну безуспешно, онда је погођена страна овлашћена да измену уговора тражи од суда или трибунала.<sup>33</sup> Имајући у виду наведено, размотрићемо могуће основе за овакво размишљање.

*а) Смањење цене због повреде уговорне обавезе и измена уговора*

У праву је аналогија први инструмент који отвара врата језичкој акробацији и излагању става који поставља окулар и тиме мења квалитет слике правног акта, у зависности од тога да ли је диоптрија одговарајућа. Измена уговорних обавеза, како пораст, тако и смањење цене, у светлу доктрине *rebus sic stantibus*, као што смо навели, није изричито регулисана у Бечкој конвенцији. Међутим, чл. 79, ст. 5 Бечке конвенције, прописује:

„Ништа у чл. 79 неће спречити било коју страну да се користи било којим другим правом, изузев да захтева накнаду штете према овој конвенцији.“<sup>34</sup>

Формулација „неће спречити било коју страну да се користи било којим другим правом“ може се тумачити на разне начине. Како бисмо разумели осврт на аналогију и одредбу чл. 79, ст. 5, важно је посветити пажњу чл. 50 Бечке конвенције који прописује:

„Ако роба није саобразна уговору купац може, без обзира на то да ли је цена већ плаћена или није, снизити цену сразмерно разлици између

33 М. А. da Silveira, 299-300.

34 Чл. 79, ст. 5 Бечке конвенције.

вредности стварно испоручене робе у време испоруке према вредности коју би у то време имала роба саобразна уговору.<sup>35</sup>

Из наведене одредбе видљиво је право уговорне стране да снизи уговорену цену. Логички посматрано, уколико се првобитно уговорена цена снизи, свакако ће се радити о измени одредаба уговора. Међутим, поставља се питање да ли таква измена уговора представља пример измене уговора у смислу института промењених околности. Наиме, одредба чл. 50 Бечке конвенције не налази своју примену као последица непредвиђених околности које чине обавезу уговорне стране нецелисходном. Сврха ове одредбе је, разуме се, да купац плати продавцу цену за вредност робе коју је примио.<sup>36</sup> Другим речима, с обзиром на то да примљена роба није саобразна уговору, купац ће платити цену која је сразмерна разлици између уговорене робе и примљене робе. Дакле, примена овог члана могућа је, како произлази из саме одредбе, само у случају повреде уговорне обавезе, односно у случају испоруке несаобразне робе.<sup>37</sup>

Отвара се питање да ли нас снижење цене из чл. 50 Бечке конвенције може довести до логичког закључка да је измена уговора на основу промењених околности могућа. Такође је спорно да ли чл. 79(5) упућује на *остале чланове* Бечке конвенције или само на *право* које ти чланови предвиђају. Другим речима, да ли уговорна страна према чл. 79(5) може да се користи правом из других чланова конвенције само ако су испуњени услови из *тих* чланова, или може свакако да се користи правом из других чланова ако су испуњени услови *само из чл. 79*? Прецизније, проблем се састоји у томе да ли према чл. 79(5) уговорна страна може да захтева снижење цене као посебан захтев, изолован од услова прописаног у чл. 50 конвенције.

Поједини аутори су у оваквом размишљању изнедрили ново проширење примене и тумачења Бечке конвенције, истичући да ако је могуће снижење цене, онда је свакако могуће захтевати и пораст цене.<sup>38</sup> Оваква аналогија брањена је ставом да снижење цене представља у сваком случају измену уговора и да рефлектује првобитну вољу уговорних страна да уговорне обаве-

35 Чл. 50 Бечке конвенције.

36 E. E. Bergsten, A. J. Miller, "The Remedy of Reduction of Price", *American Journal of Comparative Law*, Volume 27, Oxford University Press 1979, 257.

37 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Hague 1999, 336.

38 Peter Schlechtriem, "Transcript of a Workshop on the Sales Convention", *Journal of Law and Commerce*, Volume 18, New York 1999, 237; M. A. da Silveira, 344.

зе остану у успостављеној равнотежи давања.<sup>39</sup> Поред тога, Саветодавно веће за тумачење Бечке конвенције (*CISG Advisory Council*) изнело је став да чл. 79 конвенције отвара могућност судовима и трибуналима да измене уговор на основу промењених околности.<sup>40</sup> Ипак, важно је нагласити да мишљење овог већа није обавезујуће и да је у питању независно тело које своје мишљење објављује у циљу униформне примене и тумачења Бечке конвенције.<sup>41</sup>

Ипак, ако пажљивије прочитамо оригиналну верзију чл. 79(5)<sup>42</sup> видећемо да се уговорна страна може користити било којим другим правом према Бечкој конвенцији. Оваква формулација свакако не дозвољава ширење лепезе права које ова конвенција прописује. Језички посматрано, Бечка конвенција не познаје право на пораст цене и ако пратимо формулацију чл. 79(5) нећемо моћи аналогично да проширимо његову примену. Дакле, ни аналогична не би била сасвим на месту. Снижење цене из чл. 50 није могуће у случају промењених околности, нпр. ако роба неочекивано изгуби вредност у тој мери да чини уговор нецелисходним за једну уговорну страну. Снижење цене је могуће само у случају повреде уговора када је једна уговорна страна испоручила робу која не одговара уговореним „компонентама“ робе, чинећи тако испоручену робу мање вредном од уговорене. Према томе, ипак се не би могао са dobrим аргументима бранити став да право на пораст цене због промењених околности произлази из права на снижење цене због испоруке несаобразне робе. Дакле, диоптрија коју је већина аутора поставила није одговарајућа, тако да прелазимо на другу – опште принципе Бечке конвенције.

### б) Општи принципи Бечке конвенције и измена уговора

Под претпоставком да је измена уговора у смислу доктрине *rebus sic stantibus* уређена конвенцијом, али да није изричито регулисана, ово ће се

39 P. Schlechtriem, 237.

40 CISG Advisory Council Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, доступно на: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, приступљено дана: 24.02.2019.

41 Joshua D. H. Karton, "Can the CISG Advisory Council affect the Homeward Trend?", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1/2009, 74.

42 "Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention." Запета у српској верзији може створити конфузију да је у питању друга целина, односно да се формулација „према овој конвенцији“ односи само на захтев за надокнаду штете, а не и на друго право којим уговорна страна може да се користи. Оригинална верзија отклања сумњу да се „према овој конвенцији“ односи како на надокнаду штете, тако и на коришћење било ког другог права.



питање решити према општим начелима на којима конвенција почива или, у одсуству тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.<sup>43</sup> Једно од начела на којима Бечка конвенција почива засигурно је начело савесности и поштења (*good faith*) које, према појединим ауторима, везује уговорне стране да поновно преговарају у доброј вери у циљу измене уговорних одредаба у складу са промењеним околностима.<sup>44</sup> Не само да је у складу са начелом савесности и поштења изменити уговорне одредбе, већ би било противно овом начелу да друга уговорна страна *захтева* испуњење обавезе по првобитно утврђеним условима из уговора, ако непредвиђене околности значајно отежавају испуњење обавезе погођене уговорне стране.<sup>45</sup> Додатно, арбитражни суд Међународне привредне коморе у Паризу навео је у једној одлуци, примењујући наведено начело у светлу UNIDROIT принципа, да су оригиналне уговорне одредбе обавезујуће само под условом да се околности нису значајно промениле. У супротном, оне губе обавезујуће дејство.<sup>46</sup>

UNIDROIT принципи су у пар наврата препознати као принципи на којима је Бечка конвенција заснована, као и да представљају кодификоване обичаје у међународној трговини,<sup>47</sup> нарочито када је у питању институт промењених околности и његове последице.<sup>48</sup> Поред тога, ослањање на ове принципе правда се ставом да служи очувању сврхе Бечке конвенције постављене у чл. 7(1) ове конвенције која се огледа у једнообразном примењивању. Додатно, у преамбули UNIDROIT принципа истакнут је циљ да ови принципи представљају стуб за примену правила у конвенцијама које теже да се униформно примењују.

UNIDROIT принципи баве се промењеним околностима у члановима 6.2.1 – 6.2.3. У чл. 6.2.1 види се да упркос промењеним околностима погођена уговорна страна остаје у обавези да испуни уговорну обавезу, што показује изузетност примене овог института. У следећем члану прописује се следеће:

---

43 Чл. 7, ст. 2 Бечке конвенције.

44 Anna Veneziano, "UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court", *Uniform Law Review*, Vol. 15, No. 1, 2010, 146; Carolina Arroyo, *Change of Circumstances under the CISG*, Hamburg 2012, 35.

45 M. A. da Silveira, 324.

46 ICC case no. 7365/FMS, 1997.

47 ICC case no. 10021, 2000.

48 *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, Белигјски Врховни суд, бр. С.07.0289.Н, 19. јун 2009; Jurgen Basedow, "Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Uniform Law Review*, Vol. 5, 2000, 136; Brunner, 218.

„Промењене околности постоје кад наступање неких догађаја битно мења равнотежу уговора било тако што је трошак извршења обавезе једне стране порастао или зато што је умањена вредност коју прима друга страна и а) ти догађаји су се одиграли или су постали познати оштећеној страни после закључења уговора; б) оштећена страна у време закључења уговора те догађаје није могла разумно узети у обзир; ц) догађаји су ван контроле оштећене стране и д) ризик догађаја није претпоставила оштећена страна.“<sup>49</sup>

Уколико су испуњени наведени услови, погођена страна може да захтева поновне преговоре у складу са начелом савесности и поштења од друге уговорне стране у циљу реуспостављања једнакости давања.<sup>50</sup> Начело савесности и поштења односи се како на захтев тако и на понашање уговорних страна током поновних преговора.<sup>51</sup> Само у случају да уговорне стране не постигну споразум о измени уговорних одредби у разумном року, обе стране могу да се обрате суду. Суд ће, уколико нађе да су услови испуњени, раскинути уговор или изменити уговорне одредбе.<sup>52</sup> Из наведеног произлази да ће погођена страна моћи да захтева од суда измену уговорних одредби само ако је без одлагања започела поновне преговоре и ако уговорне стране нису постигле споразум или је друга уговорна страна одбила да учествује у поновним преговорима.<sup>53</sup> Дакле, није могуће захтевати од суда измену уговора пре него што уговорне стране покушају да саме пронађу решење. Даље, захтев да се уговорне одредбе поновно преговарају не овлашћује погођену страну да суспендује испуњење своје обавезе. Суспендовање обавезе може бити оправдано само у ванредним ситуацијама. Разлог томе је изузетност промењених околности и могућност злоупотребе права.<sup>54</sup>

Са друге стране, када је у питању повезаност Бечке конвенције и UNIDROIT принципа, ваљало би потиснути жеље и осврнути се на чињенице. UNIDROIT принципи не могу се схватити као принципи на којима је Бечка конвенција заснована. Бечка конвенција усвојена је 1980. године, док је прво издање UNIDROIT принципа усвојено 14 година касније.

49 Чл. 6.2.2 UNIDROIT принципа, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, приступљено дана: 25.02.2019.

50 М. А. da Silveira, 344.

51 UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 225. Приступљено дана: 25.02.2019.

52 Чл. 6.2.3 UNIDROIT принципа.

53 М. А. da Silveira, 344.

54 UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 225.

Иако је могуће да UNIDROIT принципи представљају записане принципе Бечке конвенције установљене 14 година од усвајања конвенције, ипак се то не може рећи за промењене околности. Разлог је што у време усвајања UNIDROIT принципа доктрина *rebus sic stantibus* није била довољно јасна многим националним системима.<sup>55</sup> Додатно, иако је у преамбули UNIDROIT принципа истакнут циљ да ови принципи служе за тумачење униформних конвенција попут Бечке конвенције, ипак Бечка конвенција, а не UNIDROIT принципи, одређује да ли се UNIDROIT принципи имају применити и на који начин.<sup>56</sup>

У вези с претходним, не би ваљало превише ширити опсег Бечке конвенције с позивом на начело савесности и поштења и UNIDROIT принципе. Поменуто начело не сме бити средство којим ће се заобићи одредбе конвенције.<sup>57</sup> Иако начело савесности и поштења неспорно представља пулс сваког уговорног односа, његов ЕКГ у сваком случају мора одговарати откуцајима забележеним у члановима Бечке конвенције. Доктрина *rebus sic stantibus* није једно од начела на којима конвенција почива,<sup>58</sup> те ни измена цене у том случају не би била могућа.

#### в) Меродавно право и измена уговора

С обзиром на то да право на измену уговора судским путем не налази своју примену кроз начела конвенције, следећи корак је меродавно национално право, сходно чл. 7(2) конвенције. Резултат ће бити исти ако право на измену уговора схватимо као питање које није регулисано у конвенцији или као да је регулисано али није изричито решено у конвенцији. У оба случаја примениће се меродавно национално право. Поједини аутори наводе да би примена UNIDROIT принципа служила сврси једнообразне примене Бечке конвенције, а да упућивање на меродавно национално право не би успело да оствари такву сврху конвенције. Међутим, ту се постављају два проблема. Први проблем је у вези са питањем примене Бечке конвенције. Ако се за право на измену уговора примењује меродавно национално право, да ли је и даље у питању примена Бечке конвенције?

55 M. A. da Silveira, 340-341.

56 F. Ferrari et al, 100.

57 Denis Tallon, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, (eds. Bianca, Bonnel), Milan 1987, 594.

58 Niklas Lindstrom, "Changed Circumstances and Hardship in international sale of goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, доступно на: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>, приступљено дана 23.02.2019.

Другим речима, Бечка конвенција овлашћује суд да решење нађе у меродавном националном праву и решење ће зависити од меродавног националног права. Да ли чињеница да је решење пронађено применом меродавног националног права на основу чл. 7(2) конвенције представља примену меродавног националног права или примену конвенције? Чини се да је једнообразна примена конвенције и у том случају испуњена. Судови ће применити за нерегулисана питања, као и за регулисана која нису изричито решена, меродавно национално право, тако да је очигледно у питању једнообразна примена конвенције. Члан 7(1) не говори о једнообразном исходу већ о унапређивању једнообразности примене конвенције. Стога, примена меродавног националног права не би нарушила сврху Бечке конвенције да се унапреди једнообразност њене примене. Овај закључак је у вези са другим проблемом који се састоји у неспорној чињеници да су национални системи различити, чега су творци Бечке конвенције засигурно били свесни. И поред тога, у истом члану конвенције садржани су циљ једнообразне примене (чл. 7, ст. 1) и примена меродавног националног права (чл. 7, ст. 2), што указује на претходни закључак да ће се циљ једнообразне примене конвенције испунити ако у случају регулисаног питања које није изричито решено у конвенцији (сходно чл. 7 ст. 2 Бечке конвенције), а у недостатку општих начела на којима конвенција почива, суд примени меродавно национално право. Стога, измена уговора ће зависити од решења меродавног националног права.

### III Закључак

Из претходне анализе следи неколико закључака. Прво, иако већи-на аутора настоји да инкорпорира институт промењених околности у Бечку конвенцију, ипак остаје јасна воља твораца Бечке конвенције да поменути институт не укључе у одредбе конвенције. Институт промењених околности захтева одређивање услова од случаја до случаја, с обзиром на то да једна иста околност може да учини један уговор нецелисходним, док то не мора бити случај са другим уговором. Оваква природа института промењених околности коси се са сврхом Бечке конвенције која се огледа у њеној једнообразној примени. Ипак, у доктрини се предлаже прецизан праг за примењивање института промењених околности, чиме се овај институт обесмишљава. Друго, чак и ако се прихвати став да је институт промењених околности обухваћен у члану 79 конвенције, овај члан предвиђа само ослобађање од одговорности. Захтев да се измени уговор због промењених околности не би могао аналогично да се пронађе преко члана 50 конвенције, имајући у виду да члан 79 (5) овлашћује уговорну страну да

користи права *према конвенцији*. Треће, измена уговора није могућа ни преко општих начела на којима конвенција почива, с обзиром на то да начело савесности и поштења не сме да преставља инструмент за заобилажење правила садржаних у конвенцији, као и на то да UNIDROIT принципи не представљају начела на којима Бечка конвенција почива. На крају, наравно под претпоставком да су промењене околности регулисане у конвенцији, ако схватимо да је и право да се захтева измена уговора регулисано, али није изричито решено, сходно чл. 7(2) конвенције, или да уопште није регулисано, суд ће применити меродавно национално право од чијег решења ће зависити и одлука суда у вези са изменом уговора.

**Stefan PETROVIĆ**

## CHANGED CIRCUMSTANCES UNDER THE UN CONVENTION ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS

### Summary

*The author deals with the issue of possibility of application of the principle of changed circumstances and its legal effects within the scope of the Article 79 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Even though legislative history of the CISG is clear in respect of changed circumstances, many scholars state that the CISG is also applicable to the issues of changed circumstances. The author analyzes available legal effects under the presumption that the CISG encompasses the issue of changed circumstances. Although the Article 79 CISG prescribes only exemption from liability, the author analyzes the understanding of other scholars regarding this article, who suggested that contract adaptation may be inferred from Article 50 CISG. Alternatively, it was suggested that the request for a contract adaptation may be found in the principles on which the CISG is based, as well as in the UNIDROIT Principles of International Commercial contracts. Giving arguments against such proposal, the author concludes with last solution prescribed in Article 7(2) CISG, which refers the court to the applicable domestic law.*

**Key words:** *changed circumstances; clausula rebus sic stantibus; contract adaptation; UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods; UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.*

---

# ПРАВО ОСИГУРАЊА

---

Др Владимир ЧОЛОВИЋ\*

## ПРЕНОС ПОРТФЕЉА ОСИГУРАЊА

### *Апстракт*

*Портфељ осигурања представља скуп права и обавеза по уговорима о осигурању. Важно је јасно дефинисати шта представља портфељ осигурања, у случају његовог преноса са једног на другог или друге осигураваче. Разлог преноса портфеља осигурања може бити различит. Они се могу везати за немогућност извршавања обавеза осигуравача у оквиру једне врсте осигурања, преко статусних промена, до инсолвентности осигуравача. Пренос портфеља осигурања се у законодавству Србије регулише у два законска извора: Закон о осигурању и Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање. Међутим, у регулисању ове материје уочавају се недоследности, које су предмет анализе у овом раду. У раду се посвећује пажња основним одредбама о преносу портфеља у законодавствима Аустрије и Немачке, као и у Директиви „Солвентност II“. Код преноса портфеља осигурања мора се водити рачуна о разликама између животних и неживотних осигурања, статусу осигураника и обавезама осигуравача пријемника портфеља према осигуранику.*

**Кључне речи:** портфељ осигурања, пренос, уговор о осигурању, осигуравач, осигураник, стечај.

\* \* \*

Једно питање, везано за рад и статус осигуравајућих друштава изазива пажњу дуго низ година, а односи се на пренос портфеља осигурања у ситуацијама, када осигуравач не може више да извршава своје обавезе

---

\* научни саветник, Институт за упоредно право, Београд

према осигураницима или оштећеним лицима у оквиру једне врсте осигурања, односно, не може да извршава наведене обавезе уопште, или се ради о промени статуса тог друштва. У Републици Србији, пренос портфеља осигурања није регулисан на адекватан начин. Наиме, два законска извора која би требало да на компатибилан начин регулишу ову материју, у несагласности су, што доводи до различитих тумачења. На ове проблеме је указивано неколико пута, међутим, законодавац није узео у обзир све специфичности овог института приликом регулисања истог.

Портфељ осигурања везујемо за уговоре о осигурању, што значи да овај институт можемо дефинисати као скуп права и обавеза по тим уговорима. Никако не можемо рећи да портфељ осигурања представљају само новчана средства по уговорима које закључи осигуравајуће друштво, односно, да представља капитал друштва. Веома је важно јасно дефинисати, шта је портфељ осигурања у смислу врсте осигурања, на које се односе закључени уговори.<sup>1</sup> О важности дефинисања портфеља осигурања говоримо у четири ситуације у оквиру пословања осигуравајућег друштва. Прва ситуација се везује за бонитет једног друштва, када морамо дефинисати број уговора о осигурању које је друштво закључило, као и обавезе које друштво има по тим уговорима. Затим, други случај се везује за пренос портфеља осигурања, који не мора бити узрокован инсолветношћу једног друштва, а тада морамо разликовати пренос портфеља осигурања који се односи на уговоре у оквиру животног и уговоре у оквиру неживотног осигурања. Трећи случај се везује за статусне промене друштва, односно, за ситуацију када долази до припајања једног осигуравајућег друштва другом. И најзад, четврти случај се односи на покретање стечајног поступка против осигуравајућег друштва, када до преноса портфеља осигурања долази због инсолвентности тог друштва. Но, без обзира о ком случају се ради, морамо разликовати друштво уступиоца, односно, друштво које уступа део или цео портфељ осигурања и друштво које је пријемник портфеља, које преузима наведена права и обавезе, као и новчана средства од друштва уступиоца.<sup>2</sup>

Иначе, кад говоримо о преносу портфеља осигурања, говоримо и о трансферу ризика осигурања. Наиме, поред саосигурања и реосигурања, један од начина заштите осигуравача, али и осигураника, јесте и пренос портфеља, ако осигуравач који је закучио уговор о осигурању нема

1 Владимир Чоловић, *Осигуравајућа друштва – законодавство Србије, право ЕУ, упоредно право*, Београд 2010, 96.

2 Јован Славнић, „Пренос портфеља осигурања“, *Правни живот*, бр. 11/97, 503.

добар бонитет. Веома је битно одредити учешће портфеља осигурања по појединим врстама осигурања у укупном портфељу осигурања једног осигураваача. Очекивано, највећи део портфеља имају обавезна осигурања, а, нарочито, осигурање моторних возила, односно, осигурање од аутоодговорности (скоро 1/3), а учешће животних осигурања је знатно мање, иако је у порасту у односу на пре више година (преко 10%).<sup>3</sup>

Кад је у питању законодавство Републике Србије, проблеми који се односе на регулисање ове материје су, морамо рећи, дуготрајни, имајући у виду да пренос портфеља осигурања регулишу два извора на различит начин више од једне и по деценије, што захтева додатна објашњења, имајући у виду важност ове области. Питања у вези проблема, која су се постављала пре више од 10 година, постављају се и данас, поготово што, данас, имамо присуство већег броја осигуравајућих друштава основаних страним капиталом, тј., од стране иностраних осигураваача, што значи да, иако Србија није чланица ЕУ, морамо имати на уму да се на та друштва примењују одређене одредбе Директиве „Солвентност II.“<sup>4</sup>

Покушаћемо да одговоримо на нека важна питања која се тичу преноса портфеља осигурања. Тих питања има много, али ћемо издвојити она која су битна за опстанак уговора о осигурању, имајући у виду заштиту осигураника.

## **I Регулисање преноса портфеља осигурања у законодавству Републике Србије**

Пренос портфеља осигурања се врши правним послом уз сагласност надлежног државног органа. Но, као што смо рекли, портфељ осигурања се може пренети и без статусних промена, што значи да се два осигураваача могу споразумети о наведеном без сагласности осигураника.<sup>5</sup> Основни циљ преноса портфеља осигурања се састоји у благовременом испуњењу обавеза према осигураницима или оштећеним лицима. Осигураваач на кога се преноси портфељ, односно, друштво пријемник, мора имати добар бонитет, како би се те обавезе и извршавале.

---

3 Владимир Његомир, „Улога тржишта капитала у управљању ризиком осигурања“, *Индустрија*, бр. 4/2008, 111.

4 *Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (OJ L 335/1, 17.12.2009.)*

5 Драган Мркшић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, Нови Сад 2006, 86.



У законодавству Србије је пренос портфеља осигурања, нарочито у ситуацији покретања и вођења стечајног поступка против осигуравача, регулисан на, као што смо рекли, неприхватљив начин. То се односи на чињеницу да пренос портфеља у наведеном случају регулишу два законска извора, од којих је један Закон о осигурању (даље: ЗО)<sup>6</sup>, а други Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (даље: ЗСЛБО).<sup>7</sup> Одредбе које предвиђа ЗО за случајеве преноса портфеља осигурања не можемо прихватити и кад је у питању стечај осигуравача. Затим, законодавац није, уопште, водио рачуна о различитом статусу преноса портфеља осигурања код неживотног, односно, животног осигурања. Још једном, поставља се питање улоге Агенције за осигурање депозита (даље: Агенција) у поступку преноса портфеља осигурања, чију улогу дефинише ЗСЛБО у овој области, а у вези са одлукама Народне банке Србије о дозволи преноса, односно, његовом одбијању.

На првом месту, ЗО, као статусни закон, одређује да осигуравач, уз сагласност, Народне банке Србије може пренети цео портфељ или његов део на једног или више других осигуравача, уз њихову сагласност.<sup>8</sup> Овде се нећемо бавити актима које осигуравач мора да поднесе Народној банци Србије, да би добио сагласност за пренос портфеља, као што су уговор о преносу портфеља са другим осигуравачем, који, између осталог, мора да садржи висину и врсту техничких резерви, затим списак уговора по појединим врстама осигурања, који су предмет преноса, навођење разлога за пренос портфеља, измену пословног плана осигуравача који преузима портфељ, као и извештај о финансијском пословању осигуравача уступиоца и осигуравача пријемника портфеља, обзиром да нас више интересује садржина преноса портфеља.<sup>9</sup> Но, оно што морамо истаћи, јесте да ЗО предвиђа да за пренос портфеља није потребна сагласност осигураника, без обзира да ли се ради о животном или неживотном осигурању.<sup>10</sup>

Истаћи ћемо неколико одредаба ЗО који се односе на садржину преноса портфеља. Наиме, осигуравач уступилац мора да обавести уговораче осигурања, чији су уговори о осигурању, обухваћени овим преносом, о осигуравачу на кога је пренет портфељ, као и о року до кога се

6 Закон о осигурању Републике Србије - ЗО, *Службени гласник РС* бр. 139/2014.

7 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање - ЗСЛБО, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015, 44/2018 – др. закон.

8 ЗО чл. 222, ст. 1.

9 ЗО чл. 222, ст. 2.

10 ЗО чл. 222, ст. 3.

мора завршити поступак преноса. Обавештење мора бити упућено писмено на адресу уговарача осигурања, као и путем средстава јавног информисања.<sup>11</sup> ЗО не прецизира на који начин ће се уговарачи осигурања обавестити путем медија. Међутим, иако је предвиђено да је осигуравач дужан да обавести уговараче осигурања о преносу портфеља, ЗО одређује да једино осигураник може да раскине уговор.<sup>12</sup> Морамо имати на уму, да уговарач осигурања и осигураник могу бити иста, али и различита лица. Законодавац је требао да предвиди да оба лица могу раскинути уговор, уз дефинисање услова који требају да буду испуњени када раскид тражи уговарач осигурања. Такође, у овом делу, законодавац дефинише право осигураника неживотног осигурања на захтевање дела премије који одговара трајању уговора о осигурању, односно, преосталом делу трајања истог, као и право осигураника животног осигурања на износ математичке резерве или њен део, који би био пропорционално смањен, ако су умањена средства за осигурање живота.<sup>13</sup>

ЗО јасно дефинише да Народна банка Србије одлучује о преносу портфеља и да може да донесе одлуку и о одбијању преноса, уколико утврди да би осигуравач пријемник био угрожен преузимањем уговора о осигурању, као и ако би ликвидност и солвентност осигуравача уступиоца била угрожена ако би дошло до преноса портфеља уз истовремен наставак рада тог осигуравача.<sup>14</sup> Јасно је да ЗО није предвидео ситуацију када се против осигуравача покреће стечајни поступак, који утиче на његов статус, као што није предвиђена ни улога Агенције, у било ком облику, у поступку преноса портфеља. Видимо да ЗО није посветио већу пажњу преносу портфеља осигурања, као ни разликама које се тичу преноса код неживотног и код животног осигурања. Можемо рећи да су у питању опште одредбе које само дефинишу шта је пренос портфеља и ко доноси одлуку о томе. Чињеница је да ЗО није предвидео ни један облик статусних промена везаних за припајање или спајање осигуравача, као ни случајеве покретања стечајног или ликвидационог поступка против осигуравача, говори да имамо једну велику празнину у ЗО. ЗО је морао да дефинише основне одредбе о преносу портфеља и код конкретних статусних промена, а, наравно, и код стечаја или ликвидације осигуравача. Једним делом је пренос портфеља код стечаја и ликвидације осигуравача

---

11 ЗО чл. 224, ст. 3.

12 ЗО чл. 224, ст. 4

13 ЗО чл. 224, ст. 5.

14 ЗО чл. 225.

регулисан у ЗСЛБО, али тако, да су неке одредбе делимично у супротности са одредбама ЗО у овој области.

Навешћемо најбитније елементе одредбе ЗСЛБО која регулише пренос портфеља осигурања у случају стечаја осигуравача,<sup>15</sup> с тим да се исте одредбе односе и на случај ликвидације осигуравача.<sup>16</sup> Наиме, Агенција покреће поступак преноса портфеља путем јавног позива. ЗСЛБО наводи да се може пренети цео портфељ или његов део, затим да се пренос врши у зависности од новчаних средстава дужника, као и у вези са исплатним редовима, Затим, у ЗСЛБО се наводи да се на друштво пријемника преносе одговарајућа новчана средства дужника, али Агенција утврђује која се актива преноси, мислећи ту на наведена новчана средства. Одредба ЗСЛБО о избору друштва пријемника није јасна. Наиме, у одредби се каже да Народна банка Србије даје сагласност на избор друштва пријемника, што наводи на закључак да Агенција доноси одлуку којом предлаже наведеног осигуравача. Са друге стране, у истој одредби се наводи да Народна банка Србије процењује способност друштва пријемника, што значи да се може утврдити да то друштво не испуњава услове, односно, да нема одговарајући бонитет. Најзад, ЗСЛБО дефинише да се на пренос портфеља осигурања, у случају стечаја осигуравача, сходно примењују одредбе ЗО. Као што смо рекли, ЗО, у делу којим регулише пренос портфеља, уопште не спомиње стечај осигуравача. Немогуће је да се регулише пренос портфеља везан за статус осигуравача, а да се не спомене стечај. Осим тога, улога Агенције код пренос портфеља, одредбама ЗО није регулисана ниједном одредбом. Иначе је улога Агенције спорна и у стечајном и у ликвидационом поступку који се води против осигуравача. О томе нам не говоре само одредбе ЗСЛБО, већ и одредбе које регулишу и статус Агенције и осигурање депозита.<sup>17</sup>

## **II Могућност оснивања осигуравајућег друштва средствима уговорима о осигурању живота**

Морамо поменути једно решење, које се односи, пре свега, на заштиту осигураника по уговорима о животном осигурању. Садашње законодавство не предвиђа такву могућност. Наиме, ранији Закон о осигу-

15 ЗСЛБО чл. 13.

16 ЗСЛБО чл. 25, ст. 1.

17 Закон о осигурању депозита Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015 и 51/2017; Закон о агенцији за осигурање депозита Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015 и 51/2017.

рању имовине и лица (даље: ЗОИЛ)<sup>18</sup> је дефинисао могућност оснивања новог осигуравајућег друштва средствима по уговорима о осигурању живота, у случају да се покрене стечајни поступак против осигуравача. Овде се не ради о преносу портфеља, већ о учешћу средстава по уговорима о осигурању живота у оснивању новог осигуравајућег друштва. Међутим, ново друштво би се бавило само пословима осигурања живота. Да ли би ново осигуравајуће друштво било основано или не, зависило је само од осигураника који су закључили наведене уговоре.<sup>19</sup> Наиме, овде се ради о новчаним средствима осигуравача, која се воде на посебном рачуну осигуравача. Та средства су заштићена, на тај начин, што се против њих не може дозволити извршење, нити се она могу користити за неке друге обавезе осигуравача. Наравно, да би ново друштво било основано, било је потребно да та средства буду довољна за почетни фонд сигурности, поред дозволе надлежног органа за оснивање. Са друге стране, могло се десити да не могу бити испуњени услови за оснивање новог осигуравајућег друштва, на наведени начин, тако да би се, у том случају, сви уговори о осигурању живота уступили другим осигуравајућим друштвима, односно, тада би дошло до преноса портфеља. Морамо рећи да ЗОИЛ, код преноса портфеља осигурања по уговорима о осигурању живота, није прецизирао да ли је био потребан пристанак осигураника, као и да ли су они могли да поднесу захтев за исплату откупне вредности полисе, уколико су против преноса портфеља на другог осигуравача. Но, кад је у питању одлука о преносу портфеља у случају стечаја против осигуравача, поставља се питање, ко би о томе донео одлуку. Логично је да би то био стечајни управник, који и одлучује о свим пословима који се воде у стечајном поступку, па би тако одлучио и о преносу портфеља осигурања. Из тога следи да се не би тражио пристанак осигураника, али би они, тада, по општим правилима, могли да траже накнаду у износу, који је наведен. Без обзира да ли се радило о оснивању новог друштва или о преносу портфеља, обавезе према осигураницима се нису смањивале. То је и логично, обзиром да се ни средства осигурања живота не смеју смањивати, услед покретања стечајног поступка против осигуравача.<sup>20</sup> ЗОИЛ је предвиђао да, ако дође до оснивања новог друштва или преноса портфеља, тада би стечајни поступак мировао, све док се не заврше наведени поступци.<sup>21</sup> Ако би се радило о мировању

18 Закон о осигурању имовине и лица СР Југославије - ЗОИЛ, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99.

19 ЗОИЛ, чл. 131. ст. 1.

20 ЗОИЛ, чл. 131. ст. 3.

21 ЗОИЛ, чл. 131. ст. 4.

стечајног поступка, могле су се појавити две ситуације: 1) када се једно осигуравајуће друштво бави само пословима осигурања живота, када би наведени поступци обухватили сва средства по наведеним пословима, обзиром да средства осигурања живота не могу бити предмет извршења и 2) када се осигуравач бави и другим врстама осигурања, када би стечајни поступак могао да се води против других средстава осигурања.

У вези са наведеним, морамо поставити питање, шта ће се десити у ситуацији, када се пренос портфеља не може извршити, односно, када постоји могућност одбијања од стране другог осигуравача (пријемника) да изврши пријем портфеља. То је ситуација која није јасно регулисана, нарочито код преноса уговора који се односе на осигурање живота. Поменућемо и законодавство Црне Горе, које је, додуше на некомплетан начин, предвидело образовање одбора осигураника, који би предузели радње како би се покушало са преносом портфеља на друге осигураваче (оне који би прихватили пријем портфеља). Наиме, Закон о стечају и ликвидацији друштава за осигурање Републике Црне Горе<sup>22</sup> предвиђа ту могућност, али, са друге стране, не предвиђа друге могућности које се овде појављују, а то су: - исплата математичке резерве осигураницима; и – оснивање осигуравајућег друштва које бисе бавило само осигурањем живота. Не можемо разумети регулисање могућности одбијања пријема портфеља или покушаја тражења других осигуравача пријемника, без предвиђања алтернативних решења, која су наведена.

### III Регулисање преноса портфеља осигурања у законодавствима Немачке и Аустрије

Законодавства Немачке и Аустрије регулишу пренос портфеља у актима који регулишу надзор над радом осигуравача. Та законодавства регулишу пренос портфеља осигурања на општи начин, с тим што су дефинисане одредбе које се односе на поједине специфичности, кад су у питању осигуравајућа друштва која имају своје седиште у земљама чланицама и ван њих (треће земље). То се, нарочито, односи на аустријско законодавство.

Закона о надзору осигуравајућих друштава Немачке,<sup>23</sup> између осталог, садржи и одредбе које се односе на пренос портфеља осигурања. Наиме, сваки пренос портфеља мора да одобри надзорни орган, без обзира о

22 Закон о стечају и ликвидацији друштава за осигурање Републике Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 46/07, чл. 10.

23 *Versicherungsaufsichtsgesetz (Deutschland) – VAG 2000*, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Aufsichtsrecht/Gesetz/VAG\\_va\\_en.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Aufsichtsrecht/Gesetz/VAG_va_en.html), 05.04.2019.

којој врсти осигурања се ради. Друштво пријемник мора доказати да ће након преноса портфеља, располагати сопственим средствима у висини границе солвентности. Сва права и обавезе које је имао уступилац портфеља, преносе се на пријемника.<sup>24</sup> Овај Закон предвиђа и ситуације када се преноси портфељ на друштво које се налази у другој држави, с тим да је предвиђен пренос на друштва у државама чланицама ЕУ или државама ЕЕА (Исланд, Лихтенштајн, Норвешка). Тај пренос се може извршити на филијалу у другој држави или по основу прекограничних услуга осигурања. Потребно је да надзорни орган само државе уступеоца донесе одлуку о дозволи за пренос портфеља. Да би пренос портфеља био омогућен, потребно је да постоји валидна документација која садржи потврду надзорног органа државе уступеоца, да ће пријемник располагати сопственим средствима у висини границе солвентности, затим, да су надзорни органи држава чланица ЕУ или држава ЕЕА дали дозволу за наведено, као и, ако се ради о преносу портфеља из филијале осигураваача, да је консултован надзорни орган државе чланице ЕУ или државе ЕЕА, у којој се налази та филијала.<sup>25</sup> Немачко законодавство је више пажње посветило ситуацијама које се односе на пренос портфеља осигурања између осигураваача са седиштем у државама чланицама ЕУ или у државама ЕЕА, а што се тиче садржине преноса портфеља, можемо рећи да је слободан пренос портфеља како директних осигурања, тако и реосигурања, без обзира да ли се ради о животним или неживотним осигурањима.<sup>26</sup>

Закон о надзору осигурања Аустрије из 2016. године<sup>27</sup> предвиђа, такође, да портфељ који се односи на све уговоре о осигурању и реосигурању закључених од странане осигураваача који имају лиценцу на основу тог Закона, могу бити пренета, делом или у целини, на друге осигуравааче, без пристанка осигураника. Портфељ може бити пренет и на филијале осигуравајућих и реосигуравајућих друштава који су основани у трећим земљама, ако се те филијале налазе у Аустрији или земљама чланицама ЕУ и ако се пренос портфеља односи на ризик који је везан за територију Аустрије или неке од земаља чланица ЕУ, где је односна филијала основана.<sup>28</sup> Пренос портфеља осигурања мора бити одобрен од стране аустриј-

---

24 VAG 2000section 14.1.

25 VAG 2000section 14.1a.

26 Insurance Transfers in Europe, Clyde&Co., June 2012,[https://www.trivvy.nl/uploads/5/1/6/0/51608851/insurance\\_transfers\\_in\\_europe.pdf](https://www.trivvy.nl/uploads/5/1/6/0/51608851/insurance_transfers_in_europe.pdf), 07.04.2019, 25.

27 Versicherungsaufsichtsgesetz (Österreich)VAG 2016, Austrian Financial Market Authority, [file:///C:/Users/Vlada/Downloads/VAG\\_2016\\_BGBl\\_I\\_25\\_2019\\_EN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Vlada/Downloads/VAG_2016_BGBl_I_25_2019_EN%20(1).pdf),08.04.2019.

28 VAG 2016 art. 28.

ског органа надлежног за финансијско тржиште (FMA - Financial Market Authority). Потребно је да поменемо дејства преноса портфеља које регулише аустријски законодавац. Наиме, права и обавезе које произлазе из уговора о осигурању, у поступку преноса портфеља, прелазе на осигуравача пријемника у тренутку уписа у регистар, у који је уписано то друштво или када тај упис није потребан, у тренутку давања одобрења за тај пренос. Када уговор о осигурању покрива ризик који је везан за територију Аустрије, тада осигуравач преузималац или филијала осигуравача обавештава одмах, након давања одобрења преноса портфеља, уговарача осигурања о наведеном. Уговарач осигурања ће имати право да раскине уговор о осигурању до краја периода осигурања, током којег су обавештени о преносу портфеља, а, осим тога, имају право и на поврат дела доспеле премије за период након раскида уговора о осигурању, умањене за трошкове настале у том периоду. Осигуравач је дужан да обавести уговарача и о том праву. Осигуравач нема право да се позове на било који, евентуално закључен споразум, који одступа од ове одредбе. У случају да се пренос портфеља врши због реорганизације друштва, тада постоји ризик да су интереси других осигураника и корисника осигурања повређени раскидима уговора, односно, када пренос портфеља служи да би се изменила структура у оквиру осигуравача, без утицаја на интересе осигураника и кориснике осигурања, тада ће FMA на захтев донети одлуку о укидању одлуке о раскиду уговора.<sup>29</sup> Овај Закон садржи посебне одредбе када се ради о преносу портфеља који је везан за швајцарска осигуравајућа друштва када с у они оснивачи друштва у трећим земљама које имају филијале у Аустрији, односно, када се ради о филијалама аустријских осигуравача које се налазе у Швајцарској. У вези са тим, овај Закон предвиђа и одређена овлашћења швајцарског надзорног органа.<sup>30</sup> Можемо рећи да аустријско законодавство дефинише важна питања везана за право на повраћај премије, као и за накнаду трошкова. Осим тога, дефинише се и моменат преноса портфеља на осигуравача пријемника.

#### **IV Пренос портфеља осигурања у законодавству ЕУ**

Директива „Солвентност II“ предвиђа другачија правила везана за пренос портфеља осигурања у односу на дотадашње регулисање ове материје у актима ЕУ. Уопште, ова Директива на другачији начин регулише многа питања везана за рад и статус осигуравајућих друштва у ЕУ. Што

29 VAG 2016 art. 31.1, 2, 3.

30 VAG 2016 art. 32.

се тиче преноса портфеља, на првом месту, осигуравајућа друштва ће морати велику пажњу да посвете управљању својим капиталом. Исто тако, осигуравајућа друштва са високо ризичним портфељима ризика ће морати да извдоје више капитала него раније за покривеност изложености ризицима. Наведна Директива предвиђа да ће се због природе делатности осигурања, као и потребе заштите осигураника, на пренос портфеља примењивати строжија правила. Ако осигуравајуће друштво жели да пренесе портфељ у већи број држава, тада се овај проблем усложњава. Иако су правила о преносу портфеља осигурања у чланицама ЕУ мање више уједначена, постоји разлика када је у питању начин надзора на националном нивоу, што ствара додатне проблеме за уговорне стране. У неким државама је неопходно да се консултује надзорни орган, пре него што дође до преноса портфеља, а у другим државама мишљење надзорног органа се тражи касније. Поједине државе прописују строжије услове за обавештавање уговарача осигурања о преносу портфеља, а у другим а се обавештавање врши након преноса.<sup>31</sup> Већина осигураваача покушава да дефинише начине за оптимизацију сопствених портфеља, како би се избегли већи капитални трошкови, а што је наметнуто приоритетима које је дефинисао надзорни орган и тим држава, због примене Директиве „Солвентност II.“<sup>32</sup>

Посветићемо пажњу неким од најбитнијих одредаба Директиве „Солвентност II“ које се односе на пренос портфеља. Наиме, овај акт предвиђа примену националних правила државе чланице на пренос права и обавеза по уговорима о осигурању, ако осигуравајућа друштва имају седиште на територији те земље. Ако се ради о филијали осигуравајућег друштва основаног у држави чланици, онда се мора тражити савет државе чланице у којој се налази та филијала, односно, савет надзорног органа у тој држави. Надзорни органи државе чланица у којој се налази седиште осигуравајућег друштва или место филијале, даће сагласност на пренос портфеља, након добијања сагласности од надзорног органа државе чланице, у којој су уговори закључени по основу права места налажења седишта осигураваача или на основу слободе пружања услуга осигурања у држави чланици. Рок за давање сагласности је три месеца од дана пријема захтева. У случају да одговор у наведеном року изостане, сматраће се да је дата прећутна сагласност. Пренос портфеља се објављује у складу са правилима матичне државе чланице (државе седишта осигураваача),

31 О. Khomenko, „Питања надлежности приликом прекограничног преноса портфеља осигурања: Упоредна анализа“, *Европска ревија за право осигурања* бр. 1/2017, 20.

32 О. Khomenko, 21.



затим државе чланице за коју је везан ризик или државе чланице, у којој се мора извршити обавеза по уговору о осигурању. Можемо рећи да је ова област шире уређена у Директиви „Солвентност II“, него у већини националних законодавстава, што је и логично, имајући у виду саму природу овог акта. Но, елементи на основу кога ћемо одредити право које ћесе примењивати на пренос портфеља, по овом акту, везани су, како за самог осигуравача, односно његово седиште или место налажења филијале, као и за сам уговор о осигурању, тј., оно што он обухвата – ризик и обавезу, ако се реализује тај ризик. То је и логично, имајући у виду да пренос портфеља утиче на статус осигуравача, односно, промена статуса осигуравача може бити разлог преноса портфеља, а, са друге стране, пренос портфеља осигурања утиче и на статус осигураника, што значи да је ризик наступања осигураног случаја један од кључних фактора за одлуку осигуравача пријемника о преузимању портфеља осигурања.

### **V Поједине карактеристике преноса портфеља осигурања у односу на статус осигуравача и врсту осигурања**

Пренос портфеља осигурања зависи и од начина пословања осигуравача. То се односи и на инвестирање од стране тих осигуравача. Наиме, осигуравачи треба да се развијају као финансијске институције, што значи да би актива тих друштава морала бити усмерена на рентабилне облике улагања, што би омогућило реструктурирање њихових портфеља чиме би се омогућило прилагођавање тих портфеља структури обавеза осигуравача и њиховој доспелости.<sup>33</sup> Оно што можемо забележити у пракси развијених земаља, кад је у питању улагање портфеља осигурања, јесте да се тај портфељ улаже и у хартије од вредности, односно, у обвезнице, зато што носе мањи ризик, али и мањи принос.<sup>34</sup> Како ће и на који начин бити уложена средства осигурања у оквиру једне врсте осигурања којом се осигуравач бави или у оквиру целог пословања друштва утиче и на могућност и начин преноса портфеља.

Друго питање се односи на статус уговора о осигурању живота у случају промене власника осигуравача и преноса портфеља. Ако је дошло до промене власника осигуравача, статус осигураника се код осигурања живота не мења. Он је закључио уговор о животном осигурању, чији се статус не мења, без обзира што је дошло до промене власника друштва.

33 Мирод. Сокић, „Осигуравајуће куће као институционални инвеститори у Републици Србији“, *Токови осигурања*, бр. 4/2015, 55.

34 Мирод. Сокић, 67.

Но, ако је дошло до преноса портфеља који се односи на уговоре о осигурању живота, права и обавезе из тог закљученог уговора преносе се у целини на новог осигураваача. Уз сам пренос уговора о осигурању живота, стари осигураваач је дужан да пренесе и све резерве које се односе на покриће будућих обавеза из пренесеног портфеља. Практично, правни статус уговараача осигурања се не мења.<sup>35</sup> Иначе, кад говоримо о обавезама осигураваача по уговору о осигурању живота, она се односи само на исплату осигуране суме, ако осигурано лице доживи уговорени датум (када се уговор закључи на ризик доживљења), односно, може се односити и на исплату откупне вредности полисе, ако се откуп тражи пре истека уговореног рока трајања тог уговора. Тада се ради о раскиду истог. Овде се не ради о множењу уплаћених месечних премија са бројем месеци или година. Корисник осигурања има право да учествује у добити, само ако је осигураваач остварио добит и то према одлуци надлежног тела у том друштву. Изузеци су једино уговори код којих осигураваач гарантује одређену добит кориснику, када се иста мора и исплатити.<sup>36</sup>

Треће питање, које се често поставља, јесте питање истека портфеља осигурања. Наиме, овде се ради постепеном престајању постојања обавеза осигураваача које произлазе из портфеља осигурања, ако се осигуравајуће друштво гаси (пре свега, ликвидацијом) или напушта рад у одређеној врсти осигурања. Тада осигурања престају да постоје истицањем обезбеђеног покрића, док се нови уговори не закључују.<sup>37</sup>

Најзад, поједини законодавци схватају пренос портфеља као промењу околноост. Обзиром да се ради о уговору, то се може прихватити. Закон о осигурању Републике Хрватске (даље: ЗОХ)<sup>38</sup> дефинише овај институт на наведени начин. Чињеница је да се овде ради о промењеним околностима, узимајући у обзир да се мења или статус осигураваача или долази до промене у самом уговору о осигурању. Хрватска агенција за надзор финансијских услуга је надлежни орган за давање дозволе за пренос портфеља осигураваачу, а осигураваач је дужан да, у року од осам дана од дана извршеног преноса, обавести наведену Агенцију о томе. За пренос портфеља није потребна сагласност осигураника, али уговараачи осигураваача

35 Исплата животнoг осигурања, Марјан Ђурковић (14.11.2016), <http://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?17911>, приступ: 10.04.2019.

36 *Ibidem*.

37 Владимир Његомир, "Секјуритизација у функцији финансирања и управљања ризиком осигуравајућих друштава", *Финансије*, бр. 1-6/2008, 270.

38 Закон о осигурању Републике Хрватске - ЗОХ, *Народне новине* бр. 30/15, 112/18.

гурања могу отказати уговор због промењених околности. Друштво које преузима портфељ дужно је да обавести сваког уговарача осигурања о новонасталим околностима. До извршења преноса портфеља може доћи и у држави за коју везујеморизик, као и у држави обавезе, у складу са прописима тих држава.<sup>39</sup> Иначе, ЗОХ регулише и пренос портфеља на осигуравача који се налази у другој држави чланици ЕУ, затим преузимање портфеља од стране осигуравача са седиштем у Хрватској од осигуравача уступиоца који послује на територији друге државе чланице ЕУ. Најзад, ЗОХ регулише и пренос портфеља филијале осигуравача који имаседиште у трећој држави. Преузимање портфеља тада врши осигуравач основан у Хрватској. Осим тога, ЗОХ дефинише и пренос портфеља друштва за узајамно осигурање.

## VI Закључак

Морамо рећи да пренос портфеља осигурања у нашем законодавству, ако не узмемо у обзир неколико општих правила, и даље није регулисан на адекватан начин. Пре свега, ова материја се регулише у два законска извора, чије одредбе, у области преноса портфеља, уопште нису усклађене. Оно што представља један од главних проблема код преноса портфеља, јесте да ли је или не потребна сагласност осигураника. Законодавац је рекао да та сагласност није потребна, али истичемо да је од највеће важности бонитет осигуравача пријемника, што је битно и за осигуранике, тако да би они морали да дају наведену сагласност, обзиром да се ради о њиховој осигураној имовини и премији. Но, ниједан законодавац не предвиђа сагласност осигураника (или уговарача осигурања). Разлог томе је, свакако, ефикасност извршења преноса портфеља, али би онда могло да се постави питање улоге надзорних органа у заштити осигураника, односно, мера које би могле да се примене у случају да се не штите интереси осигураника од стране осигуравача пријемника.

Пренос портфеља има своје специфичности везане за поједине врсте осигурања, а наше законодавство уопште не прави разлику између животног и неживотног осигурања, у том смислу. Самим тим, нису регулисане ни одређене специфичности везане за ове врсте осигурања. Чињеница је да до преноса портфеља, практично, долази у четири ситуације, као што је речено, а о чему треба да води рачуна наш законодавац код евентуалне измене закона, односно доношења нових закона у области

---

393ОХ чл. 86.

осигурања. Те ситуације су следеће: 1) када осигуравајуће друштво нема одговарајући бонитет и не може више да се бави одређеном врстом осигурања, тако да портфељ везан за ту врсту осигурања преноси на другог осигуравача, а оно и даље постоји; 2) када осигуравач из других разлога не може или не жели да обавља делатност поједине врсте осигурања; 3) када долази до преузимања целог друштва, односно, када долази до припајања, из било ког разлога. Саму промену власника осигуравајућег друштва не можемо на исти начин регулисати, као и случајеве када долази до преноса портфеља; и 4) када је једно осигуравајуће друштво инсолвентно и када се из тих разлога преноси портфељ на другог осигуравача.

**Prof. Vladimir ČOLOVIĆ, Ph.D**  
**Principal Research Fellow**  
**Institute of Comparative Law, Belgrade**

## TRANSFER OF INSURANCE PORTFOLIO

### Summary

*The insurance portfolio is a set of rights and obligations under insurance contracts. It is important to clearly define what the insurance portfolio is, in the case of its transfer from one to another or other insurers. The reason for the transfer of the insurance portfolio may be different. They may be related to the impossibility of fulfilling the obligations of the insurer within one type of insurance, through changes of the insurer's status, to the insolvency of the insurer. The transfer of the insurance portfolio is regulated in Serbian legislation in two legal sources: the Act of Insurance and in the Act on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies. However, in the regulation of this matter, inconsistencies, which are the subject of the analysis in this paper, are noticed. The paper focuses on the basic provisions on transfer of portfolios in the legislations of Austria and Germany, as well as in the Directive "Solvency II". In the transfer of the insurance portfolio, account must be taken of the differences between life and non-life insurance, then the status of the insured and the obligations of the insurer who took over the portfolio towards to the insured.*

**Key words:** insurance portfolio, transfer, insurance contract, insurer, insured, bankruptcy.

Др *Наташа* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ\*

**НАЧЕЛО ПОСТУПАЊА ДИСТРИБУТЕРА ОСИГУРАЊА  
У НАЈБОЉЕМ ИНТЕРЕСУ ПОТРОШАЧА  
УСЛУГА ОСИГУРАЊА  
- ФИДУЦИЈАРНА ДУЖНОСТ ДИСТРИБУТЕРА\* -**

**Резиме**

*Ауторка износи становиште да је кључна новина Директиве о дистрибуцији осигурања начело поштеног, коректног и професионалног поступања дистрибутера у најбољем интересу потрошача услуга осигурања. Ауторка сматра да је највећи допринос новог регулаторног оквира истицање значаја неправне компоненте за вођење пословања свих дистрибутера осигурања, те стога говори о увођењу фидуцијарне дужности. Истицањем у први план поверења као кичменог стуба новог система дистрибуције осигурања европски законодавац је имао намеру да сузбије непоштену продају осигурања као један од највећих изазова на тржишту осигурања. Ауторка износи мишљење да је за потребе имплементације Директиве о дистрибуцији осигурања у наше право неопходно хитно усвајање кодекса пословне етике у пословима осигурања и реосигурања. Овим извором би били поменути облици непоштене и некоректне праксе дистрибутера осигурања, што би могло бити од велике помоћи надзорног телу приликом оцене да ли је конкретни дистрибутер заиста поступао према начелу најбољег интереса потрошача.*

**Кључне речи:** *Директива о дистрибуцији осигурања, дистрибутери осигурања, фидуцијарна дужност, клијентоцентричан приступ, непоштена продаја осигурања.*

---

\* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, nataly@ius.bg.ac.rs.

\* Овај чланак настао је настао као резултат учешћа на пројекту "Идентитетски преображај Србије" Правног факултета у Београду (2019).

## I Полуга новог система дистрибуције осигурања

Нови регулаторни оквир Европске уније оличен у Директиви о дистрибуцији осигурања (даље: ДДО)<sup>1</sup> садржи бројне измене у односу претходну Директиву о посредовању у осигурању (даље: ДПО).<sup>2</sup> Многи теоретичари се слажу да је најзначајнија новина Директиве о дистрибуцији осигурања садржана у чл 17.<sup>3</sup> Формулацијом: „Државе чланице осигуравају да приликом вршења активности дистрибуције осигурања дистрибутери осигурања увек поступају поштено, коректно и професионално у складу са најбољим интересима својих потрошача“ инаугурисан је принцип најбољег интереса клијента (потрошача) као руководно начело новог система дистрибуције осигурања.<sup>4</sup> Најпре да се посветимо језичкој анализи новог начела. Прво, ова одредба је начелног значаја (што уосталом произлази и из њеног наслова),<sup>5</sup> све остале одредбе које ћемо анализирати за потребе овог рада у ствари представљају њену конкретизацију. И више од тога. У раду ћемо показати да ово начело има и регулаторну и корективну улогу. Друго, у њој се помиње најбољи интерес потрошача, док се на другим мести у директиви среће и термин најбољи интерес клијената. Ова језичка разноликост не треба да збуњује. Идеја европског законодавца је да уведе правни стандард који ће у сваком случају, без обзира на канал дистрибуције, омогућити бригу о најбољем интересу слабије стране.

Истицање да су дистрибутери осигурања дужни да поступају увек у складу са најбољим интересима својих клијената представља увођење својеврсне *фидуцијарне дужности* (подвукла Н. П. Т.) на страни дистрибутера осигурања.<sup>6</sup> Принцип најбољег интереса потрошача тако постаје

---

1 *Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on Insurance Distribution*, OJ L 26, 2016, 19-59.

2 *Directive 2002/92 of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on Insurance mediation*, OJ L 9, 2003, 3-10

3 Неки аутори кажу да је ово нови почетак у дистрибуцији осигурања. В.: Christian Armbrüster, „Die jüngere Entwicklung des europäischen Privatversicherungsrecht bis Mitte 2017“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 18, 2017, 710-711.

4 ДДО, чл. 17 ст. 1. У даљем раду ћемо користити формулацију поступање у најбољем интересу потрошача (нап. аут.).

5 Изнад члана 17 стоји наслов опште начело (енг.: *general principle*). Сматрамо да је било довољно написати начело, тј. да формулација опште начело представља плеоназам.

6 Наташа Петровић Томић, „Директива о дистрибуцији осигурања и персонализовано саветовање – са освртом на концепт процене адекватности“, у Вук Радовић (уред.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Правни факултет у Београду, Београд 2018, 417-418.

руководно начело у поступању дистрибутера осигурања, што ће бити од помоћи надзорном телу приликом оцене да ли неки дистрибутер осигурања прибегава непоштеној пракси према потрошачима. Увођење овакве *генералне клаузуле* која у први план ставља интерес потрошача треба да подигне стандарде пословања на тржишту осигурања, а тиме и степен заштите потрошача услуга осигурања. Наиме, дистрибутери више неће бити одговорни само за кршење стриктних законских обавеза, већ и за поступање према клијентима које носи обележја некоректног, односно непоштеног. Понављамо, ово је без сумње једна од најзначајнијих одредаба ДДО директиве, којом се у праву осигурања уводи регулатива слична оној која постоји на тржишту хартија од вредности.<sup>7</sup>

Обезбеђење пословања према начелу најбољег интереса клијената осигурања представља *процес*, који захтева континуирано уважавање принципа поштеног, коректног и професионалног поступања. Тиме се уводи приступ дистрибуцији осигурања заснован на интересима клијента (*клијентоцентричан приступ*). Заправо, ово начело представља неку врсту водиле кроз саму дистрибуцију осигурања. Наше је мишљење да је обавеза поступања у интересу потрошача постојала (и постоји!) и пре усвајања ДДО директиве. Она се изводи из начела корпоративног управљања, конкретно из принципа заштите интереса свих заинтересованих лица (тзв. *stakeholders*). Али, поменуто начело не наглашава у тој мери заштиту интереса потрошача услуга осигурања у којој се то чини ДДО директивом. Тек изричитим помињањем најбољег интереса клијента осигурања може се обезбедити да тај интерес заиста постане примарно руководно начело.

Оно што се „крије“ иза овог начела је, заправо, заштитна функција.<sup>8</sup> То произлази из језичког и циљног тумачења ДДО.<sup>9</sup> Иако се може

---

7 Као узор је послужила Директива 2014/65 (скраћено: MiFID II), која од инвестиционих фирми захтева да поступају у складу са најбољим интересима њихових клијената.

8 Већ из језичког тумачења произлази квалитативна новина, која треба да обезбеди већи степен заштите потрошача. Најбољи интерес потрошача је више од интереса потрошача. Стављањем у први план најбољег интереса потрошача шаље се порука дистрибутерима осигурања да је њихов задатак да продају оне производе осигурања који одговарају потребама конкретних потрошача.

9 Рецитал 10: „Садашње и недавне финансијске турбуленције истакле су важност осигурања учинковите заштите потрошача у свим финансијским секторима. Стога је примерено ојачати поверење потрошача и боље ускладити регулаторни третман дистрибуције производа осигурања како би се обезбедио примерени степен заштите потрошача у целој Унији. Степен заштите потрошача потребно је подићи у вези са Директивом 2002/92 како би се смањила потреба за различитим националним мерама. Важно је узети у обзир посебности уговора о

истаћи неколико круцијалних циљева новоустановљеног система дистрибуције осигурања, сматрамо да су они обухваћени програмским циљем повећања стандарда заштите потрошача услуга осигурања.<sup>10</sup> У реформама које су у државама чланица ЕУ извршене последњих деценија акценат је на јачању инструмената заштите потрошача у односу на осигуравача. Међутим, у расправи која је претходила усвајању ДДО, јасно је истакнуто да је *дистрибуција кључан фактор финансијског тржишта у целини*, а посебно сектора осигурања. Не смемо заборавити да мрежа посредника у осигурању схваћена у ширем смислу има двоструку функцију из угла осигуравача. Она, најпре, олакшава осигуравачима приступ тржишту и омогућава им да формирају критичан портфолио осигурања, без трошкова који би иначе пратили успостављање сопствене дистрибутивне мреже. С друге стране, посредници учествују и у ликвидацији одштетних захтева, што додатно оправдава трошкове њиховог ангажовања.<sup>11</sup> Из угла потрошача посредници у осигурању су нека врста саветника, који им помажу да изаберу онај облик осигурања који највише одговара њиховим потребама и могућностима у погледу висине премије осигурања. Осим тога, иницијатива за закључење уговора о осигурању често долази управо од њих. Стога је савет који пружају потрошачима од круцијалног значаја не само за заштиту и поверење потрошача, већ и за здраво функционисање тржишта осигурања.<sup>12</sup> Када се овако сагледа уло-

---

*осигурању у поређењу с инвестиционим производима који су уређени у Директиви 2014/65 Европског парламента и Већа. Дистрибуција уговора о осигурању, укључујући инвестиционе производе осигурања, требало би да буде уређена овом директивом и усклађена са Директивом 2014/65. Требало би подићи минималне стандарде у вези са правилима дистрибуције осигурања и осигурати једнаке услове применљиве на све инвестиционе производе осигурања.*“

- 10 Први циљ је изједначавање свих канала дистрибуције осигурања. Потрошачи треба да уживају исти степен заштите, без обзира на разлике између различитих канала дистрибуције осигурања. Ово је свакако један од најбитнијих циљева ДДО директиве, којим се одговара на примедбе европских теоретичара да потрошачи немају исти степен заштите приликом куповине услуга осигурања. Други циљ је *борба против непоштене продаје производа осигурања*. Трећи циљ је побољшање могућности европских потрошача да се информишу о производима осигурања. Четврти циљ је повећање стручности свих субјеката који учествују у дистрибуцији осигурања. Пети циљ је спречавање сукоба интереса. В.: Michael P. Ziemak, Michael Marszelewski, „Selected remarks on policyholders’ protection in the draft of Polish act on insurance distribution“, *Journal of Insurance, Financial Markets & Consumer Protection*, No. 25 (3/2017), 102.
- 11 Успостављање мреже посредника и заступника у осигурању и регулатива свих питања која се тичу њиховог положаја израз је начела економичности у осигурању. Ако се зна да су и поред имплементације Директиве 2002/92 постојале значајне разлике између националних законодавства држава чланица ЕУ, јасан је мотив који стоји иза пројекта који је назван ДДО.
- 12 Jean Bigot, Daniel Langé, *L’intermédiation d’assurance*, L. G. D. J, Paris 2009, 25.



га посредника, јасно је да зашто је Европска комисија (даље: ЕК) проценила да епицентар реформе треба да буде боља заштита потрошача у односу са посредницима. ЕК је схватила да степен заштите потрошача може бити већи ако се измене конципирају по угледу на регулативу која постоји на финансијском тржишту. Тако се дошло до концепта најбољег интереса потрошача.

Пракса је показала да слабију страну уговора о осигурању није довољно заштити уговорним правом (што је у државама чланицама ЕУ увелико учињено), већ је неопходно створити *институционалну основу за надзорно тело* да контролише да ли су дистрибутери осигурања приликом продаје производа осигурања стручно и објективно представљали исте. Тиме се дефинитивно проширују прерогативи надзорног тела, коме се омогућава да врши *надзор према принципима, а не стриктном применом права* (како је код нас случај годинама уназад). Ово је својеврсно признање немоћи уговорног права осигурања.<sup>13</sup> Наиме, инструменти заштите пореклом из уговорног права осигурања – као што су предуговорно информисање и саветовање – имају смисла само ако је потрошач прибавио покриће које му је корисно и сагласно његовим потребама. Идеја која провејава иза усвајања новог регулаторног оквира је да кључну „артиљерију“ треба усмерити ка предуговорној фази, у којој најчешће долази до пропуста због којих настаје неки облик непоштене продаје осигурања. По нашем мишљењу, потрошачи треба да буду заштићени од недостатка стручности, који их најчешће води ка уговорима који не одговарају њиховим потребама, тј. који су некорисни или несаобразни њиховим потребама. То не значи да захваљујући имплементацији ове директиве не би требало да долази до погрешних одлука потрошача. Идеја увођења фидуцијарне дужности је да се спречи да те погрешне одлуку буду узрочној вези са недостатком информација или са погрешним представљањем информација.

## **II Поштено, савесно и професионално поступање у најбољем интересу потрошача**

Фидуцијарна дужност дистрибутера осигурања подразумева три појединачне дужности и једну која сублимира остале. Да бисмо боље разумели квалитативну промену коју доноси ДДО, вратимо се историји

---

13 Да би инструменти уговорног права постали ефикаснији, неопходно је обезбедити такав регулаторни оквир који ће, ако не елиминисати, бар смањити непоштену продају осигурања. Посматрано из угла потрошача целокупна заштита уговорног права има смисла само ако је он прибавио жељени пакет осигуравајуће заштите.

дужности поступања у најбољем интересу. Ова дужност је обележје правних система англосаксонског права, док европскоконтинентална породица права познаје институте који су функционални еквивалент. У англосаксонским државама дужност поступања у најбољем интересу је заштитни стандард карактеристичан за односе са елементима фидуције.<sup>14</sup> Другим речима, она прожима односе за чије успостављање је битно поверење (енг.: *trust-based relationships*).<sup>15</sup> У правима попут нашег принцип савесности и поштења и поступање пажњом доброг привредника (стручњака) чине регулаторну базу свих уговорних односа. У уговорима који инволвирају учешће страна неједнаке моћи и у којима поверење игра кључну улогу начело савесности и поштења постаје и више истакнуто.

Типичан пример односа који почива на поверењу је однос дистрибутер-клијент. Да би могао да се ослони на савет и мишљење дистрибутера клијент мора бити заштићен на одговарајући начин. *Ratio* увођења дужности рада у најбољем интересу клијента је стављање његовог интереса испред интереса дистрибутера, или чак (!) истицање да ради само у интересу клијента.<sup>16</sup> Поред односа за које је битно поверење, дужност поступања у најбољем интересу је „лек“ за односе које одликује асиметрија. Сматрамо да је поред јачања поверења у дистрибутере осигурања, принцип рада у најбољем интересу клијента осигурања уведен ДДО управо као додатни инструмент заштите слабије стране. Познато је да су клијенти дистрибутера осигурања недовољно фамилијарни са услугом коју треба да прибаве. Почетни дисбаланс знања и информисаности се лако претвара у нарушавање уговорне равнотеже на њихову штету. Увођењем дужности рада у најбољем интересу онога ко је слабија страна настоји се умањити почетни дисбаланс. Нови регулаторни оквир излази у сусрет потрошачима увођењем стандарда који јемчи да ће лице на чији професионални савет се ослањају делати у њиховом најбољем интересу. Примена ДПО је показала да за заштиту потрошача није довољно само директивама и националним законима уредити конкретне предуговорне и уговорне обавезе за посреднике и заступнике у осигурању. Промена реторике је на линији идеје да се у први план ставља најбољи интерес потрошача, а не интерес потрошача. Када се тако постави систем, јасно је

14 Joanna Benjamin, *Financial Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 556-558.

15 Andreas Sattler, Petter Jursch, Anna Pegels, *Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Die wichtigsten Haftungsrisiken von Vorstand und Aufsichtsrat – und wie man sie vermeiden kann*, VSRW-Verlag, Bonn, 2003, 37.

16 Luca Enriques, Matteo Gargantini, „The Expanding Boundaries of MiFID’s Duty to Act in the Client’s Best Interest: The Italian Case“, *The Italian Law Journal*, Vol. 3, No. 2, 2017, 486-487.

да је професионални интегритет дистрибутера осигурања подређен изналажењу производа осигурања који најбоље одговара потребама и захтевима потрошача. Никакав *saveat emptor* не може да постоји између клијента и дистрибутера осигурања.

Најпре, дистрибутер треба да поступа поштено према својим клијентима, будућим осигураницима. Дужност поштееног поступања је стављена на прво место с разлогом. Она је директан опозит непоштеној продаји осигурања. Наиме, једна од најзначајнијих новина и програмских циљева ДДО директиве је *борба против непоштене продаје производа осигурања*. Од када је донета ДПО до данас у европској пракси осигурања уочени су различити модалитети непоштене продаје осигурања. Ми смо трамо да се сви појавни облици могу сврстати у један од два облика: намерна и непажљива продаја неодговарајућих производа осигурања.<sup>17</sup> Код појма непоштене продаје услуга осигурања акценат је на томе да је финални производ који је прибавио потрошач неодговарајући, односно да се не поклапа са оним што је он желео да прибави.<sup>18</sup> При том, проблем *непоклапања* купљеног производа осигурања са оним што је потрошач имао у виду може бити последица неадекватности самог производа или пружених информација о њему у односу на тачно одређеног потрошача.<sup>19</sup> Како је код сложених производа осигурања неуком потрошачу тешко или скоро немогуће да без ослонца на професионални савет дистрибутера осигурања одабере одговарајуће осигурање, то је кључна новина ДДО директиве постало саветовање. У описаном контексту треба посматрати увођење *редефинисаног концепта саветовања потрошача, са посебним акцентом на тзв. персонализовано саветовање*. Нико не може исправно да дистрибуира производ осигурања ако нема минимум потребних знања и ако не даје адекватне информације о производу осигурања. Али, давање информација не треба да буде паушално и без узимања у обзир захтева и потреба конкретног потрошача.

---

17 Иначе, термин производи осигурања који користи ДДО директива нам се не допада. Осигурање је по својој природи и суштини услуга, а не производ. Један од разлога зашто потрошачи имају проблема да схвате осигурање је његова неопипљивост, апстрактност и одређеност на основу правног поретка. В.: Meinrad Dreher, *Die Versicherung als Rechtsproduct, Die Privatersicherung und Ihre Rechtliche Gestaltung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1991, 31-46.

18 Продаја је непоштена у следећим ситуацијама: када дистрибутер осигурања има преварну намеру (најуже схватање); намерна продаја неодговарајућих производа ради стицања добити на рачун неких клијената; продаја производа који су бескорисни одређеном потрошачу, итд.

19 М. Rocío Quintás Eiras, „A New European Market in Insurance Distribution“, *LeXonomica*, Vol. 9, No. 1, 2017, 6-7.

Осим што треба да смањи непоштену продају осигурања, захтев поштеног поступања дистрибутера осигурања повлачи још једну квалитативну новину: *уважавање моралних постулата*. Сам термин поштено поступање имплицира да дистрибутери нису ограничени на уважавање закона, већ да у свом пословању треба да се ослањају и на моралне регуле. Тако морално поступање постаје императив, а ДДО уводи *принцип уговорне солидарности* у дистрибуцију осигурања. Наглашавамо да значај морала нарочито долази до изражаја код конципирања споредних обавеза дистрибутера осигурања.<sup>20</sup> Ово зато што су главне обавезе најчешће детаљно уређене националних законима, док код извршавања споредних обавеза према потрошачима има више простора за морално поступање.

Посматрано из угла континенталних правних система, обавеза савесног поступања дистрибутера осигурања асоцира на начело савености и поштења широко прихваћено као врховно начело у свим правним системима. Када је реч о уговору о осигурању, овом начелу се традиционално придаје већи значај него код осталих уговора, те се оно означава као максимално добра вера.<sup>21</sup> Наглашавамо да се ово начело одувек односи на релацију осигуравач-уговарач осигурања (осигураник). Његова примена није временски ограничена, већ се примењује од предуговорне фазе до престанка важења уговора о осигурању. Значај ове директиве је утолико већи што изричито и у форми начела обавезује и дистрибутере који нису осигуравачи, дакле посреднике и заступнике у осигурању, да се придржавају начела савесног поступања. То значи да сваки дистрибутер осигурања треба да развије коректан однос према потрошачима, да се труди да обавезе које има према њима (као што је предуговорно информисање) изврши на разумљив и јасан начин, да их не доводи у заблуду и уопште да не прибегава пракси која може деловати збуњујуће на потрошаче и навести их на погрешне пословне одлуке. У том смислу увођење обавезе савесног поступања представља заокруживање регулаторног оквира. Након имплементације ДДО директиве, који год канал дистрибу-

---

20 Јован Славнић, „Обавеза дистрибутера осигурања да у обављању послова поступа поштено, коректно и професионално“, *Европска ревија за право осигурања*, бр. 2/2018, 12-13.

21 Ole Lando, „Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?“, *ERPL*, No. 6, 2007, 842; John Lowry, Philip Rawlings, *Insurance Law, Doctrines and Principles*, Second Edition, Hart Publishing, Oregon 2005, 77-78; Rafael Illeskas Ortiz, „Principios Fundamentales del Contrato de Seguro“, Carlos Ignacio Jaramillo J. (ed.), *Derecho de Seguros y Reaseguros*, Liber Amicorum en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo, Grupo editorial, Ibañez, Bogotá 2015, 10-11;

ције да изабаре, потрошач услуга осигурања требало би да ужива исти степен фер и коректног поступања.

Професионално поступање дистрибутера се надовезује на поштено и савесно поступање. Од дистрибутера осигурања који испуњава услове стручне оспособљености и професионалног интегритета може се очекивати да се према клијентима односи поштено и савесно. Од њега се основано очекује да добро познаје понуду на тржишту осигурања, да пружи савет прилагоди конкретном клијенту (тј. његовој стручности и упознатости са осигурањем), као и да га усмерава само ка оним производима осигурања који су му корисни. Концепт саобразног савета и саобразне продаје осигурања из ДДО томе служе. ДДО директива обавезује дистрибутера да *сви предложени уговори треба да буду у складу са потрошачевим потребама и захтевима*. Слична одредба није постојала у Директиви 2002/92. Дистрибутер ће по новом регулаторном оквиру морати да се држи теста захтева и потреба код предлагања покрића. Он не може без икаквог ослоња у индивидуалним потребама и захтевима стварног потрошача да тек тако предложи неки уговор.<sup>22</sup> Другим речима, потрошач има право да му се предложи само они уговори који рефлектују његове захтеве и потребе, који су на јасан начин саопштени дистрибутеру осигурања. Овим долазимо до појма *корисности* предложеног уговора потрошачу.<sup>23</sup> *A contrario*, ако уговор није користан стварном потрошачу, постојаће непоклапање производа осигурања и стварог клијента као модалитет непоштене продаје. Осигурање ће бити несаобразно ако је потрошач купио осигурање коју му не пружа заштиту од ризика које полиса треба да обухвати, било због искључених штета, било због неке друге одредбе општих услова осигурања.<sup>24</sup> Несаобразност производа осигурања до које долази кршењем обавезе усклађивања предложеног угово-

22 David Rüll Passau, „Die neue Versicherungsvertriebsrichtlinie – zugleich Anmerkungen zum Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes“, *Verbraucher und Recht*, Heft 4, 2017, 132-135.

23 Како је један од циљева ДДО директиве борба против несавесне продаје осигурања, то је логично забранити продају потпуно неодговарајућих производа осигурања.

24 Посредник је у обавези да приликом избора покрића води рачуна о жељама и прохтевима свог клијента у вези са осигуравајућом заштитом. Стога је он одговоран за кршење дужности саветовања када прибави полису против ризика крађе, која искључује покриће за предмете остављене у возилу у току ноћи, без указивања на ово искључење и без упућивања предлога о комплетнијем покрићу. Што се тиче осигурања од одговорности, посредник крши дужност саветовања када свом клијенту прибави осигурање које не покрива велики део његових професионалних активности. В. Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања, Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Правни факултет, Београд 2015, 211-212.

ра и клијентових захтева и потреба нарушава поверење у осигурање. Наиме, потрошач се најчешће опредељује за одређени производ осигурања зато што му је исти предложио дистрибутер осигурања. Сама чињеница да постоји непоштена продаја осигурања урушава поверење потрошача у дистрибутивни систем осигурања, односно у компетентност оних који представљају тај систем.<sup>25</sup> Осим тога, непоштена продаја производа осигурања је и етички спорна. Ако дистрибутер осигурања већ зна за потребе потрошача, није етички прихватљиво да му предложи уговор који није саобразан његовим потребама и захтевима.

Најзад, дужност дистрибутера да поступају савесно, поштено и професионално је сублимирана у општем начелу поступања у најбољем интересу потрошача. Све три одреднице фидуцијарне дужности усмерене су ка истом циљу – остварењу и заштити најбољег интереса потрошача. Поставља се питање шта у ствари представља овај за континенталне правнике прилично нејасан стандард. Већ смо указали на то да је дужност поступања у интересу потрошача постојала и пре усвајања новог регулаторног оквира дистрибуције у осигурању. Добро корпоративно управљање није могуће без уважавања интереса свих заинтересованих лица. Међутим, ДДО је направљен искорак у правцу подизања стандарда заштите потрошача услуга осигурања. До усвајања ове директиве даваоци услуга осигурања (осигуравачи, посредници и заступници у осигурању) су имали обавезу да воде рачуна о интересима потрошача. Да је тако и у нашем праву сведочи програмска одредба Закона о осигурању по којој се и надзорна функција Народне банке Србије врши ради заштите права и интереса осигураника и других корисника осигурања.<sup>26</sup> Али, по нашем важећем концепту и по ДПО, интерес потрошача услуга осигурања је био један од неколико интереса о коме је требало водити рачуна. Другим речима, интерес потрошача није био ништа више истакнут од интереса акционара, поверилаца или запослених.

По ономе што прописује чл. 17 ДДО, ствари постају другачије. Од свих дистрибутера осигурања се сада очекује да раде у најбољем интересу потрошача. Тиме правни оквир корпоративног управљања у осигурању постаје битно другачији у односу на правни оквир корпоративног управљања у другим делатностима. Ово зато што је велики број притужби потрошача указао на проблем њиховог незадовољства изазваног непо-

---

25 До куповине непотребних производа осигурања сразмерно чешће долази ако потрошач није ангажовао посредника или заступника у осигурања. Из овог разлога је ДДО директивом проширена обавеза персонализованог саветовања и на осигуравача.

26 Закон о осигурању (даље: ЗО), *Службени гласник РС*, бр. 139/14, чл. 13. ст. 1.

штеном продајом осигурања. Из тих случајева је било јасно да савесно и поштено поступање не мора увек значити и уважавање најбољег интереса потрошача. Стога је фидуцијарном дужношћу појачана обавеза дистрибутера осигурања.<sup>27</sup> Највећа погодност коју доноси комбиновање конкретних обавеза са начелом рада у најбољем интересу клијента је да ће дистрибутери у исто време имати стриктна и јасна правила о томе како треба да се односе према клијентима и један општи стандард који може послужити за стварање недостајућих норми и правила за регулисање односа дистрибутера према клијентима приликом обављања послова за њих. Законодавац по природи ствари није могао предвидети правила за апсолутне све ситуације до којих може доћи у вршењу дистрибуције осигурања. За такве случајеве начело најбољег интереса клијента је од непроцењиве користи. Наглашавамо, према доброј европској пракси, поступање у најбољем интересу је правни стандард чију садржину би у крајњој линији имало да утврђује надзорно тело (и суд ако дође до спора!), а не дискреционо овлашћење. Овим желимо да нагласимо да је онај који примењује ово начело везан у том смислу да мора добро да познаје важећи регулаторни оквир и да само евидентне празнине и неусаглашености у регулаторном оквиру може да попуњава, односно отклања позивом на начело. То ће из угла нашег права бити велика промена, будући да код нас од када је уведен тржишни принцип углавном постоји надзор заснован на примени правила, а не принципа. Иако је ЗО НБС у својству надзорног тела добила овлашћење да у спровођењу надзора контролише и примену корпуса *soft law* (добри пословни обичаји, правила струке осигурања, пословна етика), тежиште надзора је и даље на контроли законитости пословања. О одређеном искуству НБС у вези са контролом примене меког права сведочи податак да је она донела бројне смернице упућене осигуравачи у циљу имплементације уважавања пословне етике у осигурању и реосигурању.

---

27 Да ли је обавеза дистрибутера да поступа у најбољем интересу потрошача услуга осигурања облигација циља? Иако из језичког (а и циљног) тумачења наведене одредбе произлази да је реч о обавези средства, а не циља, она за дистрибутере представља велико оптерећење. Ако је већ законодавац желео да уведе обавезу средства, много ефикасније је то могао учинити коришћењем формулације по којој дистрибутери треба да настоје да раде у интересу друштва. Дистрибутери би довољно били обавезани и формулацијом која не садржи наглашавање интереса потрошача коришћењем придева „најбољи“!

### III Како се одређује садржина стандарда најбољег интереса клијената?

Осим што је имао несумњиву намеру да подигне стандарде дистрибуције осигурања и заштите потрошача, европски законодавац је истицањем најбољег интереса потрошача оставио отвореним како ће се утврђивати *in concreto* да ли је одређени дистрибутер заиста радио у најбољем интересу потрошача. Дакле, једно од најзначајнијих питања са практичном конотацијом биће како одредити ближу садржину овог стандарда.

Да пођемо од негативног одређења. Оно што је сигурно је да дистрибутери треба да избегавају сукоб интереса, јер дистрибутер који је у сукобу интереса неће моћи да ради у најбољем интересу клијента.<sup>28</sup> Суштина дужности лојалности је да *разграничава интересну сферу дистрибутера од интересне сфере потрошача*, за које увек постоји опасност да се помешају и да то буде на штету потрошача! Дакле, сви дистрибутери имају обавезу да идентификују, спрече и обелодане сукоб интереса (чл. 27, 28 ДДО). Заправо, шема из ДДО је таква да је акценат на спречавању сукоба интереса. Мера обелодањивања сукоба интереса је *ultima ratio*, идеја директиве је да се предузму кораци како до сукоба интереса уопште не би долазило. Транспарентност у односу са потрошачима налаже да дистрибутер обелодани сваку релацију са осигуравачем која утиче на његово тржишно поступање.<sup>29</sup> При том ће сам начин реша-

28 Рецитал 39 ДДО каже: „Све већи распон активности које многи посредници у осигурању, те друштва за осигурање обављају истовремено повећала је могућност сукоба интереса између тих активности и интереса потрошача. Стога је потребно предвидети правила којима ће се осигурати да се ти сукоби интереса не одразе негативно на интерес потрошача.“ (подвукла Н. П. Т.).

29 Таква обавеза постоји и по ДПО, и по нашем ЗО. Наиме, друштво за посредовање у осигурању дужно је да уговарача осигурања, односно осигураника упозна са свим правним и економским везама са друштвом за осигурање, које могу утицати на његову непристрасност у извршавању обавеза према том лицу. Прецизирано је шта се сматра правним и економским везама са друштвом за осигурање: то су одредбе уговора о посредовању закљученог између друштва за посредовање у осигурању и друштва за осигурање/реосигурање, на основу којих је: 1) друштво за посредовање дужно да посредује искључиво у закључењу уговора о осигурању са одређеним друштвом за осигурање или 2) је уговорило право на увећану провизију у односу на уобичајену провизију за посредовање код одређених врста осигурања. Дакле, ако друштво за посредовање у осигурању има ексклузивни уговор о посредовању са одређеним осигуравачем или је уговорило увећану провизију са одређеним осигуравачем дужност лојалности налаже да са тим околностима упозна потрошача услуга осигурања. Ово зато што наведени случајеви стварају оправдану сумњу у непристрасност посредника и извршење законске дужности саветовања *lege artis*. У.: С. Verdure, "Les notions de transparence et de conflits d'intérêt en intermédiation en assurances: examen de la proposition de nouvelle directive



вања сукоба интереса зависи од следећих фактора: природе, врсте, величине и сложености активности које предузима одређени дистрибутер осигурања.<sup>30</sup> За потребе овог разликовања указујемо на дистинкцију између зависног заступника (који ради само за једног осигураваача) и посредника у осигурању (који није уговором везан за одређеног осигураваача). Садржина начела најбољег интереса потрошача зависиће управо од тога да ли се разматра поступање првог или другог. Први ће моћи да уважава најбољи интерес потрошача врло лимитирано, тј. у границама онога што може да понуди осигураваач са којим је везан уговором (о ексклузивном заступништву). Други ће имати много шири дијапазон обавеза, чији је заједнички именоватељ најбољи интерес потрошача.

Поређања ради, ЗПД као трансплант англосаксонског права и праксе, уводи дужност директора и чланова управног одбора (као и осталих лица која су истим законом одређена као лица која имају посебне дужности према друштву!) да поступају савесно и лојално према привредном друштву.<sup>31</sup> Они своје послове треба да извршавају савесно, са пажњом доброг привредника, у разумном уверењу да делују у најбољем интересу привредног друштва. Инсистирањем на *очувању поверења*, које је разлог зашто је одређено лице изабрано за директора компаније, жели се спречити да директори врше своја овлашћења на начин који може бити штетан по друштво и да злоупотребе поверење.<sup>32</sup> Аналогија се може уочити на примеру дистрибутера осигурања који, с једне стране, при вршењу послова могу доћи у сукоб интереса, а са друге стране, пружају савете потрошачима од којих зависи њихова одлука у вези са уговором о осигурању. Сама реч фидуцијарни асоцира на поверење. Понављамо: увођењем фидуцијарне дужности на страни дистрибутера жели се истаћи *значај неправне компоненте за регулисање односа дистрибутера и клијената који су их ангажовали*. Под тим првенствено мислимо на пословну етику у осигурању, добре обичаје и правила струке осигурања. Поверење клијената у дистрибутере осигурања и начин на који ће обављати пословање кључна је претпоставка „здравог“ односа. Наше је мишљење да ће за сврхе имплементације новог регулаторног оквира бити неопходно да се

---

IMD2", *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 2013, 1507; Yvonne Lambert-Faivre, Laurent Laveneur, *Droit des assurances*, 14 édition, Dalloz, Paris 2018, 182.

30 M. Rocío Quintás Eiras, 6-7.

31 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018 и 95/2018 (даље: ЗПД), чл. 63.

32 Hans Caspar von der Crone, „Haftungs und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“, *SZW/RSDA*, Heft 1, 2006, 7-8.

по хитном поступку усвоји нови кодекс пословне етике у осигурању и реосигурању.<sup>33</sup> На овом месту ваља поновити наше дугогодишње залагање не само за усвајање модерног кодекса пословне етике у осигурању и реосигурању, већ и за усвајање кодекса пословне етике посредника и заступника у осигурању.<sup>34</sup> Како смо свесни да ће тако нешто бити могуће тек када заживе струковна удружења посредника и заступника у осигурању, сматрамо да би први корак требало да буде усвајање генералног кодекса пословне етике у делатности осигурања. Одредбе кодекса пословне етике могу да послуже као оријентир и смерница приликом конкретизације садржине најбољег интереса клијента од случаја до случаја. Посебно ће бити корисно да се у будућем кодексу наведу поступци дистрибутера који се сматрају повредом начела савесног и поштеног поступања у најбољем интересу потрошача услуга осигурања. Заправо, идеја увођења овако флексибилног стандарда има смисла само ако се за потребе његове примене искористе остали ванправни извори који постоје у једном правном поретку.

Дужност поступања у најбољем интересу потрошача се у сектору осигурања манифестује на специфичан начин. Заправо, учили смо бар три проблема који ће бити сметња у одређивању најбољег интереса потрошача. Први проблем у вези са конципирањем заштите уговарача осигурања потиче отуда што није могуће издвојити само један његов интерес као примарни и исти штитити у односу на осигуравача. Заправо, сваки уговорач осигурања има бар два међусобно колидирајућа интереса: *интерес заштите и интерес уштеде*.<sup>35</sup> Први интерес захтева гарантовање одговарајуће осигуравајуће заштите уговарачу осигурања, односно непримену сувише строгих санкција у случају његовог погрешног понашања (пропушта). Интерес заштите се остварује повећањем права уговарача у односу на осигуравача и/или смањењем његових дужности према осигуравачу.<sup>36</sup> Интересу заштите се супротставља интерес уштеде, који се

33 У Србији постоји Кодекс пословне етике у осигурању и реосигурању из 1998. године.

34 Наташа Петровић Томић, „Пословна пракса и етика у осигурању“, у: Наташа Петровић Томић (ур.), *Приручник за обуку за полагање стручног испита за стицање звања овлашћеног посредника и овлашћеног заступника у осигурању*, Привредна комора Србије, Београд 2018, 268-269.

35 Oliver Brand, „Verbraucherschutz im Versicherungsrecht“, *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen*, Egon Lorenz (Hrsg.), *Versicherungsrecht*, Schriften 47, 2012, 68.

36 Осим тога, бројни инструменти заштите потрошача осигурања, иако креирани са циљем побољшања заштите интереса појединачног уговарача осигурања, у међусобном дејству често имају за последицу „ефекат потирања“. Заправо, овај ефекат се везује за неколико ситуација. Издвајамо пример који сматрамо најилустративнијим: однос дужности информисања и права

састоји у обезбеђењу одговарајуће осигуравајуће заштите по што је могуће повољнијој цени.<sup>37</sup> Између поменутих интереса постоји противречност која се састоји у томе да се захтев заштите интереса уговарача осигурања у виду повећања његових права и/или смањења дужности реализује на терет интереса штедње, тј. кроз повећане премије осигурања.<sup>38</sup> Ситуација постаје апсурдна до те мере да уговарач осигурања сам плаћа проширење своје заштите.

У немачкој теорији се оспорава легитимност законодавне технике, која фаворизује интерес заштите у односу на интерес штедње.<sup>39</sup> Да ли је легитимно и у складу са интересима уговарача осигурања наметање повећане заштите уговарачу осигурања на уштрб интереса штедње? Оваквим приступом уговарачу се намеће једна врста *принудне куповине*: он мора да повећану заштиту плати повећањем премије и нема други избор.<sup>40</sup> Закон му, наиме, не дозвољава да се определи за интерес штедње и да пристане на мањи ниво заштите. Оваквим законодавством сви осигураници су практично принуђени да оптирају за виши степен заштите, без обзира на то да ли им је она заиста потребна, односно без обзира на то да ли је могу приуштити.

Други проблем у вези са заштитом уговарача осигурања потиче услед конфликта интереса различитих група уговарача осигурања. Заштита интереса појединачног уговарача осигурања не би смела бити на штету колективног интереса осталих осигураника.<sup>41</sup> Постоје, наиме, случајеви у којима се не може јасно идентификовати интерес уговарача осигурања који треба законом заштити. У питању су уговарачи осигурања који припадају различитим групацијама, чији интереси су међусобно неспојиви.<sup>42</sup> Најбољи пример је регулисање откупне вредности животног осигурања. Приликом одређивања откупне вредности постоје два приступа, који одговарају интересима различитих уговарача осигурања. Први је да се откупна вредност животног осигурања одреди што је могу-

---

на повлачење из уговора. И једно и друго право служе повећању заштите уговарача осигурања. Међутим, ако се ова два инструмента заштите посматрају у садејству, долази се до закључка да деловањем једног другог инструмента губи смисао. В.: Oliver Brand, 68.

37 *Ibidem.*

38 *Ibidem*, 68.

39 *Ibidem.*

40 *Ibidem.*

41 Hubert Groutel, Fabrice Leduc, Pfilippe Pierre, Maud Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris 2008, 122.

42 Oliver Brand, „Verbraucherschutz im Versicherungsrecht“, 69.

ће више. Јасно је да овакав начин одређења откупне вредности иде у прилог уговарача осигурања који уговор желе или морају да окончају пре истека рока на који је закључен. Други је одређење откупне вредности у што је могуће нижем износу. Уговарачи осигурања који планирају да уговор одрже на снази до истека рока на који је закључен или до настанка осигураног случаја подржавају овакву процену откупне вредности. Оба интереса су легитимна, али нису спојива.

Поред проблема везаних за колизију интереса појединачног уговарача осигурања и различитих групација уговарача осигурања, потрошачко право осигурања се суочава и са различитом концепцијом заштите појединачних и колективних интереса. Када се повећава степен заштите појединачног потрошача увођењем нових права или смањењем постојећих дужности, то се чини на терет осталих уговарача осигурања чланова ризичне заједнице, који плаћањем увећане премије осигурања практично субвенционирани појединачног уговарача осигурања.<sup>43</sup>

#### **IV Регулаторни и корективни значај кровног начела**

Начело поступања у најбољем интересу потрошача у облику који познаје ДДО директива има две основне функције: регулаторну и корективну.

Домет регулаторне функције поступања у најбољем интересу потрошача одређен је његовим карактером. ДДО каже да је опште начело, односно руководни принцип. Као такав обликује пословно поступање дистрибутера бар на два начина. Прво, принцип најбољег интереса клијената представља *генерални стандард* кога сви дистрибутери треба да се придржавају у пословању са својим клијентима. Оно у том смислу допуњује систем конкретних правила из нове директиве. Другим речима, овај принцип се примењује увек и директно, што повлачи две консеквенце. Прво, основ је одговорности дистрибутера осигурања, чак и када није повређено одређено правило из ДДО. На овакав закључак наводи регулаторна техника коју користи ДДО. Ова директива уводи принцип најбољег интереса клијента заједно са обавезом савесног, поштеног и професионалног поступања. Принцип најбољег интереса потрошача примењује се и када је неко питање уређено конкретним прописом. То имплицира да најбољи интерес коегзистира са конкретним обавезама дистрибутера из ДДО. Сама одговорност може бити административна (предузимања одређених мера према дистрибутеру осигурања од надзорног тела) или

---

43 *Ibidem*, 70.

уговорна. Друго, примена дужности поступања у најбољем интересу клијента се *не може искључити на основу споразума дистрибутера осигурања и клијента*.

Иако на први поглед користан, принцип рада у најбољем интересу потрошача биће велики изазов за правни поредак попут нашег. За то постоје два разлога. Први је недовољно искуство са правним стандардима овакве садржине. Али, тај проблем није нерешив. Код нас постоји вишедеценијска пракса примене начела савесности и поштења, посебно у домену уговора о осигурању. Други проблем у примени начела најбољег интереса потрошача биће теже решити. Он је директна импликација онога о чему смо више пута писали, а што се најкраће може назвати недостацима уговорног дела регулаторног оквира осигурања. Код нас је у овом тренутку материја уговора о осигурању у значајној мери неусклађена са стандардима заштите потрошача услуга осигурања. То би значило да ће потенцијални број случајева у којима долази до изражаја корективна улога начела најбољег интереса потрошача бити сразмерно већи него у правним системима који имају изграђен и модеран регулаторни оквир. То, опет, поставља питање колико је наша судска пракса (а исто важи и за надзорно тело) спремна за такав задатак.

Поред директне примене, принцип најбољег интереса клијента осигурања има и интерпретативну улогу у новом систему дистрибуције осигурања. Бројна правила која се могу сматрати конкретизацијом овог принципа (попут забране сукоба интереса или правила о наградама дистрибутера) тумаче се у смислу који одсликава филозофију најбољег интереса потрошача. При том напомињемо да тумачење одредаба ДДО треба да буде флексибилно и у светлу пружене услуге. Само на тај начин се може постићи *разуман регулаторни еквилибријум*.<sup>44</sup> Осим тога, позивом на најбољи интерес клијента попуњавају се све правне празнине у примени не само ДДО директиве, већ и измена националних законодавстава којима се имплементира ДДО. Оно је у том смислу кровни принцип система дистрибуције по ДДО директиви.

Идеја која се наслућује иза ове суштинске промене је да дистрибутери при обављању послова дистрибуције имају обавезу да се понашају поштено, коректно и професионално при сваком контакту са потрошачима, а посебно при закључењу уговора, извршавању обавеза и вршењу права из уговора закљученог захваљујући дистрибуцији. Ако се у први

---

44 Luca Enriques, Matteo Gargantini, 508-509.

план стави заштита најбољег интереса потрошача претпоставља се да ће то довести до смањења непоштене продаје осигурања.

Корективна функција начела поштеног, коректног и професионалног поступања има исту тежину као и регулаторна функција. Њен значај је утолико лакше разумети ако се каже да се позивом на начело поступања у најбољем интересу потрошача може одступити од директне примене оних одредаба директиве или националних закона који нису у најбољем интересу потрошача. Принцип најбољег интереса потрошача зато представља главни коректив правила која нису у духу новог регулаторног оквира. Оваква улога принципа најбољег интереса потрошача се може оценити и као врло подстицајна за даљи развој института дистрибуције, али и као врло изазовна за оне који ће је примењивати. Она пред онога ко ће је примењивати ставља терет процене шта је најбоље за потрошача у конкретном случају и на који начин одступити од слова закона како би се тај интерес остварио. Посматрано из угла нашег права посебно је велики маневарски простор за примену принципа најбољег интереса потрошача приликом вршења права из уговора закљученог захваљујући дистрибутерима осигурања. Наш регулаторни оквир уговора о осигурању је у бројним питањима застарео или поднормиран. Довољно је узети за пример осигурање од одговорности (које је уређено са само два члана) или добровољно здравствено осигурање (које ЗОО уопште не уређује, већ је делимично уређено подзаконским актом). Отуда наше залагање за усвајање секторског закона о уговору о осигурању добија још више на тежини ако се узму у обзир изазови са којима ћемо бити суочени у поступку имплементације новог регулаторног оквира. Паралелно са изменама статусног законодавства требало би радити на унапређењу уговорног дела регулаторног оквира осигурања.

Осим тога, инаугурацијом принципа поступања у најбољем интересу потрошача долази до интегрисања пословне етике и уопште поступања по правилима струке осигурања у пословање свих дистрибутера осигурања. Такође, овим начелом се надограђује „обично“ начело савесности и поштења које је универзално прихваћено у свим правним системима. Дистрибутерима се овом директивом налаже да се понашају коректно, савесно и професионално, и да то буде у најбољем интересу потрошача. Пошто су стручњаци за осигурање, на њих је преваљен терет процене шта је најбољи интерес потрошача.

Само синергијом ових функција може се остварити циљ прокламован ДДО директивом: избегавање злоупотреба дистрибутера на штету потрошача и повећање степена заштите потрошача у односу на стање које постоји од усвајања ДПО.

## V Поглед на наше право из перспективе новог регулаторног оквира осигурања

С обзиром на далекосежне промене које доноси ДДО директива поставља се питање коју форму имплементације изабрати за наше право. Две су могуће опције. Прва је да се измени одељак 30 посвећен посредовању и заступању у осигурању, и да се у наше право уграде стандарди заштите које захтева нова директива. Друга опција – за коју се залажемо – је да се искористи овај тренутак и предузме кључни корак за даљи развој дистрибутивног система осигурања у нашој земљи. Најбоље би било да се усвоји *lex specialis* пропис, којим би се нормирала дистрибуција у осигурању у Србији на комплетан и на европским принципима засновани начин. За сада је овај сегмент законодавства поднормиран, што се одражава на дистрибутивну мрежу у Србији. Да ли ће се нови закон звати Закон о дистрибуцији у осигурању<sup>45</sup> или просто Закон о посредовању и заступању у осигурању ствар је договора. Иначе, наше је уверење да све особености сектора осигурања, као и потреба стварања подстицајног регулаторног оквира осигурања, налажу усвајање посебних прописа. Од почетка развоја тржишта осигурања код нас је прихваћен *lex specialis* метод само за статусна питања осигурања, док су сви остали сегменти регулисани у неком од општих прописа. Сматрамо да уместо одељка о посредовању и заступању у осигурању наш законодавац треба да се одважи и усвоји посебан закон о дистрибуцији осигурања, којим би на свеобухватан начин уредио бројна статусна и уговорна питања дистрибуције у осигурању. Уосталом, то је био приступ држава чланица ЕУ чији претходни правни систем је упоредив са нашим. Најбољи пример је Чешка, које је у процесу транзиције одабрала форму посебног прописа и за регулативу дистрибуције у осигурању.

Полазећи од измена коју доноси ДДО, корисно је поређење важећег права о посебној дужности саветовања коју посредник има према потрошачу пре закључења уговора о осигурању. Наглашавамо да последњих 15 година ту обавезу имају само посредници у осигурању. Према 30 друштво за посредовање у осигурању треба да уговарачу осигурања, односно реосигурања *пружи објашњења и савете о околностима које су од значаја за закључење уговора о осигурању*, односно реосигурању. Да ли је дужност саветовања у облику коју познаје 30 нека врста претходног законодавства у односу на концепт најбољег интереса потрошача?

---

45 Промена назива би указивала на измењени концепт посредничких послова у осигурању.

Најпре, дужност саветовања је *генерална клаузула*. Она је законом конкретизована и подразумева неколико конкретно дефинисаних дужности посредника. Пре него што се укратко подсетимо тих дужности, напомињемо да је конкретизација генералне клаузуле од велике користи за праксу и за надзорно тело. Тиме се смањује маневарски простор за пружање доказа да одређена обавеза не улази у дужност саветовања, коју наше право тек од недавно познаје. Прво, *посредника треба да пре закључења уговора одреди потребе и захтеве уговарача осигурања, односно осигураника, на основу података добијених од тих лица.*<sup>46</sup> Треба правити разлику између субјективних и објективних елемената о којима посредник треба да се информише. Када је реч о *субјективним елементима*, посредник је у обавези да се упозна са жељама и потребама осигураника. То подразумева да му уговарач саопшти за који облик осигуравајуће заштите је заинтересован, каква су његова очекивања у погледу деловања осигурања, као и да му саопшти што више података из којих ће посредник закључити какве су његове потребе за осигуравајућом заштитом. Што се тиче *објективних елемената*, посредник треба добро да се распита о материјалној ситуацији уговарача осигурања и о његовим финансијским приликама. Наглашавамо да је у овој фази значајнија улога уговарача осигурања. Он треба да се што јасније и прецизније изрази о својим жељама и потребама, као и да посреднику предочи своје материјално стање. Његови одговори на питања посредника треба да буду тачни и сажети, уз евентуална разјашњења када је то потребно с обзиром на сложеност питања. Посредник је дужан већ у овом тренутку да му укаже на заблуде у погледу осигуравајуће заштите и његових очекивања. Што су жеље и потребе јасније описане, а материјално стање приказано реалније, то ће посао осигураваача у следећој фази бити лакши.<sup>47</sup> Да ли поменута обавеза значи да код нас већ постоји тест захтева и потреба из ДДО? Иако је по слову закона посредник дужан да се распита о потребама и жељама уговарача

46 За извршење дужности саветовања кључна је сарадња уговарача осигурања са посредником осигурања. Повод саветовања је у личности осигураника (напр.: незнање) или у сложености жељеног производа осигурања. Стога је уговарач дужан да посреднику јасно и тачно одговори на сва питања која му он постави пре давања савета. Тако и: Nichem Khoury, *L'Information et le Conseil dus au Preneur d'Assurance*, Collection de l'Institut de Droit des Assurances, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2011, 90.

47 Примера ради, уговарач осигурања који жели да прибави неки облик животног осигурања треба да посреднику открије следеће: о ком модалитету осигурања је размишљао, зашто је изабрао управо тај, а не неки други облик животног осигурања, који циљ жели да постигне куповином тог осигурања (да се побрине са своју старост или да збрине своје најближе за случај смрти), какво је његово здравствено стање, колики је износ премије спреман да плати, какви су му приходи, посебно да ли има привремене повећане приходе, итд.



осигурања, у даљој разради дужности саветовања није наглашена његова везаност резултатима тог теста.

Друго, *посредник треба да посредује, ради преговарања о закључењу уговора о осигурању са друштвом које, у односу на околности појединог случаја, осигуранику нуди најбоље покриће.* Избор осигуравача који нуди најбоље покриће у односу на околности појединог случаја је неспорно темељ заштите уговарача осигурања у важећим условима. Али, оно што недостаје је усмереност тог избора према резултатима теста захтева и потреба. Могло би се (можда) резоновати да се подразумева да ће посредник препоручити осигуравача који нуди најповољније покриће за одређеног осигураника полазећи од онога што је посредник претходно сазнао? Заправо, циљно тумачење налаже такав закључак. Али, ради спречавања непоштене продаје осигурања најбоље је да се то изричито каже у закону.

Треће, *посредник треба да изради одговарајућу анализу опасности и да предложи одговарајуће покриће.* Појам одговарајуће покриће треба схватити као помоћ при избору најбоље услуге осигурања, имајући у виду однос између жеља и могућности осигураника.

Четврто, *посредник треба да наведе разлоге за дате савете у вези са предложеним уговором,* односно да образложи зашто је предложио одређено друштво за осигурање. Кључно је да посредник увери потрошача да је предложио конкретног осигуравача зато што је он "best choice", имајући у виду однос између његових жеља за осигуравајућом заштитом и његових могућности. Када пружи одређени савет уговарачу осигурања, посредник му истовремено мора навести и разлоге зашто сматра да је конкретни вид осигуравајуће заштите за њега боља опција од других (алтернативних) облика осигурања. Савет треба да буде поткрепљен чињеницама, које чине вероватним управо резонување посредника.

Пето, *посредник треба да обавести друштво за осигурање о осигураниковој намери да закључи уговор о осигурању и да осигуранику понуди полису осигурања, односно уговор и упозна га са правилима за израчунавање премије осигурања.*

Шесто, *посредник треба да провери садржину полисе осигурања.* Он нема овлашћење да попуњава полису осигурања, то је овлашћење заступника. Али, након што осигуравач или његов заступник сачине полису, а пре него што је потпише уговарач осигурања, посредник би требало да провери њену садржину. Ово највише због уочавања евентуалних измена које би осигуравач могао унети у полису, а којима се одступа од садржине

усменог договора. Ако уговарач у одређеном року након испостављања полисе не упути примедбе осигуравачу у погледу одступања, важи претпоставка да полиса одговара садржини постигнутог споразума.

Седмо, *посредник треба да понуди помоћ осигуранику за време трајања уговора о осигурању, пре и после настанка осигураног случаја, а нарочито да води рачуна о томе да осигураник у утврђеним роковима изврши радње које су од значаја за очување, односно остваривање права из уговора о осигурању.* У контексту извршења ове обавезе, осигуравач је дужан да у контакту са уговарачем осигурања укаже на последице давања нетачних информација о ризику. Такође, посредник треба да упозори уговарача на последице неплаћања премије о року, на последице неблаговремене пријаве промене ризика, итд. Његов је задатак нарочито значајан када наступи осигурани случај. Осигуранику треба скренути пажњу на значај благовремене пријаве осигураног случаја и подношење документованог одштетног захтева.

Осмо, *посредник треба да прати извршавање уговора о осигурању, који је осигураник закључио уз његово посредовање.*

Девето, *посредник треба да изради предлог за измену закљученог уговора, ради веће сигурности и заштите осигураника.* Посредник треба да прати потребе осигураника у току трајања уговора о осигурању и да предложи измене уговора, ако је то потребно ради заштите интереса осигураника при измењеним околностима.

Дакле, у нашем праву постоји одређено искуство у вези са заштитом интереса потрошача које може бити од помоћи приликом имплементирања одредаба нове директиве. То искуство за сада поседују само посредници у осигурању, док ће осигуравачи и заступници имати много тежи задатак. Кључно је да се изменама закона или усвајањем новог закона на недвосмислен начин усвоји тест захтева и потреба и концепт персонализованог саветовања потрошача. И да се његова примена екстензивно одреди, тако да обухвата сва лица која продају или пружају услуге осигурања. Само такав регулаторни оквир – који је клијентоцентричан – обезбедиће једнаку заштиту потрошача у свим ситуацијама.

## VI Закључак

Опште је прихваћено да однос осигуравач потрошач, као и однос дистрибутер осигурања клијент карактерише *информациона асиметрија и неједнакост у економском смислу.* До усвајања ДДО мало пажње је

посвећено питању поверења потрошача као слабије стране у дистрибутера чијим ангажовањем прибавља жељену услугу осигурања. Сматрамо да је највећи допринос новог регулаторног оквира уважавање значаја управо неправне компоненте за нормирање односа који настају дистрибуцијом осигурања. За заштиту потрошача на овом ступњу развоја европског *acquisa* осигурања, драгоцено је нормирање не само конкретних по правилу уговорних обавеза за дистрибутера осигурања, већ и правног стандарда на чију садржину ће одлучујуће утицати неправни моменти попут пословне етике и добрих пословних обичаја. Клијент, односно потрошач осигурања мора имати поверења у дистрибутера. Да би се то остварило ДДО уводи дужност дистрибутера да поступа поштено, савесно и професионално у најбољем интересу потрошача. Наше је мишљење да оваквом формулацијом европски законодавац свесно враћа установи римског права познатој као *fiducia*. Такав приступ сматрамо кључним за унапређење европског оквира пружања услуга осигурања. Убудуће се од свих дистрибутера осигурања – укључујући и осигураваче – очекује да у свом пословању поштују не само стриктна законска и остала правила, већ и да обрате пажњу на то шта је у најбољем интересу конкретног потрошача. Такво вођење пословања требало би да предупреди настанак непоштене продаје осигурања, која је у ЕУ препозната као највећи извор незадовољства потрошача и један од узрока кризе тржишта осигурања.

У контексту имплементације ДДО у наше право залажемо се за усвајање још једног *lex specialis* прописа, који би требало назвати Закон о дистрибуцији осигурања. Наш регулаторни оквир осигурања треба комплетирати усвајањем не само уговорног закона осигурања, већ и закона који уређује дистрибуцију у осигурању. Тиме би се и језички указало на увођење новог концепта дистрибуције у осигурању, који би одликовала целовитост регулативе свих питања посредовања и заступања у осигурању. У Србији је, наиме, овај сегмент законодавства прилично запостављен, што се одражава на развој ових делатности и заштиту потрошача услуга осигурања. Такође, наглашавамо потребу истовременог промптног усвајања кодекса пословне етике осигурања и реосигурања. То би могао бити тренутак преокрета у законодавству осигурања, које заслужује *lex specialis* приступ на свим пољима. Уз то, скорије усвајање кодекса пословне етике биће од круцијалног значаја за операционализацију фидуцијарне дужности чије увођење се очекује. Иако у нашем правном окружењу нема много искустава у вези са применом правних стандарда овакве садржине, сматрамо да ће његово усвајање омогућити надзорном телу да врши надзор на тржишту осигурања на квалитативно другачији

начин. Уосталом, и по важећем праву НБС није ограничена само на контролу законитости пословања, већ је овлашћена и да надзира поштовање пословне етике, добрих пословних обичаја и правила струке осигурања. Након усвајања измена регулаторног оквира у циљу имплементације ДДО, од највеће помоћи НБС биће одредбе кодекса пословне етике (ако се усвоји). Али, јасно је да те одредбе не могу обухватити апсолутне све случајеве до којих ће долазити у пракси. На НБС биће да од случаја до случаја цени шта конкретно значи најбољи интерес потрошача.

**Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD**

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

## **PRINCIPLE THAT INSURANCE DISTRIBUTORS SHOULD ACT IN THE CONSUMER'S BEST INTEREST**

- Distributor's fiduciary duty -

### **Summary**

*The present work provides an approach to the main change brought to the insurance market by the introduction of the Directive on insurance distribution. It is the principle that insurance distributors always act honestly, fairly and professionally in accordance with the best interest of their consumers. According to the author the new regulatory framework offers a highly protective standard as it implies the need to pursue the consumer's interests above the distributors' interests. In this way such an obligation has a pervasive role in ensuring protection of the weaker party in trust-based relationships. In the mentioned context the author is talking about the insurance distributors' fiduciary duty as an instrument with the primary aim of raising consumer confidence. This regulatory technique that combines the best interest duty with the companion duty to act honestly, fairly and professionally becomes the backbone of the new system of distribution. The European legislator has had intention to eliminate incorrect selling of insurance products as a form of the unfair product distribution. Author concludes that the Distribution directive falls short of clarifying with sufficient precision the implications of the best interest duty. That is why Serbia urgently needs adoption of business ethics code for insurance and reinsurance.*

**Keywords:** *Directive on Insurance Distribution, insurance distributors, fiduciary duty, protection of consumers, incorrect selling of insurance.*

Др Ненад ГРУЈИЋ\*

## ПРАВО КОРИСНИКА УСЛУГЕ ОСИГУРАЊА НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА О ОСИГУРАЊУ ЗАКЉУЧЕНОГ НА ДАЉИНУ

### Резиме

Аутор у овом чланку обрађује право корисника услуге осигурања на једнострани раскид уговора о осигурању закљученог на даљину због неиспуњења законом прописаних обавеза осигуравача предвиђеног Законом о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину. При томе, аутор прво одређује појам уговора о осигурању на даљину а потом анализира начине закључења уговора о осигурању на даљину, да би тек потом прешао на анализу права на једнострани раскид уговора. Не упуштајући се у правну природу права на једнострани раскид уговора о осигурању закљученог на даљину аутор прави јасну разлику у односу на општа правила о раскиду уговора о осигурању једнако као и у односу на општа правила о једностраном раскиду уговора због неиспуњења. Анализирајући право на раскид уговора о осигурању закљученог на даљину аутор посебну пажњу посвећује питању временског ограничења права на раскид али и питању у којим све случајевима неиспуњења законом прописаних обавеза од стране осигуравача, кориснику услуге осигурања треба признати право на једнострани раскид уговора. У завршним излагањима аутор изводи закључак да је наведено право прешироко постављено и да је било функционалније и сврсисходније ограничити га како временски тако и у погледу оних случајева које ће давати право на раскид.

**Кључне речи:** уговор о осигурању, уговор на даљину, заштита права корисника, једнострани раскид уговора, предуговорно информисање.

---

\* Generali Osiguranje Srbija а.д.о. Београд

## I Увод

У ери дигитализације и све присутнијег електронског пословања услуга осигурања постала је доступна ширем кругу корисника на начин који омогућава да без посете пословним просторијма осигуравача закључе уговор о осигурању. Иако је таква могућност постојала и раније, иако се уговори осигурању јесу закључивали без физичког присуства уговорних страна, употребом неких традиционалних средстава комуникације на даљину, данас развој средстава комуникације ствара услове за масовну примену тзв. уговора на даљину који постају доступним широком кругу правних субјеката. Управо та лака доступност услуге осигурања и то посебно физичким лицима, доводи до повећања ризика којима су традиционално изложени корисници финансијских услуга. Отуда потреба да законодавац интервенише и то тако што ће физичка лица која закључују уговоре о осигурању на даљину наоружати одређеним правима која она иначе немају из уговора о осигурању. Тако је и наш законодавац усвојио Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину<sup>1</sup> којим је предвидео нека посебна права корисника услуга осигурања код уговарања на даљину, права која они иначе немају, међу којима је посебно значајно право на једнострани раскид уговора о осигурању закљученог на даљину. У овом раду бавићу се тим правом, јер ми се чини да завређује посебну пажњу. Међутим, пре тога, потребно је претходно да одредимо појам уговора на даљину и да утврдимо како се они закључују.

## II Појам уговора на даљину

Уговор на даљину најчешће се разуме као уговор који је закључен без истовременог физичког присуства уговорних страна употребом средстава комуникације на даљину<sup>2</sup>. Иако таква дефиниција појма не би била

---

1 Сл. гласник РС, бр. 44/2018.

2 Средства комуникације на даљину су сва она средства која омогућавају размену информација између уговорних страна која је подобна да задовољи да радње у предуговорној фази као и сама фаза закључења уговора о осигурању буду испуњене без истовременог физичког присуства уговорних страна. Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину наводи, без намере да затвори круг таквих средстава: интернет (подразумевајући web shop и мобилне апликације), електронску пошту, пошту, телефакс и телефон. Иако можда делује чудно што Закон наводи и телефон као средство комуникације које преко којег се може закључити уговор о осигурању то није случајно. Наиме, иако у овом тренутку наше право не познаје могућност закључења уговора о осигурању путем телефона, то не значи да се предуговорна фаза не може обавити употребом телефона. Напротив, Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину посебним чланом (чл. 11) регулише обавезе осигуравача у вези са предуго-

нетачна она није потпутна. Ово због тога што за одређење једног уговора као уговора на даљину није довољно само да фаза самог закључења уговора буде без истовременог физичког присуства уговорних страна већ је потребно да и фаза пре закључења уговора буде такође без истовременог физичког присуства уговорних страна<sup>3</sup>. Та предуговорна фаза која подразумева радње оглашавања, радње давања и прихвата понуде, процену ризика од стране осигураваача, саопштавање информација од значаја за процену ризика од стране уговарача осигурања, радње испуњења обавезе предуговорног информисања од стране осигураваача и сл, такође треба да буде обављена употребом неког средства комуникације на даљину без истовременог физичког присуства уговорних страна. Дакле, тек уколико су и предуговорна фаза и фаза закључења уговора обављене без истовременог физичког присуства осигураваача<sup>4</sup> и уговарача осигурања, може се рећи да је закључен уговор на даљину. Уколико је једна од те две фазе делимично или у целости обављена уз физичко присуство уговорних страна, не може се говорити о уговору на даљину.

При томе предуговорна фаза и фаза закључења уговора или поједине радње у оквиру те две фазе, не морају нужно бити обављене употребом искључиво једног истог средства комуникације на даљину. Напротив, могућа је комбинација тих средства а да при томе уговор о осигурању не изгуби карактер уговора на даљину.

### III Начин закључења уговора о осигурању на даљину

Сада када смо видели шта је то уговор о осигурању на даљину и која су то средства комуникације на даљину која омогућавају да се и предуговорна фаза и фаза закључења уговора о осигурању обаве без

---

ворним информисањем употребом телефона као средства комуникације. Такође, ваља подсетити и да Преднацрт Грађанског законика Србије (објављен 29. 5. 2015) у чл. 1400. Предвиђа неформални карактер уговора о осигурању, што оставља могућност закључења уговора о осигурању усменим путем тј. употребом телефона као средства комуникације на даљину а одредбу која омогућава усмено закључење уговора (чл. 2:301) садрже и Принципи европског уговорног права осигурања (Principles of European Insurance Contract Law – PECL). Више о разлозима у прилог и против неформалног карактера уговора о осигурању, видети: С. Илијчић, „Начин закључења уговора о осигурању у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије“, у *Право и привреда*, 7-9/2017, стр. 401- 412.

3 Видети: чл. 1. ст. 1. тачка 1) Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарња на даљину, и чл. 5. ст. 1. тачка 8) Закона о заштити потрошача („Сл. гласник РС“, бр. 62/2014, 6/2016 – др. Закон и 44/2018 – др. Закон).

4 Подразумевајући при томе и заступника у осигурању који поступа у име и за рачун осигураваача.

истовременог физичког присуства уговорних страна, поставља се питање који је начин закључења таквих уговора. Имајући у виду да Закон о облигационим односима прописује обавезну писану форму уговора о осигурању<sup>5</sup> уз један могући изузетак<sup>6</sup>, поставља се питање како та форма<sup>7</sup> може бити задовољена приликом уговарања на даљину односно употребом неког средства комуникације на даљину. Одговор на ово питање није једнозначан и делимично је изненађујући. Наиме, уговор о осигурању на даљину може се закључити

- *потписом уговорних страна на полиси осигурања* као начином закључења, чиме би захтев писане форме уговора о осигурању био у потпуности задовољен. Ово је могуће јер је једно од средстава комуникације на даљину и традиционална пошта, па би уговорне стране могле да размене писма и тако без физичког присуства закључе полису осигурања чиме би друга фаза тј. само закључење уговора биле обављено употребом средства комуникације на даљину. При томе, да би уговор имао карактер уговора на даљину и предуговорна фаза би морала бити обављена употребом неког средства комуникације на даљину, не нужно поште већ било ког другог;

- *употребом квалификованог електронског потписа<sup>8</sup> у форми електронског документа<sup>9</sup>*, чиме би захтев писане форме уговора о осигурању био у потпуности задовољен. Међутим, закључивање уговора о осигурању у форми електронског документа било би могуће једино у случају да обе уговорне стране поседују квалификовани електронски потпис којим би *потписали* електронску полису осигурања а потписе би међусобно разменили електронском поштом или на други начин у електронском облику. Имајући у виду да према одредбама чл. 50. ст. 2. Закона о

---

5 Видети: чл. 901. Закона о облигационим односима (ЗОО).

6 Видети: чл. 903. ЗОО. Реч је о тзв. осигурању без полисе када се уговор о осигурању закључује самим чином уплате премије осигурања.

7 Која подсећамо подразумева својеручан потписна папиру или другом материјалу. „Писмена форма је најчешћи облик формалних уговора који је данас у употреби. Она изискује два услова: 1) писмени текст (садржину) уговора, и 2) својеручни потпис исправе.“ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000, стр. 116.

8 Појам *квалификованог електронског потписа* одређен је одредбом чл. 2. ст.1. тач. 30) Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском саобраћају („Сл. гласник РС“, бр. 94/2017).

9 Појам *електронског документа* одређен је одредбом чл. 2. ст.1. тач. 4) Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском саобраћају.



електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском саобраћају употреба квалификованог електронског потписа у потпуности замењује својеручни потпис<sup>10</sup>, на овај начин би писана форма уговора о осигурању прописана одредбом чл. 901. ЗОО била у потпуности задовољена;

- *употребом најмање два елемента за потврђивање корисничког идентитета (аутентификације) или коришћењем шема електронске идентификације високог нивоа поузданости.* Овде је реч о изузетку у вези са закључењем полисе осигурања у форми електронског документа употребом квалификованог електронског потписа. Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину дозвољава да уговор о осигурању буде закључен на даљину у форми електронског документа али само под условом да је вредност уговора мања од 600.000,00 РСД и да уговарач осигурања сагласност на закључени уговор да употребом два елемента за потврђивање корисничког идентитета или коришћењем шема електронске идентификације високог нивоа поузданости. У вези с тим постављају се питање како се посматра вредност уговора о осигурању да ли из перспективе уговарача, када је то висина премије осигурања, или из перспективе осигуравача, када је то висина осигуране суме. Иако законодавац није изричито прецизирао, чини се да је намера законодавца да се посматра висина премије осигурања као гранична вредност уговора који се може на овај начин закључити, јер *ratio* Закона је заштита корисника па из те перспективе треба посматрати да је законодавац имао намеру да заштити кориснике да на овај начин не преузимају обавезе у већем износу од 600.000,00 РСД;

- *уплатом премије осигурања у складу са одредбом чл. 903. ЗОО.* Изузетак од обавезне писане форме уговора о осигурању тзв. осигурање без полисе прописано одредбом чл. 903. ЗОО иако тако много коришћено у прошлости на тржишту осигурања чини се да је тек развојем нових технологија и средстава комуникације добило своју пуну примену. Верујем да писци ЗОО нису могли ни да претпоставе да ће ова одредба своју врхунац доживети тек у XXI са развојем нових технологија. Чињеница да сам чин уплате премије, на основу претходне понуде осигуравача омогућава уговарачу осигурања да закључи полису осигурања и тако избегне писану форму уговора, нашла је своје место у закључивању уговора на даљину и то посебно употребом средстава комуникације као што су интернет и елек-

10 Видети: чл. 50. ст. 2. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском саобраћају.

тронска пошта. Овај начин закључена уговора о осигурању на даљину у великој мери надомешћује све недостатке претходна три наведена начина закључења уговора о осигурању која или немају пуну практичну примену (највећи број корисника не поседује квалификовани електронски потпис) или су ограничена на одређена средства комуникације (потпис полисе може бити начин закључења уговора на даљину искључиво употребом традиционалне поште као средства комуникације).

#### **IV Право на једнострани раскид уговора**

Управо ови начини закључења уговора о осигурању као и средства комуникације која се при томе користе рађају наглашену потребу за додатном заштитом корисника услуге осигурања. Чињеница да наведени начини закључења и употреба неког средства за комуникацију на даљину, омогућавају да се уговор о једно таквој комплексној и значајној финансијској услузи као што је услуга осигурања, закључе без истовременог физичког присуства уговорних страна, доводе до неминовног повећања ризика за кориснике услуге осигурања. Управо због тога законодавац има потребу да интервенише и пропише посебна права за одређене категорије корисника услуге осигурања<sup>11</sup>. Тако наш законодавац Законом о заштити корисника финансијских услуга ког уговарања на даљину предвиђа читав низ посебних права корисника, права која они иначе немају<sup>12</sup> када закључују уговор о осигурању. Мени се чини да се међу тим правима издваја право на једнострани раскид уговора прописано одредбом чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину. Пре него што образложим зашто је ово право толико значајно направити мали увод.

##### **1. Традиционалне одредбе о праву на једнострани раскид уговора – два вида раскида**

Као и већина других права и обавеза у вези с уговором о осигурању и право на једнострани раскид уговора о осигурању регулисано је у нашем праву одредбом Главе XXVII ЗОО. Одредбе те главе ЗОО предвиђају да уговарач осигурања има право да једнострано раскине уговор о

---

11 Тако Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину посебну заштиту пружа физичким лицима, носиоцима и члановима пољопривредног газдинства и предузетницима. Видети: чл. 2. ст. 1. тачка 4 (5).

12 Између осталих: право на одустанак од уговора (чл. 13), право да бира средство комуникације (чл. 19), право на појачано предуговорно информисање (чл. 5-12), итд.

осигурању само у два случаја: 1) уколико је уговор закључен на неодређено време, када може да га раскине са даном доспелости премије обавештењем која мора послати осигуравачу три месеца пре доспелости премије<sup>13</sup>, и 2) уколико је уговор закључен на одређено време на период дужи од пет година, када га може раскинути истеком периода од пет година уз отказни рок од шест месеци<sup>14</sup>. При томе, уговарач осигурања не може једнострано да раскине уговор о осигурању живота већ може само да изврши откуп полисе осигурања<sup>15</sup>. Овако ригидно постављена правила о могућности једностраног раскида уговора о осигурању довели су у пракси до веома ограничене употребе овог субјективног права сваког уговарача осигурања<sup>16</sup>, тим пре јер је већина уговора о неживотном осигурању у пракси бивала закључена на одређено време по правилу краће од пет година.

Ваља нагласити да су наведена права дата уговарачу осигурања безусловно тј. да је реч о изворним субјективним правима која су му дата на основу закона и да нису условљена било каквим понашањем осигуравача, промењеним околностима и сл. Ово посебно истичем да бих указао на разлику с институтом *права на раскид уговора због неиспуњења* које се као општи институт примењује на све двострано обавезне узајамне уговоре. Право на једнострану раскид уговора о осигурању, предвиђено одредбом чл. 922. ЗОО нема ничег заједничког са институтом *једностраног раскида уговора због неиспуњења*. Овај потоњи, у нашем праву регулисан је одредбом чл. 124. ЗОО. Међутим, ово право не само што нема везе са законским правилима о једностраном раскиду уговора о осигурању, већ се ни не примењује на уговор о осигурању, будући да уговор о осигурању спада у тзв. *алеаторне* уговоре, а да се одредба чл. 124. ЗОО примењује само на двострано обавезне узајамне уговоре код којих као врховно начело важи начело једнаке вредности узајамних давања, које с друге стране не важи за уговоре о осигурању<sup>17</sup>.

---

13 Видети: чл. 922. ст. 2. ЗОО.

14 Видети: чл. 922. ст. 3. ЗОО.

15 Видети: чл. 954. ЗОО.

16 Што наравно не значи да у пракси није било споразумни раскида уговора о осигурању, посебно код уговора о осигурању живота.

17 Више о томе, видети: Н. Грујић, *Раскид уговора због неиспуњења и правна дејства раскида*, Београд, 2016, стр. 30 – 36.

## 2. Право на једностранни раскид по чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарња на даљину

Међутим, претходна реченица након ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарња на даљину није више потпуна. Овај Закон уводи сасвим ново право на једностранни раскид уговора које по својој правној природи није ни раскид због неиспуњења у класичном смислу<sup>18</sup> а није ни безусловно субјективно право као што су то права из чл. 922. ЗОО. Наиме, ово право дато је кориснику услуге осигурања односно уговарачу осигурања али не безусловно већ само уколико осигуравач не испуни своје обавезе прописане тим законом. Сличност са класичним правом на једностранни раскид уговора због неиспуњења из чл. 124. ЗОО је очигледна али само на први поглед. Одредба чл. 124. ЗОО штити еквиваленцију узајамних давања код узајамних уговора и оно (право на раскид) ће постојати само у случају да је једна страна повредила своје *уговорне обавезе* које су истовремено нарушиле еквиваленцију давања, док право из чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину штити интересе уговарача осигурања као слабије уговорне стране, и постојаће само ако је осигуравач повредио своје *законске*, дакле не *уговорне*, већ *законске обавезе* које при томе немају везе са заштитом начела еквиваленције давања<sup>19</sup>.

Не улазећи овог пута у правну природу овог права, чини се да ово право не само због своје природе већ и због начина на које је постављено баца потпуно ново светло на уговорно право осигурања, барем када је реч о уговорима на даљину, претендујући да једностранни раскид уговора учини много фреквентнијом појавом у пракси уговорног права осигурања.

Овакав закључак изводим из тога што је одредбом чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарња на даљину предвиђено да ће уговарач осигурања имати право да једностранно раскине уговор о осигурању закључен на даљину када год осигуравач није испунио неку од својих обавеза наметнутих тим Законом. Чињеница да овај Закон прописује низ различитих обавеза за осигуравача пре закључења и након закључења уговора, као и чињеница да је уговарач осигурања овлашћен да уговор раскине у свако доба, намеће најмање два питања.

---

18 У смислу одредбе чл. 124. ЗОО.

19 Нити се то начело може штити код уговара о осигурању за који смо рекли да сапада у тзв. алеаторне уговоре.

### 3. Неиспуњење којих обавеза рађа право на једнострани раскид уговора

Пре свега да ли ће право на једнострани раскид уговора постојати уколико осигуравач не испуни било коју обавезу прописану Законом о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину? Уколико се језички тумачи одредба чл. 20. произлази да је одговор на ово питање потврдан. Међутим, чини се да то није била намера законодавца. Наиме, имајући у виду различити карактер и значај појединих обавеза прописаних овим законом чини се да не би било оправдано уговарачу осигурања дозволити да једнострано раскине уговор о осигурању у случају неиспуњења баш сваке обавезе осигуравача прописане одредбама тог закона већ да би то право требало да буде резервисано само за неиспуњење одређених обавеза. Које ће то законске обавезе које остану неиспуњене давати уговарачу право на раскид уговора а које неће друго је питање.

Чини се да би одговор на то питање требало потражити у вредности која се жели заштити овим правом на једнострани раскид уговора. Уколико прихватимо да је та вредност заштита корисника услуге осигурања који је слабија страна и којег законодавац има потребу да штити код уговарања на даљину, онда би требало поћи од почетне премисе да ће уговарач осигурања имати право на заштиту у виду права на једнострани раскид уговора само онда када осигуравач није испунио неку законску обавезу која је за резултат имала нарушавање интереса уговарача осигурања. Ако пођемо од те премисе видећемо да право на једнострани раскид неће постојати баш у случају неиспуњења сваке обавезе осигуравача. Тако, чини се да право на једнострани раскид не би требало да постоји у случају да осигуравач употреби средство комуникације на даљину са којим се уговарач осигурања није сагласио, или да осигуравач пропусти да уговарачу осигурања у предуговорној фази саопшти информације свом матичном броју или ПИБ-у, или информације о адреси на коју се може корисник обратити а која није адреса седишта, или о називу органа који је издао дозволу за рад осигуравачу или о делатности ко се осигуравач бави итд, односно сваку ону информацију која није таква да корисника доводи у заблуду у вези са неким правом или обавезом из уговора о осигурању или која га онемогућава да се користи неким другим својим правом које није у вези уговора о осигурању (нпр. да користи право на приговор).

Међутим, према истом критеријуму право на једнострани раскид би постојало у случају да осигуравач пропусти да уговарача осигурања благовремено пре закључења уговора обавести о некој од информација

прописаним одредбама чл. 6 - 11. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину, а која је таква да уговарача осигурања доводи у заблуду у вези са неким правом или обавезом из уговора о осигурању или га онемогућава у вршењу неког другог права<sup>20</sup>. Такође, право на једностранни раскид би постојало и уколико осигуравач пружи уговарачу услугу коју није тражио<sup>21</sup> или започне с пружањем услуге коју је тражио пре истека рока од 14 дана осим уколико уговарач осигурања то није тражио<sup>22</sup>.

У противном уколико право на једностранни раскид уговора не би било условљено неиспуњењем неке законске обавезе осигуравача одређене према наведеном критеријуму чини се да би право на једностранни раскид уговора о осигурању било сувише широко постављено<sup>23</sup>. Чини се да би тада правна сигурност била значајо угрожена и да би осигуравачи било оправдано резервисани у вези са закључењем уговора на даљину јер би могућности раскида због најситних пропуста биле велике.

#### 4. Временско важење права на једностранни раскид уговора

Друго питање које се у вези са правом на једностранни раскид уговора о осигурању у складу са одредбом чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину поставља је питање рока у којем се уговарач осигурања може користити тим правом. Имајући у виду да већина обавеза које осигуравач према одредбама овог закона има постоје у предуговорној фази<sup>24</sup> чини се да се, у највећем броју случајева, право на једностранни раскид уговора рађа истовременом са моментом закључења уговора. Дакле моменат у којем настаје право на једностранни раскид уговора је или моменат закључења уговора или неки каснији

---

20 Што је и иначе упоредно посматрано најчешћи узрочник права на раскид уговора. О томе више: К. Иванчевић, „Заштита корисника услуге осигурања при закључењу уговора на даљину у Србији“, у *Европска ревија за право осигурања*, Београд, 1/2016, стр. 16. О другим правима корисника услуге осигурања у вези са пропустом осигуравача да испуни обавезу предуговорног информисања, видети: Н. Грујић, „Правне последице неиспуњења обавезе предуговорног информисања корисника услуге осигурања“, у *Право и привреда*, 7-9/2017, стр. 424- 429.

21 Чл. 18. ст. 1. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину.

22 Чл. 17. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину.

23 Слично томе: К. Иванчевић, *о.с.*, стр. 16.

24 Са изузетком обавезе уздржавања од почетка пружања услуге до истека рока за одустанак од уговора, забране пружања услуге коју уговарач није тражио и обавезе комуницирања употребом средства које је уговарач изабрао.

моменат у којем осигуравач није испунио неку своју обавезу која уговарачу осигурања даје право на раскид уговора. Међутим, поставља се питање до када то право постоји? Да ли се уговарач може користити правом на раскид све до истека рока трајања уговора? Или до неког ранијег момента? Или можда чак и након истека уговора? Нажалост Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину не садржи одговор на ово питање па одговор морамо потражити у општим одредбама уговорног права које се код нас налазе у одредбама ЗОО.

Имајући у виду да се уговор може раскинути све до момента док није престао а да престаје истеком времена на које је закључен<sup>25</sup>, можемо искључити могућност раскида након истека трајања уговора. Имајући то у виду као и чињеницу да је одредбом чл. 20. дефинисано да уговарач може уговор раскинути у *свако доба* произлази да се уговарач осигурања правом на раскид може користити све до момента престанка уговора.

Међутим, овако дефинисано право на једностранни раскид уговора отвара могућност разних злоупотреба. Није тешко замислити ситуације у којима уговарач знајући за пропуст осигуравача у вези са предуговорним информисањем (нпр. погрешна информација о ризицима покривеним осигурањем или искључењима у вези са њима) свесно чека да се уговор примакне истеку и да онда раскине уговор (под претпоставком да није било осигураних случајева за време трајања уговора). На овај начин би уговарач осигурања практично због пропуста осигуравача стекао право на бесплатно осигурање<sup>26</sup>. Иако би овакво понашање уговарача представљало чин злоупотреба права чини се да забрана злоупотребе права прописана одредбом чл. 13. ЗОО не би у потпуности искључила могућност злоупотреба. Ово не само због тога што ће некада у граничним случајевима бити тешко ако не и немогуће доказати чин злоупотребе права већ и због тога што судови, чини се, често нису сколни ограничавању субјективних права а посебно права на раскид уговора институтом *злоупотребе права* а посебно када су у питању корисници услуге осигурања као слабија уговорна страна и посебно у граничним случајевима.

У том смислу чини се да је функционалније и сврсисходније било ограничити право на једностранни раскид уговора на одређени субјективан рок од момента сазнања за пропуст осигуравања који даје право на

---

25 Видети: чл. 357. ЗОО.

26 “Практично, кориснику је омогућено да стекне корист коришћењем услуге коју није дужан да плати.” К. Иванчевић, *о.с.*, стр. 17.

једнострани раскид. Додатно не би било нефункционално ни да је право на једнострани раскид уговора било ограничено неким објективним роком од дана закључења уговора о осигурању или од другог пропуста осигураваача који је настао након закључења уговора. Примерено одређен рок (нпр. годину дана) би у оба случаја пружао адекватну заштиту уговарачима осигурања а био би чини се мање штетан по правну сигурност<sup>27</sup>. Међутим у одсуству таквог ограничења једино ограничење праву на једнострани раскид, које сада постоји све до истека уговора, остаје начело *забране злоупотребе права* са свим својим ограничењима.

### 5. Терет доказивања

На крају ништа мање значајно није ни то да Закон о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину предвиђа да је терет доказивања да је испуњена обавеза чије неиспуњење рађа право на једнострани раскид, на осигуравачу<sup>28</sup>. Чини се да правила о терету доказивања представљају само природан додатак повећаној заштити корисника услуге осигурања (уговарача осигурања) приликом закључења уговора о осигурању на даљину која је у пуној мери постигнута давањем права на једнострани раскид уговора али и других права предвиђених тим законом.

### 6. Немогућност одрицања од права на једнострани раскид уговора

Колики значај законодавац даје праву на једнострани раскид уговора види се и у томе што одредбом чл. 23. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину прописује немогућност одрицања уговарача осигурања од права на једнострани раскид уговора<sup>29</sup>. Шта више, одредбом чл. 23. ст. 2. прописано је да је ништава свака одредба уговора о осигурању на даљину као и било ког другог документа којом би се уговарач осигурања одрекао права на једнострани раскид уговора<sup>30</sup>. На овај начин законодавац на принудан начин обезбеђује пуну заштиту корисницима услуге осигурања приликом уговарања на даљину.

---

27 Слично томе, видети: К. Иванчевић, *о.с.*, стр. 16-17.

28 Видети: чл. 21. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину.

29 Видети: чл. 23. ст. 1. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину.

30 Видети: чл. 23. ст. 2. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину.



## V ЗАКЉУЧАК

Као што се види одредба чл. 20. Закона о заштити корисника финансијских услуга код уговарања на даљину у наш правни систем уводи једно до сада непознато право - право на једностранни раскид уговора због неиспуњења законских обавеза. Остављајући по страни правну природу овог права чини се да је његова једина функција заштита корисника услуге осигурања приликом закључења уговора на даљину. Међутим, иако несумњиво у легитимном и оправданом интересу корисника чини се да је право на једностранни раскид уговора могло своју функцију остварити и на мање штетан начин по интересе осигуравача и правне сигурности односно да би право на једностранни раскид са одређеним ограничењима (субјективни или објективни рок за коришћење и раскид не због сваког неиспуњења законских обавеза осигуравача већ само у случају да су интереси корисника разумно нарушени) једнако квалитетно остварило исту функцију заштите корисника.

Овако дефинисано право на једностранни раскид уговора о осигурању на даљину отвара бројне ризике са осигураваче, ризике којих су у мањој или већој мери свесни. Ово због тога што питање препознавања уговара на даљину у пракси рада наших осигуравача а посебно заступника и посредника у осигурању може бити веома дискутабилно. Чини се да то с једне стране као и квалитет предуговорног информисања с друге стране, а сви су изгледи да ће управо пропусти у вези с предуговорним информисањем бити највећи генератор права на раскид, представља велики ризик са осигураваче, барем у овом тренутку. У том смислу чини се да је потребно наставити рад на побољшању квалитета предуговорног информисања и то посебно код уговора на даљину где су захтеви предуговорног информисања значајно већи него иначе.

**Nenad GRUJIĆ, PhD**

**THE RIGHT OF USERS OF INSURANCE SERVICES  
TO UNILATERAL TERMINATION OF INSURANCE CONTRACT  
CONCLUDED AT A DISTANCE**

***Abstract***

*In this article, the author explores the subject of an insurance user's right, prescribed by the Law on the Protection of Financial Services Consumers, to unilaterally terminate an insurance contract concluded at a distance due to the non-fulfillment of the legally prescribed obligations by the insurer. The author first defines the concept of a long-distance insurance contract, then analyzes the ways of concluding such contracts, and finally he analyzes the right to a unilateral contract termination. Without getting into the legal nature of the right to unilaterally terminate an insurance contract concluded at a distance, the author makes a clear distinction between general rules on terminating an insurance contract and the general rules on the termination of the insurance contract as well as in relation to the general rules on the unilateral termination of a contract due to non-fulfillment. In analyzing the right to terminate a long-distance insurance contract, the author pays special attention to the issue of time limit of the right to termination, but also to the issue of determining in which cases of non-fulfillment of legally prescribed obligations by the insurer should the insurance user be entitled to a unilateral contract termination. In the end, the author concludes that said right is too widely set up and that it would be more functional and meaningful to limit it both temporally and with regards to cases which allow the termination.*

*Мирјана ГЛИНТИЋ, мастер\**

## ОСИГУРАЊЕ ПОВЕРЕЊА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ИМОВИНЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

### *Резиме*

*Велики губици често воде настанку нових правних решења. Тако је било и са осигурањем поверења, које је настало услед потребе привредних друштава да се заштите од унутрашњег привредног криминала. Осигурани ризик код овог осигурања представља имовинска штета привредног друштва, која је настала услед намерно предузетих штетних радњи од стране запослених и чланова управе. Тржиште осигурања у САД је препознало значај овог осигурања, док се у Европи може пронаћи само у понуди немачких осигуравача. Иако се закључењем уговора о осигурању поверења не добија гаранција да ће штета увек бити накнађена, свакако се смањује потенцијално имовинско оптерећење. Тиме се посредно утиче на солвентност привредног друштва и одржавање његове добре репутације.*

*Сврха овог осигурања нарочито долази до изражаја када је у комбинацији са осигурањем од одговорности директора, са којим је само на први поглед слично. Између њих постоје бројне разлике, од којих је највећа степен кривице са којом мора бити извршена штетна радња. Међутим, управо је то суштински разлог њихове компатибилности. Закључивши оба осигурања, привредно друштво искључује могућност да остане без покрића услед тога што је штета настала услед немара или намере штетника.*

***Кључне речи:** фидуцијарна дужност, поверење, штета, намера, немар.*

### **I Увод**

Последњих пар деценија су овлашћења директора и чланова управе порасла.<sup>1</sup> Са добијањем нових овлашћења, порасла су и очекивања према њима. Тако, ова лица сва своја овлашћења морају вршити у најбо-

---

\* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право

1 Нека од њих су сазивање седнице скупштине, предлагање расподеле добити, постављање и разрешавање извршних директора, као и одговорност за резултате пословања друштва. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање-правни аспекти*, Београд, 2007, 36-37.

љем интересу привредног друштва.<sup>2</sup> Њихова фидуцијарна дужност обухвата и дужност лојалности компанији у случају сукоба личних интереса и интереса привредног друштва, као и дужност пажње, односно да се ангажују на начин који води постизању одређеног резултата, а притом поступајући у складу са начелом савесности и поштења.<sup>3</sup>

Међутим, иако наведено правило представља основ корпоративног управљања, очекивања да ће директори увек свој интерес подредити интересу привредног друштва су понекад превисоко постављена и, на неки начин, неприродна.<sup>4</sup> И поред свих прописаних обавеза, ова лица могу проузроковати штету и себи и привредном друштву. Штета може бити последица повреде предвиђених овлашћења, али и намерно предузетих радњи са циљем стицања противправне добити. Недостаци транспарентности и недовољни механизми контроле омогућавају лицима која имају дужности према привредном друштву да свој лични интерес ставе на прво место.<sup>5</sup> Такође, услед информационе асиметрије, постоји могућност да лица која поседују више информација то искористе за стицање сопствене добити и за наношење штете страни којима те информације недостају. После економске кризе откривен је велики број тако проузрокованих штета, јер су компаније почеле више пажње да обрађају на своје пословање, а да су, притом, смањиле издвајања за интерну контролу.

Привредно друштво мора заштити и себе, али и трећа лица од неодговарајућег поступања својих директора, али и осталих запослених. У супротном, сав терет ће пасти на само привредно друштво. Први ниво заштите представљају статусна и имовинска одговорност директора и чланова управе за проузроковану штету, које се могу посматрати и као део стратегије решавања првог агенцијског проблема, односно сукоба власника

---

2 О томе шта представља најбољи интерес привредног друштва, који су његови конститутивни елементи, вид. *Ibid.*, 58-61, 140-141.

3 Од ових лица се захтева да поступају као добар привредник, односно као разумно пажљиво лице, које поседује знања, вештине и искуства. О степену пажње која се очекује од директора, вид. *Ibid.*, 45, 47-49, 208-209.

4 У складу са тим, у САД је успостављено *Business Judgment Rule*, према ком директори и други менаџери не одговарају за обичне грешке или заблуде при процени. О овом правилу, вид. Lyman Johanson, „Unsettledness Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose“, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2013, 405-451.

5 Лица која имају дужности према привредном друштву су, по правилу, директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управници. М. Васиљевић (2007), 210.

и управе друштва.<sup>6</sup> Ипак, разрешење управе, дисквалификација директора, надзор над радом управе и остали механизми за решавање првог агенцијског проблема нису довољни да отклоне све негативне последице штетног поступања директора. Неке од тих мера су превентивне, неке се односе на накнадно санкционисање директора, што све не искључује чињеницу да је њиховим поступањем настала штета и за привредно друштво и за трећа лица. Притом, размере штета насталих услед повреда додељених овлашћења захтевају изналажење нових извора финансирања њихове накнаде. Тога су свесна и привредна друштва, која настоје да обезбеде себи додатне гаранције, поред ових које им пружају закони. Зато је нужно размотрити апсект имовинске одговорности за нанету штету и улогу различитих врста осигурања у томе. У овом контексту се као најчешћи видови преноса ризика на осигуравача помињу осигурање од одговорности директора и осигурање поверења. Иако само на први поглед слична, ова осигурање поседују бројне разлике, које их чине међусобно компатибилним.<sup>7</sup>

Своју примену ово осигурање је пронашло у САД и, у мањој мери, у Немачкој, где свега једна четвртина привредних друштава има закључен уговор о осигурању привреде.<sup>8</sup> Тај број се дојми као нарочито низак кад се узме у обзир да 84% штета проузрокованих привредним друштвима потиче од запослених.<sup>9</sup>

---

6 О другим видовима решавања првог агенцијског проблема, вид. Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми – I ДЕО“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, фн. 3. Такође, Gerr Krieger, „Organpflichten und Haftung in der AG“, *Handbuch Managerhaftung-Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen, Typische Risikobereiche* (Hrsg. Krieger Uwe H. Schneider), Köln, 2017, 43.

7 Још једно осигурање које се јавља у комбинацији са овим осигурањима је осигурање од грешака и пропуста, које је слично осигурању од одговорности директора, али обухвата шири круг лица (*E & O Insurance*). Reimer Schmidt, „Versicherungsvertragsrecht“, *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht* (Hrsg. Wolfgang Halm, Andreas Engelbrecht, Frank Krahe), Köln, 2008, 35; John Mathias, John Shugrue, Thomas Marrinson, *Insurance Coverage Dispute*, New York, 2018, 1-32.

8 Dirk Looschelders, „Die aktuelle Probleme der Vertrauensschadenversicherung“, *Versicherungsrecht*, Nr. 25/2013, 1069. Према подацима, у Немачкој 2003. године је свако испитано привредно друштво претрпело штету у износу од 3,5 милиона евра услед малверзација, превара, фалсификовања, при чему тај износ има тенденцију раста. Укупно су привредна друштва претрпела штету од преко 250 милиона евра. Истовремено, те године је око 220 милиона евра издвојено за премије овог осигурања. Вид. Martin-Luther Universität, Umfrage „Wirtschaftskriminalität 2011“, доступно на <https://www.pwc.de/de/risiko-management/assets/wikri-studie-2011.pdf>, 11.04.2019.

9 Разлог за то је, вероватно, тај што ово осигурање није настало услед ослушкивања тржишта од стране немачких осигуравача, већ зато што су желели да остану конкурентни социјалном осигурању, које је преузимало све функције заштите. Стога су се угледали на амерички *Fidelity Insurance*.

## II Дефиниција осигурања поверења

Осигурање поверење нуди привредним друштвима заштиту од финансијских последица намерно предузетих радњи од стране чланова управе и запослених лица.<sup>10</sup> У САД је примена овог осигурања одређена нешто апстрактније, свдећи је на „заштиту послодавцу од губитака који настају услед недостатка интегритета или поштења запосленог лица или лица од поверења.“<sup>11</sup>

Независно од тога од које се дефиниције креће, идеја овог осигурања је заштита привредног друштва од унутрашњег привредног криминала. Иако појам привредног криминала постоји већ годинама, и даље не постоји јединствена дефиниција, већ се креће од појма криминала „белог оковратника“.<sup>12</sup> Услед развоја привредног криминала и његових појавних облика, дошло је и до ширења обима заштите које је ово осигурање нудило. У сваком случају, ради се о појму који се може посматрати из угла више грана права, и то у њиховој симбиози.<sup>13</sup> Можда се зато ове радње могу дефинисати као „скуп различитих поступака, између осталог, и кривичних дела и дисциплинских поступака, који проузрокују штету привредном друштву, а који су учињени злоупотребом поверења које је општеорисутно у привредном животу и окружењу.“<sup>14</sup>

## III Основне карактеристике осигурања поверења

Како би се стручна јавност ближе упознала са овим осигурањем, у раду су представљена правна решења из немачког правног система и литературе. Међутим, како ово осигурање у Немачкој није законски регулисано, нити постоје јединствени услови осигурања, указаћемо и на нека од

10 Robert Koch, *Vertrauensschadenversicherung*, Karlsruhe, 2006, 4. Volker-Joachim Bergeest, *Die Vertrauensschadenversicherung in ihren modernen Erscheinungsformen*, Karlsruhe, 1982, 28.

11 Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary-Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul, 2009, 872. Осигурање поверења се почетку називало и 3D осигурање, јер покрива ризик који настају услед *Dishonesty, Disappearance, Destruction*. Данас је та полиса замењена са *Commercial Crime Policy*, којом се пружа заштита од различитих врста криминалних радњи, као што су преваре, фалсификовање, али и од непоштења запослених у јавном и приватном сектору. Вид. Edward Gallagher, Robert Duke, „A Concise History of Fidelity Insurance“, *Handling Fidelity Bond Claims* (Ed. Michael Keeley, Sean Duffy), Chicago, 2005, 1, 18.

12 Edwin Sutherland, *White Collar Crime: The Uncut Version*, 2009.

13 Иако је прва асоцијација кривично право, у неким случајевима радња која се може посматрати као привредни криминал, из угла кривичног права то неће бити, јер није инкриминисана.

14 Stefanie Seitz, *Die Bedeutung der Vertrauensschadenversicherung im Kontext von Wirtschaftskriminalität, Risikomanagement and Compliance*, Karlsruhe, 2011, 6.

решења америчког права.<sup>15</sup> Њихова уједначеност свакако је повољнија и за потрошаче услуге осигурања, јер омогућава упоређивање конкретних облика овог производа и његових цена код различитих осигураваача.

### 1. Круг потенцијалних штетника код осигурања од поверења

Круг лица чије поступање може довести до настанка осигуране штете није прецизно одређен. У почетку је ово осигурање било везано за штетне радње само запослених у привредном друштву, али се временом круг тих лица проширио. Данас се углавном говори о поступцима „особа од поверења“ или сарадника, што указује на лица која имају фидуцијарну одговорност према привредном друштву.<sup>16</sup> У теорији се може наићи и на шире поимање потенцијалних штетника, које обухвата сва лица која су у тренутку настанка штете ангажована у привредном друштву по основу уговора о раду или уговора о делу.<sup>17</sup> Ово решење највише одговора идеји заштите коју ово осигурање пружа, с обзиром да велики проценат штета нанетих привредним друштвима потиче од сопствених запослених. Једино у ИТ сектору ово осигурање може пружати заштиту од поступака трећих лица која нису запослена у том привредном друштву.<sup>18</sup> Тада је, за разлику од класичног осигурања поверења, потребно да се штетник противправно обогатио, али се не мора доказивати да је до тога дошло услед радњи предузетих са намером.<sup>19</sup>

### 2. Штетна радња и степен кривице

Како је реч о имовинском осигурању одштетног типа, услов престације осигураваача је настанак штете, која ће постојати ако је вредност

---

15 Такође, не постоје смернице за доношење општих услова осигурања поверења. Поред закона (Alaska Statutes, § 21.12.080 (2008), Florida Insurance Code §624. 6065 (2010)), у САД постоје *Standard Forms for Fidelity Insurance*, који ближе одређују садржину престације осигураваача. Њих углавном издају Surety & Fidelity Association of America (SFAA) и Insurance Services Office, Inc. (ISO).

16 Stefanie Seitz, “Die aktuelle Bedeutung und Gestaltung der Vertrauensschadenversicherung – zugleich eine rechtsvergleichende Betrachtung der Fidelity Insurance in den USA”, *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2011, 781. Такође, R. Koch (2006), 41.

17 Оно о чему се свакако мора водити рачуна јесте да лица са одређеним уделом у капиталу не могу имати статус особе од поверења. Вид. Thomas Langen, “§ 20 Warenkreditversicherung”, *Handbuch Versicherungsrecht*, (Hrsg. Hubert W. van Bühren), München, 2017, 2094.

18 § 10, 11 Allgemeine Bedingungen für die Vertrauensschadenversicherung – Premium, Euler Hermes.

19 Torsten Bechmann, Martin Jara, Bruno Käslin, „Cyberinsurance – Versicherung gegen Internet – Risiken“, *Trendmonitor*, Nr. 3/2001, 7.

имовине по наступању осигураног случаја мања него да уопште није наступио осигурани случај.<sup>20</sup> Како је право осигурање саставни део грађанског права, приликом одређивања појма штете потребно је поћи од његовог схватања у грађанском праву.<sup>21</sup>

Осигурање поверење се у највећој мери фокусира на заштиту која може настати услед откривања тајних података, пословних тајни, злоупотребе компјутера и података, корупције, преваре, крађа.<sup>22</sup> Манипулација поверљивим информацијама је још један вид штетне радње изведене у вези с употребом компјутера.<sup>23</sup>

Поред тога што је потребно да је настала штета по привредно друштво, да би осигуравач био у обавези, штетник мора предузети радњу са намером. Одређивање степена кривице није једноставан задатак, што је код овог осигурања донекле олакшано тиме да се она утврђује пред судом. Међутим, то је истовремено и највећи недостатак овог осигурања, јер је за остваривање права из осигурања потребна правноснажна судска пресуда против лица које је учинило недозвољену радњу.<sup>24</sup> У немачком праву правоснажна судска пресуда може бити замењена извршном исправом у форми признања кривице, која је оверена код нотара.<sup>25</sup> Оба решења нису довољно практична, јер постојање судске пресуде подразумева да је покренут и успешно окончан судски поступак, што може бити временски и новчано веома захтевно. Што се тиче постојање нотаријалне исправе, да ли ће она настати зависи од понашања и воље штетника, тако да се може десити да она и не настане.

---

20 R. Koch (2006), 1.

21 Ипак, потребно је водити рачуна да између појма штете у грађанском праву и праву осигурања постоје извесне разлике. Основна се огледа у томе да у праву осигурања штета мора настати услед осигураног случаја и да се односи на оне видове штете које су уговорене или оне које нису изричито искључене из покрића. Све што се налази изван осигураног интереса, остаје без значаја на коначан износ штете покривене осигурањем и обавезе осигуравача.

22 S. Seitz (2011b), 781. Такође, Robert Koch, "Die Vertrauensschadensversicherung in ihrer aktuellen Erscheinungsform", *Versicherungsrecht*, Nr. 56/2005, 1192-1193.

23 Под злоупотребом компјутера се подразумевају противправне и намерно предузете радње манипулације податцима и софтверима осигураника. Да би постојала штета у смислу осигурања поверења, нужно је да је ове радње извршило лице од поверења. Што се тиче злоупотребе података, она се дефинише као противправни и непосредни упад у електронске базе података од стране трећег неовлашћеног лица. Вид. Horst Ihlas, „Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Vertrauensschadenversicherung“, *Versicherungsrecht*, Nr. 45/1994, 898.

24 Robert Koch, „Versicherung im IT-Bereich“, *Haftung und Versicherung im IT-Bereich* (Hrsg. Egon Lorenz), Karlsruhe, 2011, 113, 135.

25 *Ibid.*



У литератури се покренуло и питање да ли правило о искључењу обавезе осигуравача услед намерног проузроковања осигураног случаја од стране осигураника искључује могућност употребе овог осигурања. Ипак, мишљења смо да се ово питање неоправдано поставља, јер код осигурања поверења није осигураник тај који проузрокује осигурани случај. Осигураник је привредно друштво, које закључује уговор о осигурању како би се заштитио од штетних радњи својих запослених, који ни не представљају уговорну страну у уговору о осигурању. Једино што се може поставити као питање јесте да ли је привредно друштво, као осигураник, преузело све мере које су биле у његовој моћи, а захваљујући којима би штетне радње запосленог могле да буду спречене и унапред предвиђене. У том смислу је одлуку донео и покрајински суд у Минхену, према којој су чланови управног одбора у обавези да привредно друштво буде организовано, контролисано и надгледано тако да не могу да настану такве повреде закона. „То може у одређеним случајевима подразумевати и обавезу управе да закључи уговор о осигурању поверења.“<sup>26</sup>

### 3. Обим покрића

На основу уговора о осигурању поверења, оштећено лице остварује право на накнаду непосредне штете, укључујући и трошкове настале у вези са поновним одржавањем ИТ система, у вези са судским поступком и испитивањем настале штете, али и оне неопходне за поновно успостављање репутације нарушене поступцима запосленог.<sup>27</sup>

Под непосредном штетом се подразумева материјална штета која директно произилази из радњи штетника, а без икаквих додатних радњи.<sup>28</sup> Ипак, према анализи судске праксе у Немачкој, велики број спорова у погледу овог осигурања постоји око тога шта се подразумева под непосредном, а шта под посредном штетом.<sup>29</sup> Како не постоји јасна дефини-

26 Landgericht München I; Az: 5HK O 1387/10 vom 10.12.2013.

27 § 1 Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) Vertrauensschadenversicherung, AXA.

28 Непосредност штете значи да се овим осигурањем не покрива изгубљена добит или губитак камата. Вид. R. Koch (2006), 66. Такође, Frank von Fürstenwerth, Alfons Wiess, *Versicherungsalphabet: Begriffserläuterungen der Versicherung aus Theorie und Praxis*, Karlsruhe, 2001, 721.

29 Један од познатијих новијих случајева је када једно привредно друштво напуштају два лица, од којих је једно било члан управног одбора, а друго запослени. Они краду податке, спискове клијената и сличну документацију, помажу оснивање конкурентског привредног друштва и за њима у новоосновано привредно друштво прелази велики број запослених са њиховог претходног радног места. Суд је као непосредну штету прихватио штету која је настала за привредно друштво услед губитка запослених и *Know-How*-а, али не и трошкове пронала-

ција, судови у сваком конкретном случају морају да разматрају околности и у складу са тим одлуче да ли се ради о посредној или непосредној штети. На тај начин је установљена неуједначена судска пракса. Из позиција уговарача осигурања, такође, настају често непријатности у тренутку када жели да оствари своје покриће, јер се испостави да није купио оно што је мислио да овај производ осигурања чини. У том смислу, велика одговорност се налази на осигуравачима, који би у општим условима осигурања требало да наведу што је могуће већи број примера који би омогућио разграничење посредне и непосредне штете.

Ипак, права из осигурања ће бити активирана само ако је осигурани случај настао за време трајања осигурања. Независно од тога у ком тренутку је настала штета, сматра се да је осигурани случај настао у тренутку откривања настале штете.<sup>30</sup> Примена принципа тренутка откривања штете значи да осигураник не мора водити рачуна о ранијим полисима, већ само о томе да у тренутку настанка осигураног случаја поседује осигурање. У сваком случају, временско одређење осигураног случаја има утицај и на континуитет заштите коју осигураник ужива, што даље има могуће последице губитка заштите у оним случајевима када се осигураник одлучи за промену осигуравача.<sup>31</sup>

#### IV Однос са осигурањем од одговорности директора

Приликом одређивања правне природе осигурања поверења налази се на два задатка. Први је разграничење осигурања поверења и осигурања од одговорности, а други разликовање овог осигурања од осигурања од одговорности директора. Разлог за поистовећивање осигурања поверења са осигурањем од одговорности налази се у обавези осигуравача код осигурања поверења да накнади штету и трећим лицима, а не само привредном друштву, и то под истим условима. Притом, нужан услов је да је привредно друштво на основу уговора или закона било у обавези да трећем лицу ту штету и накнади.<sup>32</sup> Ипак, ограничавање на трећем лицу непосредно проузроковану штету, искључује могућност претварања овог осигурања у осигурање од одговорности. Ради се о томе да осигуравач по основу уговора о осигурању поверења није у обавези да накнади трошко-

---

жења и ангажовања нових лица путем *Headhunting*-а. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.09.2018, Az. 4 U 101/17.

30 Упор. S. Seitz (2011a), 135.

31 *Ibid.*, 142.

32 § 3 Allgemeine Bedingungen für die Vertrauensschadenversicherung – Premium, Euler Hermes.

ве поступка, које би привредно друштво било у обавези да накнади трећем оштећеном лицу ако би било одговорно за накнаду штете. Са друге стране, правило је да осигуравач код осигурања од одговорности сноси трошкове спора о осигураниковој одговорности. Тако да се овај аспект обавезе осигуравача код осигурања поверења има посматрати као једна компонента овог класичног имовинског осигурања, а која му не мења правну природу.

Осим тога, начин уређења односа између штетника и оштећених лица говори у прилог томе да је осигурање поверења заправо осигурање имовине. Осигуравач има право да се регресира од штетника, у овом случају од лица од поверења, а не од привредног друштва, јер његовој одговорности није ни пружао заштиту.<sup>33</sup>

Други задатак пред нама је раздавајање осигурања поверења и осигурања од одговорности директора. Разлог због ког се ова осигурања погрешно поистовећују налази се у кругу лица услед чијих радњи настају штетне последице. Иако је тај круг шире постављен код осигурања поверења, и код једног и код другог осигурања се као субјекти јављају директори и чланови управе.

Осигурање од одговорности директора служи покривању свих трошкова које су директори или чланови управе дужни да накнаде на основу правоснажне пресуде или поравнања, а који су настали услед пропуста у вршењу дужности које су имали према привредном друштву. Ради се о издацима које би ова лица морала да покривају сопственим средствима. Такође, осигуравач има обавезу да осигуранику плати трошкове правне заштите, али не да му и нужно пружи правну заштиту.<sup>34</sup> Дакле, ово осигурање налази своју примену онда када привредно друштво није у могућности или не сме да накнади штету уместо лица која у овом уговору имају положај осигураника.<sup>35</sup> Овако постављеном дефиницијом осигурања од одговорности директора, оно се јасно одваја од осигурања поверења. Међутим, збуњујући чинилац је да оно посредно служи, као и осигурање поверења, и заштити имовине привредног друштва. Наиме, да ово осигурање не постоји, привредно друштво би морало само

33 Carl Otto von Halem, *Kreditversicherung*, Springer Verlag, Wiesbaden, 1964, 92.

34 Gilbert Schroeder, "Handling the Complex Fidelity or Financial Institution Bond Claim: The Liability of the Insured's Officers and Directors and Their D&O Carrier", *Tort & Insurance Law Journal*, Nr. 21/1985, 289.

35 Тако и Наташа Петровић Томић, *Осигурање од одговорности директора и чланова управе акционарског друштва*, Београд, 2011, 86.

да одговара на захтеве за накнаду штете. Осим тога, осигурање од одговорности директора се разликује од уобичајних видова осигурања од одговорности, јер не пружа заштиту само интересима осигураника, већ су покрићем обухваћени и захтеви привредног друштва као уговарача осигурања према осигуранику.<sup>36</sup>

Ту се сличности ових осигурања завршавају. Основна разлика између њих је да је осигурање од одговорности директора закључено за туђ рачун, а осигурање поверења за сопствени рачун.<sup>37</sup> Код осигурања од одговорности директора, привредно друштво закључује осигурање за рачун директора, чланова управног и надзорног одбора, менаџера, прокуриста, као вид заштите од захтева усмерених према њима. Код осигурања поверења привредно друштво осигурава сопствени ризик у своје име и у свој рачун, који се огледа у настанку штете услед штетних радњи запослених лица. Стога, као уговорне стране код уговора о осигурању поверења се јављају привредно друштво, као осигураник, и осигуравач, док органи привредног друштва немају статус нити корисника осигурања нити осигураника, као код осигурања од одговорности директора.

Такође, осигурање од одговорности директора се односи само на директоре и чланове управе,<sup>38</sup> док осигурање поверења може обухватити шири круг лица. Потом, код осигурања поверења се сматра да осигурани случај настаје откривањем штете. Код осигурања одговорности се тај тренутак везује за тренутак подношења захтева за накнаду штете од стране оштећеног лица. Осигурањем од одговорности се настоји обезбедити заштита од штете која наступа по имовинску ситуацију привредног дру-

---

36 О ставовима у литератури и условима под којим се привредно друштво може јавити као оштећено лице у контексту овог осигурања, вид. Robert Koch, „Das Dreieckeverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versicherten Person in Innenhaftungsfällen der D&O-Versicherung“, *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2012, 152-153, 157-158. Упор. Horst Ihlas, *D&O Directors & Officers Liability*, Berlin, 2009, 408.

37 То је основни облик овог осигурања. Међутим, и оно може бити закључено у форми осигурања за туђ рачун, када је лице од поверења истовремено и уговарач осигурања. За разлику од осигурања поверења закљученог у сопствено име, која настаје углавном у вези са радним односом, осигурање поверења закључено у туђе име у својој основи има неки уговорни однос између особе од поверења, у форми уговарача осигурања, и осигураника. Што се тиче осигуравача, обавеза је иста и у оба случаја има право регреса од лице од поверења као штетника. Вид. R. Koch (2006), 3.

38 Детаљније о овим лицима, вид. Horst Ihlas, „Moderne Directors & Officers Versicherungsbedingungen“, *Handbuch Managerhaftung-Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen, Typische Risikobereiche* (Hrsg. Krieger Uwe), Köln, 2017, 540.

штета, било у форми обичне штете или изгубљене добити,<sup>39</sup> док се осигурање поверења односи само на покривање обичне штете.

Ипак, највећа разлика између ових осигурања јесте степен кривице са којим мора бити извршена штетна радња. Док се код осигурања од одговорности директора захтева да је радња учињена из немара, код осигурања поверења потребна је намера штетника да би осигуравач био у обавези. Управо из тог разлога, ова осигурања представљају добру комбинацију. Настанак штете у привредним друштвима готово увек је везан за нечију кривицу. Иако право препознаје и концепт случаја, врло ретко штета тако настаје. Кривица која се налази у основи тако насталих штета је или намера или немар. Међутим, оно што је занимљиво јесте да настала штета често или обухвата оба степена кривица или их је немогуће разграничити. Најједноставнији пример би био да запослено лице намерно изврши кривично дело преваре, док директори из немара то не примете и не пријаве кривично дело. Врло су ретки случајеви да је постојала само намера запосленог, а да истовремено неко лице није узроковала штету и својим немаром.<sup>40</sup> Притом, могуће је да протекну и године пре него што се успешно раздвоји ко је деловао на који начин и ко је пропустио шта да предузме. У сваком случају, одговорно лице се не може бранити да је једноставно пропустило да примети шта му се дешавало пред очима, дозвољавајући штети да настане.<sup>41</sup> Додатно отежавајући фактор представља промена поимања непоштеног деловања у оквирима привредног друштва, што нарочито долази до изражаја у америчком концепту *Fidelity Insurance*-а. Ту су и

---

39 Оваква осигурања, која не настоје да пруже заштиту неком конкретном предмету или лицу, представљају осигурања пасиве, код којих вредносни однос осигураника према предмету осигурања ни не представља разлог закључења уговора о осигурању. Вид. Horst Baumann, *Einführung §§ 1-32 VVG, Großkommentare der Praxis*, (Hrsg. Horst Baumann, Roland Michael Beckmann, Katharina Johannsen et al.), Berlin, 2009, 303-304.

40 Лице А тргује финансијским производима у име банке Б. У томе, лице А прекорачи своја овлашћења и недозвољено искористи новац муштерија за одређене трансакције. Ипак, лице А остварује тиме добит за банку Б. Али и за себе, јер му плата зависи од конкретних резултата. Менаџер В је сазнао за поступака од А, али се не меша. После неког времена, банка Б је услед ових поступака лица А претрпела одређену штету. Након ревизије је утврђено да је лице В својим непоступањем повредило своје дужности, чиме доприноси настанку штете. На основу касније истраге се сазнаје да је лице В не само знало поступке, већ да је добијао накнаду за своје ћутање. Његово поступање престаје бити немарно и постаје намерно.

41 Један од примера из америчке судске праксе у вези са раздвајањем покрића из осигурања поверења и осигурања од одговорности директора је *Elgin National Bank v. Home Indemnity Co.* 583 F 2d. 1281, (5th Circuit 1978). Такође, *Verex Assurance, Inc. v. Gates City Mortgage Co.*, Civil No. C-83-0506W.

нијансе у понашањима штетника, који може имати активну, али и мање активну улогу. На крају, често једини критеријум разликовања намере и немара буде да ли се штетник лично обогатио или не.

Стога, препорука привредним друштвима је да закључе оба осигурања. Ако се осигуравач код осигурања од одговорности директора позове на искључење своје обавезе, јер је штетник деловао са намером, онда заштиту привредном друштву може да пружи осигурање поверења.<sup>42</sup> Привредно друштво се може накнадити путем суме осигурања по основу тог уговора, ако осигурана сума није одређена као прениска. Тежак задатак одређивања степена кривице може бити изрелативизован тиме што ће оба осигурања бити закључена код истог осигуравача.<sup>43</sup>

О чему треба водити рачуна приликом регулисања односа између осигурања од одговорности и осигурања поверења јесу рокови застарелости. Како привредно друштво не би изгубило своја права по основу осигурања поверења, са осигуравачем може уговорити одрицање од рокова застарелости. Тиме се обезбеђује заштита по основу овог осигурања и у каснијим тренуцима, ако изостане наканда из осигурања од одговорности директора.

## V Закључак

Развој привредног криминала и његово стално добијање нових облика може озбиљно оштети имовину привредног друштва, проузрокујући му материјалну и нематеријалну штету. Ту није крај негативним утицајима штетних радњи, јер могу угрозити пословање и само постајање привредног субјекта. Стати на пут учесницима привредног криминала не представља једноставан задатак из неколико разлога. Прво, откривање недостатака надзорних и сигурносних система омогућава запосленима проузроковање бројних материјалних последица, које дуго могу проћи неопаженим. То нарочито долази до изражаја у већим компанијама, где је понекад немогуће успоставити ефикасну контролу над свим саставним деловима. У мањим привредним друштвима спровођење контроле је једноставније, развијенији су лични односи и односи већег поверења. Међутим, и услед тога, и у овим привредним друштвима постоји велика могућност за привредни криминал. Поготову, јер једно лице преузима

---

42 G. Schroeder, 270.

43 S. Seitz (2011a), 13.

често више обавеза и функција на себе, чиме се повећавају одговорности које ово лице носи на себи, али и могућност злоупотребе.

Потом, ту је све мањи степен свести, али и знања о томе да су неки поступци противправни.<sup>44</sup> На крају не треба занемарити и мере кадровске политике, које подразумевају да запослени често бивају премештани у оквиру истих компанија, чиме се врши деперсонализација самог радног односа, а колегијалност не развија.

Велико поље деловање привредног криминала може се бар делимично сузити захваљујући осигурању поверења. Свакако да се тиме не добија гаранција да ће увек доћи до накнаде штете коју је привредно друштво претрпело. Али се повећава могућност да ће привредном друштву бити накнађена штета, а потенцијално имовинско оптерећење смањено, макар за износ суме осигурања. Стога се ово осигурање може посматрати као вид активног управљања ризиком. Такође, позитиван утицај осигурања поверења може се приметити и у погледу спречавања губитака и настанка инсолвентности услед непредвидивих штета, што се даље може одразити на његову репутацију. Осим тога, одбијање закључења уговора о осигурању поверења, могло би водити питању у пословним круговима шта је разлог њихове одлуке да се не осигурају од реализације тако великог ризика. Све су то фактори који додатно могу угрозити репутацију компаније.

Закључно се може рећи да се велика одговорност налази на осигуравачима, који би требало да уведу ово осигурање, а потом и да потенцијалне корисника ближе упознају са њим. Нарочито сада, после економске кризе, када се много више говори о привредном криминалу и када је се много више упознато са њим и његовим формама. Такође, одлуком да закључи уговор о осигурању поверења са привредним друштвима, осигуравач указује да је реч о привредном друштву чији запослени, као лица стручног знања и потребног интегритета, делују у интересу привредног друштва и да нису склони учествовању у привредном криминалу.<sup>45</sup> Наиме, приликом процене ризика, осигуравач настоји да прикупи податке који могу послужити као показатељи вероватноће наступања штетних последица. Тиме се показују да су запослена лица таква да постоји мања вероватноћа да ће својим поступцима проузроковати штету привредном друштву или трећим лицима.<sup>46</sup> На крају, свест да нису све штете које про-

44 *Ibid.*, 26.

45 Наташа Петровић Томић, „Утицај осигурања од одговорности директора на први агенцијски проблем“, *Европске реформе у праву осигурања Србије*, 2010, 356.

46 *Ibid.*, 355.

узрокују привредном друштву покривене овим осигурањем мотивише запослене да поступају у складу са својим обавезама, под „претњом“ да могу бити одговорни за проузроковану штету. Стога, може се рећи да и осигурање поверења доприноси решавању сукоба управе и власника, иако само посредно.

**Mirjana GLINTIĆ, MA**  
**Research Associate**  
**Institute of Comparative Law**

### **FIDELITY INSURANCE AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION OF THE COMPANY'S PROPERTY**

*Great losses make new legal regulations. That is one of the reasons that led to the appearance of the fidelity insurance that came out of the company's need for protection from internal financial crime. Insured risk represents the occurrence of pecuniary damage to a company due to intentional misconduct by the employees and directors. Insurance market in the USA has recognized the significance of this insurance, while in Europe it is only provided by German insurers. Even though this insurance does not provide a guarantee that the company's damage will always be indemnified, it certainly does reduce potential pecuniary burden for one company. It also has indirect influence on the solvency of a company and maintenance of its reputation.*

*The purpose of fidelity insurance is particularly emphasized when in combination with D&O insurance. Despite their specious similarities, there is a great deal of differences between these two. The biggest differences is the required level of fault underlying such losses. However, this is the main cause their compatibility. By concluding both contracts, a company excludes the possibility for not receiving indemnification because the damage was caused by negligence or intention of the wrongdoer.*

**Key words:** *fiduciary duty, fidelity, damage, intention, negligence.*



**Јасна БУЈУКЛИЋ МИТРОВИЋ\***

## **МЕДИЈАЦИЈА У ОБЛАСТИ ОСИГУРАЊА У СВЕТЛУ ЗАКОНА О ПОСРЕДОВАЊУ У РЕШАВАЊУ СПОРОВА**

### **Резиме**

*У раду се анализира поступак медијације у области осигурања с обзиром на нова решења у Закону о посредовању у решавању спорова из 2014. године. Аутор констатује да је наш законодавац, у односу на ранију регулативу, пружио знатно боље гаранције странкама за успешност медијације, дајући предност успостављању адекватног и поузданог система посредовања, уз пружање одговарајуће техничке, стручне, административне и друге подршке од стране надлежних органа. Тиме је створена одговарајућа правна инфраструктура и погоднија друштвена клима, која у многоме омогућује промену парничног менталитета код нас. Аутор закључује да су то неопходни предуслови да се и у области осигурања медијација схвати као претходан и веома користан поступак, који би у знатној мери могао довести до смањења ових спорова.*

**Кључне речи:** Медијација - Закон о посредовању у решавању спорова. – Медијација у области осигурања

### **Опште карактеристике медијације**

Медијација представља специфичан начин мирног решавања спорова, која своје утемељење има не само у најстаријим епохама развоја правне цивилизације, већ је своју актуелност задржала све до најновијих времена.<sup>1</sup> Отуда јој се у модерним законодавствима посвећује значајна пажња, како на националном тако и на међународном нивоу. На том

---

\* саветник у Министарству правде Републике Србије

1 Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АDR*, Београд 2010; Ж. Бујуклић, „Европске интеграције Србије и алтернативно решавање спорова (ADR): иновација и (или) древна правна традиција“, *Право и привреда*, 7-9/2014, 434-452.

плану истичу се бројне директиве Европске уније<sup>2</sup>, низ препорука Савета Европе<sup>3</sup>, као и *UNCITRAL Модел Закона о међународној трговинској медијацији*, у коме се налазе и одредбе о избору медијатора и току самог поступка.<sup>4</sup> Мада се бави искључиво медијацијом у међународним трговинским случајевима, он може послужити и за поједина решења општег закона о медијацији, поготову због његове сличности са Униформним законом о медијацији, који је предложен америчким државама на усвајање. Поред тога, треба споменути правила о поступку посредовања који се води пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова, једном од институција Светске банке у Вашингтону (ICSID)<sup>5</sup>, регулисан Вашингтонском конвенцијом из 1965. године. Посебна правила о мирном решавању спорова путем медијације (*Mediation Rules*) донела је и *World Intellectual Property Organization (WIPO)*, Светска организација за интелектуалну својину.<sup>6</sup>

У правни поредак Републике Србије медијација је уведена 2004. године доношењем *Законом о парничном поступку* и *Законом о мирном решавању радних спорова*, нормативно је разрађена *Законом о посредовању-медијацији* из 2005. године и *Законом о породичним односима* из исте године, да би унапређени законодавни оквир, односно *Закон о посредовању у решавању спорова*, коначно ступио на снагу 2015. године.<sup>7</sup>

2 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

Вид. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>.

3 Оне се односе на различите правне области, попут породичног, грађанског, кривичног и управног. Препорука Комитета министара Савета Европе о мирном решавању спорова бр. R (86) од 16.9.1986. године; Препорука Комитета министара Савета Европе о породичној медијацији бр. R (98) 1. од 21.6.1998. године; Препорука Комитета министара Савета Европе о медијацији у кривичним стварима бр. R (99) 19. од 15.9.1999. године; Препорука Комитета министара Савета Европе о алтернативама за решавање спорова између органа управе и приватних лица бр. REC (2001) 9. од 5.9.2001. године; Препорука Комитета министара Савета Европе о медијацији у грађанским стварима бр. REC (2002) 10. од 18.9.2002. године. Вид. <http://www.coe-recruitment.com/index.aspx>

4 UNCITRAL Модел Закона о међународној трговинској медијацији, до сада је усвојен од стране 14 земаља Вид. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/2002Model\\_conciliation\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html).

5 <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

6 <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/>

7 *Закон о посредовању-медијацији*, Сл. гласник РС, бр. 18/2005; *Закон о парничном поступку*, Сл. гласник РС, бр. 72/2012, 49/2013, 74/2013; *Закон о породичним односима*, Сл. гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011; *Закон о мирном решавању радних спорова*, Сл. гласник РС, бр. 125/2004, 104/2009, *Закон о посредовању у решавању спорова*, Сл. гласник РС, бр. 55/2014.

У стручној јавности влада неподељено мишљење да је медијација хуманији, флексибилнији и јефтинији поступак од судског. Она доприноси афирмацији решавања спорова мирним путем, што посредно води и усаглашавању људских и пословних односа и смањивању социјалних конфликата. То се постиже, пре свега, уз поштовање неких кључних принципа, уобличених у основна начела медијације: добровољност, једнакост странака, приватност, поверљивост, непристрасност, неутралност и сл.<sup>8</sup>

Поменуте принципе превидео је и *Закон о посредовању-медијацији* (даље: ЗОМ) из 2005. године,<sup>9</sup> којим се обезбеђује примена ове институције у пракси и превенција од могућих злоупотреба. Имајући у виду да је медијација неформалан поступак, разумљиво је што сама процедура не може бити детаљно и стриктно уређена, нити је могуће креирање типизираних правила поступка, јер би то несумњиво умањило његову флексибилност. Па ипак, процедура медијације почива на неколико темељних принципа, којима се обезбеђују услови за успешно преговарање.

Темељно процесно начело медијације представља *принцип диспозиције*, по коме приступање овом поступку зависи искључиво од воље страна у спору. Оне могу посебним споразумом о посредовању (у виду клаузуле о посредовању), одредити да ће поступак покушати да реше мирним путем, уз помоћ треће, неутралне стране. Поред тога, странке су слободне да поступак медијације отпочну и када су се већ обратиле судској инстанци ради доношења одлуке, али су оне у оба наведена случаја слободне да уреде ток медијације.<sup>10</sup> Из поменутог начела произилази и *принцип добровољности*, који подразумева да су странке (за разлику од медијатора) слободне да поступак “напусте“ у свакој његовој фази све до потписивања споразума којим се спор решава.<sup>11</sup> Обуставом медијације, предходни судски или други поступак се наставља као да медијације није ни било. Дакле, странке могу у било ком тренутку прекинути поступак медијације и отпочети судски поступак, односно вратити се покренутом судском поступку уколико за тим имају потребу.

---

8 Ј. Бујуклић, *Медијација као услов за ефикасно правосуђе у Републици Србији*, мастер рад, Београд 2013, 9-13; Н. Петрушић, *Европски стандарди и принципи у решавању спорова путем медијације*, 6. Вид.

[http://natef.net/downloads/Nevena\\_Petrusic.pdf](http://natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf)

9 Сл. гласник РС, бр. 18/2005.

10 ЗОМ, чл. 3.

11 Изузетно, поступак се може обуставити и одлуком медијатора, после консултације са странама, уколико медијатор утврди да даљи поступак није оправдан. ЗОМ, чл. 3, 9.

Медијатори у свом деловању морају строго поштовати *принцип неутралности*, односно имати једнак однос према странама и сачувати своју непристрасност током читавог поступка, превазилазећи искушење да утврђују на чијој страни је кривица. Зато једнакост и равноправност страна, са неутралношћу и непристрасношћу медијатора, чине нераздвојну целину током процедуре посредовања.<sup>12</sup>

За разлику од парничног поступка, медијацију одликује *принцип поверљивости (дискреције)*, који подразумева вођење поступка без јавности, осим уколико се странке не договоре другачије.<sup>13</sup> Отуда, све што је речено или написано у постуку медијације не може бити коришћено у каснијем евентуалном судском поступку. Осим на изричит захтев странака, записник о току поступка се не води, а информације, предлози и изјаве изнете током поступка посредовања и предлози дати искључиво у сврху измирења, не могу се користити у парничном, арбитражном и другом поступку, нити саопштити на други начин. Тиме су странке могле на потпун и поверљив начин да изнесу своја виђења предмета спора и укажу на могућа решења, што уз потпуну приватност поступка омогућава брже и боље решење спорног случаја.<sup>14</sup> Зато је законом промовисано и *начело хитности* поступка, а све са циљем да се спречи злоупотреба медијације у циљу одуговлачења парничног или било ког другог судског или управног поступка.<sup>15</sup>

### **Посредовање као алтернативни начин решавања спорова у сектору осигурања**

Несумњиво да медијација представља цивилизацијску тековину сваке модерне државе, односно политички приоритет и правни стандард који је широко прихваћен у европском законодавству, на шта јасно указује интезивна законодавна активност ЕУ на овом пољу.<sup>16</sup> Приликом опредељења за увођење медијације у европско законодавство, није било дилеме да ће се његова примена подстаћи у свим правним сферама у којима прав-

12 ЗОМ, чл. 4. Н. Петрушић, *нав. дело*, 38; Љ. Милутиновић, *Образложење Нацрта Закона о медијацији из 2012. године*, 41-44.

13 ЗОМ, чл. 5.

14 Љ. Милутиновић, *Медијација у Србији*, Београд 2006, 45.

15 ЗОМ, чл. 7.

16 Уп. Директива 2013/11/ЕУ о алтернативном решавању потрошачких спорова; Уредба бр. 524/2013 о решавању потрошачких спорова електронским путем; Директива 2002/92/ЕС о посредовању у осигурању и др.

на природа спора то дозвољава. Питање које се наметнуло је да ли има места примени медијације и у области осигурања, што доводи до потребе разумевања пре свега конкретног правног односа, а потом и низа других спољашњих фактора који могу водити до адекватног одговора.<sup>17</sup>

Комплексна структура овог уговорног односа у осигурању подразумева значајно слабију уговорну позицију осигураника. Она се огледа у недостатку стручног знања, економске снаге и информисаности о свим елементима уговора, чије клаузуле осигуравач по правилу сачињава унапред и самостално, па је његово склапање најчешће праћено искључењем могућности преговора. Иако би коректан и правичан однос према осигураницима у свим фазама трајања осигурања требало да буде приоритет, широк је спектар потенцијалног непрофесионалног, шпекулативног, обмањујућег поступања осигуравача који могу наштетити кориснику осигурања.<sup>18</sup> Управо је то разлог што се заштита слабије уговорне стране обезбеђује кроз читав сет правила садржаних у различитим правним прописима, а која се огледа у прописивању обавезне садржине општих и посебних услова пословања, инсистирању на информацијама које морају бити дате на јасан и разумљив начин, континуираном обавештавању осигураника о свим релевантим чињеницама, као и санкционисању уношења неправичних клаузула.

Специфичност и сложеност производа осигурања, оправдава потребу пружања додатне заштите не само путем прописа који регулишу правну материју осигурања, већ и путем потрошачког законодавства. Приступ примењен у националним законима о уговору о осигурању држава чланица ЕУ у вези са применом принципа заштите слабије стране у уговорним односима, разликује се од приступа из прописа о потрошачима. Правило је да сви уговарачи и остала лица када се ради о масовној продаји, морају да уживају додатну заштиту кроз принудна правила уведена законима о уговору о осигурању, под условом да не спадају у изузетке по осно-

17 Опширно о томе N. Petrović Tomić, "Medijacija u osiguranju", *Zbornik Pravnog. fakulteta u Rijeci*, vol. 31, 1/1991 (2010), 475-494.

18 Поједини истраживачи, међутим, сматрају да се у пракси све више дешава да права осигураника штите експерти специјализовани за спорове из осигурања, који својим заједничким деловањем и међусобном разменом искустава, далеко успешније омогућавају својим клијентима да победе у спору. Ти адвокати се групишу у интересна професионална удружења (тзв. „кокус“) кроз која, чак и противно начелу поверљивости, размењују податке о обављеним медијацијама и стварају заједничку тактику у споровима против осигуравајућих кућа. E. Brunet, „Reevaluating Complex Mediation Generalizations”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18, 1/2011, 279-296. Вид. <http://ssrn.com/abstract=2040903>.

ву дефиниције великих ризика. Правила о заштити потрошача услуга осигурања налазе се у бројним прописима општег и посебног карактера, те је на тај начин постигнута солидна основа за спречавање настанка штете по потрошача услуга осигурања.<sup>19</sup> Како предмет осигурања може покривати велики број *de facto* и *de iure* питања, тако су и спорови проистекли из њих веома разноврсни, а могу се односити на: а) закључење и извршење уговора о осигурању имовине и лица; б) закључење и извршење уговора о реосигурању и саосигурању; в) мере за спречавање и смањивање ризика који угрожава осигурану имовину и особе. Такође треба имати у виду да узроци спорова између осигуравача и осигураника често нису правне природе, већ више последица неспоразума о неком имовинском, трговинском, породичном, радном, управном и кривичном питању, у односима у којима стране могу слободно располагати, у ситуацији када законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа.<sup>20</sup>

Може се закључити да медијација пружа још један ниво заштите у односу на корисника осигурања, пружајући уједно велики број погодности за обе уговорне странке. Горе поменуте одлике поступка медијације, указују на вишеструку корист коју могу имати странке из уговорног односа осигурања.

Пре свега, она се односи на могућност *прилагођавања поступка потребама странака*, уз избегавање парничног поступка, чија је природа таква да је решење конфликта ограничено ригидним законским оквирима. У парници се не узимају у обзир целокупне потребе странака, већ само оне које потпадају под релевантне правне норме. Са друге стране, странкама се пружа могућност да се ван притиска процесних норми обезбеде интензивни, непрекидни и отворени преговори, чиме се знатно повећавају шансе да се постигне споразум. У стручној литератури се управо спорови из подручја осигурања сматрају изузетно погодним за посредовање јер се констатује да је највећи проценат тих спорова решен споразумом, првенствено зато што представници правних лица нису емотивно и интересно непосредно инволвирани у спор. Тиме је омогућен рационалан и објективан приступ решавању спора, без емотивних фрустрација.<sup>21</sup> Медијатори ће у сваком случају, осим непристрасности у поступању (која се подразумева) и

---

19 О. Узелац, *Регулаторно-правни оквир заштите потрошача из односа осигурања*, Нови Сад 2016, 269. В. горе нап. 16.

20 А. Спаић, „Медијација у осигурању“, *Право и привреда* 10-12/2012, 26 -27.

21 N. Grgurić, H. Pauković, „Alternativno (izvansudsko) rješavanje sporova“, *Zbornik Hrvatskog ureda za osiguranje*, Zagreb 2011, 90.

својих стручних знања из области права осигурања, уз познавање свих специфичности поступка медијације, моћи значајно да допринесу проналажењу адекватног решења за странке у спору.

Не може се избећи чињеница да брзини правног промета, која је императив у области осигурања, потпуно одговара могућност како *слободног приступања*, тако и *одустанка* од медијације у свакој фази поступка (који гарантује принцип диспозиције) без негативних консеквенци, уколико се утврди немогућност проналажења компромисног решења. Такође, спорови се у медијацији често решавају након једног или више састанака, али чак и када се ради о вишемесечном поступку медијације у комплексном спору, његово трајање је далеко краће него могућа парница.<sup>22</sup>

Конечно, *поверљивост поступка* има значајну улогу, јер је на овај начин у потпуности искључена могућност нарушавања репутације или пословног угледа странака (нарочито осигуравача, уговорно јаче стране) као и довођење пословних резултата у питање. Насупрот томе, медијација може постати један од ефикасних механизма остварења пословних циљева друштва за осигурање, који се огледа у успостављању дугорочног, квалитетног и на поверењу клијената заснованом пословању.

Уколико се осврнемо на преостале факторе који су допринели примени и прихватању медијације у сектору осигурања, не можемо изоставити као један од кључних и економску кризу која је захватила светска финансијска тржишта, што је довело до потребе ублажавања њених социјалних и економских последица. У општој сфери неповерења, константном страху од потенцијалних губитака, дисхармоније између понуде и тражње, у фокус се поново враћа заштита права потрошача у финансијском сектору, што се одразило и на област осигурања.<sup>23</sup> Поред низа мера економске политике које су требале да доведу до стабилизације тржишта, било је неопходно изнаћи и ефикасне правне инструменте који ће повратити нарушени углед пружалаца услуга и улити поверење постојећих и потенцијалних осигураника, те је медијација препозната и прихваћена као један од њих.

Поред тога, последњих деценија је услед климатских промена долазило до све већег броја природних катастрофа, што је доводило до непла-

---

22 Л. Карамарковић, *нав, дело*, 330.

23 I. Benöhr, „Alternative Dispute Resolution for Consumers in the Financial Service Sector: A Comparative Perspective“, Swedish Institute for European Policy Studies, April 2013, 2.

нирано великог броја одштетних захтева осигураника на ширем, глобалном плану, па се сектор осигурања суочио са изазовом да мора хитно обезбедити што адекватнији одговор на ову новонасталу ситуацију. У циљу бржег и ефикаснијег решавања енормног броја таквих спорова, стварају се програми о начинима посредовања у тим ванредним ситуацијама. Њихов циљ је да се изједначи драстична неравнотежа моћи између осигураваача и власника уништених или оштећених непокретности, а поготово када су у питању припадници угрожених социјалних група (заснованих на економским, етничким, расним и другим карактеристикама). Посебним планским документима се предвиђа претходно упознавање те популације о различитим могућностима медијације након природних катастрофа, подстичу се на коришћења адвоката и других јавних служби током посредовања, али се предвиђа и обука медијатора ради веће компетентности о специфичним потребама мањинских група. Тиме се жели обезбедити брз, ефикасан, правичан и правовремен начин решавања великог броја спорова који се појављују између осигуравајућих кућа и осигураника.<sup>24</sup>

Може се закључити да је сасвим оправдана примена медијације у различитим сферама правног промета, тако да не чуди што је своје место заузела у оквиру сектора финансијских услуга, па и у сегменту делатности осигурања. Опредељење за увођење медијације у осигурању је у интересу и осигураваача и корисника његових услуга, јер се избегавањем сувишних парничења штеди не само време и новац, већ овај прејудицијелни поступак доноси и неке посредне користи, попут очувања дугорочних пословних односа и унапређења пословања.<sup>25</sup> Несумњиво да је пословна стратегија свих пружалаца услуга осигурања усмерена на дугорочну сарадњу, уз потребу изградње чврстог и партнерског односа са клијентима који се темељи на тачности, брзини и поузданости. Мишљења смо да медијација може бити само додатни адут у широком спектру погодности који се може понудити клијенту, којим се умножавају путеви заштите, не елиминишући ни један од њих.

### **Новине у Закону о посредовању и Закон о осигурању**

Током примене *Закона о медијацији-посредовању* из 2005. године, уочене су бројне слабости, које су потврђене и одговарајућим емпиријским анализама дотадашње праксе. Једна од њих је студија спроведена током

24 B. Marzine Harges, "Disaster Mediation Programs - Ensuring Fairness and Quality for Minority Participants", Legal Studies Research Paper Series, n. 1/2011, Вид. <http://ssrn.com/abstract=1962837>.

25 N. Petrović Tomić, "Medijacija u osiguranju", 481-484.



2011/12. године у Парничном одељењу и Одељењу центра за медијацију Основног суда у Нишу. Она је указала на чињеницу да је често пролазило пуно времена пре него што би странке приступиле медијацији, и то првенствено због њихове неинформисаности о овом поступку, па све до психолошких баријера. Као ефикасан начин решења постојећег проблема, аутори су предложили увођење законске обавезе странака да покушај решавања спора медијацијом буде *предуслов* за покретања парничног поступка. Такође, овим истраживањем је указано на оправданост мишљења већине судија да би споразум закључен у поступку медијације, који би имао снагу извршне исправе, могао имати позитиван ефекат у правцу повећања броја медијација, јер би то довело до растерећења судова од прекобројних предмета. Коначно, као један од кључних проблема наводи се висина таксе за покретање поступка, који нарочито у споровима мале вредности представља фактор одвраћања странака од медијације.<sup>26</sup>

Отуда су новим *Законом о посредовању у решавању спорова* из 2014. године (даље: ЗОП) унете неке значајне новине, засноване и на *Стратегији за реформу правосуђа за период 2013-1018. године*,<sup>27</sup> којима се желео обезбедити квалитетнији рад медијатора и унапређење саме праксе посредовања. У том циљу јасније је дефинисана улога Министарства надлежног за област правосуђа (даље: Министарство), тако што су му поверене одређене надлежности које доприносе већој транспарентности механизма одговорности у раду медијатора, али и свих осталих учесника у поступку медијације.

Уведен је систем издавања дозволе за посредовање од стране Министарства (које важе три године, а потом се обнављају на рок од пет година), којим се утврђује да ли неко лице испуњава услове за обављање посредовања.<sup>28</sup> Уз то, посредници су морали испунити и неке додатне услове, који подразумевају најмање десет часова стручног усавршавања у току једне године и најмање пет посредовања за време важења дозволе. Посредници који су прошли акредитоване програме обуке, испунили остале законом прописане услове за стицање својства посредника, а потом и добили дозволу за посредовање, уписују се у званични Регистар посредника који води министарство за целу територију Републике.<sup>29</sup>

26 А. Мајошевић, „Ефикасност (судске) медијације у Србији на поједине европске земље“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68/2014, 264-265,

27 Сл. гласник РС, бр. 9/2010.

28 Цело поглавље VII је посвећено издавању дозволе за посредовање: ЗОП, чл. 36-42.

29 ЗОП, чл. 42.

Предвиђен је и поступак одузимања дозвола, од стране комисије коју чине три члана из реда судија, посредника и Министарства.<sup>30</sup> Овим строжим условима желела се обезбедити већа стручност медијатора, оформити јединствена централна база података и отклонити недостаци дотадашње праксе. Тиме је обезбеђена већа гаранција да ће поступак медијације бити вођен на објективан и непристрасан начин, и то од стране додатно обучених посредника, што је од користи првенствено за сукобљене стране, али такође и за судове, институције или организације које ће пружати услуге медијације.<sup>31</sup>

На основу ових законских одредби види се да се држава определила да медијацији званично пружи статус официјелног државног метода решавања спорова, преузимајући на себе, преко механизма контроле читавог система, улогу гаранта квалитета. Оваква повезаност између приватног и јавног сектора, нека врста партнерства и узајамне сарадње, свакако доприноси развоју медијације у нашој средини, коју карактерише преоптерећеност и неефикасност судског система. Новина је и *Тарифа о наградама и накнадама посредника у поступку посредовања*, коју по први пут прописује министар надлежан за послове правосуђа, уз оставање могућности да се стране споразумеју другачије.<sup>32</sup>

Кључна законска новина, која странкама обезбеђује већу правну сигурност, представља одредба по којој споразум о решавању спора путем посредовања има снагу *извршне исправе*. Неопходна је изричита изјава дужника да се након доспелости потраживања може покренути поступак принудног извршења (клаузула извршности). Законодавац је предвидео и када се то неће дозволити: ако закључење овог споразума није дозвољено, ако је споразум супротан јавном поретку, ако споразум није подобан за извршење или је предмет извршења немогућ.<sup>33</sup>

---

30 ЗОП, чл. 39, 41.

31 У циљу обезбеђења довољног броја спроведених медијација (НУМС), које представљају услов за обнављање дозволе, Национално удружење медијатора Србије организовало је акцију бесплатних услуга медијације. Тиме је уједно пружена подршка промоцији, развоју праксе и стицању нових знања и искустава медијатора. Вид. <https://nums.rs/?p=1668>

32 ЗОП, чл. 29. Истраживање спроведено током 2009. године при Центру за медијацију у Основном суду у Краљеву показује да је велики број потенцијалних корисника медијације истакао да њихова одлука да размотре коришћење услуга медијације зависила од финансијског фактора.

33 ЗОП чл. 27.

Додуше, овде постоји ризик да они медијатори који немају правничко образовање могу сачинити исправу која није у складу са *Законом о извршењу и обезбеђењу*<sup>34</sup>, па може изазвати умножавање нових поступака (нпр. због утврђивања ништавости правног посла). Отуда се неопходни степен контроле од стране јавноправне власти постиже тиме што потписи страна и посредника у споразуму о поступку посредовања морају бити оверени у суду или код јавног бележника.<sup>35</sup> Тиме држава својим ауторитетом обезбеђује веће поверење грађана у овај још увек недовољно познат правни институт.<sup>36</sup> Уколико јавноправна овера није учињена, законом је предвиђена могућност да се у поступку извршења може истицати приговор да је одлука на основу које је одређено извршење апсолутно ништава или је без правног дејства, односно да нема својство извршне исправе.

Како би се отклонила могућности да посредовање буде коришћено као начин одуговлачења коначног решења спора, уведено је и законско решење по коме са отпочињањем поступка медијације наступа прекид застарелости. Предвиђено је да застој застарелости може трајати најдуже 60 дана од дана подношења захтева поводом кога се спроводи поступак посредовања, а потом рок застарелости наставља да тече.<sup>37</sup> Тиме се обезбеђује већа правна сигурност странака, што их додатно мотивише да спор покушају да реше управо мирним путем.

Насупрот мишљењу једног дела стручне јавности, поготово судија, да искључиво обавезна (мандаторна) медијација може довести до задовољавајућих резултата, наш законодавац се определио за доследну примену начела добровољности.<sup>38</sup> Предност је дао успостављању адекватног и поузданог система, као и пружању одговарајуће техничке, стручне, административне и друге подршке.

34 Сл. гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016 и 113/2017.

35 ЗОП, чл. 27. Најновијим прописима овера се врши искључиво код јавних бележника. *Закон о јавном бележничтву*, Сл. гласник, бр. 106/2015.

36 Обезбеђењем извршности споразума, одговорено је и потребама корпоративног света, односно великог дела глобалне правне заједнице, према чијем мишљењу је ово питање кључно за правну сигурност.

37 ЗОП, чл. 25.

38 А. Мајошевић, „Ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 786. I. Garaci, „Alternative Dispute Resolution in the Italian Insurance System“, AIDA Europe Cofrence, Copenhagen 2015, 20-30. Вид. <http://www.erevija.org/pdf/articles/eng/Ilaria%20engl.pdf>

### Подршка примени Закона о посредовању у решавању спорова

Упркос унапређеном правном оквиру у области медијације, који је усаглашен са правним тековинама Европске уније и најбољом савременом међународном и упоредном праксом, имајући у виду незадовољавајуће резултате његове примене, јавила се потреба за усвајањем системских мера којим ће бити пружена суштинска подршка од стране судова. То је постигнуто доношењем Упутства за унапређење медијације у Републици Србији (даље: Упутство), закљученог између Министарства, Врховног касационог суда и Високог савета судства.<sup>39</sup> На овај начин не само да се реализују прописане мере из кључних стратешких докумената, Националне стратегије реформе правосуђа и Акционог плана за преговарачко Поглавље XXIII, као и Јединственог програма решавања старих предмета Врховног касационог суда, већ се пружа конкретна помоћ надлежних органа у превазилажењу свих проблема са којима се медијација суочава у практичној примени. На овај начин потврђује се став да законодавни оквир представља само иницијалну тачку, те да не може бити гарант постизања адекватних резултата, без свеобухватне институционалне подршке. Уколико се узме у обзир да правосуђе може имати највише користи због растерећења и ефикаснијег поступања по предметима, не чуди што је његова подршка препозната као неопходност. Потребно је да начин његове примене буде усклађен са међународним стандардима поступања. Похвално је да је доношењем оваквог акта, по први пут од увођења медијације у домаће законодавство, пружен конкретан план координисане активности правосудних органа, којим су идентификоване све потенцијалне могућности пружања подршке, која подразумева учешће свих појединаца у оквирима њихове надлежности и стеченог стручног знања из поменуте области. Реални донети поменутог акта зависиће искључиво од практичне реализације и воље да се све прописане мере доследно спроведу, имајући у виду да конкретни предлози не захтевају значајна финансијска улагања, која су и углавном највећа препрека у реализацији планираног.

Имајући у виду наведено, мере за унапређење медијације су предвиђене на више нивоа деловања и подразумевају: измену појединачних програма за решавање старих предмета у судовима и годишњи распоред послова; оснивање инфо-службе за подршку алтернативним начинима

39 Вид. <https://aka.ms/o0ukef>.

решавања спорова у оквиру свих основних, виших и привредних судова; формирање инфо-пулта; подстицање активне сарадње са екстерним партнерима суда односно пружаоцима услуга на основу закључених протокола о сарадњи; установљавање рочишта за покушај решавања спора упућивањем странака на медијацију пре припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу; промоција и обука судија и председника судова.

Пре свега, треба истаћи утврђену обавезу судова да ради ефикасног решавања проблема заосталих предмета утврде медијабилне предмете у којима ће странкама, од стране поступајућег судије или председника суда, бити предложена медијација. Истиче се као неопходност вођење и редовно ажурирање евиденције судија и судијских помоћника који имају дозволу за посредовање (уписаних у Регистар посредника), а које морају бити видно истакнуте на огласној табли суда или на други погодан начин учињене доступним. Дакле, искључена је могућност решавања спорова од стране лица која не испуњавају све законом прописане услове, односно која нису стекла потребна стручна знања из области медијације, која су неопходна како у фази процене медијабилности предмета, тако и у току спровођења поступка.

Уз то, проблему неинформисаности грађана, као кључног узрока незадовољавајућих резултата у примени медијације, а на које указују поменута емпиријска студија и спроведено истраживање, приступило се и са неких других аспеката. Кординисана, стручна и континуирана подршка предвиђена је кроз оснивање „Инфо-службе за подршку АРС“ (у даљем тексту: служба) на нивоу свих основних, виших и привредних судова, а ради пружања обавештења о могућности и поступку алтернативног решавања спорова. Предвиђено је да ће председник суда Годишњим распоредом послова одредити судију који ће руководити поменутом службом, као и судијског помоћника који ће обављати послове у оквир службе. Одабрани судија ће управљати програмима медијације, анализирати и оцењивати напредак и резултате програма, промовисати активности службе и бити задужен за сва питања везана за развој медијације на подручју тог суда. Предлаже се доношење Упутства о систему рада и начину поступања инфо-службе, које може донети председник суда, а за које сматрамо да не треба да представља само могућност, већ и обавезу. При том, треба имати у виду већ постојећи опсег надлежности одабраног судије, које морају бити усклађене са његовим редовним надлежностима, а он адекватно мотивисан за прихватање додатних овлашћења.

Нема сумње да је конкретан предлог од вишеструког значаја, како због чињенице да се на овај начин обезбеђује континуирана активност на плану промоције, која се поверава стручњаку који својим знањем и ауторитетом може дати значајан допринос, тако и због чињенице да његове стручне анализе и процене програма и његових потенцијалних недостатака могу представљати драгоцен материјал за будуће унапређење медијације у годинама које следе. Такође, истакнута је обавеза судова, која је већ прописана чл. 101 Судског пословника, да на посебно одређеним местима и видно означеним (тзв инфо пулт) грађанима пружају опште правне информације које ће се између осталог односити и на поступак медијације, а коју могу спроводити како судијски помоћници, тако и друго судско особље у складу са пословима које обављају.

Имајући у виду да закон не искључује већ подстиче и обезбеђује деловање и других пружаоца услуга медијације, оправдана је мера која предвиђа активну сарадњу не само судова у оквиру истог подручја, већ и са свим осталим учесницима на тржишту. Указано је и на значај процене медијабилности у раној фази поступка, што омогућава активно усмеравање странака на медијацију, пре припремног рочишта односно првог рочишта за главну расправу, уз могућност достављања писаног обавештења које садржи поуку о праву на ослобађање од плаћања трошкова поступка, као и о праву на медијацију (што је већ прописано чланом 102. Судског пословника).

Као једна од прагматичних мера, издвојила се она која предвиђа организовање „недеља поравнања и медијације“, у оквиру којих ће се одржавати рочишта за покушај постизања поравнања или окончања спора медијацијом. Имајући у виду да је медијација вештина која се развија кроз праксу и која захтева одређене вештине, осим промотивног карактера ове мере, судијама и судијским помоћницима ће бити пружена могућност да своја стечена стручна знања практично примене, уз додатну могућност да лакше обезбеде неопходан број медијација за обнављање дозволе за посредовање.

Осим изузетног значаја давања снаге извршне исправе споразуму о решавању спора путем посредовања, упутством се одлази корак даље тиме што се предвиђа да суд може (на основу споразума о сарадњи са јавнобележничком комором) обезбедити оверу потписа странака и посредника од стране јавног бележника у просторијама суда. Тиме се обезбеђује не само усклађеност са Законом о јавном бележничтву, већ се и поступак овере поједностављује и у потпуности уподобљује потребама странака.

Коначно, указано је на потребу обуке судија првостепених судова који поступају у грађанској материји о спровођењу закона, чиме је изражена јасна тенденција повећања броја обучених судија, што на посредан начин олакшава примену читавог механизма, а посредно би допринело смањењу броја старих предмета. Едукација на свим нивоима не може нашкодити, али је много значајније ако су појединци из правосуђа спремни да, поред завршене обуке, пруже суштински лични допринос, што ће бити случај једино уколико заиста овладају конкретном материјом, а уз то пронађу и личну сатисфакцију. На основу досадашњег искуства обука великог броја судија није дала очекиване резултате.<sup>40</sup>

### **Закон о осигурању и улога Народне банке Србије**

Поступак интегрисања медијације у сектору осигурања отпочео је поступно доношењем *Закона о осигурању Републике Србије* 2004. године (даље: ЗОС),<sup>41</sup> којим је Народној банци Србије (даље: НБС) као органу који обавља улогу супервизије над обављањем делатности осигурања, поверено у надлежност функција заштите потрошача путем посредовања у решавању одштетних захтева, ради спречавања настанка спорова из основа осигурања и разматрање приговора осигураника, корисника осигурања и трећих оштећених лица. У наредним годинама не може се оспорити континуирано залагање и значајан допринос ове институције у промоцији културе медијације, која се огледала како у доследном спровођењу законских решења, тако и у учешћу у оснивању Центра за медијацију, а које данас подразумева и спровођење поступака медијације у оквиру своје редовне делатности. Паралелно са доношењем новог законодавног оквира из области медијације, текао је процес израде и усвајања *новог Закона о осигурању*,<sup>42</sup> који је заокружен доношењем Одлуке о начину заштите права и интереса корисника услуга осигурања од стране НБС.<sup>43</sup> Чини се да паралелна израда поменутих законских текстова допринела њиховој усклађености у значајној мери, односно потврдила опредељеност законодавца успостављању планског и дугорочног приступа естаблирању медијације у свим правним сферама, па и у области осигурања.

Наиме, поменутом одлуком предвиђено је да је предуслов за покретање поступка посредовања пред НБС, подношење приговора дру-

40 Ј. Бујуклић, *Медијација као услов за ефикасно правосуђе у Републици Србији*, 23, 31-32.

41 Сл. гласник РС, бр. 55/2004.

42 Сл. гласник РС, бр.55/2014. Уп. чл. 15, став 2.

43 Сл. гласник РС, бр.55/2015

штву за осигурање од стране корисника услуге осигурања уколико је незадовољан пружањем услуга тог друштва, а нарочито у вези са уговором о осигурању. Друштво за осигурање је дужно да подносиоцу приговора писмено одговори најкасније у року од 15 дана од дана пријема приговора. Напомињемо да је искључена могућност достављања приговора непосредно НБС која ће у том случају, најкасније у року од осам од дана пријема, проследити приговор даваоцу услуге осигурања, ради разматрања и достављања одговора кориснику услуге осигурања. Ако је подносилац приговора незадовољан одговором даваоца услуге осигурања или му тај одговор није достављен у року прописаном овом одлуком, спорни однос између корисника услуге осигурања и даваоца услуге осигурања може се решити у вансудском поступку – поступку посредовања. Корисник услуге осигурања може поднети приговор непосредно Народној банци Србије у року од шест месеци од дана пријема одговора даваоца ако није био задовољан његовим одговором или му давалац услуге осигурања није писмено одговорио на тај приговор у року утврђеном овом одлуком. Након детаљне анализе приговора, изјашњења даваоца услуге осигурања, НБС ће најкасније у року од три месеца од дана пријема приговора (у сложенијим предметима тај рок може се продужити за највише три месеца) писмено обавестити корисника услуге о коначном одговору у коме ће му указати могућност решавања спорног односа у поступку посредовања. Поступак посредовања испред НБС спроводе њени запослени без накнаде који испуњавају услове за обављање послова посредника утврђене законом, с тим што евентуалне трошкове који могу настати у том поступку сnose саме странке (трошкови путовања, смештаја, неплаћено одсуство с посла итд.).

Тумачењем поменуте одлуке можемо закључити да је споран део одлуке којим се као предуслов за вођење поступка медијације предвиђа не само претходно обраћање даваоцу услуга осигурања, већ и неопходно одобрење НБС за њено спровођење, уз прилично дуге рокове за поступање (3 месеца, односно додатних 3 у случају сложенијих предмета). Оправдање се може тражити у потреби искључења вођења било ког поступка, па чак и поступка медијације уколико је решење могуће пронаћи у иницијалној фази њеног настанка. Међутим можемо закључити да постоји простор за додатно поједностављење ове процедуре која би била у складу са потребом за ефикаснијим, делотворнијим и једноставнијим начином решења спора, а која је нарочито важна у тренутној фази развоја овог још увек новог и недовољно прихваћеног метода решавања спорова. Такође, уз разумевање надзорне функције НБС која за циљ има очување и јачање финансијске ста-



билности тржишта, сагласни смо са мишењем да је спорно решење према коме се поступак посредовања поверава искључиво запосленима НБС, може довести у питање њихова независност, имајући у виду да се ради о лицима која су део тела задуженог за вршење надзора у осигурању.<sup>44</sup> Међутим, поштрени услови за стицање и обнављање дозволе, као и акредитовани програми обуке, гарантују испуњење прописаних стандарда, стварајући неопходне предуслове за перманентно унапређење праксе. У том смислу, сматрамо неадекватним решење које искључује могућност спровођења посредовања под окриљем НБС и оних лица која својим искуством, стручношћу и знањем могу значајно допринети афирмацији медијације као начина мирног решавања спорова.<sup>45</sup>

Једино оправдање за овакво опредељење може се тражити у чињеници да НБС на овај начин преузима улогу гаранта за услуге које пружају њени запослени, односно за њихову образовну структуру, брзину и флексибилност у раду. Наиме, посредницима се мора признати ауторитет и стручност, ради превазилажења легитимних сумњи друштва за осигурање да посредник има неопходне квалификације за решавање сложених питања делатности осигурања, како из правног угла, тако и техничког.<sup>46</sup> Такође, треба имати у виду да се поступак посредовања спроводи без накнаде, уз евентуално плаћање трошкова који могу настати током поступка, а који носе странке, што представља значајан подстицај за све потенцијалне кориснике ове услуге. Насупрот томе, ангажовање сваког екстерног посредника подразумевало би потребу плаћања награде за рад и накнаде трошкова за спроведену медијацију, што би могло деловати дестимулативно на потенцијалне кориснике услуге.

На основу годишњих извештаја о раду медијатора за 2017. годину, евидентирано је 619 закључених споразума о приступању посредовању у решавању спорова. Категорије предмета са далеко највећим бројем спро-

---

44 Н. Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања – Анализа и предлог унапређења регулаторног оквира*, Београд 2015, 391.

45 У Немачкој постоји посебна врста омбудсмана који пружа потрошачима услуге сталног арбитражног органа за спорове са пружаоцима услуга осигурања. Високим нивоом обучености и великим бројем решених случајева у веома кратком року, стекли су завидну репутацију у стручној јавности и тиме допринели да институција омбудсмана буде препозната и подржана не само од стране носилаца јавне власти, већ и од учесника у сектору осигурања. То показује колико је фактор стручности, угледа и ефикасности нужан предуслов за афирмацију алтернативних начина решавања спорова. Ј. Gal, „The German Insurance Ombudsman System”, *Alternative Dispute Resolution System Regarding Private Insurance*, Istanbul 2014, 17-20.

46 I. Garaci, „Alternative Dispute Resolution in the Italian Insurance System“, 22.

ведених медијација у 2017. години су управо банкарске услуге, лизинг и осигурање, у вези којих се укупно 14 посредника изјаснило да су поступали у укупно 103 предмета, а највећи број ових предмета су спровела само три медијатора запослена у Сектору за заштиту и едукацију корисника финансијских услуга НБС. Коначно, у првој половини 2018. године било је 60 предмета у тој области, превасходно из надлежности НБС.<sup>47</sup>

Дакле, сектор осигурања је, ослањајући се на предности новина ЗОП-а, као и сопственим залагањем, успео да оствари релативно задовољавајуће резултате. Међутим, простор за повећање захтева клијената за одржавање медијације сигурно постоји. Чини се да би на плану промоције, као модел за поступање, могло користити горе поменуто Упуство, које би се, уз адекватно прилагођавање природи спора, огледало у оснивању инфо службе, успостављању још интезивније сарадње са представницима осигуравајућих друштава, континуираном стручном усавршавању кадрова који спроводе посредовања, као и другим промотивним активностима. Чини се да би на овај начин НБС својим ауторитетом који ужива код друштава за осигурање, заснованим на овлашћењима која има у спровођењу надзора, могла значајно да допринесе повећању фреквенције поступака и повећању индекса успешности спроведених посредовања. Одржавањем стабилности финансијског система даје се значајан допринос креирању повољног и предвидивог пословног инвестиционог амбијента.<sup>48</sup>

### Закључак

*Законом о посредовању у решавању спорова из 2014. године унете су бројне иновације кроз успоставље транспарентног механизма одговорности у раду медијатора у виду пооштрених услова за стицање и обнављање дозволе, први пут је уведена акредитација основних и специјализованих обука, формирана је јединствена централна база података и конституисана комисија у чијој је надлежности одлучивање о предлогу за одузимање дозволе за посредовање, предвиђене су тарифе о наградама и*

47 Вид. [http://www.rtv.rs/sr\\_lat/ekonomija/finansije/pred-nbs-vodjene-92-medijacije-u-2017.\\_963597.html](http://www.rtv.rs/sr_lat/ekonomija/finansije/pred-nbs-vodjene-92-medijacije-u-2017._963597.html)

48 Треба имати у виду да је формирана нова радна група за израду Нацрта измена и допуна ЗОП, чији је циљ даље унапређење постојећег законског текста и израда предлога стратешког оквира за одрживи развој медијације. На овај начин пружа се још једна прилика да се евентуалне мањкавости постојеће регулативе отклоне и успостави интезивнија сарадња између релевантних надлежних органа и других институција и појединаца који учествују у поступку медијације. Вид. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/040219/040219-vest10.html>

накнадама посредницима у поступку посредовања и, што је најважније, прописано је да споразум постигнут у поступку посредовања добија снагу извршности.

Несумњиво да је свим овим мерама наш законодавац, у поређењу са ранијом регулативом, обезбедио већу правну сигурност и пружио боље гаранције странкама за успешност медијације. То се огледа кроз успостављање адекватног и поузданог система посредовања, уз пружање одговарајуће техничке, стручне, административне и друге подршке од стране надлежних органа. Тиме је створена одговарајућа правна инфраструктура и погоднија друштвена клима, која умногоме омогућује промену парничног менталитета код нас. Може се закључити да су то неопходни предуслови да се и у области осигурања медијација схвати као претходан и веома користан поступак, који би у знатној мери могао довести до смањења ових спорова.

**Jasna BUJUKLIĆ MITROVIĆ**

## **MEDIATION IN THE FIELD OF INSURANCE IN THE LIGHT OF THE LAW ON MEDIATION IN DISPUTES RESOLUTION**

### **Summary**

*The article deals with the mediation procedure in the field of insurance with regard to new provisions of the Law on Mediation in Dispute Resolution from 2014. The author notes that, in comparison to previous legal framework, the legislator has provided significantly better guarantees to the parties for the success of mediation, giving priority to the establishment of an adequate and reliable mediation system and providing appropriate technical, professional, administrative and other support by the competent authorities. This has created an adequate legal infrastructure and more favorable social climate, which in many ways enables the change of the litigation mentality in our country. The author concludes that these are prerequisites for understanding mediation also in the field of insurance as a prior and very useful procedure, which could significantly lead to the reduction of these disputes.*

**Key words:** *Mediation - Law on Mediation in Dispute Resolution - Mediation in the field of insurance.*

Филип ЖИВАНОВИЋ\*

## ПРОБЛЕМАТИКА УТВРЂИВАЊА ПОЛИТИЧКИХ РИЗИКА У ОКВИРУ ОСИГУРАЊА ДИРЕКТНИХ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

### Резиме

*Полазећи од дефиниције и природе уговорног односа осигуравача и уговарача осигурања, осигураника или корисника осигураника, да се закључити да есенцијални део тог односа чини осигурани случај, односно ризик као околност која се налази иза сваког осигураног случаја. У овом чланку, биће речи о политичким ризицима који у протеклим деценијама све више заокупљују пажњу заинтересованих актера на тржишту осигурања. Аутор ће дакле, покушати да докаже да кључ проблематике утврђивања саме природе наведених ризика, али и наступања осигураног случаја као ефективне манифестације остварења ризика, лежи у самој природи наведених ризика, који су плод политичког, социјалног и теоријског конструкта.*

**Кључне речи:** осигурање, политички ризици, директне стране инвестиције, осигурани случај

### І Увод

Треба имати у виду да се често у литератури и законодавству поистовећују термини као што су „осигурани случај“, „осигурани догађај“, „штетни догађај“, или „ризик“. Не улазећи у њихове термилошке разлике и проблем дефинисања значења сваког од њих, могуће је да се кроз обједињен појам „ризика“, као догађаја који не зависи од уговорних страна, који је будућ, могућ и који је неизван, укаже на проблематику препознавања и дефинисања ризика који имају изразиту друштвено-политичку компоненту. Пре свега, да би се дошло до адекватног схватања појма ризика, неизбежно је заћи у поље „метафизике“ осигурања, односно у

---

\* докторанд, Правни факултет Универзитета у Београду

само извориште и „*raison d' être*“ свих уговора о осигурању.<sup>1</sup> Главни мотив који се крије иза хтења и жеље да се уговор о осигурању закључи лежи у осећању страха. Можда најочигледнији пример који говори у прилог овакве природе осигурања, налази се у етимологији речи која у се у руском праву користи за институт осигурања – „*Страхование*“. У корену овог појма садржана је суштина потребе за осигурањем, односно сигурношћу, а то је страх, у овом случају, од неизвесног догађаја који у случају остварења може проузроковати штету или губитак предмета који има субјективну вредност. Наступање самог осигураног ризика мора бити неизвесно, како у просторној, тако и у временској димензији. Овде треба имати у виду да неизвесност понекад подразумева само неизвесност у погледу тренутка када ће се ризик остварити, а не и да ли ће до остварења ризика доћи, односно „у многим случајевима, мање или више, је извесно да ће осигурани ризик настати, али оно што је неизвесно то је тачан тренутак када ће настати“.<sup>2</sup>

Последице остварења осигураног случаја морају бити објективно измерљиве и морају имати могућност изражавања у новцу. Ризик мора имати субјективни карактер када је реч о његовом утицају на имовинске интересе које он погађа. Следствено томе, ризик представља одговор на питање: „Страх од чега?“ и као такав ризик се налази у самом темељу осигурања,<sup>3</sup> те је стога потребно посветити посебну пажњу у дефинисању ризика и препознавању свих оних околности које могу утицати на недовољну јасноћу и прецизност у његовом одређивању.

На данашњем тржишту, како међународног тако и домаћег осигурања може се пронаћи широка лепеза ризика против којих је могуће уговорити осигурање. Ако се пажљиво сагледа њихова природа, уочиће се да постоји одређена груба линија раздвајања на оне ризике који су плод неке физичке појаве (земљотрес, киша, поплава, пожар, урагани, итд.) и на оне који су плод неке друштвене појаве (рат, побуна, тероризам, немири, санкције, итд.). Дакле, видимо да у тој подели постоји извесна прецизност и јасноћа у погледу ризика који се јављају као природне појаве и да са друге стране постоји непрецизност и нејасноћа у погледу оних ризика

1 чл. 897 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); ст. 929 Гражданског кодекса РФ (часть вторая) ар. 1 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2 Christos S. Chrissanthis, „Смисао и значај појмова "осигурани догађај", "осигурани случај", "ризик" и "незгода" у упоредном праву осигурања“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 2007, 18.

3 Адамчук Н.Г.. Теория и практика страхования. Учебное пособие — М.:Анkil, 2003, 704.

који представљају друштвено-политичке конструкције и чија се природа не може егзактно утврдити.

## II Појам политичких ризика

Генерално, политички ризик може се дефинисати као дисконтинуитет у пословном окружењу, којег је тешко предвидети, а који је резултат политичке промене. Са тим у вези треба имати у виду да политичка промена подразумева промену пословног окружења која има потенцијал да значајно утиче на профит или друге циљеве сваког конкретног пословног подухвата.<sup>4</sup> Другим речима, политички ризици представљају скуп одлука или догађаја који имају политички или административни карактер на регионалном, државном или међународном плану који могу изазвати финансијске, односно економске губитке субјектима који су погођени таквом одлуком,<sup>5</sup> односно политички ризици су повезани су актима владе који забрањују или ограничавају право неког власника или инвеститора да има користи од свог улагања или који умањују вредност инвестиционог посла.<sup>6</sup>

Поред тога што се као основна карактеристика природе политичких ризика јавља комплексност њиховог предвиђања, политички ризици су специфични и због њихове катастрофалне природе која се може испољити кроз разне осигуране случајеве,<sup>7</sup> али и због изузетних потешкоћа у регресном односу који се јавља у троуглу осигуравач-осигураник-штетник.

Што се тиче регресног односа, највећи проблеми за уговорне стране се јављају управо кроз овај неизоставни аспект сваког уговора о осигурању. Због своје природе, која произилази из једног социолошког конструкта, код политичких ризика често није могуће утврдити узрок, штетни догађај, али и што је најважније – штетника. У том погледу, имајући у виду да се узрочником остварења политичких ризика јављају органи или ентитети државне власти, није увек могуће утврдити који конкретно правни субјекат је одговоран за остварење ризика. Поред тога, додатна компонента која усложњава регресни однос представља и чињеница да је

---

4 Cecilia Emma Sottolotta, *Political Risk: Concepts, Definitions, Challenges*, Luiss School of Government, 2013, 1.

5 Карякин, Михаил Юрьевич, *Страхование политических рисков внешнеторговых операций и международных инвестиций (вопросы теории и методологии)*, 2002. год.

6 Online glossary of the Political Risk Insurance Centre, sponsored by the MIGA [www.pri-center.com](http://www.pri-center.com)., последњи пут посећено 23.12.2018. године

7 Чл. 255 Закона о осигурању, "Сл. гласник РС", бр. 139/2014

узрок остварења политичког ризика најчешће државни орган, што за собом повлачи последицу великих и скупих спорова између осигураваача и држава, а неретко и држава против држава. Једна таква сложеност регресног односа описује се са неколико фактора: непрецизношћу у идентификацији стране која је одговорна за штету, правних проблема приликом остварења регресних права осигураваача, потенцијално дугим временским периодом који је потребан ради због реализације регресних права, итд.<sup>8</sup>

Историјске корене препознавања политичких ризика можемо пратити са развитком глобалне економије. Током процеса економске глобализације постепено је долазило, прво до препознавања политичких ризика, па потом до њиховог диференцирања и усмеравања на поједине економске активности. Тако пратећи развитак у схватању политичких ризика данас се може уочити да тржиште осигурања доминантну пажњу посвећује политичким ризицима у области осигурања директних страних инвестиција („*Foreign direct investments - FDI*“).<sup>9</sup>

Укратко речено, у питању су трансакције капитала којима се на директан начин врши пренос активе из једне јурисдикције у другу, односно из једног политичког система у други. Потреба за осигурањем оваквих трансакција јавила се убрзо након Другог светског рата, када је дошло до значајног улагања америчког капитала<sup>10</sup> (пре свега у оквиру „Маршаловог плана“). Концепт политичког ризика је представљен као саставни део ризика који прати одређену земљу улагању, у циљу урачунавања у оне узроке који доводе до банкротства земаља улагања, а који нису директно повезани са економским факторима. Како се тржиште директних страних улагања развијало тако се упоредо развијало и тржиште осигурања. Схватања шта се све сматра политичким ризиком иду јако широко, па у своје оквире обухватају догађаје као што су: политичко насиље, рат, кршење уговора, национализација и експропријација, неизвршење арбитражних одлука, немогућност извршења финансијских оба-

8 Карякин, Михаил Юрьевич, (2002).

9 Више о директним страним инвестицијама вид. Maitena Duce, „Definitions of Foreign Direct Investment (FDI): a methodological note“, BIS Meeting of the CGFS Working Group on FDI in the financial sector, 2003. - “direct investment reflects the aim of obtaining a lasting interest by a resident entity of one economy (direct investor) in an enterprise that is resident in another economy (the direct investment enterprise)”

10 Cecilia Emma Sottillotta, (2013), 1.

веза, и сл.,<sup>11</sup> али се генерално могу сврстати у три групе:<sup>12</sup> 1) забрана конвертовања валута услед валутних рестрикција од стране власти државе у коју се инвестира; 2) национализација, експропријација и конфискација; 3) политичко насиље, што обухвата рат, грађанске немире или тероризам. Када је реч о трансакцијама, односно правним пословима који могу бити предмет осигурања од политичких ризика, могу се издвојити неколико облика инвестирања који су подобни за осигурање<sup>13</sup>: акције и друге хартије од вредности; директне инвестиције, повезане са грађевинским радовима и модернизацијом производних капацитета држава; имовинска права, повезана са интелектуалном својином, међународним лизингом, итд; кредити и други облици финансијског инвестирања.

Овде је важно напоменути да је схватање политичких ризика прешло велики пут од схватања политичког ризика само као не-економског ризика који је имао природу „више силе“, до схватања да је реч о ризику који представља аномалију у пољу пословања проузроковану радикалним променама политичког окружења које има утицај на профит субјекта који врше улагање.<sup>14</sup>

### **III Практични проблеми у утврђивању остварења осигураног случаја**

У последњих 40-ак година забележена је нагла експанзија и учесталост одштетних захтева по основу полиса осигурања које су покривале политичке ризике (како на пољу карго осигурања, тако и на пољу осигурања страних инвестиција). Од седамдесетих година прошлог века и раста „петро-долара“ и Иранске револуције, преко дужничке кризе 80-их, распада СССР-а, кризе на Балкану 90-их, па све до глобалне финансијске кризе са краја прве деценије 2000-их, улога политичких ризика на тржишту осигурања заузимала је све значајније место, управо имајући у виду значајне своте новца које су потраживане у одштетним захтевима осигураника.

---

11 Hannah Mayer, Political risk insurance and its effectiveness in supporting private sector investment in fragile states, Commission on State Fragility, Growth and Development, May 2018, 7.

12 Kausar Hamdani, Elise Liebers, and George Zanjani, An Overview of Political Risk Insurance, Federal Reserve Bank of New York May, 2005, 3

13 Скамай Л.Г., Мазурина Т.Ю., Страхование дело: Учеб. пособие., ИНФРА – М, Москва, 2004, поглавље 7.3.б.

14 Cecilia Emma Sottilotta, (2013), 3.



Треба напоменути да постоје и схватања која заступају становиште да политички ризици у значајној мери одступају од детерминисаних схватања ризика.<sup>15</sup> Оваква схватања своју аргументацију поткрепљују чињеницама да политички ризици могу бити бар делимично контролисани, односно могу бити бар делимично зависни од воље осигураника, тако што осигураници могу својим поступцима утицати на политичке догађаје. Посебно ако се има у виду да се од политичких ризика у већини случајева осигуравају велике мултинационалне корпорације које имају и значајну политичку моћ у лобирању и утицању на одређене, таргетиране законске мере.

Уопштено посматрано, као нека од кључних питања у поступку доказивања одштетног захтева јављала су се питања остварења предуслова из полисе, обим покрића, погрешног обавештавања приликом прибављања полисе и обавезе чувања поверљивости. Решавање ових питања глобално тржиште осигурања препустило је одређеним приватним, односно односно не-државним ентитетима<sup>16</sup> или државним, јавним агенцијама,<sup>17</sup> што за собом повлачи велику несигурност и неуниформисаност у погледу прецизно одређених критеријума у циљу детерминисања политичких ризика. Једна од таквих агенција је и специјализована агенција за осигурање имовинских интереса инвеститора – Прекоморска корпорација за приватне инвестиције („ОПИС“), основана 1969. године у САД-у,<sup>18</sup> као инструмент подршке политици спољне политике коју спроводе САД.

Са тим у вези треба обратити пажњу да се у последње време све више пажње поклања међународном регулисању тржишта осигурања, па у том контексту треба посматрати и сеулску Конвенцију из 1985. године о оснивању Међународне агенције за гаранције инвестиција („MIGA“), усвојеној на иницијативу Светске банке. Ова агенција окупља више од 100 земаља из света и њена функција је управо у закључивању уговора о осигурању и реосигурању некомерцијалних ризика.

Оно што је симптоматично када је реч о овим агенцијама, јесте то да многе од ових агенција одбијају да открију (или то чине у веома суженом

---

15 Kathryn Gordon, (2008), 3.

16 „Business Environment Risk Intelligence, Control Risks, Eurasia Group, the Multilateral Investment Guarantee Agency in the World Bank Group, Oxford Analytica, Political Risk Services Group“ итд.

17 Нпр. EFIC – Export Finance and Insurance Corporation (Аустралија), Office National du Ducroire/ Nationale Delcrededienst (Белгија), Nippon Export and Investment Insurance (Јапан)

18 Overseas Private Investment Corporation (OPIC)

обиму) њихове методологије процене ризика,<sup>19</sup> што знатно усложњава однос између осигураника и осигуравача и умногоме доприноси додатној комплексности проблематике политичких ризика код страних улагања.

У протекле две деценије случај који је привукао доста пажње на терену осигурања директних страних инвестиција и који је решен управо на арбитражи пред Америчком арбитражном асоцијацијом јесте ткз. случај „Дабхол (*Dabhol*).“<sup>20</sup> Овај случај је специфичан јер служи и као пример да иницијални спор између инвеститора и државе у коју се инвестира, може у неком каснијем тренутку постати спор између државе из које се врши инвестирање и државе у коју се инвестира. Реч је о пројекту изградње термоелектране у Индији у којем је учествовало неколико актера – Енрон, конзорцијуми састављени од индијских и америчких компанија и владе индијске државе Махараштра и савезне државе. Пред арбитражом су била два кључна питања. Да ли је дошло до експропријације у смислу који експропријацији даје полиса и да ли су испуњени услови у погледу исцрпљивања локалне судске заштите. Арбитражно веће је закључило да су испуњени елементи за заснивање тоталне експропријације, у смислу значења секције 4.01 *OPIC*-ове полисе која дефинише четири елемента на основу којих се установљава постојање експропријације.

То су: а) поступци су приписиви власти стране земље која има *de facto* контролу у делу земље у којој је пројекат лоциран. У конкретном случају овај услов је задовољен с обзиром да су сви актери са индијске стране државни органи или агенције под контролом савезне Индије или регионалне владе федералне индијске државе Махараштра; б) поступци представљају кршење међународног права без узимања у обзир да ли постоји могућност жалбе по локалном праву или да ли је реч о кршењу локалног материјалног права. Докази су по овом питању били недвосмислени јер су индијски органи својим поступцима истовремено кршили споразум о јавно приватном партнерству, гаранције дате од стране Индије и федералне државе и државне споразуме о подршци и то из политичких разлога, односно без правног основа; в) поступци директно утичу на остварење инвеститорових фундаменталних права у осигураној инвестицији (права су „фундаментална“ уколико би без њих инвеститор суштински остао без користи из предметне инвестиције). У датом случају, министарство

---

19 Cecilia Emma Sottilotta, (2013), 3.

20 American Arbitration Association International Centre For Dispute Resolution - AAA Case No. 50 T195 00509 02, Bechtel Enterprises International (Bermuda) Ltd; BEn Dabhol Holdings, Ltd; and Capital India Power Mauritius I against Overseas Private Investment Corporation

финансија федералне државе је престало да плаћа конзорцијуму струју коју је производила Дабхол електрана, са намером да раскине уговор о јавно-приватном партнерству, да су владе на државном и федералном нивоу одбиле да поштују дате гаранције, да су индијске власти у садејству са индијским судовима онемогућиле тужиоце да раскину уговор о јавно приватном партнерству у складу са процедурама које би омогућиле пренос средстава за шта би било одговорно министарство финансија федералне државе и да су својим поступцима онемогућиле конзорцијум да користи правне лекове путем међународне арбитраже, а што је представљало кључан механизам за тужиоце у циљу заштите њихових инвестиција у пројекат; д) кршење права није санкционисано и последице експропријације трају дуже од шест месеци. Као тренутак када је до експропријације дошло, узет је тренутак када је министарство финансија федералне државе прекршило обавезе плаћања које је имао по основу уговора о јавно-приватном партнерству, што је кулминирало именованем пуномоћника (пријемника) у име и за рачун конзорцијума, који никада није обештећен, а што је све у континуитету трајало дуже од шест месеци.

Даље се поставило питање да ли је на конкретну ситуацију примењиво искључење из покрића, предвиђено секцијом 4.03 (б) полисе, међутим арбитражно веће је закључило да се искључење не примењује јер акти индијских органи нису предузети у својству „добављача, повериоца, акционара, директора или менаџера, или купца или гаранта било које обавезе плаћања страног пројекта“.<sup>21</sup> Са тим у вези, сви поступци који су предузети од стране индијских органа, укључујући престанак плаћања и онемогућавање коришћења арбитражних права кроз именовање пријемника, нису предузети у ни у једном горе наведеном својству, односно ниједан поступак индијских власти није био мотивисан комерцијалним, финансијским или тржнишним околностима, већ искључиво политичким.<sup>22</sup> На тај начин, арбитражно веће је морало да зађе у детаљно испитивање субјективног карактера и субјективних околности и мотива који су довели до експропријаторних поступака индијских власти.

У решавању овог питања арбитражно веће се позабавило самом суштином процене политичких ризика и ушло у меритум оцењивања и подвођења поступака државне власти под појам „политичког“. Управо из

---

21 American Arbitration Association International Centre For Dispute Resolution - AAA Case No. 50 T195 00509 02, Bechtel Enterprises International (Bermuda) Ltd; BEn Dabhol Holdings, Ltd; and Capital India Power Mauritius I against Overseas Private Investment Corporation

22 *Ibid.*

овог примера очигледна је комплексност природе политичких ризика, па стога томе у прилог говори и чињеница да сама *ОПИС*-ова полиса садржи искључење, односно ограничење наведено у секцији 4.03 (б), којим се не допушта да било који поступак државних органа означава остварење политичког ризика. У доношењу овакве одлуке од великог значаја био је став министарства финансија индијске државе Махараштра у којем је признато да је министарство одбило да поштује своје уговорне обавезе по сопственом нахођењу. Такође, у њиховом ставу напоменуто је да је у питању била стратешка одлука, да се Енрону не врше плаћања, као и да наведена одлука нема никакве везе са стањем у државним финансијама, а све то како би напослетку дошло до раскида уговора о купопродаји електричне енергије који држава има са Енроном.<sup>23</sup>

На крају, арбитражно веће је закључило да је *ОПИС* дужан да тужоцима исплати уговорену осигурану суму, имајући у виду пре свега да су поступци индијских власти били политички мотивисани и да се на њихове поступке не могу примењивати искључења која третирају управо природу поступака државних власти. Овде видимо у којој мери су политички ризици подложни арбитрабилном тумачењу с обзиром да је јако деликатно улазити у процену мотива одређених поступака државних власти, ако се има у виду да су они апприори политички органи, али и да са друге стране могу наступати као тржишни актери.

У једном другом случају *ОПИС* је разматрао такође питање експропријације, међутим у овом случају одштетни захтев је решен већ пред осигуравачем. У решавању одштетног захтева једног страног инвеститора *ОПИС* је решавао питање фактичке експропријације, односно онемогућавања вршења права инвеститора проузроковано без званичног, формално-правног акта државних власти<sup>24</sup>. Наиме, једна америчка компанија „*Global Forestry Management Group*“ је имала удела у руској компанији („*СовГаван Порт*“ – „*СПП*“) која је имала ексклузивно право коришћења руске луке у Хабаровском региону. По мишљењу осигураника, до остварења осигураног догађаја дошло је у моменту када су локалне власти, односно органи управе саме луке самовољно преузеле контролу над луком, те на тај начин онемогућиле пословне активности америчке ком-

---

23 American Arbitration Association International Centre For Dispute Resolution - AAA Case No. 50 T195 00509 02, Bechtel Enterprises International (Bermuda) Ltd; BEn Dabhol Holdings, Ltd; and Capital India Power Mauritius I against Overseas Private Investment Corporation

24 Memorandum of Determination, Expropriation Claim of Global Forestry Management Group (Russia) – OPIC Contract of Insurance No. F339

паније. Важно је напоменути да је лука преузета без постојања икакве судске одлуке, или одлуке административних органа, као и то да у моменту преузимања луке није био покренут никакав судски или управни поступак<sup>25</sup>. Осигураник - је након свега горе наведеног поднео одштетни захтев са образложењем да су његова права у локалној компанији СГП била „фактички експроприсана,<sup>26</sup> тако што је влада Русије онемогућила заштиту права и безбедности интереса осигураника.

Осигуравач је поново решавао питање да ли су испуњени услови предвиђени у оквиру одељка 4.01 уговора о осигурању (полисе). Питање приписивости аката страним државним органима решено је позитивно, са образложењем да се под државним органима сматрају: а) централна власт државе у коју се инвестира; б) било који нижи (регионални) орган државне власти; в) било који орган, агенција, званичник, запослени или други ентитет који делује по налогу органа из тачке (а) и (б) под условом да такав ентитет има фактичку контролу над пројектом у држави где се пројекат реализује. Кључна чињеница о којој је осигуравач расправљао била је сама природа акта експропријације. Са тим у вези, члан IV ОПИС-ове полисе је тумачен тако да је направљена дистинкција између правне, директне и фактичке, индиректне експропријације. Директна експропријација, представља „одузимање права“, што углавном представља пренос или укидање неког права осигураника и следствено напуштање осигураникових улагања.<sup>27</sup> Са друге стране, индиректна експропријација подразумева да се поступцима власти не дира у права осигураника, али да се фактичким поступцима његова права онемогућавају или лимитирају,

---

25 Поред самог преузимања луке, органи управе луке су присвојиле и сву покретну имовину америчке компаније која се налазила на територији луке, а такође су злоупотребљавали и патентна и лиценцна права америчке компаније, односно користили су ознаке и печате америчке компаније приликом обављања пословне делатности. Америчка компанија је убрзо покренула судски процес и тражила судску заштиту од локалних судова. У том контексту поднете су и кривичне пријаве и затражена је помоћ локалног тужилаштва.<sup>25</sup> По том питању није ништа предузето, те је америчка компанија остала без правне заштите. Након неколико месеци, с обзиром да им је било онемогућено обављање делатности, против СГП отворен је поступак стечаја који је завршен проглашењем банкрота и ликвидацијом компаније.

26 Memorandum of Determination, Expropriation Claim of Global Forestry Management Group (Russia) – ОПИС Contract of Insurance No. F339

27 Rudolph Dolzer and Christoph Shreuer, Principles of International Investment Law, 2008, стр. 92.; George C. Christie, What Constitutes a Taking Under International Law?, 28 BRIT. Y.B. Int` l L, 1962, 307,309.

односно онемогућава се осигураник да своју инвестицију користи на смислен начин.<sup>28</sup>

Сама ОПИС-ова полиса, у поменутом члану IV се на сличан начин односи према индиректној експропријацији. По ОПИС-овом схватању индиректна експропријација представља поступке власти којима се „спречава, безразложно задире, лишава или неосновано задржава ефективно коришћење инвеститорових права у осигураној инвестицији.<sup>29</sup> Оваквом схватању експропријације значајан допринос дала је правна доктрина „намера против последице“, односно схватање да код индиректне експропријације недостаје правни акт којим се онемогућава уживање осигуране инвестиције, али постоји последица која доказује да је до таквог онемогућавања дошло. Оваква доктрина је искоришћена у процесу између Ирана и САД-а, када је суд одлучујући о одштетним захтевима заузео становиште да без обзира на то што не постоји формално-правни акт иранских власти којим се онемогућава или ограничава уживање инвестиције, односно формално-правно сва права и даље гласе на инвеститора, од значаја је фактичка последица која се огледа у ефективном онемогућавању вршења права.<sup>30</sup>

У конкретном случају осигуране инвестиције у Русији, по тумачењу ОПИС-а до експропријације је дошло, тако што руски државни органи својим непоступањем нису учинили ништа да заштите права компаније „*Global Forestry Management Group*“, чије је вршење онемогућено поступцима лица која нису државни органи. Дакле, у овом случају ОПИС- је оценио да је до експропријације дошло „нечињењем“ државних органа, што је довело до последица еквивалентним експропријацији.

На овом примеру се можда огледа и сва деликатност и комплексност проблематике утврђивања остварења политичких ризика и додатно говори у прилог тези да кључ проблема приликом утврђивања њиховог наступања лежи у њиховој самој природи, која је теоријска и подложна политичко-социолошком конструисању. Са тим у вези значајно је поменути примере из праксе у којем је у поступцима пред *ICSID* арбитражом, дакле пред истим форумом, суд заузимао дијаметрално супротно становишта у оцени да ли непоступање државних органа представља акт експропријације или не. Тако је у једном процесу утврдио да непоступа-

28 George C. Christie, (1962), стр. 309

29 ОПИС Contract art. 4.01 (a)(ii)

30 *Jahangir Mohtadi v. Islamic Republic of Iran Award 573-271-3, Case No. 271 (1996)*

ње државних органа, иако изазива немогућност вршења права, није довољног интензитета да би се могло сматрати актом експропријације,<sup>31</sup> док је у другом поступку заузео становиште да се нечињење државних органа може подићи на ниво експропријације.<sup>32</sup> Дакле, сасвим је очигледно да у погледу судског става не постоји униформно становиште у погледу аката експропријације, а самим тим и у погледу остварења политичких ризика (имајући у виду да је експропријација неизоставни ризик против којег се уговара осигурање код полиса које покривају политичке ризике), те да суштински активирање полисе умногоме зависи од тумачења осигураваача или другог тела надлежног за решавање спора.

Такође важно је напоменути да је одлучивање о одштетним захтевима у вези са политичким ризицима најчешће препуштено горе поменути агенцијама или међународним арбитражама. Када је у питању судска пракса у вези са овим питањем, односно конкретно пракса домаћих судова, она је оскудна или не постоји, што је донекле сасвим разумљиво имајући у виду мало и неразвијено тржиште осигурања код нас, као и шири контекст који прати директне стране инвестиције (политичка моћ, вредне аквизиције, међународни статус, итд.). Тако, са једне стране имајући у виду да наша земља не представља извозника капитала и да као последица тога не постоји специјализована осигуравајућа кућа или агенција која би штитила страна улагања у друге земље, а са друге стране имајући у виду да страни инвеститори који улажу у нашу земљу своје полисе прибављају управо код својих или међународних осигуравајућих корпорација/агенција, тешко је за претпоставити на који начин би неки домаћи суд дошао у позицију да одлучује о евентуалном одштетном захтеву по политичком ризику.

## VI Закључак

Осигурање од политичких ризика јесте област која се константно развија и модификује у складу са привредно-економским амбијентом у којем функционише. Са развојем тржишта осигурања и са развојем финансијске глобализације за очекивати је да ће сразмерно расти и потреба за осигурањем од политичких ризика. Посебно имајући у виду све несигурније политичко окружење у оквиру којег се стране инвестиције остварују. Дакле, имајући то у виду, пред актерима који учествују на тржишту осигурања, биће тежак и сложен задатак који се односи на

31 *Eurooro A. Ougin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB /98/5 para. 84 (Award 21 July, 2001)

32 *Eureko B.V. v. Poland*, 12 ICSID Reports 335 (Partial Award 2005)

повећање јасноће, сигурности и извесности када је реч о осигурању од политичких ризика. Пре свега потребно је увести колико толико јасне критеријуме утврђивања степена ризика, од чега ће директно зависити и износ премије. Ово питање је од изузетног значаја јер је у директној корелацији са једним од основних начела осигурања – начела информисаности. Опште прихваћен принцип у националним, па и у међународним изворима права осигурања, јесте обавеза уговорних страна на правовремено, потпуно и објективно информисање друге стране о свим чињеницама које су од утицаја на предмет осигурања.

Имајући у виду природу политичких ризика, односно да је реч о друштвеним појавама које је математички скоро немогуће изразити, те да статистичка валоризација ових ризика није могућа, поставља се питање на који начин и на основу којих параметара осигуравајуће куће уговорају полисе против политичких ризика. Са друге стране, поставља се питање на који начин осигураник може допринети благовременом информисању осигуравача о оним чињеницама које могу бити од утицаја на предмет осигурања, ако се има у виду да процена политичких ризика умногоме излази из делокруга делатности привредних субјеката и представља предмет интересовања других државних органа (пре свега, обавештајних и контра-обавештајних служби).

Такође, посебан осврт треба дати и самој суштини проблематике остварења политичких ризика, а то је јасно навођење осигураних случајева који се сматрају за политичке ризике. С обзиром на већ поменуто становиште да политички ризици представљају социолошко-политички конструкт, те да су као такви подложни различитим тумачењима и схватањима, потребно је увести јасне критеријуме када је реч о одређивању настанка осигураног случаја, тренутку његовог настанка, одговорности за његов настанак итд. Из међународне судске праксе се види да у неким случајевима исти форум за решавање спорова заузима дијаметрално супротна становишта у погледу оцењивања остварења политичког ризика. Са тим у вези потребно је униформисати судску праксу на међународном плану, и користити се „прецедентном“ доктрином, како би се избегла несигурност и неизвесност приликом остварења права осигураника кроз одштетне захтеве. На тај начин би се повећала сигурност за осигуранике и поспешило даљи развој тржишта осигурања када је реч о политичким ризицима.



**Filip ŽIVANOVIĆ**

**Phd candidate, University of Belgrade, Law Faculty**

**THE PROBLEMS OF DETERMINATION OF POLITICAL RISKS  
WITHIN INSURANCE OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT**

**Summary**

*Following the definition and nature of contractual relation between insurer, buyer of policy, insured and policy beneficiary, it could be concluded that essential part of such relation is insured event, i.e. risk as circumstance which stands behind each insured event. In this article it will be discussed about political risks, which in recent decades take a lot of attention between interested parties within insurance market. Author shall try to prove that essence of determination problem of the above mentioned risks and also theirs determination of occurrence problem lies in the very nature of political risks, which are product of political, social and theoretical construct.*

**Key words:** *insurance, political risks, foreign direct investment, insured event.*

*Ива ТОШИЋ, мастер права\**

## ОДРЕЂЕНИ АСПЕКТИ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ОСИГУРАВАЈУЋИМ ДРУШТВИМА

### *Резиме*

*Финансијска криза и велики корпоративни скандали отворили су питање значаја корпоративног управљања за добро функционисање компаније, па самим тим и осигуравајућих друштава као и финансијског сектора у целини. Такође, било је потребно утврдити који су механизми управљања друшвом тј. управљања ризиком које треба применити, које су кључне функције, да ли применити једнодомни или дводомни систем управљања.*

*На нивоу Европске Уније, одговори на многа од ових питања дати су у оквиру Директиве Солвентност II чији је основни циљ адекватно управљање ризиком, и спровођење како интерног, тако и екстерног надзора над радом осигуравајућих друштава ради спречавања њихове потенцијалне инсолвентности, а све пре свега у циљу заштите корисника осигурања.*

*У првом делу рада биће речи о појму и значају корпоративног управљања уопште, највећем корпоративном скандалу који је потресао сектор осигурања, али и значају корпоративног управљања за пословање осигуравајућих друштава. Затим ће се аутор осврнути на регулисање корпоративног управљања у Републици Србији.*

**Кључне речи:** *корпоративно управљање, управљање ризиком, Солвентност II, финансијска криза*

### **I Увод**

Иако је финансијска криза у мањој мери погодила сектор осигурања од банкарског сектора, ипак је значајно допринела откривању просто-

---

\* Истраживач приправник у Институту за упоредно право у Београду

ра за побољшање у управљању ризицима и надзору у осигуравајућим компанијама. Из тих разлога је потребно механизме корпоративног управљања пажљиво размотрити и узети у обзир приликом дизајнирања прописа о осигурању обзиром да у великој мери могу утицати на пословање осигуравајућих друштва. Свака компанија је скуп носилаца различитих интереса који некада могу бити и међусобно супротстављени, а управо је циљ успостављања адекватног система корпоративног управљања да све те интересе заштити али да се превасходно води интересима саме компаније и тако омогући успешно пословање. У осигуравајућим друштвима поред интереса акционара и других интереса који се унутар компаније преплићу (интерес запослених, поверилаца, управе, самог друштва итд) мора се водити рачуна и о интересима корисника услуга, али и трећих заинтересованих лица.

Велика конкуренција на тржишту осигурања, затим потреба за заштитом корисника услуга осигурања и повећањем финансијске стабилности, условили су успостављање ефикасног модела корпоративног управљања.

На нивоу Европске Уније, препознат је овај проблем услед ког је донета Директива Солвентност II, управо са циљем да се адекватним управљањем и надзором над радом осигуравајућих друштава предупредити тешкоће и проблеми са којима се могу сусрести и на тај начин спречити њихова евентуална инсолвентност.

## II Појам и значај корпоративног управљања

Недавни талас корпоративних скандала у Сједињеним Америчким Државама (*Enron*<sup>1</sup>, *Worldcom*<sup>2</sup> итд.) и Европи (*Parmalat*<sup>3</sup>, *Ahold*<sup>4</sup> итд.)

- 1 *Enron Corp* је била седма по величини корпорација у САД. Финансијски извештаји, потврђени од стране ревизора исказали су 2000-те године профит од 979 милиона долара, а следеће године је проглашен банкрот, настао као резултат преварних консолидованих финансијских извештаја потврђених од стране независног ревизора, Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање- изабране теме*, Београд, 2013, 171.
- 2 Ово је био не само један од највећих корпоративних скандала у САД-у, већ и највећи банкрот, који чак и превару у случају Енрон баца у сенку. Управа ове компаније је у финансијским извештајима објављивала податке о профиту од скоро 4 милијарде долара, а профита уопште није било. 2002. године ова компанија је банкротирала, десетине хиљада радних места је изгубљено, а акционарима је нанета огромна штета. <https://www.investopedia.com/terms/w/worldcom.asp>, 07.04.2019.
- 3 *Parmalat* је био светски лидер у продаји мечних производа. 2003. године ова компанија је прогласила банкрот који је настао као резултат огромних рупа у финансијским извештајима.

довео је до тога да се много пажње посвети питању корпоративног управљања компанијом. Корпоративно управљање представља скуп механизма који се успостављају ради надгледања начина на који се управља компанијом и који омогућују адекватну заштиту интереса акционара, али и осталих интереса. Идеје о корпоративном управљању датирају још из 1930-их година, а покушаји његовог дефинисања били су многобројни.<sup>5</sup>

Према Принципима корпоративног управљања *OECD* корпоративно управљање обухвата скуп односа између управе компаније, њеног управног одбора, њених акционара и других заинтересованих лица.<sup>6</sup> Међународна финансијска корпорација га дефинише као „Структуру и процесе за вођење и контролу привредних друштава.“<sup>7</sup> Извештај за високу групу ексерата ЕУ из 2002. године га дефинише као систем који има своје основе делом у компанијском праву (које је усвојено у односима различити субјекту у компанији), а делом у ширем законском оквиру и пракси пословања компанија у различитој земљи.

Без обзира на различитости дефиниција већина од њих има неке заједничке елементе:

1. Корпоративно управљање је систем односа дефинисан структурама и процесима- Структуре и процеси који дефинишу ове односе обично се фокусирају на различите механизме за обезбеђење ефикасног управљања и извештавања.

2. Ови односи могу да обухвате стране с различитим и понекад супротним интересима- Између главних органа друштва, тј. скупштине

---

Овај случај се често назива и „Италијански Енрон“. Колапс ове компаније је довео до преиспитивања финансијског извештавања у Италији и система корпоративног управљања, Andrea Melis, „Corporate Governance Failures: to what extent is Parmalat a particularly Italian Case?“, *Corporate Governance failures*, 2005, 478.

4 Ова компанија је настала као породична компанија која је пословала у Холандији до 1989. године када је постала контролисана од стране менаџера. Након те транзиције компанија је доживела огроман успех. 2001. године када је била на врхунцу пословала је у 27. земаља са пријављеним профитом од 1,1 милајрде евра и продајом од 66 милијарди евра, да би 2003. године претрпела потпуну пропаст, Abe de Jong et al, „Royal Ahold: A Failure of Corporate Governance and an Accounting Scandal“, 2005, 3.

5 Narjess Boubakri, „Corporate governance and issues from the insurance industry“, *The Journal of Risk and Insurance*, 2011, Vol. 78, No. 3, 502.

6 OECD, „Principles of Corporate Governance“, 2015.

7 „Корпоративно управљање-приручник“, Београд, 2011, 6,  
<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/8a4d93004328fdc9b1fcfd384c61d9f7/CG+Manual+Serbian+-+SRB.pdf?MOD=AJPERES>.

акционара, директора (извршних и неизвршних) и чланова надзорног одбора могу постојати различити интереси. Супротни интереси најчешће постоје између власника и руководиоца и често се називају “принципал-агент” проблемом. Конфликти могу да постоје и унутар сваког органа управљања.

3. Све стране учествују у контроли и вођењу друштва

4. Све ово се чини с циљем да се кроз правилно распоређивање права и одговорности обезбеди дугорочно одржавање и повећање вредности акционарских улога.<sup>8</sup>

Оквир корпоративног управљања треба да промовише транспарентност, фер тржиште, и ефикасну алокацију ресурса. Ефикасно корпоративно управљање захтева чврст правни, регулаторни и институционални оквир на који се учесници на тржишту могу ослонити при успостављању међусобних уговорних односа. Оквир корпоративног управљања треба да одражава елементе законодавства, регулације, саморегулације и пословне праксе које су резултат специфичних околности земље, њене историје и традиције, што ће довести до тога да се овај оквир разликује од земље до земље. Законодавни и регулаторни елементи оквира корпоративног управљања могу бити допуњени елементима меког права заснованим на “примени или објасни” правилима како би се омогућила флексибилност и изражавање специфичности сваке поједине компаније. Самим тим нешто што добро функционише у једној компанији, за једног инвеститора или акционара не мора нужно бити добро за другу компанију, инвеститоре, акционаре и друга заинтересована лица. Како се пословне околности мењају, различите одредбе корпоративног управљања треба преиспитати и, када је то потребно, прилагодити.

Адекватно управљање ће вероватно довести до ситуације у којој се у управном одбору јављају различите интересне групе (акционари, институционални инвеститори, менаџмент), међутим на крају све одлуке морају бити предузете у интересу компаније, а сви чланови тог одбора дужни да служе управо постизању тог циља.

Идеја управљања брзо води до питања која је сврха пословања, који је интерес компаније, али и питања о друштвеној одговорности компаније. У том смислу, корпоративно управљање је методологија за одрживост и заштиту од „ограниченог видика“ који компанију може

---

8 „Корпоративно управљање-приручник“, 6.

послати погрешним путем. Такође и питање друштвене одговорности компаније је од изузетног значаја обзиром да су корпоративно управљање и друштвена одговорност компаније два концепта који се заснивају на истим циљевима: транспарентност, одговорност и поштење.<sup>9</sup>

Један од главних проблема за адекватно функционисање компанија, па самим тим и осигуравајућих компанија представља управо проблем неадекватног корпоративног управљања.

### **III American International Group (AIG) - колапс највећег осигуравајућег друштва у САД**

Ова компанија основана је 1919. године и била је једна од водећих осигуравајућих групација у свету. Упркос поседовању имовине укупне вредности преко милијарду долара и годишњих прихода мерених у стотинама милијарди долара, ова компанија је услед кризе на тржишту хипотекарних кредита запала у кризу. Наиме, она је 2008. године због неадекватно успостављеног система управљања изазвала колапс у целом финансијском сектору.<sup>10</sup>

*AIG* је према величини остварених прихода у 2005. и 2006. години био на четвртој а у 2007. години на петом месту на ранг листи осигуравајућих друштава у свету а обављала је пословне активности у преко 130 земаља света. У том периоду су многе банке обзиром да су одобравале велики број стамбених кредита, поред тога што су се задуживале код других банака, закључивале уговоре о осигурању тих кредита. Полисе осигурања су гарантовале да ће осигуравајуће компаније исплатити банци новац који купац дугује уколико сам не исплаћује рате. Под уобичајним околностима, делује да би ова сигурносна мрежа могла добро да функционише. Међутим, ослањајући се на полисе осигурања, банке су почеле да нуде стамбене кредите чак и корисницима који не испуњавају предвиђене услове. Након што су они заказали са отплатом стамбених кредита, банке нису биле у могућности да врате позајмљени новац, а сектор осигурања није могао да приушти да плати све дугове које је обећао да ће покрити. *AIG* је 2008. године, када је дошло до краха ове сигурносне мреже и наступила криза на америчком хипотекарном тржишту, осигуравао заштиту против губитака на хипотекама и то кредитних пласмана *Leh-*

9 Lutgart Van den Berghe, Celine Louche, „The Link Between Corporate Governance and Corporate Social Responsibility in Insurance“, *The Geneva Papers*, 2005, 426.

10 Борис Маровић, Владимир Његомир, „Осигуравајућа друштва у улози институционалних инвеститора“, 26. *Сусрет осигураваача и реосигураваача Сарајево (СОРС)*, 2015, 93-94.

*man Brother* банке која је банкротирала. У случају *AIG-a*, Влада САД је одлучила да спасе компанију давајући јој огроман кредит, док је у случају банке *Lehman Brother* одбила да понуди било какву финансијску помоћ, а компанија је на крају поднела захев за стечај.<sup>11</sup>

*AIG* је већ током јула месеца 2007. године исказао изложеност кредитној кризи, а почетком 2008. године ревизори су утврдили значајне пропусте у финансијским извештајима. Компанија је у августу 2008. године исказала губитак од 13 милијарди долара. Наиме, 28. фебруара 2008 је објавила да зарада из 2007 године износи 6,20 милијарди долара или 2,39 долара по акцији. Мање од седам месеци касније, ова осигуравајућа компанија је била на ивици банкрота који је спречила Влада САД.<sup>12</sup>

Упркос чињеници добрих пословних резултата остварених у области прихвата ризика осигурања, захваљујући умањеним инвестиционим резултатима, паду рејтинга и значајним губицима по основу датих гаранција за секјуритизоване хипотекарне кредите, *AIG* је у одсуству могућности прикупљања капитала приватног сектора 16. септембра закључио кредитни аранжман са Њујоршком федералном банком чиме је ова федерална банка одобрила кредит у висини од 85 милијарди долара на период од две године у замену за 79.9% учешћа у капиталу осигуравача. Дакле, основни проблеми *AIG-a* у условима остварења системског ризика били су узроковани нетрадиционалним пословима осигуравача док је компанија по основу послова осигурања стабилно пословала.<sup>13</sup> Државна помоћ је од тада порасла на 182,5 милијарди долара, а у јуну 2009. године акције *AIG-a* су се вределе мање од једног долара по акцији. Проблеми *AIG-a* су привукли велику пажњу медија, али их није било лако разумети због укључених специфичних финансијских инструмената, који су доста коришћени у финансијском пословању, али су донедавно били непознати јавности. Неспорно је да је *AIG* претрпело највећу кризу у сектору осигурања, док се по неким мишљењима сматра да сектор осигурања као целина није претрпео озбиљну и распрострањену банкарску кризу и да су главне тешкоће са којима се суочавају осигуравајућа друштва због не-осигуравајућих активности, названих квази-банкарске

11 Kenneth M. Ayotte, David A. Skeel Jr., „Bankruptcy or Bailouts?“, *The Journal of Corporation Law*, 2009, 470.

12 William K. Sjostrom., „The AIG Bailout“, *Washington and Lee Law Review* 943, 2009, 944-945.

13 Борис Маровић, Владимир Његомир, 93-94.

активности<sup>14</sup>, а све то као резултат неадекватног корпоративног управљања компанијом.

#### IV Корпоративно управљање у осигуравајућим друштвима

Након великих корпоративних скандала било је јасно да је потребно утврдити адекватан систем корпоративног управљања у привредним друштвима па самим тим и у осигуравајућим друштвима. Узимајући у обзир специфичност осигуравајућих друштава, неспорно је да се оквир корпоративног управљања мора прилагодити њиховој особедној природи.

##### 1. Значај корпоративног управљања за осигуравајућа друштва

Ефикасан систем корпоративног управљања омогућава осигуравачу да буде флексибилан и транспарентан, као и да на време реагује на догађаје који могу утицати на његово пословање доношењем правовремених одлука. На тај начин се побољшава способност кључних органа одговорних за адекватно корпоративно управљање да одлуке доносе поузано и опрезно. Од осигуравача се захтева да успоставе и имплементирају оквир корпоративног управљања који осигурава здраво и разумно управљање и надзор над пословањем осигуравача, али и да на адекватан начин препознаје и штити интересе осигураника. Будући да он осигурање прибавља од несразмерно јачих и компетентнијих професионалаца, природна је нтенција правног поретка да им пружи заштиту.<sup>15</sup>

Међународна асоцијација супервизора осигурања (*International Association of Insurance Supervisors – IAIS*), усвојила је Основне принципе за делатност осигурања, стандарде, водич и методологију за процену.

Принципом 7 је предвиђено да оквир корпоративног управљања осигуравача:

1. промовише развој, имплементацију и ефикасану политику надзора која јасно дефинише циљеве осигуравача;

2. дефинише улоге и одговорности лица која су одговорна за управљање и надзор осигуравача појашњавајући њихове законске обавезе и овлашћења да делују у име осигуравача и под којим околностима;

14 Ornella Ricci, *Corporate governance in european insurance industry*, 2014, 81.

15 Наташа С. Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања“, Београд, 2015, 41.



3. поставља захтеве који се односе на начин доношења одлука и радњи, укључујући документовање значајних одлука, заједно са њиховим образложењем;

4. обезбеђује добру праксу награђивања која промовише усклађивање политике накнада са дугорочним интересима осигуравача како би се избегло прекомерно преузимање ризика;

5. обезбеђује комуникацију са надзорним органом, према потреби, питањима која се односе на управљање и надзор над осигуравачем;

6. предвиђа предузимање корективних радњи у случају неусклађености или слабог надзора, контроле или управљања.<sup>16</sup>

Корпоративно управљање утиче на профил ризика осигуравајуће компаније, али и на њене одлуке и уопште целокупно пословање. Лоше корпоративно управљање надзорни органи виде као главни знак могуће пропасти осигуравајуће компаније. Из тих разлога, ефикасно корпоративно управљање код надзорног органа ствара веће поверење у рад и процену управе осигуравача, његовог менаџмента и носилаца контролних функција. Самим тим, као крајњи резултат побољшава способност надзорног органа да ефикасно надгледа осигуравача и штити интересе осигураника. Да би се постигло повећање ефикасности и адекватна процена корпоративног управљања он мора имати увид у пословање осигуравајућег друштва.

Као што је већ поменуто оквир корпоративног управљања у друштву за осигурања мора бити успостављен у складу са специфичном природом овог друштва. Најпре, осигуравајућа друштва нису у слободном режиму оснвања и обављања делатности. Затим, она послују са ограничењима у погледу именовања чланова управе и одређивања структуре органа, тј. имају обавезу добијања претходне сагласности на избор и именовање чланова управе од надзорног органа.<sup>17</sup> Из тих разлога оквир корпоративног управљања у овим друштвима треба да омогући поред заштите интереса акционара и других интереса који се унутар компаније преплићу (интерес запослених, поверилаца, управе, самог друштва итд.) и заштиту интереса корисника својих услуга. Њихов превасходни интерес се састоји у томе што они за износ плаћене премије очекују од друштва у случају наступања осигураног случаја накнаду штете или исплату

16 Insurance core principles, International Association of Insurance Supervisors – IAIS, 2018, 44.

17 Љиљана Стојковић, *Правни аспекти контроле и управљања ризицима у акционарском друштву за осигурање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 23-24

осигуране суме. Уколико у друштву постоји адекватно корпоративно управљање, интереси корисника ће бити заштићени, међутим у супротном лоше управљање друштвом може довести до финансијских тешкоћа и инсолвентности друштва, који у крајњој линији онемогућава кориснике да остваре свој интерес.

## 2. Солвентност II

Као што је већ поменуто, управо ради успостављања адекватног система корпоративног управљања донета је на нивоу ЕУ Директива Солвентност II чији је основни циљ да се ефикасним управљањем ризицима уз успостављање адекватног како интерног, тако и екстерног надзора над радом осигуравајућих друштвава, спречи инсолвентност друштва. Други стуб Директиве се базира на квалитативним захтевима, који се односе на унапређен систем управљања. У сагледавању ширег контекста корпоративног управљања треба поћи од новог приступа управљања ризицима у складу са регулаторним оквиром Солвентност II. Нов концепт управљања се састоји у успостављању система управљања заснованог на ризицима који треба схватити као интегрални део корпоративног управљања друштва за осигурање. Основни аргумент за овакво схватање може се црпети из посебних дужности и одговорности органа друштва за осигурање у вези са управљањем ризицима.<sup>18</sup>

Приликом израде одредби које се односе на систем управљања у оквиру Директиве Солвентност II као ослонац је служио Водич за корпоративно управљање у друштвима за осигурање објављен од стране OECD. Солвентност II уводи 4 кључне функције за систем управљања: управљање ризицима, интерна контрола, интерна ревизија и актуарска функција.

Осигуравајућа друштва су дужна да успоставе ефикасан систем управљања ризиком који обухвата стратегије, процесе и процедуре извештавања потребне за идентификацију, мерење, надгледање, управљање и извештавање, на континуираној основи ризика ком су или могу бити изложени, на појединачном и агрегатном нивоу. Циљ је да друштво врши сопствену процену ризика и солвентности и на адекватан начин управља њима.<sup>19</sup>

Систем интерне контроле предвиђа административне и рачуноводствене процедуре, оквир интерне контроле и системе извештавања на

---

18 Љиљана Стојковић (2016), 25.

19 Директива 2009/138/ЕЗ европског Парламента и Већа о оснивању и обављању делатности осигурања и реосигурања (Солвентност II)- Директива, *Сл. лист Европске Уније*, чл. 44.

свим нивоима друштва.<sup>20</sup> Изузетно је важно да се запослени према својим обавезама односе са дужном пажњом, тако да то постане део њихове пословне културе и понашања, од највишег руководства до непосредних извршилаца.<sup>21</sup>

Такође, осигуравачи и реосигуравачи треба да обезбеде ефикасну функцију интерне ревизије која обухвата вредновање примерености и ефикасности система интерне контроле и других елемената система управљања. Унутрашња ревизија треба да буде објективна и независна од функције пословања. Сва запажања и препоруке се прослеђују управном, управљачком и надзорном телу који треба да одреде које мере треба предузети у складу са свим запажањима и предлозима унутрашње ревизије, као и кораке за њихово извршење. Уколико осигуравачи имају добро организиран систем интерне контроле и ревизије, посао надзорних органа се тиме знатно олашава.<sup>22</sup> Основна улога и циљ интерне ревизије која се успоставља у друштвима за осигурање је да унапреди пословање и дода вредност друштву, као и да му помогне у реализацији постављених циљева и да на основу објективног прегледа доказа пружи разумно уверавање пре свега управи друштва, а шире и другим заинтересованим странама о адекватности, ефикасности и ефективности система интерних контрола, управљања ризицима и корпоративног управљања.<sup>23</sup>

Осигуравачи и реосигуравачи треба да обезбеде ефективну актуарску функцију која ће бити спроведена од стране лица која поседују знање из актуарске и финансијске математике ради процене природе, нивоа и комплексности ризика који погађају пословање компаније и ко је способан да демонстрира своје релевантно искуство у односу на професионалне и друге стандарде.<sup>24</sup>

Задатак актуара је да изврше пројекцију будућих догађаја на темељу анализе података из прошлости, развој модела и процена постојећих

---

20 Директива, чл. 46.

21 Љиљана Стојковић, "Ризик неусклађености са регулативом у друштву за осигурање и улога надзора", *Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности XVI Саветовање*, Палић, 2015, 186 – 187.

22 Директива, чл. 47

23 Јелена Шупут, Весна Јањић, „Функција интерне ревизије и усклађености пословања у друштвима за осигурање/реосигурање“, *Накнада штете и осигурање- савремени изазови*, Београд, 2016, 415.

24 Директива, чл. 48.

ризика.<sup>25</sup> Актуари помажу друштву за осигурање при калкулацијама премија осигурања, одређивању резерви осигурања, развоју осигуравајућих производа, као и управљању имовином и обавезама и другим пословима значајним за рад друштва. На првом месту њихов рад је неопходан за егзистенцију друштва.<sup>26</sup>

## V Системи управљања компанијом

Уобичајно се у класичном смислу говори од два различита система управе: једнодомном (англосаксонски) и дводомном (немачки). Такође, помиње се и трећи јапански модел који је у основи једнодомни али има одлике и једног и другог модела.<sup>27</sup>

Англосаксонски систем управљања акционарским друштвима карактерише постојање једног одбора - одбора директора (енгл. *боард оф директорс*), који управља акционарским друштвом, а чије чланове именује скупштина акционара. Одбор директора за оперативно вођење послова бира једног или више извршних директора (менаџмент, одбор извршних директора, енгл. *екеџutive боард оф директорс*). Контролу рада над менаџментом врши спољни, независни ревизор, али овај систем не искључује обављање унутрашње контроле од стране посебних комисија или унутрашњег ревизора.<sup>28</sup> Функција управног одбора се остварује делом на колективној а делом на индивидуалној основи, а извршну улогу врши генерални директор. Једнодомни модел корпоративног управљања развио се као акционарски оријентисан модел.

Немачки модел организације органа акционарског друштва карактерише постојање два одбора: управног одбора и надзорног одбора. У овом систему скупштина акционарског друштва именује надзорни одбор, док надзорни одбор именује чланове управног одбора. Контролу над управљањем акционарским друштвом врши надзорни одбор, међутим, није искључено обављање ревизије од стране спољних или унутрашњих ревизора.<sup>29</sup> Дobar управни одбор заиста може да унапреди посло-

---

25 Дионис Јурић, „Сустав управљања у друштвима за осигурање према Закону о осигурању из 2015. године у Републици Хрватској“, *Европска ревија за право осигурања*, 2/2015, 59.

26 Владимир Чоловић, *Осигуравајућа друштва*, Београд, 2010, 133.

27 Мирко Васиљевић, 153.

28 Мижат Јоковић, „Sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori“, *Montenegrin journal of economics*, 64.

29 Мижат Јоковић, 64.

вање предузећа, као што лош може оставити фирму на милост и немилост банкротских или недовољно способних менаџера.<sup>30</sup>

Мешавину англосаксонског (једнодомног) и немачког (двodomног) модела представља јапански модел управе који је, у основи једнодоман, али има одлике оба наведена модела. Значајна карактеристика овог модела је да постоји спољни надзор од стране ревизора, уместо надзорног одбора, а управни одбор по правилу је бројан и нема спољних чланова. Без обзира да ли се прихвати англосаксонски или немачки модел, механизме корпоративног управљања треба пажљиво размотрити и узети у обзир приликом дизајнирања прописа о осигурању јер утичу на презимање ризика од стране осигуравајућег друштва.<sup>31</sup>

Ниједан систем управљања није статичан, тако да се данас тешко може говорити о егзистенцији ових модела у чистом облику. Такође, ниједан од ових модела није савршен. Ради успостављања флексибилности у прописима који одређују регулаторни оквир земље потребно је омогућити слободно деловање тржишта и уважавати специфичност сваке компаније. На тај начин прописи неће бити кочница већ подстицај развоју и ширењу компанија ван националних граница. Процес адаптације ових модела на промене у окружењу је евидентан, а његове правне технике различите. Најзначајнија је свакако формално-правна техника конвергенције, путем правних транспланата. Ипак, њен успех је могућ само у земљама са сличном правном традицијом, пореклом и наследством.<sup>32</sup> И поред чињенице да је ЕУ јединствено тржиште које се заснива на примени комунитарног права тешко је изводљиво спровести потпуну хармонизацију система управљања већ се упућује на поштовање „минимума стандарда.“ Управо хармонизацијом различитих система ставарају се услови за развој релативно нових института корпоративног управљања у смислу увођења независних чланова одбора, што може представљати додатни квалитет у успостављању система управљања у делатности осигурања.<sup>33</sup>

30 Борис Беговић и др., *Унапређење корпоративног управљања у Србији*, 2003, 18.

31 Martin Eling, Sebastian D. Marek, „Corporate governance and risk taking: evidence from the u.k. and german insurance markets“, *The Journal of Risk and Insurance*, 2013, 654.

32 Мирко Васиљевић, 164.

33 Љиљана Стојковић (2016), 31-32.

## VI Корпоративно управљање у осигуравајућим друштвима у Србији

До доношења Закона о осигурању из 2004 године, корпоративно управљање у Србији није било на задовољавајућем нивоу. О томе говори пре свега чињеница да је постављањем Народне банке као новог органа надзора над радом осигуравајућих друштава у току 2004. године одузета дозвола за рад и покренут поступак ликвидације над осам осигуравајућих друштава, док су три осигуравајуће куће добровољно одлучиле да обуставе своје пословање.<sup>34</sup> Током 2005. године без дозволе за рад остало је још седам осигуравајућих друштава.<sup>35</sup>

Узимајући у обзир разлоге за одузимање дозвола за рад које је НБС навела, може се закључити да је у највећем броју ових друштава постојало концентрисано акционарство, са израженим злоупотребима права од стране акционара на штету имовине друштва за осигурање. Такође, може се закључити да управа није на адекватан начин обављала своју улогу, а то нису чинили ни независни ревизори, као део спољне контроле.<sup>36</sup> Управо услед преварних финасијских извештаја који су потврђени од стране спољног (независног) ревизора дошло је до великих копрпоративних скандала у САД.

У нашем праву Законом о осигурању из 2014. године предвиђено је да су органи акционарског друштва за осигурање:

- 1) скупштина,
- 2) надзорни одбор,
- 3) извршни одбор.

Из оваквог решења закона произилази да је прихваћен дводомни систем управљања, без права на избор, за разлику од одредби Закона о привредним друштвима који даје могућност избора између једнодомног и дводомног система. За питање корпоративног управљања од посебног значаја је постојање надзорног одбора, у коме једну трећину чланова чине лица независна од друштва (независни чланови). На тај начин се још једним механизмом јача институт корпоративног управљања. Такође, поред осталих овлашћења предвиђена је одговорност надзорног одбора за успостављање система управљања ризицима и надзор над тим

34 <http://www.nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=178&konverzija=yes>, 30.03.2019.

35 <http://www.nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=13&konverzija=>, 30.03.2019.

36 Љиљана Стојковић (2016), 36.

системом, као и дужност да обезбеди да извршни одбор идентификује ризике којима је друштво изложено и њихову контролу врши у складу са одобреним стратегијама и процедурама.<sup>37</sup>

Управу акционарског друштва за осигурање чини надзорни одбор и извршни одбор. Чланови управе су дужни да предузимају мере ради спречавања незаконитих или непримерених радњи и утицаја који су штетни или нису у најбољем интересу акционарског друштва за осигурање и његових акционара а које врше лица која су блиско повезана с тим друштвом – ради заштите корисника услуге осигурања.<sup>38</sup> О значају избора чланова управе говори чињеница да сагласност на избор чланова управе даје Народна банка под условом да лице испуњава услове који су таксативно предвиђени законом, као и чињеница да је уз захтев за издавање дозволе за рад потребно поднети податке о предложеним члановима управе с подацима и доказима да та лица поседују добру пословну репутацију и одговарајуће стручне квалификације, знање и искуство, као и доказе о испуњености осталих услова предвиђених законом.<sup>39</sup>

У складу са одредбама Директиве Солвентност II законом је предвиђена обавеза друштву за осигурање да обезбеди постојање и функционисање ефикасног система управљања, који укључује управљање ризиком, систем интерних контрола, интерну ревизију и актуарство.<sup>40</sup> Од значаја је поменути да је из Директиве преузето и начело пропорционалности по коме систем управљања треба да буде пропорционалан природи, опсегу и сложености послова који се обављају у друштву, као и величини и организационој структури друштва, обиму активности и врстама осигурања које друштво обавља.<sup>41</sup> Начело пропорционалности за циљ има да заштити мања друштва или она која се баве само специфичним врстама осигурања на тај начин што се на њих неће примењивати наведена правила. Такође, као орган надзора још Законом о осигурању из 2004. године одређена је Народна банка Србије. Још један начин унапређења система корпоративног управљања је давање могућности НБС да захтева да се одређена питања уврсте у дневни ред седнице скупштине друштва, као и могућност њеног представника да присуствује седницама

37 Закон о осигурању, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 139/14, чл. 55, ст 2.

38 Закон о осигурању, чл. 59.

39 Закон о осигурању, чл. 42. ; о условима за обављање функције члана управе видети у чл. 62.

40 Закон о осигурању, чл. 147.

41 Одлука о систему управљања у друштву за осигурање/реосигурање, *Службени гласник РС* 51/2015 і 29/2018, тач. 4.

скупштине и да се том приликом обраћа акционарима.<sup>42</sup> Њен представник може присуствовати и седници надзорног одбора и обраћати се његовим члановима.<sup>43</sup>

Из свега наведеног може се закључити да је Закон о осигурању из 2014. године у великој мери унапредио систем корпоративног управљања у осигуравајућим друштвима, уз имплементацију одредби права ЕУ.

## VII Закључак

Ефикасан систем корпоративног управљања омогућава осигуравачу да на време реагује на догађаје који могу утицати на његово пословање доношењем правовремених одлука. На тај начин се побољшава способност кључних органа у друштву који су одговорни за адекватно корпоративно управљање осигуравача да одлуке доносе поузано и опрезно. За успешно корпоративно управљање друштвом потребно је да постоје адекватно успостављене и распоређене контролне и управљачке функције, са јасним захтевима у погледу квалификација које морају имати његови чланови. Добро организован систем корпоративног управљања у коме су обавезе и одговорности јасно дефинисани је кључан за добро функционисање друштва. У праву осигурања Републике Србије је доношењем Закона о осигурању 2014. године значајно унапређен систем корпоративног управљања. Такође, у складу са одредбама Директиве Солвентност II законом је предвиђена обавеза друштву за осигурање да обезбеди постојање и функционисање ефикасног система управљања, који укључује управљање ризиком, систем интерних контрола, интерну ревизију и актуарство. Из тих разлога може се рећи да се наше право налази на добром путу да обезбеди ефикасан систем корпоративног управљања који ће омогућавати заштиту свих интереса који се у осигуравајућим друштвима преплићу, а пре свега заштиту корисника услуга осигурања.

---

42 Закон о осигурању, чл. 53, ст. 2 и ст. 3.

43 Закон о осигурању, чл. 56, ст. 2.



**Iva TOŠIĆ, MA**  
**Research trainee**  
**Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **CERTAIN ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE IN INSURANCE COMPANIES**

### ***Summary***

*The financial crisis and major corporate scandals have raised the question of the importance of corporate governance for the good functioning of insurance companies and also the whole financial sector. Also, it was necessary to determine which risk management to apply, what are the key functions, whether to apply a American or German management system.*

*At the level of the European Union, the answers to many of these issues have been provided within the framework of the Solvency II Directive, the main objective of which is adequate risk management, and the implementation of both internal and external supervision of insurance companies in order to prevent their potential insolvency, and above all to protect the insurance beneficiary.*

*The first part of the paper is about the importance of corporate governance in general, the biggest corporate scandal in the insurance sector, and the importance of corporate governance for the insurance companies. The author will then refer to the regulation of corporate governance in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *corporate governance, risk management, Solvency II, financial crisis.*

---

# РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

---

Др *Невена* ПЕТРУШИЋ\*

Др *Михајло* ЦВЕТКОВИЋ\*\*

## ГРАНИЦЕ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ ПОСЛОДАВЦА ЗА ДИСКРИМИНАТОРСКЕ АКТЕ ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ТРЕЋИМ ЛИЦИМА<sup>1</sup>

### *Резиме*

*У раду се анализира одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених. Најпре је скициран правни оквир грађанскоправне заштите од дискриминације, као посебног облика заштите права на недискриминацију. Размотрени су правозащитни захтеви намењени остваривању грађанскоправне заштите, њихова садржина, циљ и начин остваривања, при чему је посебна пажња посвећена репарационом тј. одштетном захтеву. Дата су теоријска оправдања за одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, и испитане су границе његове одговорности кроз питања: за које акте запосленог послодавца треба да одговара; којим захтевима подлеже; и како се, евентуално, ослобађа одговорности. Ослањајући се на праксу одговорности за другог у домену одштетног права, аутори су одговорност послодав-*

---

\* Професор, Правни факултет, Универзитет у Нишу

\*\* Доцент, Правни факултет, Универзитет у Нишу

1 Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који подржава Министарство просвете и науке. Контакт: nevena@prafak.ni.ac.rs, mihajloc@prafak.ni.ac.rs

*ца за дискриминаторске акте запослених размотрили у контексту анти-дискриминационих правозащитних стандарда, илуструјући бројним примерима услове под којима послодавац сноси одговорност. Разматрање грађанскоправне заштите од дискриминације заједно са ширим идејама о грађанскоправној одговорности омогућило је да понуде решења за поједине проблеме који проистичу из правно нерегулисаних ситуација.*

**Кључне речи:** *дискриминација, накнада штете, одговорност послодавца, правозащитни захтев*

## І Увод

Гинеколог запослен у клиничком центру одбио је да жени са инвалидитетом пружи информације о могућностима вештачке оплодње; Запослени у радњи за хемијско чишћење одбио је да прими робу на чишћење од припадника ромске популације; Шеф експозитуре банке наложио је да запослени мушкарци раде сат времена дуже у односу на жене; Возач аутобуса одбио је да прими путника у колицима, правдајући се недостатком услова за превоз таквих путника. Наведени примери дискриминације међусобно се разликују, али оно што их повезује јесте чињеница да је су конкретне дискриминаторске радње извршили запослени, у раду, и да су сви акти дискриминације уперени према трећим лицима.

Два су основна питања која се постављају у оваквим случајевима: ко сноси грађанскоправну одговорност за акте дискриминације запослених према трећим лицима и докле досежу границе одговорности послодавца за ову врсту противправних аката његових радника. Европске антидискриминационе директиве<sup>2</sup> не уређују питање ко одговара за дискриминаторске акте које врше лица запослена код послодавца. У државама ЕУ углавном одговора послодавац уместо запосленог – дискриминатора (Ирска, Холандија, Шведска). Са друге стране, у Шпанији је примар-

---

2 Директива о расној једнакости (2000/43/ЕЗ), *Official Journal L 180*, 19. 7. 2000, Директива о једнакости при запошљавању (2000/78/ЕЗ), *Official Journal L 303*, 2. 12. 2000, Директива о једнаком третману мушкараца и жена у приступу запошљању, стручној обуци, унапређењу и условима рада (76/207/ЕЗ), *Official Journal L 39*, 14. 2. 1976, Директива о увођењу принципа једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена по питањима запошљавања и занимања (2006/54/ЕЗ), *Official Journal L 269*, 5. 10. 2002, Директива о имплементацији једнаких могућности и једнаког третмана мушкараца и жена у приступу добрима и услугама и њиховој понуди (2004/113/ЕЗ), *Official Journal L 373/37*, 21. 12. 2004. и Ревидирана Директива о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и обављања занимања (2006/54/ЕЗ), *Official Journal L 204/23*, 26. 7. 2006.

на одговорност самог запосленог. Има, међутим, и држава у којима правно лице не одговара за дискриминацију, какав је случај са Бугарском, чији је Врховни управни суд заузео становиште да правно лице не може да одговара за дискриминацију, сем изузетно.<sup>3</sup>

Иако је од круцијалне важности за остваривање права на заштиту од дискриминације, питање одговорности послодаваца за дискриминаторске акте запослених извршене према трећим лицима није привукло већу пажњу правних стручњака. Овај рад је израз настојања аутора да укажу на теоријске и практичне проблеме у овој области и подстакну ширу научну и стручну расправу о овом специфичном виду одговорности за другога.

## II Забрана дискриминације

У протеклој деценији Република Србија је изградила целовит систем правне заштите од дискриминације, поштујући међународне стандарде и ослањајући се на искуства у упоредном праву. Уставом и антидискриминационим законима установљена је општа забрана дискриминације,<sup>4</sup> прописивањем забране свих облика дискриминације на основу било ког личног својстава у свим областима друштвеног живота. Регулисана је и забрањена непосредна и посредна дискриминација, посебни облици дискриминације, као што су говор мржње, узнемиравање и понижавајуће поступање и др., као и посебни случајеви дискриминације, као што су дискриминација на основу старосног доба, у области пружања јавних услуга, у образовању и стручном оспособљавању и др.<sup>5</sup>

3 Catharina Germaine, Isabelle Chopin, *European Network Of Legal Experts In Gender Equality And Non-Discrimination, A comparative analysis of non-discrimination law in Europe*, Брисел, 2016, 60.

4 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 21. Уставна забрана дискриминације разрађена је законским антидискриминационим прописима. Основни закон у области антидискриминационог права јесте Закон о забрани дискриминације- 33Д, *Службени гласник РС*, бр. 22/09, којим је уређен општи режим заштите од дискриминације. Посебним законима, Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 11/02, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 72/09 - др. закон), Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом из 2006. године (*Службени гласник РС*, бр. 33/06) и Законом о равноправности полова из 2009. године – ЗРП, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, регулисана је заштита од дискриминације по основу инвалидитета и пола. Забрана дискриминације у појединим областима друштвених односа, као што су рад, запошљавање, образовање, информисање и др., прописана је и законима којима су те области законски уређене (Невена Петрушић, Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд, 2016, стр. 9-11).

5 О облицима, посебним случајевима и начину испољавања дискриминације, детаљно: Невена Петрушић, Момчило Грубач, „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту рав-

Из опште забране дискриминације проистиче универзалност обвезника и титулара начела забране дискриминације. Наиме, дужност поштовања забране дискриминације погађа „сваког“,<sup>6</sup> а то значи да је њен обвезник свако физичко и правно лице, као и сваки државни и други орган јавне власти. Исто тако, „свако“ је и титулар права на недискриминацију – свако физичко и правно лице, као и групе лица повезаних истим личним својством.

### III Грађанскоправна заштита од дискриминације

#### 1. Облици грађанскоправне заштите од дискриминације

Да би правна заштита од дискриминације била делотворна и ефикасна, установљени су разноврсни облици грађанскоправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите, а одговарајућу улогу у заштити од дискриминације има и Повереник за заштиту равноправности.<sup>7</sup> Као и у многим другим европским државама, и у Србији је грађанскоправна заштита један од основних видова заштите од дискриминације.<sup>8</sup> Њено прописивање израз је настојања да се обезбеде грађанскоправне санкције за дискриминацију које имају „стваран и одвраћајући ефекат на дискриминаторе“, као и да накнада жртвама дискриминације буде пропорционална претрпљеној штети.<sup>9</sup>

---

ноправности и других антидискриминационих поступака“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 66/2014, 69-88.

6 33Д, члан 4. .

7 Шире: Невена Петрушић, Момчило Грубач, „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* бр.66/2014, 69-88.

8 О облицима грађанскоправне заштите од дискриминације у државама ЕУ, видети: Romanița Iordache, Iustina Ionescu, „Discrimination and its Sanctions – Symbolic vs. Effective Remedies in European Antidiscrimination Law“, *European Anti-Discrimination Law Review*, 19/2014, 13-15. Доступно на адреси: [https://www.researchgate.net/publication/292906927\\_Discrimination\\_and\\_Its\\_Sanctions\\_-\\_Symbolic\\_vs\\_Effective\\_Remedies\\_in\\_European\\_Anti-discrimination\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/292906927_Discrimination_and_Its_Sanctions_-_Symbolic_vs_Effective_Remedies_in_European_Anti-discrimination_Law), 11. 4. 2019.

9 Такав децидирани став Европски суд правде заузео је још далеке 1983. године, у предмету у коме је испитивао да ли је дошло до полне дискриминације у приступу запошљавању. Видети C-14/83, *Von Colson & Kaman v. Land Nordrhein-Westfalen*, пресуда од 10. 4. 1984, par. 43. Доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0014>, 11. 4. 2019. На сличном становишту стоји и Европски суд за људска права. Видети пресуду у предмету *García Mateos v. Spain*, представка бр. 38285/09, пресуда од 19. 2. 2013, par. 45. Доступно на адреси: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4264379-5082962&filename=003-4264379-5082962.pdf>, 11. 4. 2019.

Пружање грађанскоправне заштите од дискриминације регулисано је одредбама ЗЗД,<sup>10</sup> и то тако што су регулисани облици грађанскоправне заштите и услови под којима се она пружа, као и поступак за заштиту од дискриминације.<sup>11</sup>

Одредбама чл. 43. ЗЗД прописано је неколико правозащитних захтева усмерених на спречавање извршења, односно понављања дискриминације, на отклањање стања и последица дискриминације, као и на сузбијање дискриминације у друштвеним односима. Када се заштита од дискриминације остварује пред судом, у тужби којом се покрене судски поступак могу се, с обзиром на околности случаја, истаћи један или више самосталних захтева имовинске и неимовинске природе.

У случајевима када постоји опасност да ће се дискриминаторска радња извршити, односно наставити да се врши или да ће се поновити, може се истаћи захтев за пропуштање (*прохибитивни захтев*), којим се тражи забрана извршења такве будуће радње. Поред тога, може се истаћи захтев за утврђење, којим се тражи да суд утврди да одређено понашање туженог представља акт дискриминације (*декларативни захтев*), док је уклањању стања и последица дискриминације намењен захтев којим се тражи извршење одређене радње како би се одстранило (уклонило) стање настало као последица дискриминаторског поступања, а које још увек траје (*реститутивни захтев*). Отклањању штете настале извршењем дискриминације намењен је и захтев за накнаду штете коју је дискриминисано лице претрпело услед акта дискриминације (*репарациони захтев*). Поред наведених захтева, у тужби се, као несамостални захтев, може истаћи и захтев за објављивање пресуде (*публикациони захтев*), којим се тражи да тужени о свом трошку објави правноснажну пресуду која је против њега донета.<sup>12 13</sup>

10 Поред ЗЗД, правила о грађанскоправној заштити од дискриминације садржана су и у Закону о равноправности полова. Иако овај закон на нешто другачији начин регулишео правну заштиту од полне дискриминације, нема суштинских разлика у погледу облика грађанскоправне заштите.

11 Поступак у парницама за заштиту од дискриминације регулисан је у VI одељку ЗЗД, чл. 41-46.

12 О облицима грађанскоправне заштите од дискриминације, детаљно: Владимир Водинелић „Грађанскоправна заштита од дискриминације“, *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (уредник Невена Петрушић), Београд, 2012, стр. 218-238; Петрушић, Невена, „Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана, материјално-правни аспект“, у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*, (уредник Милан Петровић) Ниш, 2010, 157–170; Анђелија Тасић, *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*, Ниш, 2016, 161-164.

У погледу захтева за накнаду штете, ЗЗД не садржи посебна правила, тако да се примењују општа правила одштетног права садржана у Закону о облигационим односима.<sup>14</sup> Лице одговорно за дискриминацију дужно је да накнади сву штету, како материјалну (обичну штету и измаклу добит), тако и нематеријалну штету, која се може тражити у натуралном облику, у виду извињења, повлачења дискриминаторске изјаве и сл. или у новцу.<sup>15</sup>

Анализа захтева показује да сваки од њих има сопствени циљ, сврху и природу, али су сви они каузално повезани и компатибилни, тако да обезбеђују пружање целовите и комплексне грађанскоправне заштите од дискриминације. Неки захтеви су фокусирани на жртву, други на починоца или друштво, неки треба да произведу ретроактивно дејство, док други делују *pro futuro*. Које ће захтеве истаћи у тужби, одлучује сам тужилац, који је овлашћен да сам комбинује захтеве, имајући у виду циљеве које жели да оствари. Ти циљеви су различити јер су различити и мотиви за тражење судске заштите од дискриминације: неки тужиоци желе новчано обештећење, другима је стало да спрече даље вршење дискриминације, неки траже да се уклони стање дискриминације како би остварили ускраћено право, поједини тужиоци желе да „поправе“ систем, други желе да дискриминатор буде јавно жигосан и сл.

Право на заштиту од дискриминације припада лицу које тврди да је претрпело дискриминацију, али су на покретање судског поступка овлашћени и други субјекти: Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица<sup>16</sup> и добровољни испитивач дискриминације (тзв.

---

13 Да би заштита од дискриминације била делотворна, одредбама ЗЗД прописана је могућност одређивања привремених мера у циљу ради отклањања опасности од насиља или настанка веће ненакнадиве штете (ЗЗД, чл. 44) Такође, тужилац може тражити и одређивање судских пенала, у складу са правилима ЗОО (чл. 157. став 2. и у члану 294. став 1. ЗОО). Шире, видети: Владимир Водинелић, „Судска заштита по тужби због дискриминације, у: Антидискриминациони закони (водич), Београд, 2010, 69-70)

14 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља (у даљем тексту ЗОО).

15 Да би заштита од дискриминације била делотворна, одредбама ЗЗД прописана је могућност одређивања привремених мера ради отклањања опасности од насиља или настанка веће ненакнадиве штете, а тужилац може тражити и одређивање судских пенала, у складу са правилима ЗОО.

16 ЗЗД, чл. 46. став 1. ЗЗД. Према члану 43. став 3. ЗРП, и синдикат и удружења чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова.

тестер).<sup>17 18</sup> Ови субјекти могу истаћи све правозаштитне захтеве, изузев захтева за накнаду штете, на чије је истицање ексклузивно овлашћено само дискриминисано лице.<sup>19</sup>

## 2. Грађанскоправна одговорност за дискриминацију

За акт дискриминације, као цивилни деликт, одговара лице које је извршило дискриминацију. Дискриминацију може извршити како физичко, тако и правно лице, које се може јавити и као жртва дискриминације.<sup>20</sup>

С обзиром на то да, по природи ствари, правно лице изражава своју вољу и обавља послове преко својих органа и запослених, у погледу одговорности правних лица за дискриминацију постоје специфичности које се не појављују када дискриминацију врше физичка лица. Једна од њих огледа се у томе што правна лица сnose одговорност за дискриминацију извршену према својим члановима и запосленима, али и за акте дискриминације извршене према трећим лицима од стране њихових органа и запослених. Када су у питању привредни субјекти, одговорности за дискриминацију подлежу не само привредна друштва са статусом прав-

---

17 Добровољни испитивач дискриминације је лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају. Закон о забрани дискриминације не регулише процедуру ситуационог тестирања, али садржи неколико правила о дужностима и овлашћењима добровољних испитивача дискриминације (ЗЗД, чл. 46. ст. 3).

18 Проширење круга активно легитимисаних субјеката израз је настојања законодавца да уважи велики дисбаланс у моћи и ресурсима којима дискриминисано лице располаже у односу на дискриминатора и немогућности да поднесе терет вођења скувих и дуготрајних судских поступака. С друге стране, на тај отворена је могућност за вођење тзв. стратешких парница за заштиту од дискриминације, имајући у виду да сузбијање дискриминације представља општи (јавни) интерес друштва. О стратешким парницама и њиховом значају, шире, видети: О стратешким парницама, шире: *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice*, Доступно на адреси: <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>, 11.4. 2019.

19 ЗЗД, чл. 46.

20 Иако су физичка лица „природни“ бенефицијари права на недискриминацију, имајући у виду да су лична својства, као основ дискриминације, инхерентна физичким лицима (раса, пол, инвалидитет и др.), и правна лица могу бити дискриминисана како на основу личних својстава своје сопствене „правне личности“ (припадност одређеној држави, седиште, врста делатности, организациони облик, тип својине и др.), тако и по основу личних својстава својих чланова (асоцијативна дискриминација правних лица). Видети: Невена Петрушић, Косана Бекер, „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75/2017, 49-70.



ног лица, већ и предузетници, који, иако имају статус физичког лица,<sup>21</sup> сnose одговорност за дискриминацију извршену како према својим запосленима, тако и према трећим лицима.

У погледу одговорности послодаваца за дискриминацију извршену према запосленима, она свој основ има у кршењу забране дискриминације у области рада, прописане Законом о раду<sup>22</sup> и ЗЗД.<sup>23</sup> Забрана дискриминације запослених протеже се не само на запослена лица, већ и на лица радно ангажована по другом основу, као и на трећа лица која траже запослење, студенте и ученике на пракси.<sup>24</sup> Без обзира на правни статус, послодавац сноси одговорност за дискриминацију извршену према свом запосленом, независно од тога да ли је конкретни акт дискриминације извршио неки његов орган или друго лице запослено код послодавца.<sup>25</sup>

Када је реч о одговорности предузећа и других правних лица за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, антидискриминациони прописи не регулишу ко је у оваквим ситуацијама пасивно легитимисан. Стога једина релевантна правила која би се у оваквим случајевима могла применити јесу правила о одговорности предузећа и других правних лица за штету коју њихови запослени у раду или у вези са радом проузрокују трећим лицима, као један од посебних видова неуговорне одговорности за другога.<sup>26</sup> Према чл. 170 ЗОО, за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим

---

21 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. 83.

22 Закон о раду - ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење, чл. 18.

23 ЗЗД, чл. 16.

24 ЗЗД, чл. 16. ст. 2.

25 Такво правило важи и у погледу одговорности послодавца за злостављање запосленог на раду. Чланом 29. Закона о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 6/2010 прописано је да запослени који сматра да је изложен злостављању од стране послодавца са својством физичког лица или одговорног лица у правном лицу може против послодавца да поднесе тужбу. Пасивно легитимисан је само послодавац, а не и непосредни мобер, мада су у судској пракси забележени случајеви подизања тужбе и против послодавца и против мобера. Видети шире: Мирјана Поповић, *Дискриминација и мобинг у судској пракси*, доступно на адреси <http://www.centaronline.org/userfiles/files/preuzimanje/fcd-mirjana-popovic-diskriminacija-i-mobing-u-sudskoj-praksi.pdf>, 11. 4. 2019.

26 О институту одговорности за другога, видети: Јаков Радишић, *Облигационо право, Општи део*, Ниш, 2016, 265-266; Илија Бабић, *Облигационо право, Општи део*, Београд, Сремска Каменица, 2009, 219.

ако докаже да је запослени у датим околностима поступао „онако како је требало“, с тим што је оштећеном признато право да захтева накнаду штете и непосредно од радника, ако је штету проузроковао намерно. Ове одредбе важе и у погледу одговорности других правних лица.<sup>27</sup>

У редовима који следе размотрена су кључна питања која се тичу основа и граница одговорности послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима, у контексту антидискриминационих правозаштитних стандарда.

### 3. Одговорност послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима

#### а) Теоријско оправдање одговорности послодавца

Одговорност послодавца за дискриминацију коју према трећем лицу изврши његов запослени представља посебан вид одговорности за другога. Одговорност за другога је стара правна установа, што потврђују бар две латинске максиме: *Respondeat superior* (одговара предводник) и *Qui facit per alium, facit per se* (ко ради преко другога, исто је као и да сам ради).<sup>28</sup> У савременој доктрини за оправдање одговорности послодавца користи се неколико теоријских приступа.

Теорија идентификације личну кривицу запосленог приписује послодавцу (*culpa in eligendo, vigilando*).<sup>29</sup> Послодавац је крив због лошег избора запосленог јер је поклонио поверење запосленом склоном дискриминацији (нпр. угоститељско предузеће одговара за дискриминаторно понашање конобара који је одбио да послужи Рома). С обзиром да није контролисао и утицао на понашање запосленог, крив јер није спречио дискриминацију. Мада делује строго, субјективни режим одговорности

---

27 „Другим правним лицима“, али не и предузећима, ЗОО признаје право да после исплате накнаде штете коју је њихов запослени проузроковао намерно или крајњом непажњом, у року од шест месеци траже накнаду плаћеног износа од запосленог лица (ЗОО, чл. 171, ст. 2). Непознати су разлози због којих је законодавац направио ову дистинкцију. Треба, међутим, имати у виду да Закон о раду изједначава све послодавце у погледу права на регрес, прописујући да послодавац који исплати надокнаду трећем оштећеном лицу, стиче право да захтева регрес од запосленог који је штету узроковао само уколико је овај то учинио намерно и крајњом непажњом (ЗР чл. 163, ст. 7).

28 Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989, 424.

29 Paula Giliker, *Vicarious liability in tort: a comparative perspective*, Cambridge, 2010, 231.

омогућује послодавцу да се брани тиме да је показао највећу пажњу у избору или надзору над запосленима.<sup>30</sup>

Одговорност послодавца оправдава се и потребом да се жртва обештети, што изискују начело правичности и социјалне правде. У упоредној пракси судови се више фокусирају на интерес жртве, него на анализу да ли је запослени делао у оквиру свог радног задатка.<sup>31</sup>

Према теорији ризика, одговорност послодавца заснива се на чињеници да запослени за њега ради, па „чија корист његова и штета“.<sup>32</sup> У питању је права одговорност за другог, која је објективног карактера, тако да је жртви олакшана заштита од дискриминације. Послодавац се не може ослободити одговорности доказујући да није погрешно у избору запосленог, надзору над њим и давању инструкција о понашању. Овакав режим остварује превентивно дејство, јер је послодавац подстакнут да предузме одговарајуће мере како би спречио дискриминацију – да изради протоколе о поступању према трећим лицима, унапреди организацију и надзор и сл. Сматра се, међутим, да је теорија ризика оправдана за профитабилна, комерцијална правна лица, али није правична према малим послодавцима и добротворним организацијама.

Иако је кривица вековима била најјачи основ одговорности, са порастом корпорација, стручног рада и снажног тржишта осигурања, долази до промене основа одговорности. Савремени европски пројекти (PETL i DCFR)<sup>33</sup> промовишу објективну одговорност послодавца, као најприкладнију за деликте запослених,<sup>34</sup> а таква одговорност повлачи одговорност за другог.

---

30 О режиму субјективне и објективне одговорности послодавца: Михајло Цветковић, „Основ неуговорне одговорности послодавца за штету коју радник проузрокује трећем лицу“, *Право и привреда*, Бр. 7-9 /2018, 473-480.

31 Р. Giliker, 234.

32 Р. Giliker, 237.

33 Принципи европског одштетног права (PETL: Principles of European Tort Law), чл. 6:102 (одговорност за помоћнике); Нацрт заједничког референтног оквира (DCFR: Draft Common Frame of Reference), VI - 3:201 (Одговорност за запослене и представнике). Ради се о академским пројектима ради уједначавања и приближавања националних решења, по узору на Начела европског уговорног права, у перспективи као припрема за јединствено европско грађанско право.

34 М. Цветковић, 486-488.

*б) Границе одговорности послодавца**1) За које дискриминаторске акте запосленог одговара послодавац*

Сагласно одредбама чл. 170 и чл. 171 ЗОО, одговорност послодавца протеже се само на оне акте дискриминације које је запослени извршио „у раду или у вези са радом“,<sup>35</sup> при чему је без значаја какав је конкретни облик и начин извршења дискриминације, које лично својство представља основ дискриминације и да ли се као жртва јавља лице или група лица.

У већини случајева сасвим је јасно да је запослени акт дискриминације извршио на „раду или у вези са радом“, јер је деловао на свом радном месту, приликом обављања редовних радних задатака. На пример, стоматолог запослен на клиници за стоматологију одбије да пружи стоматолошку услугу лицу зараженом вирусом хепатитиса Ц; на станици возач аутобуса одбије да спусти рампу за улаз особе у инвалидским колицима. Треба имати у виду да послодавац одговара за радњу запосленог „на раду“ и када је запослени акт дискриминације извршио прекорачујући своја овлашћења (на пример, одбије да прими пријаву за посао особе са инвалидитетом, иако пријем пријава не спада у опис његовог посла). Исто тако, послодавац одговара и када је акт дискриминације запослени извршио ван радног места или ван радних задатака, али је тај акт у узрочној вези са радом.

У неким ситуацијама тешко је разграничити када је запослени деловао самостално, као појединац, а када је акт дискриминације у вези са његовим радом. Онда је неопходно брижљиво сагледати све околности случаја, јер исти облик дискриминације у појединим ситуацијама може бити квалификован као индивидуални акт појединца, а у другим ситуацијама може

---

35 Ограничење послодавчеве одговорности само на деликт „у оквиру рада“, има дугу историју. *Paterfamilias* је бирао између надокнаде штете и ноксалне предаје штетника под његовом влашћу. У средњовековном праву, господар најпре одговара за све грешке свог слуге. У 16. веку, господар одговара за погрешно поступање слуге једино ако га је наредио или је бар пристао на дело. Од касног 17. века, господар одговара за радње које није изричито командовао, под условом да му „иду на руку“. Ако је слуга деловао својевољно, независно од посла господара, господар није одговоран. Доста касније, немачки правни писци тумаче римске текстове у складу са аксиомом да нема одговорности без кривице, одбацујући идеју о објективној одговорности за туђе радње. Тако се развило ограничење да послодавац не одговара за противправни акт када запослени делује мимо своје радне дужности, нпр. на радном месту које нема додира са децом запослени зоставља дете. (P. Giliker, 147-150).

бити акт који је „у вези са радом“, без обзира што није извршен на радном месту и у обављању радних задатака. Тако, на пример, када полицијски службеник на састанку скупштине станара зграде у којој станује омаловажава и вређа лице ромске националности на основу његовог личног својства, његов послодавац не сноси одговорност, с обзиром да је полицијски службеник дискриминаторски акт извршио ван радног времена, као појединац, без статусних обележја професије којој припада. Међутим, ако полицијски службеник у униформи, враћајући се са посла, учини то исто, у таквим околностима одговорност за акт дискриминације погађа послодавца, јер је због службене униформе био „под плаштом“ послодавца, па се може сматрати да је његово деловање у вези са послом који обавља.

### *2) Који се правозаштитни захтеви могу истаћи према послодавцу*

Закон о облигационим односима регулише само одговорност послодавца за штету који запослени на раду или у вези са радом нанесу трећем лицу, па се поставља питање да ли се у случајевима дискриминације извршене од стране запослених према трећим лицима против послодавца могу истаћи и други правозаштитни захтеви прописани законом.

Имајући у виду циљ и садржину правозаштитних захтева, сматрамо да се према послодавцу који је одговоран за дискриминаторни акт запосленог може истаћи сваки правозаштитни захтев који дискриминисаном лицу по закону припада: прохибитивни, декларативни, реститутивни, репарациони и публикациони захтев. Ограничавање одговорности послодавца само на накнаду штете коју је акт дискриминације запосленог изазвао значило би да се дискриминисаном лицу ускраћује целовита и делотворна заштита. Таква заштита подразумева не само репарацију, већ и спречавање даљег вршења, односно понављања дискриминације, отклањање последица повреде права на недискриминацију и успостављање положаја, односно стања пре извршене повреде. Када је реч о захтеву за објављивање пресуде у средствима јавног информисања, он није само својеврсна санкција за послодавца, већ доприноси ширењу знања и свести јавности о дискриминацији, тако да је у функцији генералне превенције дискриминације.

### *3) Ослобађање послодавца од одговорности*

Послодавац сноси ризике за поступке својих запослених у функцији рада и његова је одговорност објективна. Он се не може ослободити

одговорности доказивањем да није погрешно у избору запосленог и надзору над њим, нити да је давањем инструкција, прописивањем правила понашања запослених према трећим лицима и сл. предузео све што је у његовој моћи да спречи дискриминацију. Према општем правилу о одговорности послодавца за штету коју запослени причини трећим лицима, послодавац се може ослободити одговорности ако докаже да је запослени „у датим околностима поступао онако како је требало“. У литератури се зато истиче да за само наношење штете послодавац не одговара објективно, већ субјективно, што подразумева да је запослени крив.<sup>36</sup>

У контексту одговорности послодавца за дискриминаторски акт запосленог, послодавац се ослобађа само ако успе да докаже да поступање запосленог према трећем лицу уопште не представља акт дискриминације. У погледу доказивања дискриминације важе посебна правила о прерасподели терета доказивања: ако тужилац учини вероватним да је извршен акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза, сноси тужени.<sup>37</sup> С друге стране, уколико је у питању непосредна дискриминација, чије је извршење судском одлуком утврђено или је међу странкама неспорно, постоји необорива претпоставка о кривици извршиоца дискриминације, па се, сагласно томе, послодавац не може ослободити одговорности доказивањем да запослени није крив за дискриминацију.<sup>38</sup>

#### IV Закључак

Одговорност за другог, тј. послодавца за запосленог, доктрина види као сукоб између социјалних циљева обештећења са једне стране и неоправданог терета за невиног послодавца са друге стране. Уско схватање појма „у функцији рада“ не стимулише послодавца да предузме превентивне мере, док га широко тумачење прекомерно оптерећује. Зато треба тежити коректној равнотежи легитимних интереса и терета у троуглу: дискриминисани - запослени – послодавац.

---

36 Ј. Радишић, 272.

37 ЗЗД, чл. 45. ст. 2.

38 О проблемима у вези са доказивањем, шире: Изабел Рорив, Доказивање случајева дискриминације, *Улога ситуационог тестирања*, Београд, 2012, стр. 15-40; Н. Петрушић, И. Маринковић, Т. Крстић, 316-334. Анђелија Тасић, Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 323-334.

Док је запослени био под тоталном контролом послодавца, одговорност господара је била неупитна. У савременим радним односима, образована радна снага има независност и иницијативу, па ослањање једино на традиционалну „контролу“ није адекватно за све делатности. Флексибилно тумачење радног односа и узимање у обзир укупних економских односа између непосредног деликвента и послодавца даје предност принципу правичности у односу на принцип правне сигурности. Послодавац уређује и организује пословну активност ради профита, али зато сноси и одговорност. Са друге стране, што је запослени самосталнији тако расте његова индивидуална одговорност.

ЗОО заједно са ЗЗД омогућује одштетну одговорност послодавца за дискриминациони акт запосленог. Логика из богате праксе одштетног права важи и за остале „не-одштетне“ правозаштитне захтеве, што сугерише да се и они могу уперити против послодавца. То је у складу са трендом да објективна одговорност постаје примарна у радним односима, а такав режим одговорности примерен је институту одговорност за друго. С друге стране, пракса показује да су најефикасније санкције односно мере против дискриминације оне које доводе до суштинских, структурних промена (нпр. обука запослених, протоколи о поступању, промена политике). Примена оваквих напредних мера захтева одговорност правног, а не физичког лица – запосленог.

**Nevena PETRUŠIĆ, full-professor**  
**Mihajlo CVETKOVIĆ, assistant-professor**  
**Faculty of Law, University of Nis**

## **LIMITS OF CIVIL LIABILITY OF THE EMPLOYER FOR DISCRIMINATORY ACTS OF EMPLOYEES AGAINST THIRD PARTIES**

### *Summary*

*The paper analyzes vicarious liability of the employer for discriminatory acts of his employees. Firstly, the legal framework of civil protection against discrimination is drafted, as a distinct form of protection of the right to non-discrimination. As instruments for civil protection, legal actions (claims), their content, purpose and the mode of use are deliberated, with special attention paid to the reparation, i.e. compensation claim. Authors discuss about theoretical justifications for the employer's liability for discriminatory acts of employees against third parties. Limits of vicarious liability are examined through questions: for which acts the employer should be liable; which claims can be used against him; can employer exonerate himself. By relying on the practice of vicarious liability in the tort law, the authors describe the employer's liability for discriminatory acts of employees in the context of anti-discrimination law-enforcement standards, illustrating this approach by numerous examples. Civil protection against discrimination mixed up together with broader ideas originating from civil liability (tort) law, has made it possible to offer solutions to certain problems arising from legally unregulated situations.*

**Keywords:** *discrimination, compensation of damages, liability of the employer, legal claim (action)*



Марија ДРАГИЋЕВИЋ\*

## ПОЈАМ "ПРЕНОСА ПРЕДУЗЕЋА" У СМISЛУ ЕВРОПСКОГ РАДНОГ ПРАВА\*\*

### Резиме

Основна идеја радноправне регулативе која дефинише пренос предузећа је врло једноставна: пренос предузећа са једног правног субјекта на други не би требало да има никакве негативне последице по запослене. Задржавање права и обавеза из уговора о раду (укључујући и она који произилазе из колективних уговора) чини језгро заштите Директиве о преносу предузећа. Ова заштита има одређене празнине, а повремено се јављају нејасноће у погледу њеног нивоа. Неке празнине су последица чињенице да је обим одредби директиве нејасан - а неке су последица чињенице да су прописи у националним правним системима недовољно усклађени са одредбама Директиве. Највећа празнина у законодавству о заштити запослених јесте изостанак прецизне дефиниције појма "пренос предузећа", па упркос поплави судске праксе, овај појам и даље остаје нејасан. Аутор у раду анализира у чему се огледа тешкоћа дефинисања наведеног појма (а самим тим и обима примене Директиве), како је текао пут у постављању његових оквира и шта је препрека јаснијем дефинисању.

**Кључне речи:** пренос предузећа, пословање, економски ентитет, запослени

### І Уводна разматрања

Почетком 70-их година прошлог столећа, пре креирања прве директиве о преносу предузећа, на европском нивоу је спајање предузећа било у експанзији. Да би предупредио ризике по запослене, Савет је усвојио социјално-политички акциони програм 21. јануара 1974. укључујући, *inter alia*, директиву која дефинише бенефите и потраживања приликом

---

\* асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

спајања предузећа, као и мере рационализације.<sup>1</sup> Комисија је Савету поднела предлог за креирање Директиве 31. маја 1974. године на основу чл. 100 Уговора о оснивању Европске економске заједнице.<sup>2</sup> Након разматрања законске процедуре, Директива 77/187/ЕЕС о усклађивању закона држава чланица у смислу заштите права запослених у случају преноса предузећа, пословања или дела пословања је усвојена 14. децембра 1977. године („Оригинална Директива“).<sup>3</sup>

Пре усвајања „Оригиналне Директиве“ 1977. године, закони европских држава чланица о преносу предузећа били су различити, као и заштита која је понуђена "погођеним" запосленима.<sup>4</sup> "Судбина" запослених у случају промене послодавца је, најчешће, била у рукама новог послодавца. Степен забринутости запослених варирао је у зависности од државе у којој је било седиште њиховог послодавца.<sup>5</sup> То је зато што је свака држава чланица имала свој јединствени начин заштите права запослених у ситуацијама преноса предузећа.<sup>6</sup> Док су неке земље чланице већ имале законе по ефектима сличне онима које је касније остварила Директива, друге нису. На пример, у Француској је још од 1928. године постављен захтев да се у случају промене правног положаја послодавца, која је резултат сукцесије, продаје или спајања, сви уговори о раду који постоје на дан преноса настављају између новог послодавца и радника у предузећу.<sup>7</sup> Немачки законодавац је 1972. године усвојио закон који је штитио запослене у случају пре-

1 Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme, *Official Journal of the European Communities*, No C 13/1, 12. 2.1974.

2 Gregor Thüsing, *European Labour Law*, Verlag C.H. Beck oHG, 2013, 106.

3 Council Directive (77/ 187/EEC) of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, *Official Journal of the European Communities*, No L 61 /26, 5.3.77.

4 Marlene Frank, "The Rights of Employees in the Event of the Employer's Insolvency: A Comparative Approach to the Rights of Employees during Restructuring in the United States and Europe", *New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, 2005, Issue 1, 7.

5 *Ibid.*

6 Samuel Edwin Etukakpan, *Transfer of Undertakings: the Tension Between Business Rescue and Employment Protection in Corporate Insolvency*, PhD thesis, Nottingham Trent University, July 2012, 157.

7 *Ibid.* Интересантно је да је послодавац, а не запослени, био тај који је у случају *Nokes v. Doncaster Amalgamated* покушао да осигура аутоматско новирање уговора о раду у контексту преноса власништва над предузећем. Аргумент послодавца у том случају био је да би то омогућило купцу предузећа да има спремну радну снагу која ће наставити са производњом без прекида који би, иначе, био потребан како би се омогућило запошљавање нових запослених. Ioannis Skandalis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, PhD thesis, Trinity College, University of Oxford, July 2012, 10.

носа предузећа. Након усвајања Директиве 1977. године, одређени чланови немачког закона су били предмет измена и допуна, како би били у потпуности усклађени са европским захтевима.<sup>8</sup> У Великој Британији, пак, пре доношења закона о заштити права радника током преноса предузећа, важило је правило да уговор о раду, као *intuitu personae* уговор, не може једнострано бити пренесен са једног послодавца на другог без сагласности запосленог лица које је уговор и потписало. Из тих разлога, промена послодавца је резултирала отпуштањем запосленог од стране послодавца који преузима предузеће, а законитост овог поступка зависила је од тога да ли су, приликом прекида уговора о раду, испуњене одредбе уговора.<sup>9</sup>

Дихотомија између континуитета и престанка уговора о раду запослених када дође до промене предузећа које их запошљава је престала од 1977. године, од када запослени у Европској унији уживају аутоматске трансфере уговора о раду заједно са другим „паралелним“ заштитама у трансферима пословања у државама чланицама.

"Оригинална Директива" је допуњена 1998. године („Допуњена Директива“)<sup>10</sup>, како би рефлектовала утицај интерног тржишта, промене националне регулативе у смислу реструктурирања предузећа која се суочавају са економским потешкоћама, као и праксу Суд правде Европске уније - даље у тексту Суда правде.<sup>11</sup> Обе Директиве су консолидоване у Директиву 2001/23/ЕС.

Директива 2001/23/ЕС пружа тродимензионални слој заштите: као прво, она штити запослене у случају промене послодавца на тај начин што дефинише да ће права и обавезе дефинисани уговором о раду бити пренети *ex lege* на лице које преузима предузеће на дан преноса (чл. 3); као друго, пренос предузећа не сме бити разлог за отпуштање запослених, било од стране претходног или будућег послодавца, осим у специфичним ситуацијама које су дефинисане у Директиви (чл. 4), и треће: она омогућава транспарентност у случају промене послодавца након преноса

---

8 G. Thüsing, 106.

9 John McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, Second Edition, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1992, 3-4.

10 Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, *Official Journal of the European Communities*, L 201/88, 17.7.98.

11 Jo Hunt, "Success at last? The amendment of the Acquired Rights Directive", *European Law Review*, Vol. 24, 1999, 215-230.

на тај начин што обезбеђује информисаност и консултације са запосленима пре саме процедуре преноса предузећа (чл. 7). Директива не дефинише никакав посебан ниво заштите радног односа, већ једноставно гарантује да права запослених по постојећем радном односу неће бити угрожена преносом предузећа.

Чињеница да је Директива креирана у оквирима који су понекад толико нејасни и генерализовани учинила је да је њена примена све сем једноставна. Последични прилив великог броја захтева за доношењем прелиминарних пресуда, ставило је Суд правде, у незавидну позицију, имајући у виду да је морао да доноси одлуке на основу прописа који нису јасно дефинисали кључне концепте. Многи предмети које је Суд требало да реши су се тицали фундаменталних питања, као што су: Шта заправо представља пренос предузећа? Како применити одредбе о информисању и консултовању на претходну ситуацију? Да ли послодавац и запослени могу да се усагласе по питању одрицања од права која су дефинисана у Директиви? Решавања ових, и многих других фундаменталних питања је препуштено Суду правде, који је био „приморан да доноси тешке и комплексне одлуке“. Ове одлуке су још више отежане тензијом између захтева који се односе на заштиту радног односа и захтева да тржиште рада повећа флексибилност у околностима које намеће конкурентно окружење.

## II Постојање "преноса предузећа"

Основни услов за примену Директиве 2001/23/ЕС је постојање процедуре преноса предузећа. Чл. 1 ст. 1 дефинише да се Директива примењује "на сваки пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања на другом послодавца, који је последица уговорног преноса или спајања предузећа". Историја законодавства Директиве о стеченим правима је показала да је дефиниција појмова „пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања“ питање које је преокупирао већину националних судова и генерисало велики број референци.<sup>12</sup> Стога *Laulom* примећује да је „дефиниција обима Директиве, без сумње, била главно питање са којим се суочавају све проучене државе чланице“.<sup>13</sup>

---

12 I. Skandalis, 109.

13 Sylvaine Laulom, "The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?" *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice* (ed. Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, 148.

## 1. Концепти "предузеће" и "пословање"

"Вршењем својих активности, привредни субјекти у основи обављају одређено предузетништво (предузеће)".<sup>14</sup> У правној теорији предузеће се, по правилу, не третира посебним субјектом права - не признаје му се правни субјективитет, већ се третира економском категоријом, као привредна активност - предузетништво. Појам предузећа јавља се као објект трговачког права или као елемент у дефинисању појма трговца. Пошто предузеће нема правни субјективитет, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа - делатности, а то може бити правно лице (привредно друштво) и физичко лице (предузетник).<sup>15</sup> За пренос предузећа није довољно пренети само ствари, права и обавезе. Заправо је циљ преноса омогућити без прекида настављање делатности, тако да стицалац настави обављати делатности које је до тада обављао носилац.<sup>16</sup>

У самој Оригиналnoj Директиви 77/187/ЕЕС, опсег примене је ограничен на пренос предузећа, пословања или дела пословања, с тим да је у каснијој допуњеној Директиви 98/50/ЕС опсег проширен на делове предузећа. Поред коришћења појмова предузеће, пословање односно њихов део, који су сами по себи општи и неодређени, Допуњена Директива у циљу њихове допуне и разраде, уводи појам "економског ентитета" који задржава свој идентитет. Преносом се у смислу ове Директиве сматра "пренос економског ентитета који задржава свој идентитет, значи организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира на то је ли та делатност главна или споредна".<sup>17</sup>

Ова одредба, међутим, није разјаснила ствари. *Hardy* -јев коментар на ову одредбу је да „таква необична дефиниција тежи само повратку заинтересованих у судску праксу и збрку која је окружује“.<sup>18</sup> Како Оригинална Директива није дефинисала елементе који чине пренос предузећа,

14 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Профинвест д.о.о. Београд, Београд, 2007, 39.

15 Наше законодавство и даље познаје појам "предузеће" коме признаје правни субјективитет. "Упоредо са приватизацијом друштвене и јавне својине и тиме условљеног облика "друштвеног" и "јавног" предузећа, правни појам предузећа код нас се мора довести у склад с хармонизованим значењем, чиме привредно друштво неће бити облик предузећа, већ носилац предузећа". Вид. више: М. Васиљевић (2007), 40.

16 Nada Bodiroga Nada, Hana Horak, "Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1, Rijeka, 2003, 398.

17 Директива 98/50/ЕС, чл. 1, ст. 1(б). Исту формулацију задржала је и Директива 2001/23/ЕС.

18 Stephen Hardy, "The Acquired Rights Directive: A case of economic and social rights at work", *Legal Regulation of the Employment Relation*, (eds H. Collins, P. Davies, R. Rideout), Kluwer, London, 2000, 485.

овај задатак је био препуштен судовима, који су своје пресуде доносили ослањајући се на циљеве дефинисане у Директиви. Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права, због чега су се јављале бројне спорне ситуације. С тим у вези, у пракси Суда правде је, с правом, отворено питање поузданих критеријума за квалификацију преноса предузећа.<sup>19</sup> Тумачењем сидске праксе закључује се да пренос предузећа постоји ако су кумулативно испуњена два услова: да је дошло до промене послодавца и да је очуван идентитет предузећа.<sup>20</sup> Притом, прављење лингвистичке разлике међу појмовима „предузеће“ и „пословање“ је, по ставу Суда, потпуно ирелевантно, јер је и најмањи део ентитета дела предузећа садржан у концепту „предузеће“, „пословање“ или „део пословања“.<sup>21</sup>

#### а) Промена идентитета послодавца

Прва претпоставка примене Директиве је да је у радном односу дошло до промене правног или физичког лица, које је одговорно за вођење пословања и које преузима обавезе које послодавац има према запосленима у одређеном предузећу. До наведене промене може доћи као резултат правног посла или фузије предузећа. Ниједан од ова два концепта није дефинисан у Оригиналној Директиви, те је судовима препуштено да дају њихову дефиницију. Суд је усвојио функционални критеријум, узимајући либералне ставове као полазну тачку разматрања преноса, чиме су избегнуте бројне дебате и позивање на техничке детаље. Фокус је, дакле, на суштинском питању - да ли је пословна активност реално пренета или не. Уколико је пренос предузећа наступио као последица потписивања уговора којим се управљање предузећем преноси са једног лица на друго, Суд не улази у детаље ефеката таквог преноса.<sup>22</sup>

#### 1) Уговорни пренос

Пренос правним послом је Директивом експлицитно предвиђен као једна од правних могућности за промену послодавца. Ради се о

19 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2016, 481.

20 Giuseppe Santoro-Passarelli, "The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers' Rights and Business Needs", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, Issue 3, 2007, 313.

21 G. Thüsing, 107.

22 Philippa Watson, *EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009, 186.

разноврсним неименованим уговорима трговинског права којима се могу креирати различите форме повезивања привредних друштава, које су каткад блиске тим друштвима, али се, за разлику од њих, не региструју и правни профил им се претежно прави на уговорној основи (уговор о дугорочној производној сарадњи, уговор о картелу, уговор о конзорцијуму, уговорни *joint venture* итд.).<sup>23</sup> Имајући у виду одређена неслагања у смислу лингвистичких верзија члана 1(1) и разлике у правним системима држава чланица у контексту интерпретације концепта уговорног преноса, Суд правде је у случају *Abels*<sup>24</sup> сматрао да члан 1(1), па самим тим и опсег примене Директиве, не може бити детерминисан само на основу текстуалне интерпретације, већ на основу синергије одредби Директиве и одредби националног законодавства.

Интерпретација појма правног преноса (енгл. *legal transfer*) Суда правде је либерална, те је у пракси овог суда искристалисан став да овај појам укључује не само трансфер на основу уговора између послодавца претходника и послодавца следбеника, већ и по другим основима: по основу престанка лизинга, преноса или повлачења субвенција од стране државног органа, преноса субвенција на друго лице, подуговарања, "*outsourcinga*" и "*insourcinga*" или по основу уговора о привременим и повременим пословима.<sup>25</sup> Штавише, правни пренос се може извршити и у одсуству писаног или усменог уговора. Оно што је најважније је намера уговарача да изврше пренос, а не начин на који је то учињено.

**Лизинг.** - Одређене врсте лизинга се могу посматрати као пренос предузећа у оквиру интерпретације Директиве. Предмет *Ny Moelle Kro*<sup>26</sup> покренуо је дискусију око тога да ли, у оквиру тумачења Директиве, можемо говорити о преносу предузећа уколико власник изнајмљеног предузећа преузме управљање предузећем након раскида лизинга. Суд је сматрао да је чињеница да предузеће није променило власника потпуно ирелевантна.

---

23 Мирко Васиљевић, *Компанијско право - право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 510-511.

24 Пресуда у предмету C-135/83 (*H. B. M. Abels and The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie* [Professional and Trade Association for the Metal and Electrotechnical Industries], ) од 7. фебруара 1985. године (European Court Reports 1985 -00469).

25 Пресуда у предмету C-171/94 (*Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*) од 7. марта 1996. године (European Court Reports 1996, I-1253), Пресуда у предмету E-02/95 (*Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра од 1996. године [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1.

26 Пресуда у предмету C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (European Court Reports, 1987 -05465).

Запослени предузећа које промени управљача, с тим да не дође до промене власништва над предузећем, имају исти статус као запослени предузећа које је продато. У обе ситуације, запослени су изложени великом ризику, те им је неопходна правна заштита. Имајући у виду да је сврха Директиве заштита права запослених у случају промене послодавца (у смислу задржавања радног односа код новог послодавца у складу са истим условима рада који се дефинисани у уговору потписаном пре преноса), власништво над предузећем у овој ситуацији уопште није релевантно. Дакле, искључиво је промена физичког или правног лица које управља предузећем потенцијална иницијална каписла за позивање на одредбе Директиве.

У предмету *Berg*<sup>27</sup>, Суд је донео одлуку да се Директива може применити када се предузеће пренесе као последица потписивања уговора о лизингу. Уколико се предузеће, које је предмет уговора о лизингу и куповини, врати оригиналном послодавцу након окончања уговора о лизингу, таква процедура се може сматрати преносом предузећа. Купац, дакле, јесте у овој ситуацији лишен статуса послодавца. Овај принцип се примењује, без обзира да ли је окончање уговора о лизингу и куповини било последица договора уговарача или једнострана одлука једног уговарача или пресуде Суда. У том случају, сматра се да је до преноса предузећа дошло на основу уговора: ...уколико купац предузећа, након потписивања уговора, постане власник.. пренос се мора посматрати као процедура која је последица законског преноса у смислу члана 1(1) Директиве, без обзира на чињеницу да је купац постао власник предузећа у тренутку када је у целости исплатио купопродајну цену...<sup>28</sup>

**Пренос субвенција.** - Предмет *Dr Sophie Redmond Stichting*<sup>29</sup> тицао се преноса субвенција са једне фондације, која је пружала помоћ зависницима од наркотика, на другу фондацију која се бавила сличним активностима. Током процедуре разматрања да ли се овакав поступак може посматрати као пренос, Суд је заузео став да израз "правни пренос" обухвата ситуацију у којој јавни орган одлучује да укине субвенцију исплаћену једном правном лицу, због чега су активности тог правног лица у потпуности и дефинитивно укинуте, те да се пренесе другим правним лицима са

---

27 Пресуда у здруженим предметима C - 144 и 145/87 (*Harry Berg and Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers and Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)* од 5. маја 1988. године (European Court Reports, 1988 -02559).

28 *Ibid.*

29 Пресуда у предмету C - 29/91 (*Dr Sophie Redmond Stichting and Hendrikus Bartol and Others*) од 19. маја 1992. године (European Court Reports, 1992 I-03189).



сличним циљем. Израз „пренос предузећа, бизниса или дела предузећа“ садржан у истом члану односи се на случај у којем је субјект у питању задржао свој идентитет. Да би се утврдило да ли је дошло до таквог трансфера, потребно је утврдити, имајући у виду све чињеничне околности које карактеришу предметну операцију, да ли су извршене функције уствари извршене или настављене од стране новог правног лица са истим или сличним активностима, при чему се подразумева да се активности посебне природе које чине независне функције могу, када је то прикладно, изједначити са пословањем или делом пословања у смислу Директиве.

**Подуговарање.** - Сама Директива се не бави детаљима подуговарања. Уколико извођач радова/предузимач коме је додељен уговор о пружању услуга (предузеће А) пренесе обављање услуга на подуговарача (предузеће Б), шта се дешава након окончања уговора са предузећем А и додељивањем уговора трећем предузећу Ц? Да ли се може говорити о преносу предузећа Б на предузеће Ц?<sup>30</sup> Суд правде је разматрао предмет *Temco Service Industries SA*<sup>31</sup> и донео одлуку да члан 1 (1) Директиве мора бити тумачен тако да се Директива примењује на ситуацију у којој извођач радова који је поверио уговор за чишћење својих просторија првом предузећу, које је тај уговор пренело на подуговарача, раскинуо тај уговор и склопио нови уговор за обављање истог посла са другим предузећем. Трансакција није подразумевала пренос материјалне или нематеријалне имовине између првог предузећа или подуговарача и другог предузећа, али је друго предузеће преузело, на основу колективног уговора, део особља подуговарача. Услов за примену Директиве је да тако преузето особље чини суштински део, у смислу броја и вештина, особља додељеног од стране подуговарача извршењу подуговора.<sup>32</sup>

**„Outsourcing“ услуге и „insourcing“ услуге.** - „Outsourcing“ одређених функција од стране предузећа које је обављало функције у оквиру својих интерних ресурса и пренос на друго предузеће је постало врло уобичајено у модерном пословању, како у приватном, тако и у државном сектору. Уколико предузеће коме је пренесена „outsourcing“ услуга задржи идентитет оригиналног предузећа, пренос се дефинише као процедура која спада у опсег Директиве, те се радни однос запослених који раде у

30 P. Watson, 191.

31 Пресуда у предмету C - 51/00 (*Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (European Court Reports, 2002 I-00969).

32 *Ibid.*

оригиналној компанији може пренети новом предузећу са којим је потписан уговор о пружању „*outsourcing*“ услуга.<sup>33</sup>

**Пренос административних функција државне администрације.**

- Реорганизација структуре државне администрације или пренос административних функција између државних институција не чини пренос предузећа у смислу одредби Директиве. Међутим, уколико се не ради о јавној управи, говори се о економском ентитету, чак и уколико је пренесена услуга уговорена од стране јавне управе, нпр. општине или предузећа које управља јавним превозом. Тако, Суд правде је сматрао да је потребно примењивати Директиву на пренос активности које укључују помоћ зависницима од наркотика, а које углавном обављају фондације, тј. правна лица која немају за циљ стицање профита. Директива се, такође, примењује, у случају преноса активности које укључују помоћ лицима која припадају рањивим групама, преноса обавеза пружања телекомуникационих услуга са јавне управе на приватну компанију коју је основала државна институција која поседује њен целокупан капитал, као и случају преноса активности које се тичу општине са непрофитне асоцијације на општину.

## 2) Спајање

Осим уговорног преноса предузећа, Директива се примењује и на случајаве спајања предузећа. Иницијално је сматрано да је Директива посматрала спајање предузећа у оквиру одредби које дефинише Трећа директива заснована на члану 54(3) (г) Уговора о спајању јавних друшта-

33 Предмети *Hernandez Vidal* и *Sanchez Hidalgo and Ziemann*<sup>33</sup> тичали су се „*outsourcing*“ услуга, али и, по први пут у судској пракси - „*insourcing*“ услуга. У оба предмета, уговори о пружању услуга су додељени од стране државних институција, с тим да су исти окончани и додељени дугом пружаоцу услуга. Наведеним предметима покренуто је питање да ли одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима искључује примену Директиве. Суд је закључио следеће: "одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима може бити доказ да до преноса није дошло у смислу одредби ове Директиве, али никако не представља коначни став суда да се Директива не може примењивати и да се радници не могу заштити". Види: Пресуда у здруженим предметима *C-127/96*, *C-229/96* и *C-74/97* (*Francisco Hernández Vidal SA and Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), and between Friedrich Santner and Hoechst AG (C-229/96), and between Mercedes Gómez Montaña and Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)* од 10. децембра 1998. године (European Court Reports, 1998 I-08179) и Пресуда у здруженим предметима *C-173/96* и *C-247/96* (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others and Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and between Horst Ziemann and Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (European Court Reports, 1998 I-0823

ва са ограниченом одговорношћу (78/855/ЕЕС)<sup>34</sup>, чији члан 12 дефинише да ће се "заштита запослених који су предмет спајања дефинисати у складу са Директивом о преносу предузећа (77/ 187/ЕЕС)". Европски парламент и Веће Европске уније је 5. априла 2011. године донели Директиву о спајањима привредних друштава (2011/35/EU)<sup>35</sup> Трећа директива ЕУ. Ова Директива дефинише спајање у случају преузимања и у случају оснивања новог друштва. Према одредбама Треће директиве ЕУ „спајање преузимањем” је поступак у којем једно или више друштава престаје постојати без ликвидације и преноси на друго друштво сву своју активу и пасиву, у замену за издавање друштва преузиматеља деоничарима друштва или друштава која су предмет преузимања и, зависно од случаја, новчану накнаду која не прелази 10% номиналне вредности тако изданих деоница, или када те деонице немају номиналну вредност, њихове књиговодствене вредности.<sup>36</sup> „Спајање оснивањем новог друштва” се дефинише као поступак у којем више друштава престаје постојати без ликвидације, а сва њихова актива и пасива се преносе на друго друштво које она оснивају у замену за издавање деоница тог новог друштва деоничарима друштва или друштава која се спајају и, зависно од случаја, новчану накнаду која не прелази 10% номиналне вриједности тако изданих деоница или, ако те деонице немају номиналну вриједност, њихове књиговодствене вриједности.<sup>37</sup> Закони држава чланица могу одредити да се спајање преузимање и оснивањем новог друштва, такође, могу извршити када је једно или више друштава која се спајају у поступку ликвидације, под условом да је та могућност ограничена на друштва која још нису започела с расподелом имовине својим члановима.<sup>38</sup> Нова компанија, која настаје као резултат спајања, преузима позицију пренете компаније или припојених компанија путем универзалног правног наслеђа, те правни следбеник наслеђује права и обавезе које проистичу из уговорног односа.

34 Third Council Directive (78/855/EEC) of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal of the European Communities*, No. L 295/36, 20.10.78.

35 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies (codification), *Official Journal of the European Union*, L 110/1, 29.4.2011 - Трећа директива ЕУ. У 6. рециталу преамбуле Треће директиве наведено је да се заштита права запослених у случају спајања друштава или делова друштава тренутно остварује у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ.

36 Трећа директива ЕУ, поглавље II, чл. 3 ст. 1.

37 Трећа директива ЕУ, поглавље II чл. 4 ст. 1.

38 Трећа директива ЕУ, поглавље II чл. 3 ст. 2 и чл. 4 ст. 2.

б) Очување идентитета "економског ентитета"

Друга претпоставка за примену Директиве, складно пракси Суда правде, је "очување идентитета економског ентитета". Овај услов је испуњен ако нови послодавац обезбеди да предузеће, обављањем истих или сличних активности, настави или поново започне пословање (након привременог прекида). То не значи да се заштита пружа само у случају да су привредне активности идентичне, већ је довољно да су сличне. Прецизирању овог услова доприноси јуриспруденција Суда правде. У случају *Spijkers*<sup>39</sup>, Европски суд правде је нагласио да би, за процену очувања идентитета предузећа требало узети у обзир све околности које чине процедуру преноса. Суд је навео седам критеријума који су од суштинске важности за разматрање ове проблематике:

1. врста предузећа или пословања<sup>40</sup>;
2. пренос материјалне имовине<sup>41</sup>;

39 Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (European Court Reports 1986, 1119).

40 Приликом разматрања врсте предузећа, потребно је направити јасну дистинкцију између *предузећа која се ослањају на имовину* (материјалну и нематеријалну) и *предузећа која се искључиво ослањају на рад*, имајући у виду да немају значајну имовину. Оваква процена предузећа се користи за одређивање степена важности других критеријума. Пренос материјалне имовине, нпр. просторија и опреме је мање релевантно за предузеће које се фокусира на рад и пружање услуга, с тим да нематеријална имовина (*know-how* или преузимање запослених) може бити од изузетне важности за таква предузећа. Код предузећа која се ослањају на имовину (тј. предузећа која користе скупе машине - аутомобилска индустрија), материјална имовина се посматра као кључни фактор, те је процедуре преузимања запослених мање важна. Ronald M. Beltzer, "The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, Issue 1, 2007, 143-144.

41 Материјална имовина подразумева зграде, просторије, машине, опрему, намештај и возни парк. Случај *Güney-Görres* је покренуо питање да ли би требало узети у обзир материјалну имовину уколико иста није пренета за независну комерцијалну употребу. Суд правде је заузео став да се чак и средства која нису пренета за независну комерцијалну употребу морају разматрати у предмету. Суд је сматрао да критеријум који се односи на независну комерцијалну употребу не може бити извучен из контекста Директиве 2001/23/ЕС, имајући у виду да је циљ Директиве заштита запослених приликом промене власништва над предузећем. Имовина која се не користи за независне комерцијалне сврхе мора бити узета у разматрање приликом свеобухватне процене. Након пресуде у овом предмету одустало се од критеријума независне комерцијалне употребе, те се сада, приликом одређивања идентитета предузећа, узима у обзир и имовина која се не користи за независну комерцијалну употребу. Пресуда у здруженим предметима C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres and Gul Demir v Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*) од 15. децембра 2005. године (European Court Reports 2005 I-11237).

3. пренос нематеријалне имовине<sup>42</sup>;
4. да ли је већина запослених пренета или не<sup>43</sup>;

42 Нематеријална имовина укључује права на лиценце, *know-how*, права дистрибуције, итд. Примера ради, уколико се ради о предузећу које се бави активностима у области музичке индустрије или фармацеутског развоја, наведена нематеријална имовина представља имовину која је од суштинске важности за обављање основних активности. Paul Buggy, "Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion", *Northern Ireland Legal Quartely*, Vol. 52, No. 1, 2001, 98.

43 Приликом процене да ли је ентитет задржао свој идентитет, питање релевантности преузимање радне снаге је решавано од стране Европског суда правде, при чему су најчешће анализирани и критиковани његови ставови заузети у два предмета: *Christel Schmidt* и *Ayşe Sützen*. У предмету *Christel Schmidt*, банка, која је имала неколико филијала, унајмила је предузеће за чишћење које је имало задатак да чисти просторије банке. Банка је отпустила *Christel Schmidt* која је била раније унајмљена од стране саме банке да чисти њене просторије. Компанија за чишћење је понудила да запосли госпођу *Schmidt* под неповољнијим условима, што је *Christel Schmidt* одбила. Уместо тога, она је покренула процедуру против компаније која ју је иницијално запослила и оптужила их за незаконито отпуштање. Током процедуре није дошло до преноса материјалне или нематеријалне имовине, већ је само *Christel Schmidt* преузета, како би обављала исте пословне задатке. Пресуда у предмету C-392/92 (*Christel Schmidt and Spar- und Leihkasse der früheren AEmter Bordes-holm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (European Court reports 1994 I-0131) Пре разматрања предмета *Schmidt*, судска пракса је посматрала пренос радне снаге као правну последицу преноса предузећа, те пренос радне снаге није био пресудан приликом одређивања чињеничног постојања преноса. Европски суд правде је 14. априла 1994. године донео одлуку да је преузимање радне снаге довољан доказ преноса предузећа, чак и уколико није дошло до преноса било какве имовине. Заштита права запослених чини суштински део и основу Директиве, те не може зависити само од разматрања једног фактора. Суд није прихватио примедбу да је само једно запослено лице било погођено преносом, јер је циљ Директиве заштита запослених приликом процедуре преноса предузећа, без обзира на број запослених лица која су погођена преносом. Случај *Schmidt* је отворио нове расправе. Национални судови у Француској, Италији и нарочито Немачкој су неповољно реаговали на ову одлуку, и то не само зато што је била у супротности са постојећом националном праксом, већ, пре свега, што се оваквим ставом Европског суда није заштитио интерес Заједнице. Штитећи запослене спречава се реструктурирање унутар заједничког тржишта на терет послодавца. Paul Davies, "Transfer of undertakings", *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice* (ed. Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, 138. У Немачкој, где је *Schmidt* одлука добила највећу отворену критику, судови су се определили за експлицитан дијалог са Европским судом упућујући му друге сличне случајеве, са додатним аргументима, који су заправо сутерисали да би требало да промени своју претходну одлуку. Иако је оваква техника критикована због тога што указује на одређени степен нелојалности Европском суду, одлуком у предмету *Ayşe Sützen* немачко правосуђе је добило награду за своју упорност. P. Davies, 138.

Као и предмет *Schmidt*, и предмет *Ayşe Sützen* се тичао компаније која пружа услуге чишћења просторија. Школа је доделила уговор за чишћење просторија новој компанији за чишћење, а претходни послодавац *Ayşe Sützen* је отпустио раднике који су радили на пословима чишћења школе. Дакле, запослени и имовина нису преузети од стране новог послодавца. Европски суд правде је пресудио да чињеница да је активност предузећа настављена није довољна да би се подржао закључак да се догодио пренос предузећа. Идентитет предузећа које се не ослања само на имови-

5. пренос клијената<sup>44</sup>;
6. степен сличности основних активности<sup>45</sup>, и
7. период на који су основне активности прекинуте или суспендоване<sup>46</sup>.

ну се заснива на радној снази, управи, начину на који је посао организован и оперативне методе. Одлучујући фактор је да ли је преузет значајан део радне снаге (у смислу броја запослених лица и вештина). Пошто се у овом предмету то није догодило, дакле - није се догодио ни пренос предузећа. „Губитак уговора о пружању услуга од стране конкуренције не може указивати на постојање преноса у смислу Директиве. У овим околностима, предузеће коме је претходно додељен уговор не престаје да постоји након што изгуби клијента, те се пословање или део пословања не може сматрати пренетим уколико се уговор додели новом предузећу“. Пресуда у предмету C-13/95 (*Ayse Süzen and Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH, party joined*) од 11. марта 1997. године (European Court reports 1997, I-01259). Тако је Европски суд правде у случају *Süzen*, донекле, изменио свој ранији став. Овде се, међутим, не сме превидети значајна чињеница да је у предмету *Schmidt* госпођа *Schmidt* била једина радница која је чинила персонал дела фирме. Тако да, ипак, чини се, постоји "консеквентна некосеквентност у пресудама" Европског суда, што је и извазвало најжешће расправе. N. Bodigora, H. Horvak, 402.

- 44 Пренос базе клијената може бити важан фактор у очувању идентитета предузећа. Конвенционални начин преноса базе клијената подразумева пренос датотеке са подацима о клијентима. Примера ради, уколико говоримо о кантини која не функционише на независној, комерцијалној основи, судска пракса не сматра кориснике кантине као базу клијената директора предузећа, већ као уговорну страну која учествује у процедури доделе уговора. Након пресуде у предмету *Güney-Görres*, према којој пренос материјалне имовине не зависи од њене независне комерцијалне употребе, питање одржавања овакве судске праксе је постало прилично дискутабилно. У данашње време, судска пракса не узима у разматрање независну комерцијалну употребу приликом одређивања врсте пословања, те се овај критеријум не може ни узети у обзир приликом одређивања преноса базе клијената. G. Thüsing, 107.
- 45 Сличност између основних делатности није, сама по себи, довољна за очување идентитета предузећа. У супротном би свако наслеђивање функције чинило пренос предузећа. По правилу, пренос базе клијената се подудара са сличношћу између основних делатности, јер база клијената обично остаје иста када је сврха предузећа непромењена. Суд је у предмету *Dr Sophie Redmond Stitching* разматрао ситуацију у којој је део активности пренет на друго предузеће. У овом предмету је фондација, која је пружала помоћ и социјално-рекреативне активности зависницима од наркотика, затворена. Новооснована фондација је наставила да пружа подршку зависницима, с тим што је пружала само услуге помоћи. Суд је сматрао да Директива покрива пренос предузећа и дела предузећа, те да се ово може поистоветити да обављањем независних активности специјалне врсте.
- 46 Последњи критеријум који Европски суд правде разматра тиче се периода током ког је основна делатност предузећа суспендована. Наставак пословања се разликује од затварања предузећа, тј. коначне одлуке да се предузеће затвори трајно, прецизније - на неодређен временски период. Овај период се не може прецизно дефинисати, јер зависи од тога да ли нови послодавац може профитирати од пословања старог предузећа, тј. да ли је старо предузеће у процедури ликвидације или не. По мишљењу Европског суда правде, затварање и поновно отварање предузећа је сасвим очекивано уколико се ради о основној делатности која се обав-

Ниједан од ових критеријума се не може посматрати појединачно, већ само као један од фактора свеобухватне процене. Концепт „очување идентитета“ је дакле типолошки: ниједан од горе наведених критеријума, сам по себи, не чини концепт „пренос предузећа“. Одлучујући елеменат је чињеница да ли је функционална организација преузета, тј. да ли лице које преузима предузеће наставља већ разрађени бизнис. Међутим, уколико се формира нова структура предузећа, онда се идентитет истог не задржава, чак иако се неизмењен пословне активности настављају.<sup>47</sup> Суд правде се у случају Klarenberg<sup>48</sup> изјаснио да се Директива примењује чак и у случају када део пренетог предузећа не задржава организациону аутономију, под условом да је очувана функционална веза између елемената пренете производње, те да таква веза даје за право лицу на које је предузеће пренето да користи те елементе како би обављао идентичну или сродну економску активност.<sup>49</sup> Многи стручњаци су тврдили да је оваква пресуда веома проблематична, наводећи да је идентитет предузећа представља идентитет његове организације. Уколико је организација другачија, другачије је и предузеће.<sup>50</sup>

### III Пренос дела предузећа

Поред преноса предузећа односно пословања, Директива се примењује и на пренос дела предузећа или дела пословања, чак и у случају да се део пренетог предузећа бави пратећим/додатним активностима које нису директно повезане са основном делатношћу предузећа. У предмету *Watson Rask*<sup>51</sup>, компанија *Philips* је поверила управљање своје 4 канине компанији *ISS*. Адвокат је сматрао да Директиву не би требало примењивати у случају када се активност која није директно повезана са основном делатношћу предузећа повери другој компанији. Међутим, Суд није прихватио овакву интерпретацију: ... "уколико власник предузећа уговором повери вођење дела свог предузећа, нпр. канине, другом предузећу... таква врста трансакције је у надлежности Директиве... Чињеница да се

---

вља сезонски, па самим тим и не долази до губитка идентитета економског идентитета. У случају да се ради о трговинама на мало, кључни елемент је то да ли везе са клијентима опстају без обзира на прекид обављања активности.

47 G. Thüsing, 109.

48 Пресуда у предмету C - 466/07 (*Dietmar Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH*) од 12. фебруара 2009. године (European Court Reports 2009 I-00803)

49 *Ibid.*

50 G. Thüsing, 110.

51 Пресуда у предмету C-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen and ISS Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (European Court reports 1992, I-05755).

врши пренос пратеће/додатне активности предузећа која није директно повезана са основном активношћу предузећа не може бити основа за искључивање такве врсте аранжмана из опсега надлежности Директиве. Уговор између власника који преноси и новог власника који преузима предузеће подразумева пружање услуга за које се плаћа накнада, те се самим подпада под надлежност Директиве..."

#### IV Закључак

Директива 2001/23/ЕС бави се судбином запослених након преноса предузећа. У том контексту, она гарантује континуитет њиховог запослења када се промени идентитет послодавца. Међутим, тридесет година након усвајања "Оригиналне Директиве", јасно је да је она креирана не само као мера заштите запослених, већ као инструмент помирења интереса запослених за очување стечених права и интереса послодавца за остварењем економских циљева. Управо је ова сложена улога која јој је додељена и тешкоћа помирења опречних интереса запослених и послодавца, чини се, била главни узрок сто су формулације које садржи толико нејасне, а главни појмови недефинисани. Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права. Суд правде је у својим одлукама развијао принципе који ће бити засновани на Директиви, а који ће дати основне смернице националним судовима у смислу примене Директиве у специфичним ситуацијама. Међутим, тумачење и примена директиве отежани су недостатком чврсте теоријске и концептуалне основе која би помогла у разграничењу обима и граница њене примене. Стога је судска пракса постала заробљена у све сложенијим формулацијама.

Свеукупно гледано, питање које је изазвало највећу контроверзу је значење термина "пренос предузећа". Централност овог питања произилази из чињенице да примена Директиве са својом пуном строгошћу зависи од тога да ли постоји релевантан "пренос предузећа". У својим одлукама Суд је развио различите тестове који су имали за циљ да дају одговор на наведено питање. С времена на време, ревидирао је своје ставове, што је за резултат имало дискутабилну правну сигурност, али и жестоке дебате између институција Заједнице, Суда правде и националних судова. Основни концепти су, наводно, интерпретирани много либералније него што је то иницијално планирано када су државе чланице прихватиле примену Директиве, те је много пута било критика на рачун претераног судског активизма.



Напред наведено наводи на закључак да перспектива у тражењу одговора на питање обима примене Директиве 2001/23/ЕС не би требало да буде заснована на "трансфер-тесту", као што се ради у већини академских текстова, већ на идентификовању основних концептуалних идеја које Директива настоји да оствари. Пребацивањем нагласка академских дебата са "трансфер-теста" и преусмеравањем фокуса на основне циљеве Директиве, судовима се може помоћи у постизању резултата који су у складу са регулаторном сврхом Директиве.

**Marija DRAGIĆEVIĆ, LL.B.**

**Assistant, Faculty of Law, University of Niš**

## THE TRANSFER OF UNDERTAKINGS IN TERMS OF EUROPEAN LABOUR LAW

### *Summary*

*The basic principle underlying the Directive on transfers of undertakings (Council Directive 2001/23/EC1), dating from 1977 and amended in 1998, is that employees are protected against the possible negative consequences of transfer of the undertaking in which they are employed. The retention of rights and obligations under the employment contract (including those resulting from collective agreements) forms the core of the protection offered by the directive. This protection has certain gaps, and ambiguities occasionally arise with regard to the level of this protection. Some are due to the fact that the scope of a provision of a directive is unclear and some are due to the fact that the regulations in the national legal systems are insufficiently in keeping with the provisions of the directive. The largest lacuna in employee protection legislation is probably the fact that, despite a flood of case law and a definition in the current directive, the term 'undertaking' is still unclear. After years of discussion the Acquired Rights Directive, which has been the source of much confusion and misunderstanding, has been amended. Unfortunately, the new Directive does little more than follow the approach of the European Court of Justice and has done little to make matters more certain. This article examines the definitions of a transfer of an undertakings and argues why they are not inadequate.*

**Key words:** *transfer of undertakings, business, economic entity, employee*

Др Радоје БРКОВИЋ\*

Мр Ратомир АНТОНОВИЋ\*

## УЛОГА И ЗНАЧАЈ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА ЗА ВОЛОНТИРАЊЕ

### Резиме

*Волонтирање је данас, у савременим условима све више заступљено. Хиперпродукција високо образоване радне снаге је узроковала велику понуду радника на тржишту рада, наспрам релативно мале понуде послова. Управо зато, млади и висококвалификовани људи су принуђени да прилазе послодавцима на други начин, а један од њих је волонтирање, кроз које им се пружа прилика да покажу своја знања, практичне вештине и способности. У циљу сузбијања злоупотребе волонтера и њиховог рада и онемогућавања њиховог искоришћавања, у Републици Србији је донесен 2010. године Закон о волонтирању, који врло прецизно дефинише ко и под којим условима може да волонтира, као и ко и под којим условима може да организује волонтирање.*

*Овде треба истаћи да постоје одређене професије, код којих је неопходно стажирање или приправнички стаж, који је у већини случајева организован на волонтерској основи. Мотив за волонтирање је стицање професионалних знања и вештина, потребних за обављање одређених послова. С тим у вези, треба споменути волонтирање у привредним друштвима, која су посебно апострофирана и у самом Закону о волонтирању.*

**Кључне речи:** волонтирање, организација, привредно друштво, Закон, права и обавезе.

---

\* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу.

\* Сарадник у настави на Факултету за право, безбедност и менаџмент "Константин Велики" Универзитета „Унион – Никола Тесла“, Београд.

## I Појам волонтирања

Волонтирање се дефинише као добровољни рад у корист других лица, који се обавља без материјалне надокнаде. Кроз волонтирање се мобилишу појединци, као и групе појединаца, претежно млађе старосне доби, да пружају одређену врсту услуга или да врше одређене делатности. Код одређених волонтерских послова, потребно је да се прође стручна обука и усавршавање, како би волонтери били оспособљени за вршење послова на које се ангажују. У суштини волонтирања се налази хумани циљ, јер је волонтирање осмишљено превасходно као облик помоћи угроженим категоријама, које нису у могућности да за пружену услугу узврате адекватним материјалним еквивалентом. Стога се примарно волонтирања организују у хуманитарним организацијама, социјалним и невладиним удружењима, основаним са хуманим циљевима. У оваквим организацијама, волонтери нису професионалци у свом послу, већ су само стручно обучени за конкретне радне задатке које врше.<sup>1</sup>

Од речи волонтирање произилази и реч волонтер. Волонтер је лице које добровољно и без икакве надокнаде обавља одређене радне задатке, на доброволној основи, оним лицима којима је таква помоћ потребна. Волонтера код оваквих облика волонтирања мотивише на волонтирање алтруистичка и филантропска побуда, жеља да некоме помогне, буде у контакту са угроженима и учини све што је у његовој моћи како би им помогао.

Према Закону о волонтирању<sup>2</sup>, волонтирање се одређује као организовано добровољно пружање услуга или обављање делатности од општег интереса, за опште добро или добро другог лица, без надокнаде, у смислу новчане или неновчане користи. Такође, законодавац не сматра волонтирањем рад који је проведен код послодавца у циљу стручног оспособљавања и усавршавања или практичном раду без заснивања радног односа, рад ван радног времена, обављање и пружање услуга које је лице по закону било дужно да пружи другим лицима, извршавање судских и прекршајних налога, обављање услуга у оквиру породице, међу пријатељима и суседима, обављање послова при Црвеном крсту, обављање послова у оквиру политичких и синдикалних организација, као и обављање тзв. *ad-hoc* активности од општег интереса, а које не трају дуже од 10 сати недељно, најдуже месец дана.<sup>3</sup>

1 Бранко Добрашиновић, *Волонтеризам као облик радног ангажовања*, Београд, 2007, 88.

2 Закон о волонтирању, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010, чл. 2.

3 Бојан Урдаревић, „Законско уређење волонтирања у Републици Србији“, *Право и услуге* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2012, 428.

Волонтер може бити свако домаће или страно физичко лице. На страни волонтера је постављен старосни услов, према којем волонтер не сме бити млађи од 15 година живота. Изузетно од ове одредбе, млађа лица од 15 година могу бити ангажована на обављању послова у оквиру васпитно – образовних волонтерских активности. Код малолетних волонтера се захтева писмена сагласност родитеља, односно старатеља. Волонтер мора имати јасно изражену жељу да ради одређене послове и врши одређене активности без икакве материјалне или нематеријалне надокнаде. Мотиви и побуде за волонтирање могу бити алтруистички, а могу бити и утилитаристички, с тим што се корист од волонтирања не може материјално изразити, већ кроз стручно знање, способност, вештину и стечене нове животне прилике.

## **II Начела и принципи волонтирања у Републици Србији**

Поменути Закон о волонтирању, који је донесен 2010. године, у Републици Србији су постављена јасна начела и принципи волонтирања. То су: а) Начело солидарности и промовисања волонтирања; б) Начело забране дискриминације; в) Начело заштите корисника волонтирања; г) Начело забране злоупотребе волонтирања; д) Начело заштите омладине и е) Начело бесплатности волонтирања.

### **1. Начело солидарности и промовисања волонтерства**

Волонтирање је делатност која је од значаја за Републику Србију. Волонтира се претежно у јавном интересу и приликом обављања делатности, које су од јавног и општег значаја. Поред тога, волонтирањем се подстиче активизам код грађана, те они постају активнији у вршењу грађанских процеса, којима се развија демократско и грађанско друштво, засновано на принципима хуманости у којем владају једнаке могућности за све јединке тог друштва.

### **2. Начело забране дискриминације**

Дискриминација представља изразито штетну друштвену појаву, засновану на различитом односу према људима на основу њихове различитости, која може бити расна, верска, национална, телесна, психичка, сексуална и томе слично. Дискриминација настаје кад се неко лице свесно и тенденциозно маргинализује на основу његове различитости у односу на већинско становништво, те му се на тај начин ускраћују његова

основна људска и грађанска права као и права на њихово остваривање.<sup>4</sup> Управо из тих разлога је законодавац прописао забрану било ког облика дискриминисања од стране организатора волонтирања према било ком волонтеру. Сваки волонтер приликом вршења волонтерских дужности мора имати једнака права и обавезе као и сви остали волонтери, без било каквих изузетака.

### **3. Начело заштите корисника волонтирања**

Корисник волонтирања је правно или физичко лице за које се волонтерске дужности врше. Волонтирање се мора обављати на такав начин да се њиме не нарушава лични интегритет и интерес корисника волонтирања.

### **4. Начело забране злоупотребе волонтирања**

С обзиром на то да је волонтирање засновано на хуманим побудама, забрањено је да се оно организује са циљем стицања материјалне користи. То би био случај кад би волонтери били ангажовани да врше делатности које би по правилу требало да врше запослени у правном лицу, чиме би организатор волонтирања стекао имовинску корист.

### **5. Начело заштите омладине**

На млађе волонтере узраста између 18 до 21 године живота, примењују се посебни прописи заштите на раду деце и омладине.

### **6. Начело бесплатности волонтирања**

Из овог начела произилази да волонтер нема право на било који облик надокнаде за свој волонтерски рад. У време трајања волонтирања, волонтер има право на радну одећу и средства заштите на раду, надокнаду трошкова пута, смештаја, исхране и других трошкова који произиђу из волонтирања, трошкове лекарских прегледа за потребе волонтирања, трошкове обука и усавршавања за потребе волонтирања, потом има право на премију осигурања у случају повреда у време волонтирања или у случају професионалног обољења, као и исплату џепарца код дугорочни-

---

4 Владимир Ђурић, „Забрана дискриминације, заштита мањина и афирмативна акција ЕУ у Републици Србији“, *Право Републике Србије и право ЕУ – стање и перспективе* (уредници Наташа Стојановић и Срђан Голубовић), Ниш, 2009, 45.

јег волонтирања, који не би смео бити већи од 30 процената минималног личног дохотка на нивоу Републике Србије.

### III Привредна друштва у Републици Србији

Привредно друштво је правно лице које могу основати правна и (или) физичка лица, ради обављања одређене привредне делатности, а у циљу стицања материјалне добити. Привредно друштво има статус правног лица, које има свој правни живот, који је у потпуности одвојен и самосталан од његових оснивача. Привредно друштво има самосталне личне и статусне податке као и свој привредни потенцијал. Оснива се оснивачким актом, док оснивачки акт може бити и у форми одлуке, а уколико се ради о вишечланим друштвима, оснивање се обавља уговором о оснивању. Циљ оснивања привредног друштва је обављање одређене привредне делатности, ради стицања материјалне користи у виду профита.

Привредна друштва се деле на друштва лица са неограниченим ризиком, где се убрајају ортачка друштва и командитна друштва и друштва капитала са ограниченим ризиком, у која се сврставају акционарска друштва, отворена и затворена и друштва са ограниченом одговорношћу.<sup>5</sup>

У контексту волонтирања и волонтерског рада, према члану 14 Закона о волонтирању, привредна друштва могу бити организатори волонтирања. Привредна друштва, као и јавна предузећа могу организovati волонтирање за опште добро, као и добро одређеног лица ван делатности привредног друштва, односно јавног предузећа. Волонтерским радом у привредном друштву се не стиче материјална корист, а волонтери не смеју бити ангажовани уместо стално запослених радника у привредном друштву или јавноме предузећу. Да би могло да организује волонтирање, јавно предузеће мора за то прибавити сагласност надлежног Министарства уз прецизан програм волонтирања. Програм волонтирања садржи податке о кориснику волонтирања, о организатору волонтирања, месту на ком ће се волонтирање вршити, времену у којем ће се волонтирати, број ангажованих волонтера, опис њихових послова и активности, као и подаци који ће се користити ради оспособљавања волонтера за вршење радних задатака током трајања волонтирања. Привредно друштво или јавно предузеће су дужни да надлежном Министарству уз програм волонтирања достави извод из регистра привредних

---

5 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава Србије и ЕУ*, Београд, 2007. 112.

субјеката и правилник о систематизацији и организацији послова, као и другу потребну документацију, ако за тиме постоји потреба. Министарство има рок од петнаест дана да одговори на захтев за волонтирање и то тако што ће дати или одбити да да сагласност.

#### IV Правна лица као организатори волонтирања

Државни органи, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе могу такође бити организатори волонтирања. Такође, у функцији организатора волонтирања се јављају удружења, задужбине и фондације, које са најпре баве хуманим и непрофитним пословима.

На основу досадашње праксе, у јавним предузећима су волонтерски углавном ангажовани студенти са факултета чије професионално оспособљавање је у директној вези са делатношћу јавног предузећа. По том принципу, студенти са различитих факултета су кроз волонтирање добијали прилику да стекну практична знања и вештине и упознају се са материјом изучавања са аспекта праксе. Волонтери у јавним предузећима су ангажовани управо од стране тих предузећа, која се јављају у својству организатора волонтирања, у сарадњи са надлежним институцијама. Са друге стране, осим што је организатор, јавно предузеће је и корисник волонтирања, јер се делатност коју волонтери врше, обавља у оквиру примарне делатности самог предузећа, према плану и програму рада и ради користи предузећа.<sup>6</sup>

Организатор волонтирања, који је у овом контексту јавно предузеће или државни орган, има одређена права и обавезе у односу на волонтере. Он је најпре дужан да волонтеру обезбеди здравље и сигурност на раду у време обављања волонтерских активности и обезбеди менторство из редова својих запослених у зависности од тога где се волонтирање обавља, а које се састоји у давању упутстава волонтерима и надзор над њиховим радом. Организатор волонтирања је дужан да обезбеди тајност личних података волонтера, као и све неопходне услове потребне за волонтирање у јавном предузећу, односно органу.

Оспособљавање волонтера за обављање послова се врши кад год се за тиме јави потреба, односно кад је природа посла таква да захтева посебна знања, вештине и способности. Нарочито су осетљива волонтирања у сектору помоћи деци, болесним лицима, социјално угроженим категоријама, старим лицима и лицима са посебним потребама. Органи-

6 Марина Матић, „Волонтирање у Европској унији“, *Страни правни живот*, бр. 1/2014, 199.

затор волонтирања мора да уредно и ажурно води евиденцију о волонтерима, која обухвата личне податке о волонтеру, врсту послова које волонтер обавља током вршења волонтерског стажа и временски период у којем је волонтирање трајало.

Организатор волонтирања одговара за штету која је настала у периоду волонтирања. Одговорност организатора се огледа у односима са трећим лицима, којима волонтери начине штету својим радом у привредном субјекту или државном органу. У случајевима кад је трећим лицима нанесена штета услед грубог и намерног занемаривања радних обавеза и задатака од стране волонтера или грубом непажњом и немаром, организатор волонтирања од њега има право да потражује надокнаду материјалне штете коју је он морао надокнадити трећим лицима. Осим према трећим лицима, волонтер је одговоран и у случају настанка штете организатору волонтирања, а коју је проузроковао својим немарним и нехатним поступањем у време волонтирања. По питању одређивања висине надокнаде за насталу штету, примењују се одредбе Закона о раду<sup>7</sup> које полазе са становишта да је запослени (у овом случају волонтер) одговоран за штету на раду или у вези са радом, коју је проузроковао крајњом непажњом. О постојању штете, начинима како је она настала и њеном проценом се бави послодавац, што мора бити дефинисано општим актом о раду, односно уговором о раду. Уколико се установи да је штета настала умишљајно, у оквиру кривичног дела или од стране организоване групе радника, надлежност за утврђивање одговорности је на суду. Исто као и код волонтера, тако и у случају настанка штете трећим лицима, послодавац је дужан да ту штету надокнади, уз право да од запосленог који је ту штету начинио грубим и несавесним пропустом, захтева да му штету надокнади.

Привредно друштво, односно државни орган има обавезу да волонтерима одреди ментора и то тако да на једног волонтера се именује по један ментор. На ментору је обавеза да надзире рад волонтера, даје им инструкције у раду и на месечном нивоу сачињава извештај о раду волонтера.

Приликом волонтирања у привредном друштву или државном органу, волонтер има право да буде упознат са условима волонтирања, услугама и активностима које ће обављати, као и својим правима и обавезама која су регулисана законском материјом. Волонтер има право да захтева да му се у писменој форми достави опис послова и активности које ће

---

<sup>7</sup> Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018, чл. 163.



током волонтирања обављати. У време волонтирања на страни волонтера је дужност да поштује кодекс и етичка правила понашања у привредном субјекту у ком волонтира. Волонтеру се мора омогућити стручна помоћ, обука и едукација како би што квалитетније био у могућности да обавља радне обавезе током волонтирања. На послетку, волонтери имају право на безбедне услове рада, адекватну радну опрему и средства заштите на раду.

Поред права, волонтери имају и обавезе које током трајања волонтерског стажа у привредном друштву или државном органу морају да поштују. Тако најпре, волонтирање мора да се реализује искључиво према законским одредбама и уз њихово строго поштовање. Волонтер је дужан да обавља радне задатке који му се повере у складу са правилима струке и професионалне етике. Радни задаци, осим што се морају обављати професионално, морају да се обављају непристрасно. Волонтер мора организатора волонтирања обавестити о евентуалном постојању околности које би могле штетно да утичу на обављање волонтерских обавеза или да угрожавају сигурност и безбедност волонтера или их животно угрожавају. Приликом волонтирања, волонтер сазнаје информације које могу имати карактер службене тајне. С обзиром на то, он је дужан да исте не открива и да их не саопштава трећим лицима ван привредног друштва.

### **V Волонтирање у земљама у окружењу**

У поређењу са земљама у окружењу, Република Србија се издваја по томе што је питање волонтирања законски уредила. Поред Србије, Закон о волонтирању постоји и у Хрватској<sup>8</sup> у којој се посебно подстиче волонтирање у јавном сектору, као и невладином сектору. Хрватски законодавци су, приликом дефинисања волонтерства кренули од друштвених, привредних и културолошких услова у којима ће се волонтирање обављати, као и о врстама волонтирања које се у пракси може јављати. Циљ закона је подстицај волонтерства и јачање његових друштвених капацитета. Осим наведеног Закона о волонтерству, у Хрватској су се овом проблематиком бавили и прописи о раду, запошљавању и обавезним порезима и доприносима, а 2006. године је донесена и Национална стратегија стварања подстицајног окружења за развој цивилног друштва, која се, између осталог, бави и волонтирањем као веома важним елементом једног цивилног друштва. Хрватским Законом о волонтерству су прописани и Етички кодекс волонтера, као и услови за додељивање

---

8 *Narodne novine*, бр. 58/2007 и 22/2013.

државне награде за волонтирање. Етички кодекс волонтера представља минимум вредности, као и правила која волонтери морају поштовати. Такође, њиме се прописују и правила и вредности на страни организатора волонтирања. Међу вредностима и правилима, прописаним овим Кодексом су начела учешћа у друштвеним процесима, добровољности и слободе избора, забрана дискриминације, солидарности, заштите људских права, развоја личних потенцијала и интеркултуралног учења.<sup>9</sup>

У Републици Српској такође постоји Закон о волонтирању<sup>10</sup> који регулише материју волонтирања. Он одређује основне појмове у вези са волонтирањем, услове волонтирања, закључење уговора о волонтирању, друштвено вредновање, подстицање и развој волонтерства. Овде је посебно значајно друштвено вредновање волонтерског рада, а у том процесу вредновања државни органи и привредни субјекти имају посебну важност. Од републике, као и јединица локалне самоуправе се захтева да утврђују мере и пружају подршку у циљу развоја и промоције волонтеризма. Под тиме се конкретно мисли на усвајање стратегије и политике на свим нивоима власти, потом пружању помоћи при оснивању, раду и умрежавању волонтерских сервиса и награђивању правних и физичких лица која својим радом доприносе унапређењу волонтерског рада. Законодавац је осмислио и могућност награђивања волонтерског рада кроз признање које додељује ресорно Министарство. Такође, јединице локалне самоуправе располажу механизмима награђивања волонтера за њихов рад у оквирима тих јединица.

Привредна друштва такође имају значајну улогу у волонтирању у Републици Српској. Оно може додељивати финансијска средства зарад организовања волонтирања и може пружати подршку и на друге начине кроз обезбеђење опреме, хране, одеће, као и других добара потребних за вршење волонтерских активности.

У Македонији не постоји законски пропис који прецизно дефинише питање волонтирања, за разлику од наведених држава бивше Југославије. У Македонији постоји пракса поистовећивања волонтера са приправницима, а разлог за то треба тражити у чињеници да су и волонтерски и приправнички рад временски ограничени. Волонтерство се везује за стицање одређених стручних знања и полагања стручних испита са

9 Романа Галовић, „Правни и социолошки аспекти волонтирања у цивилном сектору“, *Правник*, бр. 45/2011, 48-50.

10 *Службени гласник РС*, бр. 89/2013.

циљем отпочињања самосталног посла. Такође, у Македонији је пракса волонтерског рада у обдаништима и предшколским установама, као и државним органима и органима јавне управе и локалне самоуправе. Још 1992. године је у Македонији закључен уговор између правосудних институција и службе запошљавања, којим је дефинисан волонтерски рад у правосуђу, као и услови за волонтирање у овим институцијама. Карактеристика овог волонтирања јесте добијање надокнаде за трошкове превоза и хранарине, што је на крају и представљао највећи проблем, јер држава није могла ни за то да обезбеди средства, те је овакав вид волонтирања временом нестало. У Македонији се волонтерски рад манифестује и кроз рад адвокатских канцеларија, у којима посебно угроженим категоријама становништва, као што су социјално угрожена лица, инвалиди, самохране мајке и томе слично, адвокатске услуге пружају адвокати – волонтери у оквиру бесплатне правне помоћи.<sup>11</sup>

Црна Гора је 2010. године донела Закон о волонтерском раду<sup>12</sup> којим се уређује и дефинише питање волонтирања, као и сва друга питања која су у вези са њим. У организационом смислу, црногорски законодавац даје могућност државном органу, органу државне управе, локалне самоуправе, установе социјалне и дечје заштите, здравствене заштите, спортске установе, културне установе, верске организације, као и невладине организације да буду носиоци волонтерског рада и исти организују ради опште добробити друштва. Под волонтерским радом се подразумева онај рад који се добровољно обавља на основу личних знања и вештина самог волонтера у корист неког одређеног лица, групе лица или ради остварења неког општег циља. Као и у земљама у окружењу, тако се и у Црној Гори врши перманентан надзор над радом волонтера у циљу његовог развоја, подстицања и мотивисања. У ту сврху је могуће оснивање волонтерских сервиса при јединицама локалне самоуправе који би евидентирали лица која желе да раде волонтерски и упућивали их код организатора волонтерског рада у земљи. Такође, у сарадњи са осталим надлежним институцијама, радили би на едукацији волонтера и њиховог усмерења приликом волонтирања. У томе би значајну улогу имао и Завод за запошљавање који би располагао централном базом волонтера и организатора волонтирања на нивоу Црне Горе.

11 Марта Арсоска Томоска, *Годишен извештај од регистратот на вработени во јавниот сектор*, Министарство за информатичко општество и администрација, Скопје 2016, 13-14.

12 *Службени лист ЦГ*, бр. 26/2010, 31/2010. и 14/2012.

У земљама Европске уније, волонтирање се сматра пожељним обликом ангажовања нарочито млађих структура становништва. У волонтирању се види суштина правилног усмеравања млађих лица ка одређеним друштвено корисним и опште прихваћеним вредностима, као и њиховој реализацији. Промоција волонтерског рада у Европској унији (ЕУ) је у надлежности Европске комисије (ЕК) која је основала Европску волонтерску службу (*European Voluntary Service* - ЕВС) као део програма Млади у акцији (*Youth in Action Programme*). Занимљиво је да је потоња започета 1996. године као пилот програм, међутим, након постигнутих успеха, Европска комисија (ЕК) је 1998. године одлучила да крене у реализацију свеобухватних активности.<sup>13</sup> Према званичним подацима, у периоду између 2007-2013 године више од 527 хиљада младих је узело учешће у поменутом програму, док је од поднетих 60 хиљада пројеката, половина добила средства неопходна за реализацију. Значајна карактеристика је што су сви трошкови унапред покривени, без обзира на место у коме се волонтерски рад обавља. То се односи како на трошкове путовања до места волонтирања и учење страних језика, тако и на трошкове смештаја и исхране. Програм обухвата ангажовање младих између 18-30 година и односи се на особе које легално бораве на територији Европске уније (ЕУ), док се волонтерски рад може обављати и ван Старог континента. Неопходно је нагласити да је формирање Европске волонтерске службе (*European Voluntary Service* - ЕВС) у потпуности у сагласности са мотом Европске уније (ЕУ) који мултикултуралност и разлике међу државама чланицама и њиховим становницима дефинише као предност и вредности чија је промоција на глобалном нивоу неупитна. Волонтери приликом боравка у страним државама имају могућност упознавања страних култура и обичаја, али ће у исто време имати прилику да стекну радне способности неопходне за будуће пословне подухвате. Званични подаци сведоче да је више од 80% учесника пројеката уверено да исти доприносе (између осталог) чињеници да млади поштују културне разноликости, развоју солидарности и толеранције и да подстичу међусобно разумевање међу младима у Европи. Главна предност програма је хетерогеност области за које волонтери могу аплицирати, јер се исти могу оспособити и усавршити на подручју спорта, руралног развоја, културе, медија, заштите животне средине, верских организација, одмора, рекреације... Волонтерски рад се одвија у сарадњи између Организације за слање (*sending organization*) која има задатак да волон-

13 Pierfelici, L. *Mentoring and Pre-Departure Training in European Voluntary Service (EVS) - Ideas, tools and suggestions for practice*. Agenzia Nazionale per i Giovani (ANG), Pesaro (Italy), December, 2016, 6.

тере припреми за полазак, али и да врши контролу њиховог боравка током волонтерског рада, и управо волонтера, чији рад је детаљно регулисан правилима. За смештај и организацију рада волонтера одговорна је „домаћа организација“ (*hosting organization*).

Значајан аспект промоције волонтерског рада одраслих особа у државама чланицама Европске уније (ЕУ) представљају истраживања која се спровode појединачно у државама чланицама. Наиме, према спроведеним анкетама волонтерство је највише заступљено у државама северне Европе (Шведска, Уједињено Краљевство, Холандија) где је скоро 40% одраслих укључено у неки облик обављања добровољних активности, док је нешто нижа стопа постигнута у Данској, Немачкој и Финској (30-39%). Државе јужне Европе (Италија, Бугарска и Грчка) се налазе на самом дну лествице, с обзиром да је само 10% њихових становника спремно да врши одређену делатност без надокнаде.<sup>14</sup> Друга истраживања показују да је између 92 и 94 милиона одраслих особа у Европској унији (ЕУ), и 22-23% Европљана старијих од 15 година укључено у неки облик волонтирања, које се дефинише као активност која се спроводи на бази слободне воље, првенствено у оквиру одређене невладине организације зарад непрофитног циља. Према истраживању које је објавио Еуробарометар у 2015. години најчешћа подручја волонтерског рада су била на плану хуманитарне и развојне помоћи (44%), образовања, оспособљавања или спорта (40%), као и културе или уметности (15%). Активности су обично биле усмерене на локалну заједницу (66%) или земљу волонтера у целини (27%). Међутим, проблем представља прекогранични волонтерски рад, где су резултати прилично скромни, јер је само 7% активности усмерено ка некој другој држави Европске уније (ЕУ), а 11% према осталим деловима света.<sup>15</sup>

Тако на пример, у Мађарској је још 2005. године донесен Закон о волонтирању<sup>16</sup> којим су дефинисани принципи волонтирања, као и одређен појам волонтерског рада. С обзиром на чињеницу да је Мађарска у великој мери окренута пољопривреди и агро култури, не чуди што се управо у овој области пружају широке могућности волонтирања. Реч је о волонтерском раду у мађарским органским фармама, приликом којег се волонтеру пружа бесплатан смештај, уз његово радно ангажовање на

14 Доступно на адреси: <https://www.vcst.info/o-volonterskom-radu/o-volonterstvu/269-volontiranje-u-eu>, 18.4 2019, 20:23.

15 Доступно на адреси: <https://epthinktank.eu/2016/10/20/volunteering-in-the-eu-plenary-podcast/>, 18.4.2019, 2019, 20:33.

16 Törvény a közzerdekű önkéntes tevékenységről (A jogszabály évi LXXXVIII törvény)

фарми. Дакле, волонтери, претежно млађи људи на овај начин решавају стамбено питање, док за узврат имају обавезу да уложе радни ангажман на уређењу и одржавању органске фарме. Рад волонтера може бити разнолик, а односи се на скоро све послове типичне за једно сеоско домаћинство. Ту су на првом месту сетва, жетва, производња алкохолних пића, млечних производа и узгој животиња.<sup>17</sup>

## VI Закључак

Волонтирање представља једну врло распрострањену појаву. У основном схватању појма волонтирања стоји алтруизам и нека хумана побуда да се помогне некоме, некој посебној категорији друштва коју чине лица угрожена на различите начине. Волонтирање се везивало за рад у добротворним установама, удружењима основаним на алтруистичким побудама. Њега карактерише рад без надокнаде, на шта волонтери добровољно пристају, управо из неких виших разлога, као што могу бити разлози хуманости.

Међутим, данас у времену рапидног друштвеног развоја, у времену хиперпродукције радне снаге, која настаје насупрот дефициту радних места, поготово у неразвијеним и земљама у развоју, волонтирање се не може посматрати само са наведеног аспекта. Иако законодавац не признаје да је рад без надокнаде у циљу стицања знања и радних способности и вештина волонтирање, он то у својој бити јесте. Иако нема такву законску квалификацију, рад у циљу стручног оспособљавања има све елементе волонтирања: добровољност у обављању радних задатака без надокнаде, вршење и обављање радних задатака по налогу послодавца, као и одговорност за евентуалне пропусте у раду. Основно полазиште законодавца је било да рад лица које под оваквим околностима ради код одређеног субјекта није без надокнаде, јер он за узврат добија стручно оспособљавање, стручна знања, вештине и способности, што представља основу за редовно заснивање радног односа. Овде такође треба истаћи да се оваква радна ангажовања нарочито практикују код посебно захтевних и сложених професија, као што су медицинске, адвокатске, државно – службеничке, полицијске и томе слично.

Дакле, диференцијација између волонтирања и рада у циљу стручног оспособљавања настаје у врсти надокнаде која се код стручног оспо-

---

17 Hazafi László, Új integráció a jövő évi választás mindent elnapoltak, Budapest, 2017, доступно на адреси: <http://www.agrarszektor.hu>, 11.4.2019, 23.

собљавања добија, а која је нематеријалног карактера, као и у мотивима. Код волонтирања, мотиви су алтруистичке природе или настају у жељи да се помогне у раду неког привредног друштва или државног органа. Код стручног оспособљавања је мотив стицање нових знања потребних ради заснивања радног односа, потенцијално и у привредном друштву или државном органу где се оспособљавање обавља.

Са друге стране, потребно је истаћи да се институт волонтирања у нашој држави, иако је прецизно законом уређен, често злоупотребљава за разне облике експлоатације радне снаге, уз пуно обесправљивање радника, а максимизирање користи за организаторе волонтирања. Иако је законодавац стриктно навео да се не могу ангажовати волонтери за радне позиције у циљу неангажовања радника и њиховог запошљавања, у пракси се такве појаве често могу видети. Уз обећање да ће примити волонтера у радни однос након одређеног временског периода, послодавац има скоро увек на располагању већи број радника који му раде као волонтери, иако не постоји било каква оправданост за њихово ангажовање у својству волонтера. Према томе, волонтирање често може бити злоупотребљено и искоришћено против интереса самих волонтера, а у сврху стицања добити на страни организатора волонтирања.

Законодавац даје могућност да се у улози организатора волонтирања појаве привредна друштва, јавна предузећа, као и државни органи, попут јединица локалне самоуправе. Тад је циљ да се остварују општи интереси грађана и заштите нека њихова права, као што су на пример социјална заштита, права из радних односа, право на мирно решавање радног спора и томе слично. Уколико је организатор јавно предузеће или државни орган, свако из делокруга својих делатности може организовати волонтирања из јавног интереса и ради заштите права својих корисника и грађана. Обично су циљеви таквих волонтирања омогућавање грађанима да се боље и квалитетније упознају са својим правима и начинима њиховог остваривања, да се приступи нарочито осетљивим и угроженим категоријама становништва, као што су стара лица, болесна лица, малолетници без родитељског старања, социјално угрожена лица, особе са инвалидитетом, незапослени, са циљем да им се помогне и олакша у коришћењу оних права која им припадају. Поред права, овим категоријама становништва је неретко потребно упознавање са организацијом државних органа и институција, њиховим надлежностима као и могућностима и начинима како да остваре своје право и преко ког државног органа. Стога, у оваквим случајевима волонтери имају и едукативну уло-

гу јер директно разговарају са одређеним слојевима становништва и упознају их са свим расположивим правима и могућностима како би им олакшали тешке услове живота.

**Radoje BRKOVIĆ, PhD**

**Full Professor at the Faculty of Law of the University of Kragujevac**

**Ratomir ANTONOVIĆ, MSc**

**Assistant Lecturer at the University Union Nikola Tesla**

## **THE ROLE AND IMPORTANCE OF ECONOMIC VOLUNTEERING COMPANIES**

### **Summary**

*Volunteering is today, in modern conditions more and more represented. The hyperproduction of highly qualified labor has caused a large supply of workers in the labor market, in contrast to the relatively small supply of jobs. That is why young and highly qualified people are forced to approach employers in another way, and one of them is volunteering, through which they have the opportunity to demonstrate their knowledge, practical skills and abilities. In order to suppress the abuse of volunteers and their work and prevent their exploitation, in 2010 the Law on Volunteering was adopted in the Republic of Serbia, which very precisely defines who and under what conditions it can volunteer, and who and under what conditions can organize volunteering.*

*It should be noted here that there are certain professions that require internship or internship, which is in most cases organized on a voluntary basis. The motive for volunteering is the acquisition of professional knowledge and skills necessary for performing certain tasks. In this regard, it is necessary to mention volunteering in companies, which are especially mentioned in the Law on Volunteering.*

**Key words:** *volunteering, organization, business, law, rights and obligations.*



Др Љубинка КОВАЧЕВИЋ\*

## ЕВРОПСКИ РАДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ О ОБАВЕШТАВАЊУ И КОНСУЛТОВАЊУ ЗАПОСЛЕНИХ У ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА\*\*

### Резиме

Последње две деценије, развој права Европске уније (ЕУ) обележило је интересовање њених институција за учешће запослених у доношењу одлука у привредним друштвима. То је резултирало плодном нормативном делатношћу у овој области радног и компанијског права, будући да је у многим државама, развој тржишне економије довео до јачања управљачких овлашћења послодаваца, док су пад стопе синдикализације и слабљење утицаја синдиката имали за последицу кризу социјалног дијалога. У таквом окружењу, продубљена је потреба за јачањем улоге запослених у спречавању и савладавању негативних последица сталних промена са којима се привредна друштва суочавају услед глобализације привреде. Ово тим пре што је на нивоу ЕУ уочена снажна веза између социјалног дијалога и веће продуктивности. У том смислу су потврђена начела обавештавања и консултовања запослених у предузећима која послују на националном нивоу (Директива 2002/14/ЕЗ), као и у европским компанијама (Директива 2001/86/ЕЗ и Правило 2157/2001) и другим мултинационалним предузећима која послују у оквиру ЕУ (директиве о европским радним саветима 94/45/ЕЗ и 2009/38/ЕЗ). Међу овим изворима права постигнут је значајан степен кохерентности, премда има места за даља унапређења њихових решења. Она су у чланку размотрена, како из угла нормативне садржине, тако и из угла могућности да (непосредно и посредно) допринесу заштити права и интереса запослених, али и очувању конкурентности предузећа. Закључено је да меродавни прописи ЕУ

---

\* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

\*\* Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

могу помоћи доношењу исправних одлука у предузећима, чиме се оснажује легитимност процеса одлучивања, спречавају радни спорови, гради корпоративна култура и јача однос поверења између управе и запослених.

**Кључне речи:** партиципација запослених; право на обавештавање и консултовање; поступак одлучивања у привредним друштвима; европски радни савет; право Европске уније.

## І Право запослених на партиципацију у одлучивању или дужност обавештавања и консултовања запослених?

Развој радног права обележила је, између осталог, и демократизација радног односа, односно идеја индустријске демократије, по којој се послодавчева власт ограничава „компензацијским“ овлашћењима (фр. *pouvoirs compensateurs*) запослених и њихових представника.<sup>1</sup> Поред учешћа у колективном преговарању и других активности синдикатâ, ово ограничење укључује и оснивање саветâ запослених и других институционалних облика партиципације, али и успостављање различитих, мање или више формалних, неинституционалних облика учешћа запослених у одлучивању. Они се могу разумети као значајно ограничење послодавчеве управљачке власти, будући да одлучивање представља један од основних атрибута власништва и контроле.<sup>2</sup>

Учешће запослених у одлучивању везује се, пре свега, за њихово право на обавештавање и консултовање о битним питањима у области рада, уз корелативну обавезу послодавца да представницима запослених преноси податке о економском и финансијском стању у предузећу и другим питањима која (неповољно или повољно) утичу на њихове услове рада и њихово запослење, како би могли да се са њима упознају и да их разматрају. На то се надовезује размена идеја, мишљења и предлога између послодавца и представника запослених, као и њихова дискусија о одгова-

1 Jean Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, бр. 1/1982, 9. Тако и Frank Hendrickx, „Foundations and functions of contemporary labour law“, *European Labour Law Journal*, бр. 2/2012, 120; вид.: Боривоје Шундерић, „Демократизација радног односа“, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, 1989/1990, 45-66; Предраг Јовановић, „Оквири и правци демократизације односа у области рада“, *Радно и социјално право*, бр. 1-6/2004, 27-35.

2 У новијој литератури с англосаксонског говорног подручја афирмисана је идеја да у економији заснованој на знању запослени улажу у привредна друштва драгоцене инвестиције које се означавају као „људски капитал“. Отуд се сматра да право на учешће у одлучивању припада запосленима, као власницима специфичног „капитала“, слично члановима са финансијским уделитема. Simon Deakin, Wanjiru Njoya, *The legal framework of employment relations*, Working Paper No. 349, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2007, 21.

рајућим питањима. Будући да запосленима омогућава изношење запажања и формулисање предлога о условима рада и организацији активности у одређеној радној средини, право на консултовање треба схватити и као кључни сегмент права запослених на изражавање мишљења. Мишљење представника запослених, притом, по правилу, не обавезује послодавца да га уважи. Ипак, његово прибављање није ни „пука формалност“, већ је реч о неопходном услову за доношење (а, тим пре, и за спровођење) одређених одлука послодавца.<sup>3</sup> Правила која уређују ову материју, отуд, доприносе доношењу *правичних одлука*, одлука која ће бити довољно легитимне да их прихвате и запослени и њихови представници.

Обавештавање и консултовање запослених представљају, дакле, правна средства за спречавање радних спорова и моћан облик партиципативне демократије.<sup>4</sup> То је препознато и на нивоу Европских заједница, односно Европске уније, где се партиципација запослених сматра *једним од стубова европског социјалног модела*.<sup>5</sup> Отуд је Повељом о основним правима у Европској унији зајемчено *право радника на обавештавање и консултовање у предузећу*. Садржином члана Повеље који носи такав рубрум потврђено је, наиме, да "радницима или њиховим представницима мора, на одговарајућим нивоима, бити обезбеђено благовремено обавештавање и консултовање у случајевима и под условима које предвиђају право Уније и национална законодавства и праксе".<sup>6</sup> Цитирана одредба се тумачи на начин да основно право на обавештавање и консултовање подразумева, заправо, дужност послодавца да његово остваривање учини делотворним, будући да само послодавац може да пружи запосленима потребне податке и да се са њима саветује.<sup>7</sup> Послодавац, дакле, треба да буде активан приликом обавештавања и консултовања запослених о питањима за која то захтевају право ЕУ, односно право држава чланица ЕУ,

3 Овај закључак потврђује и став француске судске праксе да се оправданим разлогом за дерогацију послодавчеве обавезе информисања и консултовања комитетâ предузећа не може сматрати разлог хитности, већ само виша сила. Lionel Bochurberg, Sébastien Cornuau, *Internet et la vie privée au bureau*, Paris, 2001, 142.

4 Bruno Veneziani, "Article 21 – The right to information and consultation", *The European Social Charter and the employment relation* (eds. Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert), Oxford / Portland - Oregon, 2017, 384.

5 Isabel da Costa, Udo Rehfeldt, „La participation dans les entreprises transnationales en Europe: quelles évolutions?“, *Revue de l'IRES*, бр. 4/2011, 19.

6 Charter of Fundamental Rights of the European Union (OJ C 326, 26.10.2012, 391-407), члан 27.

7 Edoardo Ales, "Article 27 CFREU", *International and European labour law – A Commentary* (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 215.

без обзира на однос запослених према поступку одлучивања.<sup>8</sup> Такође је важно уочити да Повеља изричито не потврђује дужност установљавања одређеног саветодавног тела у предузећу, али да претпоставља постојање неког облика представљања запослених, јер у супротном не би било могуће њихово консултовање, будући да запослени као појединци или, чак, као група, тешко могу бити делотворно консултовани о одлукама послодавца уколико нема представника који ће се компетентно и истрајно посветити том задатку.<sup>9</sup>

Хармонизација права у области партиципације запослених у одлучивању била је потребна због спречавања нелојалне конкуренције и социјалног дампинга, јер је ризик њиховог настанка на заједничком (унутрашњем) тржишту постојао због великих разлика које постоје у традицији уређивања учешћа запослених у одлучивању. Те разлике су се, наиме, кретале од најинтензивније партиципације (заправо, саодлучивања) запослених у Немачкој, до изостанка конкретне обавезе обавештавања и консултовања запослених у праву Уједињеног Краљевства.<sup>10</sup> У том смислу су и широка права (представника) запослених посматрана као дестимулативни чинилац за оснивање предузећа у одређеној држави чланици ЕУ, премда су настојања да се постигне минимална хармонизација у овој области била мотивисана и потребом да се предузећима обезбеде користи које партиципација пружа како запосленима, тако и послодавцима (у смислу позитивног утицаја партиципативних права на продуктивност).<sup>11</sup> Наведена настојања нису, међутим, довела до усвајања правила о условима под којима запосленима треба признати право на саодлучивање. Уместо тога, усвојена су правна правила о обавештавању и консултовању запослених у области заштите здравља и безбедности на раду (Директива 89/391/ЕЕЗ), као и у случају колективног отпуштања (директиве 75/129/ЕЕЗ и 98/59/ЕЗ) и преноса предузећа (директиве 77/187/ЕЕЗ и 2001/23/ЕЗ). Директивама које уређују заштиту запослених у случају реструктурирања предузећа је, притом, заједничко потврђивање тројаких обавеза послодавца: обавезе да благовремено пруже запосленима свеобухватна и детаљна обавештења, да благовремено организују консултације са представницима запослених и да

---

8 Edoardo Ales, "2002/14/EC: Framework information and consultation", *EU labour law – A Commentary* (ed. Monika Schlachter), Alphen aan den Rijn, 2015, 524.

9 E. Ales (2015), 524.

10 Christina Hießl, *Basics on European social law*, Wien, 2012, 117.

11 Catherine Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford, 658.

са њима преговарају у циљу постизања споразума о одређеном питању.<sup>12</sup> С тим у вези, ваља имати у виду да се, у пракси Европског суда правде, право на обавештавање и консултовање сматра *колективним правом*, због чега и има за титулара представнике запослених.<sup>13</sup> Ово произлази из циља због којег је односно право признато, а, то је стварање могућности за истицање конструктивних предлога, с тим што овај вид партиципације мора бити обезбеђен и у предузећима у којима запослени нису синдикално организовани или ни један од синдиката не испуњава услове за стицање својства репрезентативности. Државе чланице ЕУ су, отуд, дужне да, у циљу испуњавања обавеза из наведених директива, уреде начин избора представника запослених посредством којих ће послодавац обавештавати и консултовати запослене.

Европски радноправни оквир за обавештавање и консултовање запослених у привредним друштвима допуњују и директиве које уређују ово питање као свој основни или претежни предмет регулисања, дакле, на општи начин и систематично. Општи нормативни оквир за уживање права на обавештавање и консултовање у предузећима која послују само у оквиру једне државе чланице ЕУ је, тако, утврђен Директивом Европског парламента и Савета 2002/14/ЕЗ.<sup>14</sup> Њеним одредбама је, наиме, потврђена обавеза успостављања поступка за делотворно и редовно обавештавање и консултовање запослених о скорашњем и могућем развоју

12 За исцрпну анализу ових решења вид. у: Ljubinka Kovačević, "Information and consultation of employees in the case of collective redundancy and transfer of undertakings – (In)compatibility of Serbian legislation and case law with international and European Standards", *Restructuring of coml Laws of the EU, Austria, Macedonia and Serbia* (ed. Todor Kalamatiev), Ss. Cyril and Methodius University - Iustinianus Primus Faculty of Law, Skopje, 2018, 39-68.

13 Пресуда у предмету C-12/08 (*Mono Car Styling SA, in liquidation, v. Dervis Odemis and Others*), од 16. јула 2009. године (ECLI:EU:C:2009:466), ст. 41-42. То је, како с правом закључује Венецијани (Venziani), супротно правној традицији неких европских држава, у којима сваки радник, као такав, има уставом зајемчено право на обавештавање и консултовање, које се, попут још неких радних права, колективно остварује. Мисли се, наиме, на разлике које постоје између, са једне стране, концепције по којој право на обавештавање и консултовање припада сваком појединачном раднику, као делу групе, или организацијама радника, и концепције по којој је право на обавештавање и консултовање изричито квалификовано као индивидуално право радника (нпр. у Белгији), са друге стране. Нав. према: Bruno Veneziani, "Article 29 – The right to information and consultation in collective redundancy procedures", *The European Social Charter and the employment relation* (eds. Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert), Oxford / Portland - Oregon, 2017, 488; B. Veneziani (2017a), 390-391.

14 Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community (OJ L 80, 23.3.2002, 29-34).

активности предузећа, његовом финансијском и економском стању, развоју запошљавања, и, нарочито о одлукама које могу довести до значајнијих промена у организацији рада. Притом је интересантно уочити да је одговарајућа европска "инфраструктура" за обавештавање и консултовање запослених на националном нивоу уређена тек пошто су била усвојена европска правила о партиципацији у мултинационалним предузећима, јер су без транснационалног социјалног дијалога, запослени у тим радним срединама били ускраћени за могућност да, преко својих представника, буду обавештени и консултовани о одлукама које утичу на њихов положај и онда када се те одлуке не доносе у држави у којој обављају послове за послодавца. Одговарајућа питања су уређена одредбама Директиве 94/45/ЕЗ о европским радним саветима,<sup>15</sup> која је новелирана Директивом 2009/38/ЕЗ,<sup>16</sup> а која, попут директива о заштити запослених у случају реорганизације послодавца, почива на концепцији благовременог обавештавања и консултовања запослених, уз конструктивни дијалог усмерен ка постизању споразума са њиховим представницима. Осим тога, прекогранични аспекти партиципације запослених у одлучивању уређени су и изворима компанијског права ЕУ о Европској компанији (Директива 2001/86/ЕЗ и Правило 2157/2001)<sup>17</sup> и Европској задрузи (Директива 2003/72/ЕЗ<sup>18</sup>). Притом ваља имати у виду да је прописима о Европској компанији уређено питање обавештавања и консултовања запослених у Европској компанији, обавештавање и консултовање запослених у *другим* мултинационалним предузећима уређено је Директивом о европским радним саветима, док су основна заједничка правила о обавештавању и консултовању запослених у предузећима која се не могу квалификовати као предузећа која послују на комунитарном нивоу - садржана у Директиви Савета 2002/14/ЕЗ.

---

15 Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (*OJ L 254*, 30.9.1994, 64-72).

16 Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (*OJ L 122*, 16.5.2009, 28-44).

17 Вид.: 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, 22-32); Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (*OJ L 294*, 10.11.2001, 1-21).

18 Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees (*OJ L 207*, 18.8.2003, 25-36).

## II Начела обавештавања и консултовања запослених на националном нивоу: Директива 2002/14/ЕЗ

### 1. Општа разматрања

Општа правила о обавештавању и консултовању запослених у предузећима која послују на нивоу једне државе чланице и запошљавају најмање 50 запослених, као и у огранцима са најмање 20 запослених, садржана су у Директиви Савета 2002/14/ЕЗ. Њене одредбе не уређују, међутим, установљавање савета запослених или одговарајућих *ad hoc* тела и других облика учешћа запослених у одлучивању. Ово стога што су успостављање и рад институционалних облика партиципације препуштени на уређивање државама чланицама ЕУ, док је основни предмет уређивања Директиве везан за начела поступка обавештавања и консултовања представника запослених. Реч је, прецизније, о правилима која представницима запослених треба да омогуће правилно и потпуно разумевање стања, рада и будућих активности предузећа, као и то да се њихова реч чује приликом доношења одлука које утичу на запослене. Одговарајућа правила су, притом, више процесна него супстанцијална, будући да само подстичу успостављање дијалога између послодавца и запослених и њихових представника, док од социјалних партнера зависи да ли ће на прави начин искористити одговарајуће форуме за дискусије.<sup>19</sup> То, конечно, значи да Директива признаје аутономију државама чланица ЕУ у погледу избора модела партиципације запослених (у смислу постојања једноканалног, двоканалног или мешовитог модела партиципације, односно у смислу /не/постојања савета запослених), а, затим, и аутономију социјалним партнерима у овој области, будући да охрабрује њихов дијалог, без наметања одређеног модела консултовања представника запослених.<sup>20</sup> Основни разлог за такво (концепцијско и номотехничко) решење лежи у настојању да се, на европском нивоу, обезбеди инструмент од значаја за учешће запослених у одлучивању, без дирања у правну традицију сваке државе у овој области и без оптерећивања послодаваца прекомерним захтевима.<sup>21</sup>

Примена Директива није била скопчана са већим изменама и допунама националног законодавства држава чланица ЕУ, будући да су

19 Pascale Lorber, "Directive 2002/14/EC", *International and European labour law – A Commentary*, (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 1554.

20 P. Lorber (2018), 1554.

21 P. Lorber (2018), 1553.

стандарди из Директиве нижи од одговарајућих националних стандарда у већини држава, посебно оних са развијеном традицијом заштите партиципативних права запослених, тако да је практични значај примене Директиве био највидљивији у Уједињеном Краљевству и Ирској, као државама без праксе обезбеђивања општег система континуиране и обавезне партиципације запослених у одлучивању.<sup>22</sup>

## 2. Садржина и поступак обавештавања и консултовања запослених

До ступања Директиве 2002/14/ЕЗ на снагу, послодавци су, у складу са меродавним директивама о заштити запослених у случају реорганизације послодавца, били дужни да обавештавају и консултују представнике запослених само о колективном отпуштању и преносу предузећа, иако је постојала потреба за њиховим учешћем и у поступцима доношења одлука о другим питањима од значаја за услове рада и запослење.<sup>23</sup> Та

22 С. Hießl, 124; Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert, Wiebke Warneck, *Information and consultation in the European Community: Implementation report of Directive 2002/14/EC*, Brussels, 2006, 10.

23 Ова директива се неретко назива и Директива "Рено Вилворд", будући да је усвојена непосредно после отпуштања 3.000 запослених због затварања Реноове (*Renault*) фабрике у белгијском граду Вилворду (*Vilvoorde*) 1997. године. Француски произвођач аутомобила је, наиме, затворио изузетно продуктивну фабрику у Белгији, иако ју је одликовала узорна флексибилна организација рада. Коначна одлука о колективном отпуштању је, притом, била донета без претходних консултација управе предузећа са локалним саветом запослених у Вилворду и са европским радним саветом, што је било супротно комунитарном праву и белгијском законодавству о партиципацији запослених у одлучивању. То је покренуло неслушене протесте запослених у Француској и Белгији, а, затим, и довело до покретања судских спорова у овим државама, због повреде поступка обавештавања и консултовања запослених које предвиђају директиве о колективним отпуштањима и о европском савету запослених. Притом, ваља имати у виду и то да је у Белгији, Директива о колективним отпуштањима имплементирана посредством националног колективног уговора, којим је утврђена обавеза консултовања локалног савета запослених о планираном колективном отпуштању. Премда је повреда ове обавезе била забрањена затворском казном и високом новчаном казном, Радни суд у Бриселу није изрекао послодавцу санкцију за утврђено кршење колективног уговора. Уместо тога, пред Рено је постављен захтев да започне консултације са саветом запослених, у циљу редукције вишка запослених и ублажавања последица отпуштања. Консултације су резултирале усвајањем социјалног програма, којим су обезбеђене мере запошљавања за свега 100 запослених, док су њихове колеге отпуштене, а фабрика затворена. Са друге стране, Окружни суд у Нантеру је утврдио повреду Споразума о европском савету запослених, наложивши Реноу да се уздржи од примене одлуке о затварању фабрике док се не испуни обавеза коју управа има према европском радном савету. Иако је то за запослене у Француској и Белгији била Пирова победа, случај је имао и снажан политички одјек: у Белгији је измењено законодавство о колективним отпуштањима, док је Савет донео Директиву 2002/14/ЕЗ, не би ли се попунила правна празнина у комунитарном законодавству коју је



потреба је уважена Директивом 2002/14/ЕЗ о успостављању општег оквира за обавештавање и консултовање запослених у Европским заједницама. Израз "општи оквир" у називу Директиве указује на то да њене одредбе допуњују и подржавају постојеће комунитарно законодавство о обавештавању и консултовању, посебно у случају реорганизације послодавца.<sup>24</sup> Директива, притом, *не* захтева успостављање неког представничког тела запослених, већ се обавештавање и консултовање врши у односу са *представницима запослених који су предвиђени националним законодавствима и/или праксом*.<sup>25</sup> То, даље, значи да државе чланице ЕУ треба да обезбеде *неки облик сталног представљања запослених*, барем у предузећима комунитарног опсега. Притом није реч о било каквој врсти представничког тела, већ о представницима запослених који су практично и правно опремљени за пријем и разматрање послодавчевих обавештења и учешће у консултовању са циљем постизања споразума.<sup>26</sup>

У великој већини држава чланица ЕУ постоје општи и трајни системи представљања запослених, било да је реч о једноканалном (само посредством синдиката) или двоканалном моделу партиципације (посредством синдиката и савета запослених), при чему су представници запослених, по правилу, изабрани представници, али у неким случајевима могу бити и именовани представници (ако је реч о представницима која именују синдикати).<sup>27</sup> Директива, притом, претпоставља дужност успостављања представничког тела у свим предузећима и свим огранцима из свог подручја примене. Испуњење ове дужности неће представљати проблем уколико се представници запослених бирају ван синдиката (модел савета запослених), док у осталим случајевима могу настати тешкоће у испуњавању ове дужности.<sup>28</sup> Уколико се, наиме, представници запослених бирају или именују само из реда синдиката (нпр. у Италији) или уколико само чланови синдиката треба да буду обавештавани и консултовани (нпр. у Шведској), запослени су ти од којих, у светлу гаранције

---

Рено био искористио приликом затварања фабрике у Вилворду. Jeff Kenner, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford/Portland, 2003, 363-364; I. Schömann, S. Clauwaert, W. Warneck, 9-12.

24 E. Ales (2015), 532.

25 E. Ales (2015), 531.

26 Поред колегијалних тела, могу постојати и индивидуални представници запослених, попут радничких и синдикалних делегата. C. Barnard, 687.

27 Изузетак од овог правила постоји у Ирској, Летонији, Малти, Пољској и Уједињеном Краљевству. E. Ales (2015), 535.

28 E. Ales (2015), 536.

синдикалних слобода, искључиво зависи да ли ће представничко тело бити установљено или не.<sup>29</sup> Такво решење може бити скопачно са техничким проблемима, јер би свако мешање законодавца или послодавца у ово питање могло да се сматра повредом слободе удруживања. Назначени проблем се може решити тако што ће у случају да синдикално организовани запослени одлуче да не успоставе репрезентативно тело у предузећу или огранку, обавештавање и консултовање запослених бити остварено преко гранских синдиката или, пак, тако што ће чланове представничког тела изабрати сви запослени у предузећу или огранку.<sup>30</sup> Коначно, постоји и треће решење (*ultima ratio*), а то је неспоредно обавештавање и консултовање свих запослених, у државама у којима постоји једноканални (синдикални) модел партиципације.<sup>31</sup>

Право запослених на обавештавање и консултовање се, у смислу Директиве, односи на: а) обавештавање о скорашњем и могућем развоју активности и економском стању предузећа или огранка; б) обавештавање и консултовање о стању, структури и могућем развоју запошљавања у предузећу или огранку, као и о било којој очекиваној мери, нарочито ако она угрожава сигурност запослења; в) обавештавање и консултовање о одлукама које могу да доведу до суштинских промена у организацији рада или уговорним односима, укључујући одлуке о колективном отпуштању и преносу предузећа.<sup>32</sup> Развој активности и економско стање друштва или огранка представљају, наиме, питања о којима послодавац, најпре, треба да обавести представнике запослених, у смислу пружања података о финансијском стању ("здрављу") предузећа и будућим улагањима или новим операцијама предузећа.<sup>33</sup> Када је, пак, реч о обавештавању и консултовању о питањима која се непосредно тичу запошљавања и условâ рада у предузећу, послодавац је дужан да пружи податке о броју и структури запослених и да са њиховим представницима дискутује о мерама о чијем предузимању размишља, ако оне могу утицати на запошљавање, попут ангажовања одређеног броја лица посредством агенције за привремено запошљавање, ангажовања нових запослених за рад у ноћној смени, и тсл.<sup>34</sup> Обавештавање о развоју запошљавања се, надаље, тиче и пружања података о стању и могућем развоју запошљавања у

---

29 E. Ales (2015), 536.

30 E. Ales (2015), 536.

31 E. Ales (2015), 536.

32 Директива 2002/14/ЕЗ, члан 4, став 2.

33 P. Lorber (2018), 1560.

34 P. Lorber (2018), 1560.

ситуацији када послодавчеве процене указују на угроженост сигурности запослења у предузећу. У том случају, запослене треба обавештавати и консултовати о мерама које ће бити противтежа негативним последицама ових промена, попут професионалне обуке, развоја вештина и других мера које могу да повећају запошљивост лица која ће вероватно бити погођена променама.<sup>35</sup> Притом, ваља имати у виду да се, у смислу, одреба Директиве, *обавештавање* разуме као "преношење података од стране послодавца представницима запослених како би били у могућности да се упознају са материјом и да је испитају", док је *консултовање* одређено као "размена мишљења и успостављање дијалога између представника запослених и послодавца".<sup>36</sup> С тим у вези, Алес (Ales), умесно закључује да, у смислу одреба Директиве, обавештавање и консултовање треба сматрати "целином, континуумом који би било прикладно назвати укључивањем представника запослених у одлуке послодавца (*employees` involvement in employers` decisions*)".<sup>37</sup>

Обавештавање не подразумева пуко пасивно примање података од стране запослених, већ претпоставља и њихову могућност да постављају питања и траже појашњења како би могли да разумеју одређене податке, да их преиспитују и да их користе за смислене консултације.<sup>38</sup> Када је, пак, реч о консултовању, цитирана дефиниција постаје јаснија у светлу правилâ о поступку консултовања. Тај поступак мора почивати на мишљењу које изразе представници запослених, док је управа предузећа дужна да одговори на њихова питања и противпредлоге и да образложи своју коначну одлуку тако што ће бити указати да ли је њоме уважено мишљење представника запослених.<sup>39</sup> Штавише, од социјалних партнера се захтева да учествују у консултацијама у циљу "постизања споразума о одлуци" која би могла довести до суштинских промена у организацији рада или у уговорним односима, укључујући колективна отпуштања и промену послодавца (пренос предузећа).<sup>40</sup>

35 Директива 2002/14/ЕЗ, преамбула.

36 Директива 2002/14/ЕЗ, члан 2, тач. f) и g).

37 E. Ales (2015), 529.

38 P. Lorber (2018), 1558.

39 Директива 2002/14/ЕЗ, члан 4, став 4, тачка d): "Консултације се воде [...] тако да представницима запослених омогућавају да се састану са послодавцем и да на свако мишљење које могу да формулишу добију одговор и разлоге за такав одговор".

40 Директива 2002/14/ЕЗ, члан 4, став 2, тачка c).

Право запослених на обавештавање и консултовање није неограничено, већ послодавчева корелативна дужност може бити ограничена због поверљивости одређених података, тј. због заштите пословне тајне. Одговарајуће ограничење може се испољити у обавези представника запослених и стручњака који им помажу да се уздрже од откривања података који су им саопштени у поверењу, док послодавац није дужан да саопшти информацију која је таква да би њено сазнање могло озбиљно да нашкоди функционисању предузећа. Одговарајућа дерогација, притом, мора бити предвиђена националним законодавством.

Поступак информисања и консултовања представника запослених мора започети благовремено, како би им се омогућила детаљна процена могућег утицаја намераване активности послодавца на положај запослених, као и припрема за консултације са надлежним органом предузећа. Такво решење је посебно значајно, ако се има у виду да у пракси, привредна друштва неретко обавештавају представнике запослених тек након што управа донесе одређену одлуку, и то, најчешће у виду усменог саопштења на годишњем састанку са представницима запослених, уз *PowerPoint* презентацију са основним подацима о активностима предузећа.<sup>41</sup> Отуд је важно правило из Директиве да обавештење треба да буде дато *у време, на начин и са садржином који су одговарајући*, тј. такви да представницима запослених омогућавају да анализирају и изучавају пружене податке и да се припреме за консултације. Са друге стране, и *време одржавања, метод и садржина консултација треба да буду одговарајући*, а, потребно је и да у њима учествују представници управе и запослених *на одговарајућем нивоу*, зависно од предмета дискусије. Премда Директивом није уређено питање форме пружања података, прихватљивим се чини системско тумачење њених одредаба, по ком подаци морају бити обезбеђени у писаном облику.<sup>42</sup> Када је, пак, реч о консултовању, ваља имати у виду да су изворним нацртом директиве временске координате консултовања биле храбро померене на тренутак који претходи доношењу одлуке која уводи значајне новине у предузеће, али је у важећем тексту Директиве то измењено неодређеним захтевом да се консултовање

41 Séverine Picard, *European Works Councils: a trade union guide to Directive 2009/38/EC*, Brussels, 2010, 43. То није била неуобичајена пракса у европским државама почетком овог миленијума: одлука о затварању предузећа *Goodyear - Dunlop* од 2000. године, одлука о реструктурирању предузећа *Alstom* и одлука о приватизацији Аеродрома у Будимпешти од 2005. године донете су без претходног обавештавања и консултовања запослених. I. Schömann, S. Clauwert, W. Warneck, 14.

42 P. Lorber (2018), 1560.

врши у одговарајућем року. И поред тога, има места закључку да је у већини случајева, *одговарајући рок везан за период који претходи доношењу коначне одлуке*, тј. за период у ком послодавац (још увек само) планира да донесе одређену одлуку, јер у супротном, консултације не би имале много смисла.<sup>43</sup>

Поред наведених правила, Директива допушта социјалним партнерима да, на нивоу предузећа или огранка, постигну *споразум о поступку обавештавања и консултовања* који ће одговорати (тј. бити прилагођен) њиховим потребама.<sup>44</sup> Тим споразумом се *може* одступити од наведених начела везаних за садржину и поступак обавештавања и консултовања. Изузетак представља *начело деловања послодавца и представника запослених у духу сарадње*, будући да договор социјалних партнера не би смео да се сведе на решење које је суштински наметнуо послодавац, тј. на поступак обавештавања и консултовања који је осмислала само ова (јача) страна колективног радног односа. То, даље, значи да и споразум треба примењивати у духу сарадње, тј. уз поштовање узајамних права и обавеза страна и њихов додатни напор да се постигне равнотежа између интереса послодавца и запослених. У том смислу има и месту закључку да комунитарно законодавство "гледа на обавештавање и консултовање као на средство за интеграцију представника запослених у поступак одлучивања у коме треба уважити интересе обеју страна".<sup>45</sup> Такво решење се, притом, различито оцењује: његову предност представља то што штити аутономију социјалних партнера и омогућава заштиту договора који су постигнути између социјалних партнера пре ступања Директиве на снагу, тј. очување добро установљених поступака партиципације. На другом тасу налази се, међутим, ризик постизања договора о поступку партиципације у одлучивању који је испод прихватљивих стандарда, пре свега због недовољног искуства или мањка средстава за рад представника запослених.<sup>46</sup>

*Директива не предвиђа санкције за повреду обавезе информисања и консултовања.* Уместо тога, пред државе чланице ЕУ постављен је захтев да предвиде санкције које ће бити делотворне, сразмерне и одвраћајуће. С

---

43 У том смислу се, у неким државама, и прецизно утврђује најранији датум када консултације морају отпочети, и то, посредством утврђивања минималног броја дана који претходе дану од којег ће одређена одлука (најчешће одлука о колективном отуштању) почети да производи дејство.

44 Директива 2002/14/ЕЗ, члан 5.

45 Е. Ales (2015), 533.

46 Р. Lorber (2018), 1561.

тим у вези, интересантно је уочити да је изворним нацртом овог акта, као санкција за озбиљну повреду права на обавештавање и консултовање, био предвиђен изостанак правног дејства послодавчеве одлуке (дејства по уговору о раду или радни однос запослених на које се одлука односи, у смислу суштинске измене услова рада или престанка радног односа), све док не буде спроведен одговарајући поступак партиципације запослених у одлучивању, или, ако то није, могуће, док не буде пружена одговарајућа одштета.<sup>47</sup> Такво решење, нажалост, није задржано у тексту важеће Директиве, а није доминатно ни у законодавствима и пракси држава чланица. Уместо тога, у већини држава чланица ЕУ заступљене су казнене снакције, пре свега новчана казна, док је ништавост одлуке санкција у крајње малом броју држава (нпр. у Холандији).<sup>48</sup> Са друге стране, постоје и правни системи у којима се, истина, само поводом одлука о колективним отпуштањима, прави разлика између тзв. парализујућих и тзв. непарализујућих повреда права на обавештавање. У светлу те разлике се, примера ради, у шпанској судској пракси, неважећом сматра само одлука о колективном отпуштању приликом чијег је доношења право запослених на обавештавање повређено тако озбиљно да је консултовање (и преговарање) са њиховим представницима било значајно отежано или, чак, обесмишљено.<sup>49</sup> А то би, примера ради, било онда када представници запослених нису упознати са разлозима за колективно отпуштање, због чега и нису могли да искористе консултације на одговарајући начин.<sup>50</sup>

### **III (Не)институционални облици партиципације запослених у одлучивању у мултинационалним предузећима која послују на нивоу ЕУ**

#### **1. Легислативна "историја" правилâ о транснационалном социјалном дијалогу на нивоу предузећа**

Остваривање права на обавештавање и консултовање има посебан значај у условима глобализације, будући да је са тим процесом повезана

---

47 Озбиљном повредом права на обавештавање и консултовање сматрају се потпуни изостанак обавештавања и консултовања пре доношења или јавног саопштења послодавчеве одлуке, задржавање важних обавештења и давање лажних обавештења због којих није могуће делотворно остваривање права на партиципацију. E. Ales, 523.

48 P. Lorber (2018), 1564.

49 Aurelio Desdentado Bonete, „Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies“, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, бр.1-2/2015, 18.

50 A. Desdentado Bonete, 18.

и потреба да се правила о партиципацији запослених прилагоде раду мултинационалних предузећа. Са овим изазовом биле су суочене и институције ЕУ, јер су запослени у мултинационалним предузећима која послују на нивоу ЕУ били ускраћени за могућност да, преко својих представника, буду обавештавани и консултовани о одлукама које утичу на њихов положај, уколико те одлуке нису донете у држави у којој извршавају престајацију рада.<sup>51</sup> Стога су Директивом Савета 94/45/ЕЗ уведена два могућа начина успостављања "транснационалног форума за социјални дијалог на нивоу предузећа".<sup>52</sup> Први подразумева успостављање *европског радног савета* (енгл. *European Works Council*, фр. *comité d'entreprise européen*), као институционалног облика партиципације, преко ког управа мултинационалног предузећа или групе предузећа која послују на нивоу ЕУ обавештава и консултује запослене о развоју пословања и свим важним одлукама значајним за њихове интересе. Као алтернатива формирању европских радних савета предвиђена је могућност успостављања неинституционалног облика партиципације, и то у виду *поступка или мање-више неформалног механизма обавештавања и консултовања запослених у мултинационалним предузећима*.

Државе чланице ЕУ су на различите начине имплементирале Директиву 94/45/ЕЗ, те је у неким од њих законом уведена обавеза послодавца да иницира оснивање телâ за обавештавање и консултовање запослених (нпр. у Аустрији, Белгији, Луксембургу, Француској и Холандији), док је у највећем броју држава обавештавање и консултовање запослених зависило од њихове иницијативе (нпр. у Бугарској, Великој Британији, Грчкој, Ирској, Италији, Мађарској, Немачкој, Пољској, Португалији, Словенији, Чешкој и Шпанији).<sup>53</sup> Ипак, и поред ових разлика, европски радни савети су основа-

51 Постојали су и изузеци од овог права, будући да су у неколико мултинационалних предузећа, пре свега немачких и француских, са запосленима били постигнати споразуми о успостављању различитих врста система обавештавања и консултовања на европском нивоу (нпр. у *BSN, Bull, Elf-Aquitaine, Pechiney, Rhône-Poulenc, Saint Gobain, Thomson, Nestlé, Allianz, Volkswagen, Mercedes-Benz*). Овим системима било је заједничко одржавање редовних годишњих састанака представника управе и запослених на којима је дискутовано о подацима везаним за корпоративну стратегију, финансијско стање и запошљавање. С. Barnard, 663.

52 Iacopo Senatori, "Directive 2009/38/EC", *International and European labour law – A Commentary*, (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 1606-1607. За анализу решења из ове директиве вид. Бранко Лубарда, „(Европски) радни савети“, *Актуелна питања савременог законодавства. Зборник радова са Саветовања правника, Будва, 2–6. јун 2008. године*, Београд, 2008, 409-422.

53 Mark Hall, John Purcell, *Information and consultation practice across Europe five years after the EU Directive*, Dublin, 2011, 2-4.

ни у свега 41,3% предузећа из подручја примене Директиве,<sup>54</sup> док је њихов утицај на доношење одлука у мултинационалним предузећима био различит. Такав резултат примене Директиве може се објаснити, најпре, нејасноћом и неконзистентношћу неких њених одредаба, као и правним празнинама. Томе треба додати и праксу многих послодаваца да ускраћују запосленима неопходне информације, посебно оне које се односе на структуру и финансијска средства предузећа, што је потврђено и у више пресуда Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније.<sup>55</sup> Проблеми који су пратили оснивање и рад европских радних савета могу се објаснити и сложеном структуром мултинационалних предузећа, настојањем њихових управа да избегну трошкове оснивања европских радних савета,<sup>56</sup> као и чињеницом да савет треба да обједини представнике запослених из различитих (језичких, културних и радних) средина. Овај низ наставља и одсуство сарадње европских радних савета са синдикатима и другим представницима запослених на националном нивоу, али и са европским федерацијама синдиката.<sup>57</sup> Осим тога, могући разлог за оснивање скромног броја европских радних савета лежи и у недовољној заинтересованости запослених за њихово оснивање, у високо постављеном цензусу за покретање

54 Romuald Jagodzinski, „Les comités d’entreprise européens 18 ans après la directive: une évaluation“, *Revue de l’IRES*, бр. 4/2011, 58. У 2016. години, постојало је 980 активних савета, који представљају интересе више од 17 милиона запослених. Текстови споразума којима су устављени европски радни савети доступни су на интернет адреси: [www.ewcdb.eu](http://www.ewcdb.eu).

55 За илустрацију видети пресуде у предметима: C-62/99 (*Betriebsrat der bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG v. Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG.*) од 29. марта 2001. године (ECLI:EU:C:2001:188); C-440/00 (*Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG v. Kühne & Nagel AG & Co. KG.*) од 13. јануара 2004. године (ECLI:EU:C:2004:16) и C-349/01 (*Betriebsrat der Firma ADS Anker GmbH v. ADS Anker GmbH*) од 15. јула 2004. године (ECLI:EU:C:2004:440). Наведене пресуде односе се на немачка предузећа, што је на први поглед неочекивано, ако се има у виду богата традиција индустријских односа и успостављања деловних институционалних облика партиципације у овој држави. Ипак, европски радни савети нису основани у чак 71,7% немачких предузећа из подручја Директиве 94/45/ЕЗ. То се може објаснити, између осталог, и непостојањем правне обавезе приватних предузећа да учине доступним податке о броју запослених и структури предузећа. Стога је представницима запослених било тешко, ако не и немогуће, да одреде да ли су одређено предузеће или групација предузећа уопште „покривени“ Директивом (с обзиром на минимални број запослених на подручју ЕУ, односно у два државама чланицама ЕУ). Michael Whittall, Stefan Lücking, Rainer Trinczek, „Understanding the European Works Council deficit in German multinationals“, *Transfer: European Review of Labour and Research*, бр. 3/2008, 453-467.

56 R. Jagodzinski, 55.

57 Jeremy Waddington, „Comités d’entreprise européens: comment les salariés peuvent-ils exercer une influence?“, *Revue de l’IRES*, број 4/2011, 25.



поступка за оснивање савета, као и у непостојању, односно неделотворности санкција за повреду обавезе успостављања овог тела.<sup>58</sup>

Због лоших „резултата“, Директива 94/45/ЕЗ је стављена ван снаге, док је нови, унапређени оквир за уређивање партиципације у мултинационалним предузећима комунитарног опсега установљен одредбама Директиве Европског парламента и Савета 2009/38/ЕЗ, која се примењује од средине 2011. године. Премда не нуде решења за све уочене проблеме, нити уводе велике новине, одредбе нове директиве могу допринети савладавању одређених изазова везаних за партиципацију запослених, посебно у погледу предузимања свакодневних активности европских радних савета. Коначно, треба имати у виду и то да важећа Директива допушта државама чланицама да уређују многа практична питања у овој области (нпр. методе избора представника запослених), и охрабрује социјалне партнере да преговарају о питањима везаним за примену споразума о европском радном савету или о поступку обавештавања и консултовања, а у циљу уважавања "локалних" захтева.<sup>59</sup> У том смислу, има места констатацији да "Директива не производи дејство наметањем униформног решења, већ охрабривањем и држава чланица – да кроз своје законе, и компанија – да посредством преговора са представницима запослених, – развијају решења на локалном нивоу".<sup>60</sup>

## 2. Подручје примене правила о партиципацији запослених у мултинационалним предузећима комунитарног опсега

Обавеза успостављања партиципације запослених у одлучивању важи за тзв. предузећа комунитарног опсега (енгл. *Community-scale*

---

58 М. Hall, J. Purcell, 14. Иако је право на обавештавање и консултовање једно од основних права запослених, отпочињање преговора препуштено је послодавцу или запосленима чији је минимални број прилично високо одређен (100 запослених у најмање два предузећа или огранка у најмање два државама чланицама ЕУ), посебно када је реч о запосленима који нису синдикално организовани. Такво решење се, с правом, критикује у литератури, нарочито ако се има у виду непостојање санкције за случај да европски радни савет не буде успостављен због тога што ниједан од ових субјеката није покренуо иницијативу за започињање преговора. Стога се оснивање малог броја европских радних савета може објаснити и непостојањем правне обавезе успостављања овог институционалног облика партиципације, али и недовољном иницијативом запослених. Pascale Lorber, „Worker participation and industrial democracy: strengthening information and consultation“, *Fundamental social rights in Europe: Challenges and opportunities* (eds. Edoardo Ales et al.), Antwerp-Oxford-Portland, 2009, 138-139.

59 С. Barnard, 671.

60 С. Barnard, 671.

*undertaking*), како се могу квалификовати предузећа са најмање 1000 запослених у државама чланицама и најмање 150 запослених који раде барем у двема државама чланицама ЕУ. Иста обавеза вреди и за групу предузећа комунитарног опсега (*Community-scale group of undertakings*), како се квалификује група предузећа са најмање 1000 запослених у државама чланицама ЕУ, која, притом, има најмање два предузећа у различитим државама, под условом да барем једно од њих запошљава макар 150 запослених у једној држави чланици и да још најмање једно предузеће запошљава барем исти број запослених у другој држави чланици ЕУ.<sup>61</sup> Премда је, због настојања да остали послодавци не буду преоптерећени, овим правилима примена Директиве усмерена поглавито на велика предузећа, право на обавештавање и консултовање имају и запослени у средњим и малим предузећима. Ово стога што је право на обавештавање и консултовање њихово фундаментално право, које је као такво потврђено и заштићено, нарочито под окриљем ЕУ.<sup>62</sup>

Надлежност и подручје рада европског радног савета су, притом, ограничени на *транснационална питања*. Таквим се сматрају не само питања која се тичу целокупног предузећа или групе предузећа која послују на нивоу ЕУ или у најмање двема државама чланицама ЕУ, већ и питања која су важна за запослене, без обзира на број укључених држава чланица (нпр. одлука која суштински утиче на читаво предузеће, иако се у пракси примењује у више различитих фаза, од којих свака /фаза/ фор-

---

61 Приликом рачунања минималног броја запослених потребног за квалификацију предузећа или групе предузећа комунитарног опсега узимају се у обзир сва лица која се квалификују као запослени у законодавству држава чланица ЕУ, независно од облика њиховог радног ангажовања. Притом је важно да ова лица буду запослена у предузећу комунитарног опсега, због чега у цензус неће улазити лица ангажована посредством агенција за привремено запошљавање (ако је предузеће комунитарног опсега – предузеће корисник), а исто вреди и за лица која је њихов послодавац упутио на привремени рад у предузеће комунитарног опсега, осим ако у националном законодавству и/или пракси одређене државе важи другачије решење. Roger Blanpain, *European labour law*, 13th edition, The Hague, 2012, 878.

62 Ово тим пре што су и предузећа са мањим бројем запослених суочена са изазовима европских интеграција и глобализације, због чега државе треба да размотре могућност да, приликом имплементације Директиве (која садржи само минималне стандарде), утврде и блаже услове који се тичу минималног броја запослених, како би се отворила могућност за оснивање европских радних савета и у предузећима са мањим бројем запослених. Стога и Европска конфедерација синдиката (*European Trade Union Confederation*) подстиче послодавце да, на фону политике друштвене одговорности и доброг управљања, допринесу оснивању европских радних савета и онда када изворима права унутрашњег порекла то није предвиђено за предузећа која запошљавају мањи број запослених. S. Picard, 57-58.

мално делује само на једну (по једну) државу чланицу ЕУ).<sup>63</sup> Обавеза обавештавања представника запослених нарочито се односи на структуру, финансијско стање и развој предузећа, док се консултације посебно тичу тренда запошљавања у предузећу, инвестиција, суштинских промена у организацији, вишкова запослених, увођења нових метода рада или нових производних процеса, као и преноса производње и спајања или затварања предузећа, огранака или њихових важних делова. Неко питање постаје, дакле, транснационално, ако превазилази надлежност "локалне управе". У том смислу би и сваку одлуку која није донета у држави у којој треба да се примени требало сматрати делом транснационалне стратегије која утиче на деловање предузећа као целине. А то ће, примера ради, бити случај са прекограничним преносом предузећа или преношењем седишта предузећа у другу државу.<sup>64</sup> Централна управа, притом, може да обори ову претпоставку ако докаже да се одређена одлука односи искључиво на неко локално питање.<sup>65</sup>

Важно је уочити и то да се Директива о европским радним саветима *не* примењује на европске компаније које се, у смислу одредаба Директиве, могу квалификовати као предузеће комунитарног опсега. Ипак, то није апсолутно правило, будући да посебно преговарачко тело, које се, по прописима о европској компанији, установљава како би са надлежним телом компанија постигло договор о учешћу запослених у европској компанији - може одлучити да започне преговоре. У том случају, као и у случају доношења одлуке о окончању преговора са управом, на партиципацију запослених у европској компанији примењују се одредбе Директиве о европским радним саветима.<sup>66</sup> Са друге стране, ваља имати у виду да се, сгласно меродавним изворима компанијског права ЕУ, *садржина и обим учешћа запослених у одлучивању у европској компанији уређују споразумом органа управљања и представника запослених*. То, прецизније,

---

63 S. Picard, 44, 49. То практично значи да квалификација транснационалног питања долази у обзир уколико се оно тиче најмање двеју држава чланица ЕУ, или ако одлука (централне) управе, која се налази у једној држави чланици, утиче на запослене у другој држави чланици ЕУ. Исто вреди и ако је одлука донета у седишту које се налази у некој трећој држави, а утиче на огранак у једној држави чланици ЕУ. R. Blanpain (2012), 882.

64 Продубљено о партиципацији запослених у случају прекограничног преноса предузећа вид. у: Erika Kovács, *Employee participation in cross-border mergers – European rules, risks and loopholes*, "Stakeholder protection in restructurings – Selected company and labour law issues" (eds. Erika Kovács, Martin Winner), 2019, 153-178.

65 S. Picard, 44, 49.

66 R. Blanpain (2012), 849.

значи да Директивом 2001/86/ЕЗ није уведен обавезни европски модел учешћа запослених у одлучивању, већ се за сваку компанију могу осмислити специфична решења. Уколико, међутим, постизање споразума не буде могуће, примењују се Директивом утврђена стандардна правила, која обезбеђују минимум партиципативних права запослених. Поред тога што представљају механизам супсидијарне заштите партиципативних права, стандардна правила служе и као модел за сачињавање споразума социјалних партнера, будући да би се од њих тешко могло очекивати да договоре мањи обим учешћа запослених од оног из стандардних правила. Примена Директиве 2001/86/ЕЗ није, међутим, довела до значајнијих резултата: у 2017. години, од укупно 2.757 европских компанија, споразуми о учешћу запослених закључени су у свега 133 европске компаније; у 69 европских компанија је преговарано о закључењу споразума, док су представници запослених учествовали у управним или надзорним одборима свега 64 европске компаније.<sup>67</sup>

### 3. Обележја транснационалног обавештавања и консултовања запослених<sup>68</sup>

Будући да обавештавање и консултовање запослених чине *raison d'être* европских радних савета, одредбама Директиве 2009/38/ЕЗ уведене су и нове, јасне дефиниције ових појмова. Први појам се, тако, одређује као преношење података од стране послодавца, како би се представницима запослених омогућило упознавање и испитивање одређеног питања. Највећу предност нове дефиниције представља истицање *благовремености и квалитета пружених информација*, јер оне морају бити такве да представницима запослених омогућавају свеобухватну процену могућег утицаја одређене активности послодавца на положај запослених, а, ако је то потребно, и припрему за консултације са надлежним органом мултинационалног предузећа.<sup>69</sup> То, даље, значи да управа (и то, не само централна управа, већ и управа на осталим нивоима, уколико располаже релевантним подацима) треба да пружи представницима запослених

67 Такав биланс се објашњава, између осталог, и чињеницом да немали број европских компанија уопште и нема запослене. Elias Felten, "Directive 2001/86/EC", *International and European labour law – A Commentary* (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden - München - Oxford, Portland, 2018, 1536.

68 Ово и наредно поглавље се једним делом заснивају на нашем раду „Обавештавање и консултовање запослених у мултинационалним предузећима која послују на нивоу ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2013, 167-176.

69 Директива 2009/38/ЕЗ, члан 2, став 1, алинеја f).

потребне податке пре усвајања одређене мере, и да им, притом, остави довољно времена да се са њима упознају и да, ако буде потребно, прибаве стручни савет о одређеном (правном, економском или другом) питању. Такво решење је посебно значајно, ако се има у виду да су у пракси, мултинационална предузећа неретко обавештавала представнике запослених тек након што би управа донела одлуку од значаја за њихов положај, и то, најчешће у виду усменог саопштења на годишњем састанку европског радног савета. Централна управа, стога, сада има обавезу да европском радном савету учини доступним прецизне, тачне и потпуне податке, који омогућавају процену утицаја планиране мере на положај запослених, без потребе савета да предузима додатна испитивања.<sup>70</sup>

Писци Директиве слично су резоновали и у погледу *консултовања*, одредивши овај појам као „успостављање дијалога и размену мишљења између представника запослених и централне управе или неког другог примеренијег нивоа управе, у року, на начин и са садржајем који су такви да представницима запослених омогућавају да, на основу обезбеђене информације, изразе мишљење о предложеним мерама на које се односи консултовање, и то, у разумном времену, а које (мишљење – *Л. К.*) може бити узето у обзир у оквиру мултинационалног предузећа или групе предузећа“.<sup>71</sup> Наведена дефиниција потврђује да се консултације морају спровести *пре* доношења (а не само пре примене) одлуке, како би се представницима запослених омогућило да својим запажањима утичу на садржину и облик одлуке о којој су консултовани.<sup>72</sup> Језичко тумачење наведене одредбе Директиве, притом, сугерише да је обавеза саветовања резервисана само за теме о којима управа доноси одређене одлуке, за разлику од обавезе обавештавања, која се односи на сва питања транснационалног карактера која утичу на интересе запослених, чак и ако нису повезана са одлукама послодавца. У супсидијарним захтевима је, притом наведен индикативни списак питања о којима запослени треба буду обавештени и консултовани. Тако је у погледу питања која се тичу економске и производне ситуације у предузећу (у ширем смислу) предвиђена

70 На основу анализираних дефиниција, може се закључити да обавеза обавештавања подразумева обавезу управе предузећа комунитарног опсега да представницима запослених пружи писана обавештења и то, у начелу, пре доношења одређене одлуке, и да им омогући продубљену процену могућег утицаја те одлуке на положај запослених, као и консултације са надлежном управом. R Blanpain (2012), 882.

71 Директива 2009/38/ЕЗ, члан 2, став 1, алинеја г).

72 Roger Blanpain, „European Work Councils. The European Directive 2009/38/EC of 6 May 2009“, *European Labour Law Journal*, бр. 1/2010, 109.

само обавеза обавештавања, док се као предмет обавештавања и консултовања могу појавити питања која непосредније утичу на запослене, попут тенденција у запошљавању, улагања и промена у организацији рада, радним методима и месту рада.

Обавеза консултовања не подразумева само могућност представника запослених да изразе мишљење, већ и обавезу послодавца да озбиљно размотри добијено мишљење, односно обавезу управе да се изјасни у којој мери и зашто се (не) слаже са мишљењем запослених.<sup>73</sup> Иако се на овај начин обезбеђује одређени утицај представника запослених на поступак одлучивања, консултовање не дира у одговорности и управљачка овлашћења управе предузећа (премда неспорно успоставља својеврсну границу управљачкој власти послодавца). Транснационално обавештавања и консултовање запослених се, по овом решењу, значајно разликује од обавештавања и консултовања у смислу Директиве 2002/14/ЕЗ. Одредбама потоње директиве је, наиме, консултовање усмерено на постизање споразума, уколико одлуке послодавца могу довести до суштинских промена у организацији рада или у уговорним односима.<sup>74</sup> Европски радни савет, супротно, нема "преговарачка" овлашћења.

Поступци обавештавања и консултовања су повезани, али су и међусобно различити и одвојени, јер је њихова концепција различита. Први поступак служи припремама запослених за консултације, које се, даље, реализују на основу пружених информација. Ови поступци се, међутим, не могу спроводити у исто време, нпр. на истом састанку, већ су, и поред функционалне повезаности, одвојени.<sup>75</sup> Одредбе Директиве су, отуд, усмерене на стварање услова за благовремену укљученост запослених у процес одлучивања, како њихов допринос доношењу одлука не би био само формалистички и "козметички". Са друге стране, важно је и то да трајање консултација не сме да угрози могућност предузећа да се прилагоди променама на тржишту (у смислу благовременог предвиђања промена и управљања ризицима које оне са собом носе, кроз доношење одговарајућих одлука).<sup>76</sup> Ови захтеви одражавају, наиме, потребу да се уваже легитимни интереси како запослених, тако и послодавца, због чега је важно да консултовање буде благовремено, али и да не успорава поступак одлучива-

---

73 S. Picard, 46.

74 I. Senatori, 1616.

75 I. Senatori, 1616.

76 I. Senatori, 1609.

ња.<sup>77</sup> Потоњи разлог оправдава, наравно, и захтев да мишљење представника запослених треба да буде достављено у разумном року.

#### 4. Установљавање и функционисање (не)институционалних облика партиципације у мултинационалним предузећима

Оснивање и рад европских радних савета нису уређени императивним нормама, већ их треба уредити *споразумом заинтересованих страна*, у складу са традицијом колективног преговарања.<sup>78</sup> Аутономија социјалних партнера и слобода уговорања нису, међутим, неограничене, већ се преговори који претходе закључењу споразума морају водити сагласно одредбама Директиве 2009/38/ЕЗ.<sup>79</sup> Ово ограничење је неопходно због потребе да се уважи и ублажи неједнак положај послодавца и запослених, тако да Директива 2009/38/ЕЗ, по узору на "стандардна правила" из Директиве о Европској компанији, садржи и посебна правила - *супсидијарне захтеве*, за случај да заинтересована лица не постигну споразум о оснивању европског радног савета у року од три године од започињава преговора. Исто вреди и ако се, током преговора, социјални партнери сагласе о примени посебних правила, као и ако централна управа не започне преговоре у року од шест месеци од када су то захтевали запослени.<sup>80</sup>

77 I. Senatori, 1615.

78 Ivor Roberts, Beverly Springer, *Social policy in the European Union: Between harmonization & national autonomy*, London, 2001, 128.

79 Важно је уочити да директиве о европским радним саветима утврђују само процесна правила, остављајући управама мултинационалних предузећа и представницима запослених да осмисле и развију концепцију обавештавања и консултовања која ће највише одговарати структури одређеног предузећа. Стога има места закључку да су ове директиве имале за циљ обезбеђивање „структуре преговарања која ће социјалним партнерима омогућити стварање сопствених транснационалних норми“, односно повезивање „императивних комунитарних процесних норми са колективном аутономијом транснационалног карактера“. Тако: Manfred Weiss, „The European Community’s approach to workers’ participation: recent developments“, *The changing face of European labour law and social policy* (ed. Alan C. Neal), The Hague, 2004, 39-41; Marie-Ange Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation: Confrontations et mutations*, Paris, 2006, 174. и 332.

80 У том смислу, Вајс уочава следеће битне елементе концепта обавештавања и консултовања запослених у мултинационалним предузећима: утврђивање функционалног циља партиципације запослених; одређивање субјеката преговарања; препуштање уређивања свих питања субјектима преговарања; и установљавање „безбедносне мреже супсидијарних захтева“. Овај аутор говори о "безбедној мрежи супсидијарних захтева" јер жели да подцрта то да њихово постојање треба да послужи као „претња послодавцима“, тј. да спречи неуспех њихових преговора са представницима запослених. Manfred Weiss, „Workers’ participation: a

У преговорима о установљавању европског радног савета или увођењу поступка за обавештавање и консултовање запослених учествују мултинационално предузеће, које представља централна управа, и представници запослених, окупљени у посебном преговарачком телу (које је, у суштини, представничко тело запослених)<sup>81</sup>. Директива, притом, потврђује начело одговорности централне управе за стварање услова и за обезбеђивање средстава за успостављање европског радног савета или увођење алтернативног поступка обавештавања и консултовања (енг. *principle of responsibility*). Ово стога што запослени, редовно, немају све потребне податке или, пак, имају на располагању само ограничена средства, што може отежати покретање иницијативе за успостављање одговарајућег (не)институционалног облика партиципације.<sup>82</sup> Централна управа, отуд, покреће преговоре. Она то може учинити, најпре, на сопствену иницијативу, тј. као израз личне заинтересованости за очување социјалног мира и корпоративних вредности,<sup>83</sup> али, може покренути преговоре и на писани захтев најмање 100 запослених или њихових представника из најмање два предузећа или огранка у најмање два државама чланицама ЕУ.<sup>84</sup> У ту сврху се оснива и посебно преговарачко тело, у које се бирају или именују представници запослених из држава у којима запослени раде.<sup>85</sup>

Посебно преговарачко тело има ограничен правни субјективитет, јер се писани споразум који закључује са централном управом предузећа односи само на установљавање, састав, функције и услове рада европског

---

crucial topic for the EU", *Transnational industrial relations in Europe* (eds. Reiner Hoffmann, Otto Jacobi, Berndt Keller, Manfred Weiss), Düsseldorf, 2000, 93.

81 C. Barnard, 667.

82 I. Senatori, 1617-1618.

83 I. Senatori, 1623.

84 Тиме се спречава наметње европских радних савета споља: њихово оснивање је, наиме, могуће само ако га социјални партнери стварно желе, с тим што је "терет" оснивања савета на централној управи, будући да она ствара услове и обезбеђује неопходна средства за то или за успостављање одговарајућег поступка обавештавања и консултовања. C. Barnard, 667.

85 Слично решењима садржаним у Директиви о Европској компанији, место у посебном преговарачком телу припада свакој држави за запослене који раде на њеној територији, ако њихов број износи 10% од укупног броја запослених у свим државама заједно. Држава, притом, шаље по једног представника у преговарачко тело за сваких 10%, тако да посебно преговарачко тело може имати најмање 10 чланова, док њихов максимални број није ограничен. Представници се бирају или именују у складу са прописима државе у којој се врши избор или именовање, због потребе да се осигура „територијална укорененост учесника“ и уваже разлике у пракси избора и именовања представника запослених у државама чланицама ЕУ. М.-А. Moreau, 333.



радног савета или на примену договореног поступка обавештавања и консултовања запослених.<sup>86</sup> У том смислу, нарочити практични значај имају одредбе Директиве којима је утврђен *обавезни минимални садржај споразума о европском радном савету*. Њиме би требало утврдити, између осталог, број чланова савета и расподелу њихових мандата,<sup>87</sup> као и поступак обавештавања и консултовања савета. Осим тога, споразумом треба "повезати" поступак обавештавања и консултовања европског радног савета са поступком обавештавања и консултовања националних представничких тела, како се не би догодило да раднички представници на различитим нивоима добијају различита обавештења о истом питању. Надаље, споразумом морају бити утврђени и подаци о његовом ступању на снагу, трајању, новелирању и стављању ван снаге, случајеви у којима ће се поново водити преговори (нпр. реструктурирање предузећа),<sup>88</sup> као и место и динамика одржавања састанака савета, те финансијска и материјална средства за његов рад. За разлику од правила о Европској компанији, споразумом о европском радном савету не уређује се питање уче-

---

86 Састанци централне управе и посебног преговарачког тела могу, прецизније, довести до једног од три исхода. Први је закључење писаног споразума о европском радном савету (тј. о његовом делокругу, саставу, функцијама и условима рада) или закључење писаног споразума о имплементацији поступка обавештавања и консултовања. Други могући "сценарио" подразумева одлуку посебног преговарачког тела, за чије је доношење потребна најмање двотрећинска већина гласова, да преговори са централном управом не отпочну или да се окончају. У том случају, посебно преговарачко тело не може бити сазвано у наредне две године, осим ако стране не одреде краћи рок. Коначно, могућ је и трећи исход: уколико стране не постигну споразум о европском радном савету после три године преговарања, или ако централна управа не покрене иницијативу за преговарање у року од шест месеци од подношења захтева – примениће се сусидијарни захтеви садржани у анексу Директиве, као и национална правила која важе на територији државе чланице ЕУ на којој је седиште централне управе предузећа. Супсидијарни захтеви се, притом, тичу састава и метода рада европског радног савета. С. Barnard, 667-668.

87 Састав европског радног савета мора у највећој могућој мери одражавати састав запослених у предузећу, како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу. То нарочито вреди за сразмерну заступљеност запослених према полу, професији и припадности одређеним категоријама радника.

88 Тзв. клаузула прилагођавања (енг. *adaptation clause*) је посебно значајна, јер подразумева обавезу поновног преговарања ради постизања споразума о европском радном савету (ако то захтевају запослени или послодавац) у случају промене структуре предузећа, како запослени не би били стављени пред "свршен чин", у случају спајања или преузимања предузећа. Ови преговори подразумевају стварање новог преговарачког тела и посве новог европског радног савета, што се, нажалост, од ступања Директиве на снагу, десило свега неколико пута. Stan De Spiegelaere, *Too little, too late? Evaluating the European Works Councils Recast Directive*, Brussels, 2016, 6.

шћа запослених у управљању предузећем, већ се структура управних и надзорних одбора предузећа уређују законодавством држава чланица ЕУ.

По својој правној природи, споразум о европском радном сваету је *посебна врста колективног уговора*. У једном делу литературе (пре свега у радовима француских аутора), он се квалификује као "уговор - институција", будући да се њиме ствара инситуционални оквир за обавештавање и консултовање, који ће, пошто споразум буде закључен, имати свој "живот".<sup>89</sup> Попут других колективних уговора, и овај споразум има облигациони део (норме о правима и обавезама уговорница) и нормативни део (норме о саставу, надлежности и другим обележјима европског радног савета).<sup>90</sup>

Обавеза утврђивања динамике одржавања састанака европског радног савета са централном управом предузећа указује на њихову *периодичност*. Ови субјекти се *редовно* састају једном годишње, а основ за обавештавање и консултовање запослених на годишњим састанцима представља извештај централне управе. Поменути извештај треба да буде сачињен тако да представницима запослених омогућава продубљену процену одређених питања и њихово делотворно укључивање у поступак одлучивања. Између годишњих састанака, могу се одржавати *ванредни састанци*, ако то захтевају изузетне околности, које у великој мери утичу на интересе запослених (промена места пословања, затварање огранка или предузећа, отпуштање вишка запослених). У том случају, одржавање ванредног састанка може затехавти европски радни савет или посебно тело које координира активностима савета. Реч је о *изабраном одбору* (енгл. *select committee*, fr. *comité restreint*), својеврсном извршном одбору европског радног савета, који чини највише пет чланова европског радног савета, а који, баш као и савет, може захтевати ванредни састанак са централном управом или било којим другим нивоом управе (мултинационалног предузећа) који самостално одлучује. И у потоњем случају, основ за састанак представља извештај управе. Поред тога што олакшава обавештавање и саветовање запослених у изузетним случајевима у којима је неопходна хитна реакција, изабрани одбор има још једну функцију. Он омогућава редовне контакте међу члановима европског радног савета између два редовна састанка овог тела, у смислу координације његовог рада.<sup>91</sup>

---

89 R. Blanpain (2012), 892.

90 R. Blanpain (2012), 892.

91 I. Senatori, 1626.

Важећа директива непосредно уређује и *права, дужности и посебну заштиту чланова европског радног савета*. Њима је, тако, стављено у задатак да извештавају националне савете запослених, односно друге представнике запослених на националном нивоу о раду европског радног савета и садржини и резултатима његовог обавештавања и консултовања. То је и разлог што се члановима савета морају обезбедити одговарајућа средства за комуникацију, као и приступ свим местима рада у предузећу. Чланови европских радних савета имају и право на накнаду зараде за време одсуства с рада због представљања запослених на европском нивоу, као и због похађања обуке за вршење те дужности. То је изузетно значајно, јер се слаби резултати примене раније директиве о европским радним саветима неретко објашњавају и језичком баријером, као и недостатком обавештења, времена, средстава и солидарности међу представницима из различитих држава.<sup>92</sup>

Будући да се сматрају *правним представницима интереса запослених* у предузећу или групи предузећа комунитарног опсега, чланови европског радног савета су и активно легитимисани за покретање поступка против управе предузећа, уколико сматрају да су повређена нека њихова права. Осим тога, у држави свог запослења, чланови европског радног савета и посебног преговарачког тела уживају и посебну заштиту која припада радничким представницима, а најмање заштиту од дискриминације и посебну заштиту од отказа. Коначно, Директива признаје и посебну заштиту запослених у мултинационалним предузећима који поднесу захтев за успостављање европског радног савета, што је нарочито напредно решење.

## V Закључак

Последње две деценије, развој права ЕУ обележило је и велико интересовање за учешће запослених у привредним друштвима у одлучивању, што је резултирало и плодном нормативном делатношћу у овој области радног и компанијског права. Разлози за то су бројни, почевши од интензивирања процеса глобализације и развоја тржишне економије, што је у многим државама довело до јачања управљачких овлашћења послодавца.<sup>93</sup> Са друге стране, у многим државама се бележи и пад стопе синдикализације, посебно у малим и средњим предузећима, и слабљење утицаја синдаката, што се, између осталог, огледа и у кризи социјалног дијалога и

92 С. Ниеßл, 123.

93 R. Blanpain (2012), 922-923.

постепеној ерозији традиционалног колективног преговарања.<sup>94</sup> У таквом окружењу, постоји потреба да се ојача улога запослених у савладавању последица сталних промена са којима се привредна друштва суочавају услед глобализације привреде. Један од начина за то јесте и учешће запослених у поступку доношења одлука које се тичу њиховог положаја, посебно у случају реорганизације послодавца, али и другим случајевима одлучивања о питањима од значаја за запошљавање и услове рада. Учесће у одлучивању, притом, треба да омогући утицај запослених на стратешке и друге одлуке управе предузећа, али и да помогне ублажавању социјалних последица тих одлука и да обезбеди подршку запослених одређеним одлукама. У том смислу, има места закључку да послодавац и запослени деле исти (приватни) интерес везан за реципрочно учешће у управљању пословном активношћу.<sup>95</sup> Ово, између осталог, и стога што послодавчеве одлуке могу бити од значаја и за положај радника на тржишту рада, уколико остану без посла, будући да предвиђање ризика којима предузеће може бити изложено не претпоставља само флексибилну организацију рада, већ и лакши приступ запослених професионалној обуци. Обавештавање и консултовање запослених о одлукама које се тичу тих ризика, отуд, помаже запосленима да схвате непоходност прилагођавања променама и да предузимају активности потребне за побољшање њихових изгледа за очување запослења или проналажење новог посла.<sup>96</sup> У том смислу, има места закључку да су одређене послодавчеве одлуке значајне и за запошљивост радника, јер се тичу њихових могућности за стицање и унапређивање знања и способности које ће им помоћи да пронађу ново запослење.<sup>97</sup>

Под окриљем ЕУ усвојене су директиве о обавештавању и консултовању запослених у предузећима која послују само на националном ниову, као и у европским компанијама и другим мултинационалним предузећима која послују у оквиру ЕУ. Међу овим директивама је постигнут значајан степен кохерентности, иако има места за даља унапређења њихових решења, између осталог и у погледу ујединачавања значења израза које користе. Директивом Савета 2002/14/ЕЗ је, притом, запосленима признато колективно право на обавештавање и консултовање, као

---

94 R. Blanpain (2012), 923.

95 За то постоји и ("јавни") интерес Европске уније, као такве, будући да се заједничка стратегија запошљавања заснива на концепцијама антиципације, превенције и запошљивости. Реч је, прецизније, о концепцијама које треба уградити у све јавне политике од значаја за запошљавање. E. Ales (2015), 529.

96 Директива 2002/14/ЕЗ, преамбула.

97 R. Blanpain (2012), 924.

једини вид утицаја на доношење одлука у предузећима која послују само у оквиру једне државе чланице ЕУ. Иако то не укључује и учешће запослених у управљању, не треба омаловажити потенцијале правила о обавештавању и консултовању запослених. Без тих правила, изгледи за унапређење условâ рада и заштиту запослења били би, наиме, смањени, баш као што би били смањени и изгледи за очување конкурентности предузећа.<sup>98</sup> Са друге стране, развој прописâ о партиципацији запослених у мултинационалним предузећима која послују на нивоу ЕУ сведочи да о потреби да се правила о учешћу запослених у одлучивању прилагоде логици мултинационалних предузећа. То је, нарочито, укључило осмишљавање „нове правне технологије“,<sup>99</sup> у виду оснивања европског радног савета или успостављања неког мање-више неформалног механизма обавештавања и консултовања запослених у предузећима комунитарног опсега. То, међутим, није довољно за „оживљавање“ ове лепе правне конструкције. За то је неопходна и решеност социјалних партнера да развијају и унапређују транснационални социјални дијалог. Ово тим пре што би, и поред значајних препрека које прате примену Директиве 2009/38/ЕЗ, европски радни савети могли постати *гарант поштовања интересâ запослених*, али и прави *партнер управе мултинационалних предузећа*. Они својим конструктивним запажањима могу, наиме, допринети доношењу исправних одлука, чиме се оснажује легитимност процеса одлучивања у предузећима и спречавају радни спорови. Осим тога, европски радни савети својим радом утичу и на изградњу корпоративне културе и јачање односа поверења између управе и запослених. Тиме се, даље, јача мотивација запослених за рад, али и конкурентност предузећа и њихова прилагодљивост променама на тржишту.<sup>100</sup> Ово тим пре што европски радни савети својим радом могу подстаћи социјалне partnere и на закључивање колективних уговора за мултинационална предузећа, као и на доследну примену унутрашњих (хетерономних и аутономних) правила о партиципацији запослених.

---

98 R. Blanpain (2012), 923.

99 M.-A. Moreau, 349.

100 Вид.: Marie-Ange Moreau, Jean-Jacques Paris, *Le role du Comité d'Entreprise Européen au cours des restructurations: les leçon du projet AgirE*, EUI Working Paper LAW, бр. 2008/02.

**Ljubinka KOVAČEVIĆ, Ph.D.**

**Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law**

## **EUROPEAN LABOUR LAW STANDARDS ON INFORMATION AND CONSULTATION OF COMPANY EMPLOYEES**

### **Summary**

*Over the last two decades, the development of EU law has been marked by the interest of its institutions for employee participation in company decision-making. This resulted in a fruitful normative activity in the field of labour and company law, since, in many countries, the development of market economy led to the strengthening of employers' managerial prerogatives, while the decline in unionization and its dwindling influence resulted in the crisis of social dialogue. There was a growing need, in such an environment, to strengthen the role of employees in order to prevent and overcome negative consequences of constant changes that businesses faced due to the globalization of the economy. This is, among much else, because the EU identifies strong link between social dialogue and greater productivity. Accordingly, the principles of information and consultation of employees in companies operating at the national level (Directive 2002/14/ EC), as well as in European companies (Directive 2001/86/EC and Regulation 2157/2001) and other multinational enterprises operating within the EU (Directives on European Works Councils 94/45/EC and 2009/38/EC) have been adopted under EU auspices. A significant degree of coherence has been achieved among the aforementioned sources of law although there's room for further improvement of their solutions. These solutions have been considered in this article both from the perspective of "legislative history" as well as their normative content and the possibility to (directly and indirectly) contribute to the protection of the rights and interests of employees, and to the preservation of the competitiveness of companies. In conclusion, it may be said that the EU's relevant regulations can help the companies make the right decisions, thus strengthening the legitimacy of the decision-making process, preventing labour disputes, building corporate culture and strengthening the relationship of trust between management and employees.*

**Key words:** *employees' participation; right to information and consultation; decision-making process in companies; European works council; EU law.*

Мила ПЕТРОВИЋ\*

## ПРЕВЕНЦИЈА ПОВРЕДА НА РАДУ И ПРОФЕСИОНАЛНИХ ОБОЉЕЊА - ПОЈАМ, ТРОШКОВИ И ЕКОНОМСКИ ПОДСТИЦАЈИ ЗА УЛАГАЊЕ У ПРЕВЕНЦИЈУ

### Резиме

*Област безбедности и здравља на раду јесте кључни елемент права на достојанствен рад и као таква за циљ има превенцију повреда на раду и професионалних обољења. Значај превенције не огледа се само у умањењу броја повреда на раду и професионалних обољења, већ и у позитивним економским последицама које она може имати за послодавца. С тим у вези, у раду је представљено шта је то што превенција повреда на раду и професионалних обољења заиста подразумева, какве трошкове она са собом носи за послодавца, као и који евентуални економски подстицаји послодавца могу улагање у њу учинити примамљивим и исплативим. Ово уз закључак да улагање у превенцију може имати позитивних економских последица како за послодавце, тако и за привреду уопште, што захтева осмишљавање адекватне подстицајне политике. Претходно уз организовање ефикасног система пријављивања, као предуслова за њен успех.*

**Кључне речи:** *здравље на раду, превенција повреда на раду и професионалних обољења, трошкови превенције и наступања повреда на раду и професионалних болести, економски подстицаји за улагање у превенцију.*

### І Увод

У складу са принципима Светске здравствене организације, здравље је дефинисано као стање потпуног физичког, психичког и социјалног благостања, а не само као пуко одсуство повреда, болести или немоћи.<sup>1</sup> У

---

\* Докторанд Правног факултета, Универзитета у Београду

1 Устав Међународне здравствене организације из 1946. године, (Constitution of the World Health Organization, *Off. Rec. Wld Hlth Org.*, 2, 100).

радноправној сфери потоње значи заштиту здравља и безбедности на раду у радној средини, чији је *ratio legis* превенција од негативних последица услова рада и радних процеса по здравље радника.<sup>2</sup> Другим речима – циљ заштите безбедности и здравља на раду јесте превенција од повреда на раду, као и професионалних болести и болести у вези са радом. Без одговарајућег нивоа безбедности на раду не може бити речи ни о достојанственом раду јер: „достојанствен рад јесте безбедан рад“<sup>3</sup>. Здравље и безбедност на раду, дакле, јесу витална компонента достојанственог рада.<sup>4</sup> С тим у вези, истичемо да је предуслов за потпуно здравље радника постојање здраве радне средине. Ово у контексту констатације да се – квалитет а поготово „неквалитет“ радне средине снажно одражава на здравље и добробит запослених.<sup>5</sup> Ипак, велики број студија указује на то да су несреће на раду у већем броју случаја последица небезбедног понашања мотивисаног жељом за ефикасношћу, притиском менаџмента у погледу рока извршења датог посла, као и недостатком одговарајуће обуке – а не продукт људске грешке, односно радника као појединца.<sup>6</sup> Томе додајемо да, с обзиром на то да поштовање и примена стандарда изискује и изузетна средства, то „утиче на одређене послодавце да покушају да организују рад „са небезбедним условима“ колико год дуже могу“.<sup>7</sup> Претходно зато што претња кажњавањем може бити недовољна за одвраћање од непослушности, из разлога недовољне висине казни, или због вољности послодавца да ризикују услед вере да су шансе мале да дође до њихове инспекције.<sup>8,9</sup>

2 По процени Међународне организације рада, повреде на раду, као и професионалне болести узрокују више од 2.3 милиона жртава годишње, од којих је више од 350.000 проузроковано несрећама на послу, док је близу 2 милиона последица професионалних болести. - Вид. International Labour Organization, *Creating Safe and Healthy Workplaces for All - Report prepared for the G20 Labour and Employment Ministerial Meeting*, Melbourne, 2014, 1.

3 International Labour Organization, *Safety and health at work*, доступно на адреси: <http://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm>, 8. 10. 2017.

4 International Labour Organization, *Decent work indicators – guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators*, Geneva, 2013, 154.

5 Сенад Јашаревић, „Сексуално узнемиравање и здрава радна средина“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, 2.

6 Valentina Forastieri, „Prevention of psychosocial risks and work-related stress“, *International journal of labour research*, vol 8, Nr. 1-2/2016, 18.

7 Lewin G. Joel III, *Every employee's guide to the law*, New York, 1996, 215, нав. према. Бранко Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2013, 369.

8 European agency for safety and health at work, *Economic incentives to improve occupational safety and health: a review from the European perspective*, Luxembourg, 2010, 25.



С тим у вези, овај рад за своју сврху има да, уз објашњење појма превенције у овом погледу, размотри и питање самих трошкова (како превенције, тако и последица настанка повреда на раду и професионалних обољења), као и евентуалне економске подстицаје послодавца у том смислу. Претходно, наравно, ради одговарајуће заштите запослених у погледу безбедности и здравља на раду, али и ради изналажења равнотеже између таквог интереса и интереса послодавца за умањењем трошкова.

## II Превенција повреда на раду и професионалних болести

### 1. Појам превенције

Важећи прописи у Републици Србији инспирисани су идејом превенције. Наиме, самим Законом о безбедности и здрављу на раду утврђено је да се њиме уређује спровођење и унапређивање безбедности и здравља на раду лица која учествују у радним процесима, као и лица која се затекну у радној околини, ради спречавања повреда на раду, професионалних обољења и обољења у вези са радом. Превенција, у том смислу, јесте процес обезбеђивања мера на радном месту и у радној околини код послодавца у циљу спречавања или умањења ризика на раду.<sup>10</sup> У складу са Директивом 89/391, појам превенције, пак, обухвата све кораке или мере који су предузети или планирани у свим стадијумима рада у предузећу ради превенције или умањена професионалних ризика.<sup>11</sup> У суштини, организација превенције јесте еквивалент њеном планирању и претварању политике безбедности и здравља на раду у уобичајен задатак у оквиру нормалних активности предузећа, трагањем за једним кохерентним скупом који у себи интегрише технику, организацију рада, услове рада, друштвене односе и утицаје околине на раду.<sup>12</sup> Закључујемо дакле да превенција подразумева елиминацију ризика у њиховом корену, односно њихо-

9 Када се послодавац суочава са исплатом значајних средстава на име компензације, услед штете настале због непоштовања својих обавеза, он ће се "добровољно" понашати у складу са циљем који представљају здрави и безбедни услови рада. Вид. Teun Jaspers, Frans Pennings, „Occupational safety and health in the Netherlands: a shift of responsibilities“, *Health and safety at work – European and comparative perspective* (ed. Edoardo Ales), Alphen aan den Rijn, 2013, 339.

10 Закон о безбедности и здрављу на раду - ЗБЗР, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 – др. закон, чл. 1 ст. 1 чл. 4 ст. 1 тач. 23.

11 Директива 89/391 о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља радника на раду из 1989. године, (Council directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, *Official journal L* 183, 29/06/1989 P. 0001 – 0008; даље у фуснотама: D 89/391 ), чл. 3 ст.1 тач. d.

12 Manuel Carlos Palomeque Lopez, Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, Madrid, 2001, 845.

во избегавање или умањење (за шта је потребна и њихова одговарајућа процена), између осталог и кроз одговарајућу сарадњу запослених и послодавца у том смислу, добру организацију рада и коректне међуљудске односе, у здравој радној средини.<sup>13</sup>

## 2. Трошкови превенције и наступања повреда на раду и професионалних болести

У складу са идејом да једино достојанствен рад представља и безбедан рад, Закон о безбедности и здрављу на раду појам безбедности и здравља на раду дефинише као обезбеђивање таквих услова на раду којима се, у највећој могућој мери смањују повреде на раду, професионална обољења и обољења у вези са радом и који претежно стварају претпоставку за пуно физичко, психичко и социјално благостање запослених.<sup>14</sup> Сами трошкови превенције, при том, падају на терет послодавца и не могу се, чак ни у делу пребацити на запослене. Наиме, ратификованом Конвенцијом 155 МОП-а, утврђено је да мере заштите на раду и здравствене заштите не треба да повлаче никакве трошкове за раднике.<sup>15</sup> У складу са тим, Законом о безбедности и здрављу на раду прописана је дужност послодавца да обезбеди да спровођење мера безбедности и здравља на раду не проузрокује финансијске обавезе за запосленог и представника запослених, као и да не утиче на њихов материјални и социјални положај стечен на раду и у вези са радом.<sup>16</sup> На сличан начин ово питање уређено је и Директивом 89/391, чијим одредбама је утврђено да мере које се тичу безбедности, хигијене и здравља на раду не смеју у било којим околностима умешати раднике у финансијске трошкове.<sup>17</sup> Овако уложена средства се, ипак, не требају посматрати искључиво као трошак из угла послодавца, већ и као својеврсна улагања ради избегавања евентуално још већих давања. Ово, између осталог, јер ефекти које превенци-

13 С тим у вези истичемо да смо склони критици решења ЗБЗР-а, којим се из заштите пружене тим прописом искључују лица која се у радном односу код послодавца налазе ради обављања послова кућног помоћног особља. Вид. ЗБЗР, чл. 4, ст. 1, тач. 1. Претходно у складу са погрешном претпоставком да дом послодавца представља здраву и безбедну радну средину. Вид. Љубинка Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, 84.

14 ЗБЗР, чл. 4 ст. 1 тач. 4.

15 Конвенција 155 о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/87, чл. 21.

16 ЗБЗР, чл. 10.

17 Д 89/391, чл. 6 ст. 5.

ја може имати на нивоу послодавца могу бити како директног (умањење броја повреда на раду и професионалних болести), тако и индиректног карактера (повећање продуктивности и побољшање јавне слике о послодавцу).<sup>18</sup> Осим тога, наступање повреда на раду, односно професионалних болести могу за последицу имати како *финансијске*, тако и *имплицитне* последице. Наиме када говоримо о финансијским трошковима мислимо на трошкове при новчаним уплатама („из џепа“) које су последице наступања претходно поменута два ризика.<sup>19</sup> Но, уколико је услед несреће која је наступила оштећена и опрема, којој је на тај начин умањен радни век, може се такође говорити о подједнако стварном трошку. Дакле, видно је да не подразумевају сви економски трошкови директне финансијске исплате. Тако економски трошкови могу бити, поред ових, и „трошкови опортуности“, односно трошкови који су последица изгубљених прилика које, примера ради, могу настати услед одсуства запослених.<sup>20</sup> Додатно, тренд раста здравствених трошкова присутан је широм света, што последично значи да превенција повреда на раду постаје директан фактор конкурентности не само појединачних предузећа већ и читавих привреда. О томе говори и податак да би, по проценама америчког центра за контролу и превенцију професионалних болести, чак и скромно унапређење у том смислу могло довести до раста бруто друштвеног производа Сједињених Америчких Држава (САД) за чак 905 милијарди долара у периоду до 2023. године.<sup>21,22</sup> С друге стране, на нивоу

18 Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, *Calculating the International Return on Prevention for Companies: Costs and Benefits of Investments in Occupational Safety and Health – final report*, Berlin, 2013, 16.

19 У домаћем правном режиму пример оваквих давања могла би бити накнада за привремену спреченост на раду. Наиме, када се ради о повредама на раду, као и професионалним обољењима, за осигуранике код којих је до спречености за рад дошло услед повреде на раду или професионалне болести, накнаду зараде због привремене спречености за рад обезбеђује послодавац из својих средстава за све време трајања радног односа осигураника. У тим случајевима обавеза је послодавца да из својих средстава исплаћује поменуту накнаду од првог дана привремене спречености за рад, за све време трајања привремене спречености за рад осигураника. Уколико пак осигураник престане радни однос док још користи право на накнаду зараде због повреде на раду или професионалне болести, исплату накнаде зараде обезбеђује Републички фонд за здравствено осигурање, од дана престанка радног односа осигураника. Вид. Закон о здравственом осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 25/19, чл. 101 ст. 3-4.

20 Peter Dorman, *The Economics of Safety, Health, and Well-Being at Work: An Overview*, 2000, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safe-work/documents/publication/wcms\\_110382.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safe-work/documents/publication/wcms_110382.pdf), 31.3.2019, 2.

21 Јован Протић, *Утицај трошкова повреда на раду и професионалних обољења на конкурентност предузећа у Републици Србији*, Београд, 2015, 15.

Европске Уније, процењено је да лоше здравље у вези са радом, као и повреде, стварају трошкове од око 3.3% бруто домаћег производа, што износи око 467 милијарди евра сваке године - који би могли бити уштеђени са правилно организованим системима безбедности и здравља на раду, добром регулативом и праксом.<sup>23</sup>

У том смислу истичемо да, осим што улагање у безбедност и здравље на раду доприноси општем добру запослених, оно може бити и економски исплативо. Наиме - према проценама, улагања у ову област, сама по себи, могу довести и до великог процента повраћаја новца.<sup>24</sup> Дакле, безбедност и здравље на раду и профитабилност се међусобно не искључују.<sup>25</sup> С тим у вези, индикатор приноса од улагања у превенцију (*return on prevention*) представља однос између новчане добити од превенције и њених трошкова и, као такав, осликава потенцијал економског успеха који може бити последица превенције на раду. Такав потенцијал у великој мери зависи од конкуренције и услова на тржишту рада.<sup>26</sup> У складу са резултатима одговарајућег истраживања овакав индикатор може имати вредност од чак 2.2, што дакле значи да за сваки евро (или другу одговарајућу валуту) који је - по запосленом, уложен у превенцију послодавац може потенцијално очекивати принос од 2.20 евра, односно друге одговарајуће валуте.<sup>27</sup> Уколико би био остварен макар део оваквог потенцијала, то би неспорно имало позитиван ефекат на послодавце и њихову конкурентност, те последично и на привреду уопште.

---

22 На недељном нивоу у САД-у послодавци издвајају скоро милијарду долара само на директне финансијске трошкове на основу повреда на раду и професионалних болести. Вид. United States Department of labor, Business Case for Safety and Health, доступно на адреси: <https://www.osha.gov/dcsp/products/topics/businesscase/costs.html>, 3. 4. 2019.

23 European Agency for Safety and Health at Work, Detecting work-related diseases using alert and sentinel systems: new research, доступно на адреси: <https://osha.europa.eu/en/about-eu-osha/press-room/detecting-work-related-diseases-using-alert-and-sentinel-systems-new>, 3. 4. 2019.

24 European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions on a EU Strategic Framework on health and safety at work 2014 – 2020*, Brussels, 2014, 2.

25 Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, Prevention pays off, доступно на адреси: [https://www.dguv.de/en/prevention/prev\\_pays\\_off/index.jsp](https://www.dguv.de/en/prevention/prev_pays_off/index.jsp), 1. 4. 2019.

26 Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (2013), 17.

27 International Social Security Association, *The return on prevention: Calculating the costs and benefits of investments in occupational safety and health in companies - Summary of results*, Geneva, 2011, 7.

### III Економски подстицаји за улагање у превентивну политику

#### 1. Појам и врсте економских подстицаја

Термин економски подстицаји сам по себи не подразумева само финансијске подстицаје, већ и шеме нефинансијског карактера, као што су награде које побољшавају репутацију фирме<sup>28</sup> али немају значајнијих финансијских импликација.<sup>29</sup> Уопштено говорећи, разликујемо две категорије економских финансијских подстицаја послодавца за улагање у безбедност и здравље на раду. У том смислу, у прву категорију спадају *стратегије осигурања*, док у другу категорију спадају *пореске шеме и шеме финансирања*.<sup>30</sup>

Прва категорија подстицаја показала се као ефикасан инструмент за мотивацију послодавца за улагање у безбедност и здравље на раду.<sup>31</sup> Варијације у премијама, односно доприносима за осигурање, користе се у земљама са системом осигурања који се финансира од премија или у земљама са Бизмарковим системом осигурања и, да би биле сматране правим подстицајима, треба да функционишу на индивидуалној бази. Претходно у смислу да компанија профитира од свог доброг перформанса у области безбедности и здравља на раду.<sup>32</sup> У том смислу наводимо, *bonus talus* систем, као један од облика подстицаја у оквиру осигурања.<sup>33</sup> Наиме, ради се о *систему рејтинга према претходном искуству*, који се прилагођава према искуству са незгодама и превентивним мерама против незгода, спроведених од стране послодавца.<sup>34</sup> Неки аутори истичу да примена система рејтинга према претходном искуству са собом носи одређене ризике. Тако, по њима, не може се искључити могућност да се на овај начин награде послодавци који су били „непажљиви, али добре среће“, а казнити послодавци код којих је дошло до насумичних незгода

28 Као пример овакве награде у Републици Србији могла би се навести награда „28. април“. Вид. Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Награда "28 април", доступно на адреси: <https://www.minrzs.gov.rs/arhiva-internet-prezentacije-2019/nagrada-28-april.html>, 2. 4. 2019.

29 European agency for safety and health at work (2010), 19.

30 European agency for safety and health at work (2010), 56.

31 European agency for safety and health at work (2010), 8.

32 Carsten Brück, Lothar Lissner, Workers' compensation and economic incentives, доступно на адреси: [https://oshwiki.eu/wiki/Workers'\\_compensation\\_and\\_economic\\_incentives](https://oshwiki.eu/wiki/Workers'_compensation_and_economic_incentives), 3. 4. 2019.

33 Daniela Treutlein, External economic incentives for prevention, доступно на адреси: [https://oshwiki.eu/wiki/External\\_economic\\_incentives\\_for\\_prevention](https://oshwiki.eu/wiki/External_economic_incentives_for_prevention), 31. 3. 2019.

34 Међународна организација рада, *Реструктурирање система остваривања права из повреда на раду у Србији – даља анализа реформских опција*, Београд, 2013, 21-23.

које нису повезане са њиховом стратегијом управљања ризицима.<sup>35</sup> С друге стране, у пракси су порески подстицаји ретко у употреби и од 2010. године једине две чланице Европске уније које користе овај тип подстицаја јесу Немачка и Летонија.<sup>36</sup> Опет, на шеме финансирања наилазимо у готово свакој чланици.<sup>37</sup> Као пример стратегије шема финансирања улагања у област безбедности и здравља на раду, наводимо економски подстицај у облику система одговарајућих (усклађених) средстава.<sup>38</sup> Овакв систем подразумева субвенције које су пропорционалне износу новца који је потрошен на име програма који се тичу здравља на раду. Мана оваквих система јесте та да са собом носе и високе административне трошкове, како за послодавца, тако и за власт.<sup>39</sup>

Иако су економски подстицаји у области здравља и безбедности на раду, по правилу, „процеси који награђују организације за безбедна и здрава места рада“,<sup>40</sup> у упоредном праву можемо наићи на примере негативних подстицаја. Ово је нпр. случај у Немачкој, код обавезног осигурања од несрећа у кожној индустрији, у коме компаније код којих број несрећа на раду прелази 200 % у односу на просек броја несрећа у тој грани подразумева и веће намете.<sup>41</sup> Исто важи и за пореске подстицаје. Наиме, порези могу бити употребљени како са сврхом кажњавања послодавца који имају лош перформанс у погледу превентивних мера безбедности и здравља на раду, тако и ради позитивног подстицаја за улагање у безбедност и здравље на раду. Пример првонаведеног јесте порез на шибице са белим фосфором – који је уведен од стране руских власти давне 1892. године.<sup>42</sup> С друге стране одличан пример употребе пореза као позитивног економског подстицаја јесте решење на које наилазимо у немачком праву. Тако, од 2009. године, само на нивоу пореских олакши-

---

35 Dietmar Elsler, Daniela Treutlein, Iza Rydlewska, Liliana Frusteri, Henning Krüger, Theo Veerman, Lieven Eeckelaert, Nele Roskams, Karla Van Den Broek, Terry N. Taylor, „A review of case studies evaluating economic incentives to promote occupational safety and health“, *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, Nr. 36(4), 290.

36 C. Brück, L. Lissner, Workers' compensation and economic incentives.

37 European agency for safety and health at work (2010), 9.

38 D. Treutlein, External economic incentives for prevention.

39 European agency for safety and health at work (2010), 26.

40 D. Treutlein, External economic incentives for prevention.

41 European agency for safety and health at work (2010), 65.

42 D. Treutlein, External economic incentives for prevention.

ца, послодавац може имати и до 500 евра трошка мање по раднику, а на основу његових активности које промовишу здравље на раду.<sup>43</sup>

Битно је ипак истаћи да подстицајне шеме не би требале да награђују само протекле добре резултате у погледу организације безбедности и здравља на раду, већ и посебан напор у области превенције, а који за циљ има умањење будућих незгода и лошег здравља. Наиме, како статистичка „добра срећа“ не подразумева и непостојање озбиљних пропуста у пракси безбедности и здравља на раду, потребно је наградити и ефективност тренутног превентивног понашања.<sup>44</sup>

## **2. Ефикасан систем пријављивања као предуслов за осмишљавање одговарајуће стратегије економских подстицаја**

Кључна претпоставка за осмишљавање превентивне стратегије јесте поседовање одговарајућег знања у погледу броја несрећа и болести, њиховој озбиљности и њиховим узроцима, као и о радним местима и индустријама где су се десиле. Ово дакле значи и да свака држава мора поседовати и ефикасан систем пријављивања повреда на раду и професионалних болести.<sup>45</sup> Ипак, постојање праксе непријављивања незгода на раду и професионалних обољења у Републици Србији, која преовлађује у малим приватним предузећима у којима нема ни синдиката ни одбора за безбедност и здравље на раду, ствара недостатак одговарајућег знања о самим узроцима незгода на раду, као и професионалних обољења. Самим тим, отежана је и израда и примена делотворних мера превенције. Ово, између осталог, и због тога што немогућност разграничења општих случајева и случајева који су повезани са радом онемогућава осмишљавање подстицајних мера за послодавце (као што су диференцијалне стопе доприноса за различите ризике и стопе доприноса засноване на претходном учинку).<sup>46</sup> То и јесте логична последица, како непостојање знања о извору ризика елиминише и могућност његовог евентуалног искорењивања, или бар умањења. Опет, уколико такав недостатак знања постоји, немогуће је говорити о степеновању висине ризика и, у том смислу, осмишљавања евентуалне превентивне политике. Самим тим, није могуће ни осмислити ни одговарајуће подстицаје за послодавце, а ради улага-

43 European agency for safety and health at work (2010), 66.

44 European agency for safety and health at work (2010),11-22.

45 International Labour Organisation, *Improvement of national reporting, data collection and analysis of occupational accidents and diseases*, Geneva, 2012, 3.

46 Међународна организација рада, 1-10.

ња у безбедност и здравље на раду (која изискују значајна средства), као и ради поштовања одговарајућих, постојећих прописа.

С тим у вези приказаћемо податке који се односе на број пријављених незгода на раду у Немачкој, као и професионалних обољења, а ради истицања размера праксе њиховог непријављивања у Републици Србији. Наиме, само у 2017. години у Немачкој је пријављено 873.522 незгода на раду,<sup>47</sup> док је професионално порекло обољења потврђено у 38.080 случајева.<sup>48</sup> С друге стране, према подацима којима располаже Инспекторат за рад, у 2017. години у Републици Србији није пријављено ни једно професионално обољење.<sup>4950</sup> У том смислу, чини се тешким поверовати у веродостојност оваквих статистичких података.

Такође, треба имати у виду и да поједини облици подстицајне политике послодавца за улагање на име превентивне политике могу бити узроци праксе непријављивања. Тако је у системима у којима висина премије, односно доприноса, зависи од броја повреда на раду, односно професионалних болести и болести у вези са радом насталих код послодавца, могуће очекивати манипулисање пријавама од стране послодавца.<sup>51</sup> Ово и јесте разлог зашто се овој проблематици мора приступити изузетно опрезно.

#### IV Закључак

Област безбедности и здравља на раду јесте кључни елемент права на достојанствен рад и, као таква, за циљ има превенцију повреда на раду и професионалних обољења. Сама превенција подразумева елиминацију ризика у њиховом корену - односно њихово избегавање или умањење, и представља обавезу послодавца, а као таква захтева од њега улагање одређених средстава. С тим у вези, значај превенције огледа се како у умањењу броја оваквих повреда и обољења, те достизању адекватног нивоа заштите здравља запослених, тако и у позитивним економским последицама које

---

47 Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, Accident occurrence, доступно на адреси: <https://www.dguv.de/en/facts-figures/work-related/index.jsp>, 1. 4. 2019.

48 Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung, Occupational diseases (ODs), доступно на адреси: <https://www.dguv.de/en/facts-figures/ods/index.jsp>, 1. 4. 2019.

49 Инспекторат за рад, *Извештај о раду Инспектората за рад за 2017. годину*, Београд, 2019, 55.

50 При том, треба имати у виду да професионална обољења називају и „тихом епидемијом данашњице“. Вид. Dijana Poplašen, Vlatka Brumen, „Profesionalne bolesti – „тиха епидемија данашњице“, *Sigurnost*, Nr. 2/2014, 124.

51 European agency for safety and health at work (2010), 40.



она може имати за послодавца. Наиме, неспорно је да улагање у превенцију подразумева издвајање знатних средстава на терет послодаваца. Ипак, такво улагање за резултат може имати не само умањење броја поменутих повреда и обољења, већ и повећање продуктивности и побољшање јавне слике о послодавцу. Осим тога, релевантно истраживање дошло је до резултата којима је представљен више него повољан износ приноса од улагања у превенцију, те би тако (потенцијално) на сваки уложен евро/другу одговарајућу валуту послодавац могао очекивати принос од 2.2 евра, односно друге одговарајуће валуте. Претходно, поготово ако се има у виду да и сам настанак повреда на раду, односно професионалних обољења, са собом носи незанемарљиве трошкове. Ипак, да би издвајање средстава у ове сврхе од стране послодаваца постало примењивано у пракси, потребни су и извесни економски подстицаји у том смислу. Наиме, како улагање у превенцију може имати позитивних економских последица како за послодавце, тако и за привреду уопште, неопходно је осмишљавање адекватне подстицајне политике која би улагање у област превенције, односно безбедности и здравља на раду, учинила примамљивим и исплативим за послодавце. Претходно, уз организовање ефикасног система пријављивања, као предуслова за њен успех - јер без одговарајућег знања у погледу броја несрећа и болести, њиховој озбиљности и њиховим узроцима, као и о радним местима и индустријама где су се десиле, не може бити говора ни о адекватној превенцији.

**Mila PETROVIĆ,**  
PhD student at the Faculty of Law, University of Belgrade

**PREVENTION OF WORK-RELATED INJURIES AND OCCUPATIONAL  
DISEASES – TERM, COSTS AND ECONOMIC INCENTIVES  
FOR INVESTMENT IN PREVENTION**

**Summary**

*Occupational safety and health is the key element of the right to decent work and, as such, it has a purpose of prevention of work-related injuries and occupational diseases. The significance of prevention is not just in the reduction of the number of work-related injuries and occupational diseases, but also in the positive economic consequences that it might have for the employer. Therefore, in this paper, the costs of the prevention for the employer, as well as the eventual economic incentives which would make the investments more tempting are presented - with an explanation of what the prevention of work-related injuries and occupational diseases itself really implies. The conclusion that was made is that, in order for the investments to be made in practice - with this purpose, economic incentives are needed. Namely, as investments in prevention can have positive economic consequences for the employers, as well as for the economy in general, design of an adequate incentive policy is needed for the investments in the field of prevention (that is safety and health at work) to be more tempting and profitable for the employers. The later accompanied by an efficient record system, as a precondition for its success.*

**Keywords:** *health at work, prevention of work-related injuries and occupational diseases, costs of the prevention and of the occurrence of work-related injuries and occupational diseases, economic incentives for investment in prevention.*

Др Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ\*

## (РАДНЕ) КООПЕРАТИВЕ КАО ДЕО ПОЛИТИКЕ ОДРЖИВОГ ЕКОНОМСКОГ РАЗВОЈА И КОНЦЕПТА ДОСТОЈАНСТВА НА РАДУ

### Резиме

*У раду се анализира улога и значај савремених (радних) кооператива, односно задруга, а, нарочито, специфичност радноправног статуса задругара, у контексту основних елемената, тј. обележја радног односа. Посебна пажња посвећује се сагледавању односа радних кооператива и социјалних предузећа, а са аспекта професионалне интеграције и укључивања теже запошљивих категорија радника. Ово, нарочито, у оквирима глобалне политике одрживог економског развоја и примене концепта достојанства на раду. Утврђено је да су савремена обележја радног односа, осим примене принципа субординације, својствена и раду у задругама, с тим да елементи радног односа карактеристични за социјалистичко радно право и концепт удруженог рада у великој мери одговарају концепцији радног односа у савременим кооперативама, међународног, упоредног и домаћег права. Осим тога, циљеви пословања социјалних предузећа и кооператива се, у великој мери, подударају због чега, сходно решењима из упоредног права, социјална предузећа могу да се оснивају и у форми задруга. Исто решење треба применити и у праву Србије.*

**Кључне речи:** *радне кооперативе, специфичност радноправног статуса, социјална предузећа, социјална економија, рањиве категорије радника, достојанство на раду.*

### І Увод

Кооперативе, односно задружна друштва основе свог настанка налазе у породичним задругама родовског друштва ХІХ, да би са појавом

---

\* Научни сарадник Института друштвених наука Београд

феудализма и, касније, капитализма дошло до њиховог постепеног нестајања. Ови, примарни, облици радног организовања почивали су на крвном сродству чланова породице, а настали удруживањем рада и имовине чланова. Са појавом комунизма и социјализма, а посебно у време самоуправног социјализма и настанка концепције удруженог рада долази до актуелизације задруга, нарочито, земљорадничких задруга. Са појавом либералне економије, улога задруга се занемарује а фокус је на глобализацији производње и пословања, када се наглашава значај мултинационалних компанија, као и малих и средњих привредних субјеката у остваривању циљева убрзаног економског раста. Данас, може се рећи, у посткапиталистичком друштву, а нарочито након економске кризе 2008. године, концепт социјалне економије, односно остваривање економских циљева пословања али уз незанемаривање и социјалне компоненте радног-социјалног положаја појединца, као и интереса друштва у целини, долази до редефинисања улоге и значаја кооператива, односно радних задруга. С тим у вези, циљ рада јесте да се сагледа и анализира улога и значај савремених (радних) кооператива у једном развојном контексту, а у условима глобализације, убрзаног технолошког напретка и промена на тржишту рада. Да ли задруге могу да буду покретач хуманизације услова рада и израз солидарности у условима када је основни циљ пословања максимизација профита, као и која је њихова улога у професионалној интеграцији и укључивању мањинских и маргинализованих друштвених група. Посебна пажња се посвећује утврђивању посебности радноправног статуса задругара, с обзиром на хибридног природе статуса, а у оквирима основних елемената (индивидуалног) радног односа. Осим тога, утврђивање међусобног односа задруга и социјалних предузећа, будући да, како у упоредном тако и у домаћем праву, *ratio* доношења прописа којима се уређују ове форме пословања, чини се, да је истоветан, представља питање на које је потребно указати и дати одговарајући одговор, у смислу сагледавања перспектива развоја у будућности. Ово, нарочито, важи уколико се оно разматра са становишта глобалне политике одрживог економског развоја и концепта достојанства на раду.

## II Кооперативе у савременом праву

Задружна друштва, односно кооперативе представљају посебну врсту привредних субјеката у односу на традиционалне форме које познаје привредно, односно компанијско право. Статусно-правна питања оснивања кооператива различито су регулисана у упоредном праву, где, на пример, Немачка не познаје кооперативе као посебну форму трговачког дру-

штва, што је случај и домаћег права.<sup>1</sup> Са друге стране, земље романске правне традиције предвиђају могућност оснивања кооператива у некој форми трговачког друштва на које се, сходно томе, примењују грађански законици.<sup>2</sup> Специфичност статуса кооператива у привредном, односно компанијском праву прати и специфичност статуса у радном праву.

Са становишта радног права, кооперативе се разматрају као посебна врста послодаваца, субјекта радног односа. Оне се означавају као *sui generis* врста послодаваца, чији су власници истовремено и запослени, и обрнуто.<sup>3</sup> Кооперативе, се, тако, према врсти субјекта права, класификују као послодавци који уживају статус правног лица. Кооперативе могу да буду профитне организације-послодавци чији је основни циљ стицање профита, с тим да постоје и кооперативе које своју делатност организују на непрофитним основама, где се сврставају омладинске или студентске задруге које немају за циљ остваривање профита.<sup>4</sup> Међутим, данас, у тзв. посткапиталистичком друштву, односно у условима глобализације производње, нарочито, у контексту деловања мултинационалних компанија, где се истиче, посебно, „проблем“ измештања производње у слабије развијене државе са ниским радним стандардима, што условљава деградацију услова рада и живота радника на националном и на међународном нивоу, улога кооператива се разматра у сасвим другом контексту, где се наглашава посебност, хибридниост, односно дуалност њихове природе. Наиме, кооперативе се не оснивају искључиво са циљем максимизације профита већ и ради унапређења услова рада и живота, као и са циљем заштите јавних, друштвених интереса, а с тим у вези, и глобалног интереса заштите животне средине. Тако, данас, кооперативе се посматрају и у оквирима модела социјалног бизниса (енг. *Social business model*).<sup>5</sup> Оне се, између осталог, оснивају и са циљем да „реше“ различита социјална и питања у области заштите животне средине уз помоћ „моћи и снаге бизниса“.<sup>6</sup> Осим тога, улога кооператива се сагледава и са аспекта

---

1 Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштава Србије и ЕУ*, Правни факултет у Београду, Београд, 2007, 490.

2 М. Васиљевић, 491.

3 Бранко Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2012, 87.

4 Б. Лубарда, 93.

5 Sandrine Stervinou, Julie Bayle-Cordier, Lorea Narvaiza, Cristina Aragon, Cristina Iturrioz, *Worker cooperatives, a status to survive in a changing world or a status to change the world? Spain and France, two worldviews on worker cooperatives*, Working paper CIRIEC N° 2015/13, 5.

6 S. Stervinou, J. Bayle-Cordier, L. Narvaiza, C. Aragon, C. Iturrioz, 5.

„покретача“ социјалних кретања, и промена.<sup>7</sup> Ово, нарочито, у данашњим условима слабљења значаја синдиката и смањења броја чланства, што је последица не само демографских промена са којима се суочавају већина држава Европе већ и незаинтересованости младих да се укључе у рад синдиката. Слабљење социјалног дијалога на међународном и на националним нивоима и изазови заштите права мањинских и маргинализованих друштвених група направили су простор поновном оснивању кооператива, које су свој развој доживеле у годинама након последње велике економске кризе, 2008 године. Тако, у Сједињеним Америчким Државама, али и у државама Европске уније, нарочито у Шпанији, Италији и Француској, које се одликују највећим бројем кооператива у Европи,<sup>8</sup> њихов значај расте, те се све више истиче хибридна природа, тј. истовремени фокус на остварењу како економских тако и ширих, социјалних циљева - повећања запослености, нарочито рањивих категорија радника, остварења социјалне добробити појединца-радника али и радне и друштвене заједнице, промовисањем радне етике уз обезбеђење стабилности производње и стабилности рада. Осим тога, као карактеристика истиче се и њихово оснивање и функционисање на демократским методама управљања, по принципу један човек, један глас, независно од појединачних улога задругара. Демократичност у задругама огледа се и у значајној посвећености организовању професионалних обука и дељењу информација међу задругарима, где су спроведена истраживања показала да партиципација у одлучивању запослених који су истовремено и оснивачи, односно послодавци, у крајњем, утиче на повећање продуктивности.<sup>9</sup> Тако, на нивоу Европске уније, Правилем бр. 1435/2003 и Директивом бр. 2003/72 регулисано је право радника на учешће у одлучивању у пословима европске задруге, која се оснива у складу са посебним законом државе чланице и има средиште у држави чланици.<sup>10</sup> Исто тако, у кооперативама, приметан је и утицај на повећање аутономије појединца,

7 Gowri J. Krishna, „Worker Cooperative Creation As Progressive Lawyering? Moving Beyond the One-Person, One-Vote Floor,“ *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, Vol. 34:1, 65.

8 У Шпанији и Италији послује између 31 500 и 54 200 кооператива док у Француској и Пољској има мање и тај број износи око 2000 кооператива, с тим да су у Француској и Пољској већина радничке кооперативе док у Шпанији и Италији једну трећину чине социјалне кооперативе, односно кооперативе које одговарају социјалним предузећима. S. Stervinou, J. Bayle-Cordier, L. Narvaiza, C. Aragon, C. Iturrioz, 6.

9 V. Perotin, „The Performance of Workers’ Cooperatives“, *The Cooperative Business Movement, 1950 to the Present* (ed. P Battilani and H Schroeter ), New York: Cambridge University Press, 2012, ch. 8, 202.

10 Б. Лубарда, 89.

односно утицај на повећање осећаја задовољства на раду и поштовање достојанства личности.

Хибридна, односно дуалност која је везана и за циљеве оснивања и пословања задруга најбоље је презентована на примеру емпиријских истраживања која су спроведена у Француској и Шпанији, где су анализирани ставови и виђења менаџера у кооперативима. Тако је утврђено постојање значајних разлика, тј. да за разлику од Шпаније, где је примарни циљ оснивања и деловања радних задруга у основи прагматичан и везан за смањење пореза, флексибилност у раду, оснаживање радника, а фокус је на улози клијената чиме је њихова природа у основи комерцијална, у Француској је циљ идеолошког и нормативног карактера, односно кооперативе су виђене као алтернативе традиционалним капиталистичким предузећима, наглашавајући значај радника, зарада и демократичности управљања, где њихова природа више одговара правној форми социјалног предузећа него неком облику трговачког друштва.<sup>11</sup> У Аргентини су се, пак, развиле посебне задруге, након економске кризе 2000-2001. године, које су настале преузимањем трговачких друштава, односно компанија од стране радника а након стечаја (енг. *Worker - recovered companies*).<sup>12</sup> Оне су засноване на самоуправљачким принципима, и идејама марксиста о еманципацији радника, а са циљем да имају шири, друштвени утицај на креирање и вођење политике социјалне сигурности у условима обезбеђења праведне расподеле ресурса.<sup>13</sup> Са друге стране, у Сједињеним Америчким Државама кооперативе јесу, претежно, облик самозапошљавања рањивих категорија радника, настале из нужде, односно удруживањем обично миграната и жена, ради обезбеђења основних животних потреба и то, најчешће, у сектору пружања услуга помоћи у кући, неговања деце, старијих и лица са инвалидитетом.<sup>14</sup>

### III Специфичност радноправног статуса у кооперативима

Основна специфичност рада у задругама јесте дуалност, односно хибридна статусна, где су запослени истовремено и власници капитала, односно послодавци, што, затим, води ка хибридности циљева пословања. Са друге стране, битна одлика индивидуалног радноправног односа

11 S. Stervinou, J. Bayle-Cordier, L. Narvaiza, C. Aragon, C. Iturrioz, 4.

12 Daniel Ozarow, Richard Croucher, „Workers’ Self-management, Recovered Companies and the Sociology of Work“, *Sociology*, Vol. 48(5), 2014, 989.

13 D. Ozarow, R. Croucher, 990.

14 G.J. Krishna, 68.

јесте субординација, тј. подређеност, односно зависност радника према послодавцу, који се као власник капитала налази у повољнијем положају у односу на другу страну у уговорном односу. Радно право се, као посебна правна дисциплина, развило из грађанског, и то са основном идејом да се заштити подређена страна у овом односу, како би се смањила „природна“, односно урођена неравноправност уговорних страна. На тим основама је настало и развило се међународно и, пратеће, национално (заштитно) радно законодавство.

Данас се, као битна обележја традиционалног (индивидуалног) радног односа, наводе: добровољност (слобода воље да се ступи и иступи из радног односа), лично обављање рада (уговор о раду јесте личног карактера, врста уговора *intuitu personae*), плаћеност рада и подређеност власти послодавца.<sup>15</sup> У контексту радноправног статуса задругара и постојања радног односа добровољност као елемент, свакако, постоји јер се, савремено задружно право, заснива на начелу добровољности статуса задругара. Други елемент радног односа – лично извршење рада, такође, јесте одлика задружног рада, где задругари не само да лично извршавају рад већ лично доносе све одлуке везане за управљање организацијом и располагање уложеним капиталом, те, по овом обележју, лично извршење рада додатно се наглашава, а природа и врста „рада“ одговарају карактеристикама рада како радника тако и послодавца. Трећи елемент, односно плаћеност рада, код задругара, огледа се у учешћу у расподели добити, што више одговара статусу послодавца, власника капитала него радника који, по правилу, накнаду за рад остварује у виду плате на месечном нивоу. Споран, када су у питању задруге, остаје четврти елемент, односно обележје радног односа, а то је подређеност власти послодавца, односно субординација. Велики број задруга у Србији везује се за период комунизма и социјализма, где су, нарочито, биле заступљене земљорадничке задруге, које, пак, свој основ настанка налазе у традиционалним породичним задругама родовског друштва, чије нестајање се везује за XIX век, те појаву феудализма и, касније, капитализма.<sup>16</sup> С тим у вези, треба истаћи да је правна теорија социјалистичког радног права негирала подређеност као обележје радног односа, истичући други елемент, тј. елемент „укључености“, односно интеграције радника у процес рада, насу-

---

15 Б. Лубарда, 15.

16 Nada G. Novaković, „Теорије о настанку и структури породичних задруга“, *Stanovništvo*, br. 1-4, 2005, 105.



прот подређености.<sup>17</sup> Разлог је тај што ово не одговара концепцији рада заснованог на самоуправљању, удруженом раду и доминантној друштвеној својини,<sup>18</sup> као и на наслеђеним социолошко-културолошким обрацима оснивања задруга. Постојање укључивања, односно интеграције, као једног од елемената радног односа, разматра се и данас, а чини се да је најприхватљивије становиште то да укључивање јесте „индиција субординације“ не и посебно обележје индивидуалног радног односа.<sup>19</sup> Тако, интеграција подразумева укључивање радника у организациону структуру радне организације (функционална интеграција), као и укључивање у производну структуру послодавца (техничка интеграција).<sup>20</sup> Правном статусу задругара као радника, интеграција, схваћена на овај начин, такође, није својствена, јер се задругари не интегришу у послодавчеву делатност већ користе сопствене организационе капацитете јер су и сами послодавци, а то више одговара samozапосленим лицима. Са друге стране, када се говори о самом појму подређености, односно субординације, ни он није прецизно дефинисан у савременом радном праву. У литератури, преовладавају описне дефиниције, где је субординација дефинисана као „хијерархијски однос између послодавца и радника, у којем потоњи треба да се покорава наредбама првог“ али и као „право послодавца да даје налоге раднику и да против њега предузима санкције у случајевима неизвршења датих наредби“.<sup>21</sup> Истиче се да послодавац, сходно принципу субординације, има управљачка, нормативна, надзорна и дисциплинска овлашћења у односу на радника. У случају задругара, принцип субординације, према утврђеној дефиницији, није применљив, где се у већини савремених задружних законодавства, која прати и домаћи Закон о задругама (2015) утврђује принцип аутономије и независности. Наиме, овде важи принцип демократске управе, док се контрола од стране задругара остварује кроз задругу као демократску организацију контролисану од стране свих чланова, који активно учествују у доношењу одлука, формулисању пословне и развојне политике, као и у одговорности представника задруге свим њеним члановима, где сваки задругар има једнако право гласа у управљању и контроли пословања задруге (по прин-

---

17 Б. Лубарда, 17.

18 Б. Лубарда, 17.

19 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду, Београд, 2011, 160.

20 Љ. Ковачевић, 158.

21 Љ. Ковачевић, 24.

ципу један задругар-један глас).<sup>22</sup> У случају задруга, принцип аутономије и демократичности потиरे принцип субординације, који као битно обележје индивидуалног радног односа, у случају задруга није применљив, што имплицира да правна форма задруге, можда, на најбољи начин обезбеђује реалну једнакост власника капитала и власника радне снаге, што је био и циљ радног права, као правне дисциплине. Осим тога, на овом месту, треба указати и на чињеницу да су елементи радног односа у удруженом раду били дефинисани на начин који се битно разликује од онога данас а укључује: удруживање рада, право на одлучивање о условима и резултатима рада са посебним правом на учешће у расподели дохотка, право уређивања права, обавеза и одговорности у појединачном, заједничком и опште друштвеном интересу,<sup>23</sup> што одговара, у великој мери, односима који се успостављају у данашњим, савременим кооперативама, односно радним задругама. Може се рећи да, обележја радног односа карактеристична за период самоуправљања социјалистичког радног права, више одговарају обележјима рада у данашњим кооперативама у односу на елементе радног односа савременог права. Овде, посебно, треба указати на то, да се у време важења концепције удруженог рада, део дохотка којим управљају радници, поред осталог, издвајао и за очување и унапређење човекове радне и животне средине,<sup>24</sup> што је данас питање од нарочитог значаја.

#### **IV Улога и значај кооператива за унапређење услова рада и живота радника и обезбеђења достојанства на раду**

У упоредном праву, приметне су различите правне форме оснивања задруга, како оне које имају форму трговачког друштва чији су циљеви претежно економски-комерцијални у контексту максимизације профита, као и оне са посебном, хибридном *sui generis* формом које делују на принципима либералне економије и у складу са правилима тржишта али уз истицање важности поштовања социјалних циљева, укључујући и задруге које имају форму социјалних предузећа, односно социјална предузећа која се оснивају у форми задруга, односно кооператива. Кооперативе са претежно социјалним циљевима и кооперативе које послују као социјална предузећа имају доминантну радно-социјалну компоненту заступану у оквирима савременог концепта достојанственог рада и тзв.

22 Закон о задругама - 33, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, чл. 4, ст. 5.

23 Vljako Brajić, *Radno pravo*, IRO „Privredna štampa“, Beograd, 1980, 78.

24 V. Brajić, 177.

социјалне економије посткапиталистичког друштва. Овде се, нарочито, наглашава значај социјалних предузећа као инклузивне форме за професионалну интеграцију мањинских и маргинализованих група.

Облици задружних социјалних предузећа, данас, постоје у Белгији, Португалу, Шпанији, Шведској, Латинској Америци.<sup>25</sup> Социјална предузећа у Великој Британији могу се оснивати према правилима компанијског права када имају форму трговачког друштва али и у форми задруга, и тада се дефинишу као добровољне организације чији је главни циљ помоћ члановима која је обично финансијске природе за време болести, периода незапослености или након остварења права на старосну пензију, као и ради обезбеђења животног осигурања.<sup>26</sup> Данас, оснивање социјалних предузећа део је политике концепта социјалне економије, те представља форму пословања која је усмерена на остварење социјалних циљева, односно, првенствено, права на социјално укључивање и смањење сиромаштва рањивих друштвених група, али чије пословање је, истовремено, усклађено са принципима слободног тржишта и стицањем профита. Наиме, ова предузећа комбинују јавноправне и економске елементе пословања а циљеви су, првенствено, социјални, а тек онда економски.<sup>27</sup> Разлог оснивања социјалних предузећа лежи у друштвено-политичким, културним и економским околностима развоја савременог друштва, где у условима глобализације и деловања мултинационалних компанија, оне представљају важан механизам запошљавања теже запошљивих категорија радника, као што су лица са инвалидитетом, жене, радници мигранти, старији радници, Роми. На овај начин, делује се на основама начела једнакости, па промовисање социјалних предузећа, посебно уколико су предвиђене одређене пореске олакшице и субвенције, представља важну меру позитивне дискриминације теже запошљивих категорија у контексту сузбијања дискриминаторског поступања, а у оквирима концепта обезбеђења достојанственог рада за све категорије радника а нарочито за оне који се сматрају рањивим. Осим тога, то има и шири друштвени и социјалноправни значај, подстицања социјалне укључености и смањења сиромаштва. С тим у вези, право на социјалну укљученост

---

25 R. Spear, 105.

26 R. Spear, 106.

27 Marija Kolin, „Main types of social enterprises in Serbia“, *Cooperatives and Social Enterprises in Europe and in Transitional Contexts* (ed. Slobodan Cvejić), The Sociological Association of Serbia and Montenegro The Institute for Sociological Research, University of Belgrade, Belgrade, 2013, 79.

и смањење сиромаштва гарантовано је одредбама Ревидиране Европске социјалне повеље (1996).

У праву Србије, још увек није усвојен посебан Закон о социјалном предузетништву, док се, према постојећем Нацрту закона о социјалном предузетништву, који се налази на јавној расправи, оно дефинише као обављање делатности којом се задовољава општи интерес на националном, регионалном или локалном нивоу кроз производњу добара, односно пружање услуга и запошљавање корисника, у циљу остваривања већег степена социјалне укључености.<sup>28</sup> Као корисници, према предлогу, таксативно су набрајане категорије које се сматрају теже запошљивим лицима, са широким обухватом лица и то млади до 30 година старости, вишкови, дугорочно незапослени, лица са инвалидитетом, Роми, жртве породичног насиља, припадници етничких заједница, интерно расељена и избегла лица, самохрани родитељи, повратници по споразуму о реадмисији, лица која су била на издржавању казне затвора, жртве трговине људима, лица која се суочавају са егзистенцијалним тешкоћама услед болести зависности, као и радно способна лица која су корисници новчане социјалне помоћи.<sup>29</sup> Социјална предузећа се могу оснивати у форми привредног друштва и предузетника,<sup>30</sup> с тим да није предвиђено њихово оснивање у форми задруга или удружења. Исто решење предвиђено је и у Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (2009), према коме се социјална предузећа оснивају, искључиво, у форми привредног друштва, а са циљем обављања делатности усмерене на задовољење потреба особа са инвалидитетом, и која независно од укупног броја радника запошљавају барем једно лице са инвалидитетом.<sup>31</sup> Са друге стране, Закон о задругама (2015) предвиђа социјалне задруге, као посебну врсту задруга, и оне обављају различите делатности ради остварења социјалне, економске и радне укључености, затим ради задовољења сродних потреба припадника угрожених друштвених група, као и ради задовољења општих интереса унутар заједнице.<sup>32</sup> Припадницима угрожених група сматрају се лица која припадају друштвеним гру-

28 Нацрт Закона о социјалном предузетништву, чл. 3, ст. 1 доступно на адреси: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/ostalo/javna-rasprava-o-nacrtu-zakona-o-socijalnom-preduzetnistvu>, 28.03.2019.

29 Нацрт Закона о социјалном предузетништву, чл. 8.

30 Нацрт Закона о социјалном предузетништву, чл. 6, ст. 1.

31 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 32/2013, чл. 45.

32 33, чл. 11, ст. 9.

пама које се налазе у стању социјалне потребе у складу са законом којим се уређује социјална заштита и обезбеђује социјална сигурност грађана, и у складу са законом којим се уређује забрана од дискриминације.<sup>33</sup> Данас у Србији, социјална предузећа, сходно правилима које дефинише Агенција за привредне регистре, најчешће се оснивају у форми предузећа за професионалну интеграцију према Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом и то као друштва са ограниченим одговорношћу и акционарска друштва, као и у форми непрофитних организација, односно удружења грађана и фондација.<sup>34</sup> Циљ оснивања социјалних предузећа, према Нацрту Закона о социјалном предузетништву, јесте укључивање теже запошљивих категорија, што одговара и циљу оснивања социјалних задруга дефинисаних у Закону о задругама, а то указује на исти *ratio* законодавца приликом регулисања ове материје, што значи да социјална предузећа могу да се оснивају у форми задруге. Ипак, неусклађеност ових прописа у погледу могућих форми оснивања социјалних предузећа, тј. искључиво оснивање у форми привредног друштва и предузетника, довешће до проблема у примени права и могућег тумачења на начин да се не допушта оснивање социјалног предузећа као задруге, у случају да се одредбе Нацрта закона о социјалном предузетништву усвоје као такве, због чега је неопходно њихово усклађивање. Закон о задругама и Закон о социјалним предузећима немају карактер општег и посебног закона, због чега се не може применити правило *lex specialis derogat legi generali*, те се проблем њихове колизије мора решити усклађивањем Нацрта са решењима важећег Закона о задругама.

Осим подстицања запошљавања и стварања пословних и радних могућности, а у оквирима креирања и вођења активне политике запошљавања, посебно, теже запошљивих категорија, радне кооперативе, односно задруге, имају значајан политички потенцијал, односно потенцијал покретања промена у друштву, у смислу организовања и окупљања ради задовољења ширих, јавних интереса и циљева јер кооперативе представљају облик организовања оних који деле исте вредности.<sup>35</sup> Идеја друштвене одговорности и солидарности „уткана“ је у саме основе настанка радних задруга. Осим тога, у Сједињеним Америчким Државама, кооперативе које претежно оснивају радници мигранти, ангажују своје правне

33 33, чл. 11, ст. 11.

34 Национални извештај о социјалном укључивању и смањењу сиромаштва у Републици Србији за период 2014-2017 године, Влада Републике Србије, Београд, децембар 2018, 125.

35 G.J. Krishna, 69.

тимове са циљем пружања правне помоћи и заштите права других миграната, чиме је нарочито истакнута њихова активистичка улога.<sup>36</sup> Оснивање кооператива често подстичу организације цивилног сектора, које на тај начин утичу на побољшање услова рада и живота рањивих друштвених група.<sup>37</sup>

Економске активности које су истовремено усмерене и на остварење социјалних циљева, што је обично одлика пословања кооператива, уз истовремено сједињење статуса радника и послодавца код радних кооператива одговарају политици Уједињених нација, предвиђеној у Агенди о одрживом развоју до 2030. године.<sup>38</sup> С тим у вези, Агенда предвиђа обезбеђење одрживог економског раста заснованог на инклузивном принципу, што се има остварити деобом богатства и решавањем проблема неједнакости. Економске активности биће окренуте ка појединцу, а промовисаће се запошљавање младих и економско оснаживање жена, као и обезбеђење достојанствених услова рада за све. Агенда адресира и кооперативе, као средства за остварење утврђених циљева, а који се тичу повећања продуктивности, инклузивног економског раста и стварања радних места, уз обавезно поштовање међународних стандарда рада али и стандарда заштите здравља и заштите животне средине. На међународном нивоу, осим Агенде Уједињених нација о одрживом развоју до 2030. године, значајна су и документа њених специјализованих агенција. У области рада најзначајније је деловање Међународне организације рада која је 2002. године усвојила Препоруку бр. 193 којом се промовишу права радника у кооперативама.<sup>39</sup> Препорука има за циљ промовисање кооператива као форме пословања у оквирима динамичног, препознатљивог и видљивог економског сектора, где се државе позивају да донесу посебне мере којима се оснажују кооперативе засноване на основама начела солидарности и задовољења потреба угрожених друштвених група. Државе се охрабрују да предвиде посебне мере подршке оснивању кооператива, у виду пореских олакшица, зајмова, као и њихово укључивање у

---

36 G.J. Krishna, 69.

37 G.J. Krishna, 72.

38 Резолуција Уједињених нација „Трансформисање света: Агенда о одрживом развоју“ из 2015. године (Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, United Nations, A/Res/70/1), доступно на адреси: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E), 2.4.2019.

39 Препорука Међународне организације рада о промоцији кооператива из 2002. године (*Recommendation concerning Promotion of Cooperatives*, No. 193, Geneva, 90th ILC session, 20 Jun 2002).

јавне програме запошљавања. Нарочито, треба обратити пажњу, на мере које су усмеравају ка женама, са циљем јачања њихових управљачких и лидерских позиција. Препоруком се указује на важну улогу организација радника, односно синдиката и организација послодаваца који се позивају да укључе кооперативе у своје чланство ради остварења заједничких циљева, одрживог развоја и достојанственог рада. Осим тога, повезивање са владиним и невладиним агенцијама, такође, се истиче као значајно.

## V Закључак

Специфичност статуса кооператива, односно задруга у компанијском праву прати и специфичност радноправног статуса задругара. Са становишта радног права, (радне) кооперативе представљају *sui generis* врсту послодавца, чија улога, у контексту положаја радника, може да се означи као инклузивна, уз јак потенцијал за унапређење услова рада и живота радника, а нарочито мањинских, маргинализованих и рањивих друштвених група, односно теже запошљивих категорија радника. Према владајућем становишту у савременом праву, основне одлике статуса задругара јесу: добровољно и отворено приступање, контрола заснована на демократским начелима од стране свих задругара, економска партиципација задругара, аутономија и независност, право на едукацију, обуку и информисање, сарадња између задругара и брига за шире, друштвене и јавне интересе. Радне кооперативе због хибридне природе статуса, односно сједињења статуса власника капитала и власника рада, послују са циљем задовољења како комерцијалних, тј. максимизације профита тако и радно-социјалних интереса побољшања услова рада и обезбеђења социјалне сигурности, као и ради заштите ширих, друштвених интереса. Традиционална обележја индивидуалног радног односа, тј. добровољност, лично извршење и плаћеност рада својствена су и статусу задругара док остаје спорна карактеристика подређености, односно субординације. Субординација схваћена као обавеза повиновања наредбама надређеног лица под претњом санкција, није својствена статусу задругара већ се она, овде, замењује елементом аутономије и независности. Са друге стране, обележја радног односа својствена концепцији удруженог рада социјалистичког радног права више одговарају радноправном статусу задругара у савременом праву. Инклузивна улога кооператива, са аспекта професионалне и социјалне интеграције рањивих радноправних категорија, поклапа се са улогом социјалних предузећа, која се, према решењима из упоредног права, могу оснивати и у форми задруга. Такво решење није предвиђено Нацртом Закона о предузетништву Републике Србије док важећи

Закон о задругама (2015) омогућава оснивање радних задруга које су усмерене на запошљавање угрожених друштвених група због чега је неопходно њихово усклађивање. Радне кооперативе у посткапиталистичком друштву, у великој мери, доприносе политици тзв. социјалне економије и одрживом економском развоју који се заснива на концепту достојанственог рада за све друштвене групе, а нарочито, оне рањиве.

**Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ, PhD**  
**Research Associate, Institute of Social Science, Belgrade**

**WORKERS' COOPERATIVE AS A PART OF SUSTAINABLE  
ECONOMIC AND HUMAN DEVELOPMENT  
AND CONCEPT OF DECENT WORK**

**Summary**

*The paper aims to analyze the role and significance of contemporary workers' cooperative, particularly the specificity of labour law status of their members, accounting for the basic elements of labour relation. Besides, the paper focuses on the legal issues related to the mutual relationship between workers' cooperative and social enterprise. The aspect of the inclusive role of both legal forms regarding professional integration and social inclusion of marginalized and vulnerable workers are considered, as a part of global sustainable economic development and decent work agenda. The conclusion of the research could be divided into the following points: (1) the basic elements of contemporary labour relation except the subordination principle could be implemented in the workers' cooperative but the elements of socialist labour law theory within the concept of joint work would find a better place regarding labour status of the workers cooperative members in the contemporary international, comparative and domestic law; (2) the goals of workers cooperative and social enterprise could be interpreted as equal, taking into account the solutions from comparative law, whereas social enterprise could be established in a legal form of cooperative as well. The proposed measures presented in the paper should be implemented in the Serbian legislation.*

**Keywords:** *workers' cooperative, specificity of labour status, social enterprise, social economy, vulnerable workers', decent work.*



Др *Велисав* МАРКОВИЋ\*

## ПРАВО НА УВЕЋАЊЕ ЗАРАДЕ ПО ОСНОВУ ПРЕКОВРЕМЕНОГ РАДА

### Резиме

*На захтев послодавца, запослени је дужан да ради дуже од пуног радног времена у случају више силе, изненадног повећања обима посла и у другим случајевима када је неопходно да се у одређеном року заврши посао који није планиран. Прековремени рад не може да траје дуже од осам часова недељно а запослени не може да ради дуже од 12 часова дневно укључујући и прековремени рад. За прековремени рад запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду најмање 26% од основице. У пракси је веома изражен проблем злоупотребе прековременог рада. Од запосленог се очекује да ради прековремено а такав рад се не признаје као прековремени рад и не плаћа се.*

*У раду је обрађен прековремени рад, појам, историјат, упоредно-правна решења, као и примена важећих прописа. Аутор посебно указује на непрецизност законских решења и потребу мењања Закона о раду али и судске праксе ради заштите запослених.*

**Кључне речи:** *радно време, прековремени рад, увећање зараде.*

### І Увод

У радним односима је евидентан агресиван тренд да се радна права поистовете с другима у облигационоправним, а и другим правним односима. Заговара се њихова одредивост, а не одређеност; слобода уговарања на уштрб претходне нормативне уређености (хетерономне и аутономне); поступци (органи, радње, рокови) се поједностављују; норме постају екстензивне, дифузне, недоречене и остављају “простор за арбитражање” и *ad hoc*

---

\* Ванредни професор, Факултет здравствених, правних и пословних студија из Ваљева, Универзитет Сингидунум.

решења. Јављају се импровизације, струку замењује практицизам (вештине) а норму замењује детерминисана воља, исхитрена и недовољно слободна.<sup>1</sup>

Конкретно, у последње време у пракси је уочен проблем злоупотребе прековременог рада од стране послодаваца а на штету запослених. Од запосленог се очекује да ради прековремено а такав рад се не признаје као прековремени рад и не плаћа се. У закону не постоје јасна правила како послодавац треба да утврди прековремени рад. Поред тога инспекција рада има проблема у контроли прековременог рада. Послодавци често не воде евиденције о прековременом раду па је проблем доказивања велики. Мали број инспектора рада, такође, сужава могућност контроле.

Из наведених разлога, аутор је у раду обрадио институте радног времена, прековременог рада, права на увећање зараде по основу прековременог рада и то историјски, упоредноправно и кроз судску праксу а дао је и предлоге решења спорних питања.

## II Радно време

Под радним временом<sup>2</sup> подразумева се период од почетка до краја дневног извршавања рада, током кога запослени ефективно обавља рад, односно на располагању је свом послодавцу, извршавајући своје дужности на радном месту или другом месту које одреди послодавац, у складу са важећим правом.<sup>3</sup>

У основи правног регулисања радног времена увек стоји радни дан у датим условима, као друштвено-економска и социјално-политичка категорија која подразумева и својеврсну заштиту радника у радном односу од претераног трајања радног дана.<sup>4</sup> Ограничено радно време је у домену економско-социјалне заштите запослених и нема безбедности на раду без ограничења радног времена.

---

1 Маринко Учур, „Заштита особе у радном односу од начела до реализације“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2008, 2.

2 Енг. *Working time*, франц. *Temps de travail*

3 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2015, 182. Директива ЕУ 2003/88 о одређеним видовима организације радног времена под појмом радног времена подразумева период током којег радник ради, на располагању је послодавцу и обавља своје активности и дужности у складу са националним правом (чл. 2, ст. 1, тач. 1), Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ L 299, 18.11.2003, 9–19, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0088>, 16.1.2019.

4 Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2012, 217.

Од запосленог се не може очекивати да ради преко својих могућности. Напротив, запослени мора имати довољно времена за одмор, обнављање својих физичких и интелектуалних потенцијала, посвећивање породици, образовање и културно уздизање.<sup>5</sup> Доколица је незаменљива и непроцењива. „Целокупно благостање које неко лице има обухвата садашњу потрошњу, будућу потрошњу (штедњу), поседовање имовине и уживање у доколици“.<sup>6</sup> Редовно дуго радно време не само да негативно утиче на здравље и безбедност запослених већ утиче и на продуктивност предузећа.<sup>7</sup>

Законом о радњама из 1910. године у Србији је први пут законом ограничено радно време тако што је исти у члану 60 прописивао да максимум дневног рада, осим часова одмора, не сме прећи 10 часова, а за трговачке радње 12 часова с тим да радници имају право на одмор на подне од најмање један сат (а ако раде лети под непосредним утицајем сунчевих зрака – најмање два и по сата), укључујући и раднике који раде ноћу (у половини рада).<sup>8</sup> Закон о заштити радника из 1922. године<sup>9</sup> (§ 6-19) прописивао је да у индустријским и рударским предузећима пуно радно време не може да траје дуже од 8 часова дневно, односно 48 часова недељно, док у осталим предузећима може да траје од осам до 10 часова, према природи и тежини посла.<sup>10</sup> Радно време је скраћено са 48 сати на

5 Живко Кулић, *Радно право*, Нови Сад, 2008, 197.

6 Дејан Поповић, *Пореско право*, Београд, 2015, 39.

7 Центар за здравље, политику и истраживање на Медицинском универзитету у Масачусетсу (САД) који је ивршио истраживање на преко 10.000 радника је пронашао драматичне доказе о тој вези. Према студији, послови са редовним распоредом прековременог рада повезани су са 61% већом стопом опасности од повреда у односу на оне без прековременог рада. Студија је такође идентификовала позитивну корелацију између прекомерно дугог радног времена и повећане стопе опасности од повреда: рад од 12 сати или више дневно повећава стопу опасности од повреда за 37%, док рад 60 или више сати недељно га повећава за 23%. Постоје дугогодишњи докази који повезују смањење радног времена са повећањем продуктивности. Брошура: *Достојанствено радно време: балансирање потреба радника са пословним потребама*, МОП, 2007, 8, 17. доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_145391.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_145391.pdf), 28.1.2019.

8 Гојко Никетић, *Закон о радњама са уредбом о суду добрих људи*, Београд, 1926, 37.

9 *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 128/XXI, 75/XIV, 72/XXII, 135/LXII.

10 Радно време овог закона преузео је и Закон о радњама из 1931. (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 262-LXXXI од 9.11.1931., ступио на снагу 9.3.1932. године), који у § 157. прописије да радно време регулишу прописи за заштиту радника. У погледу продужења радног времена важио је Правилник бр. 59494-23 од 25.9.1924. године о продужењу радног времена у индустријским и рударским предузећима, а на основу споразума између власника предузећа и њиховог помоћног особља.

42 сата Уставом СФРЈ из 1963. и Основним законом о радним односима<sup>11</sup> а Законом о радним односима из 1991. године уведено је 40 – часовно недељно радно време.<sup>12</sup>

Трајање радног времена је ограничено уставом и законом а ограничење је у функцији заштите здравља и безбедности на раду тако да се од запосленог не може тражити да ради дуже од пуног радног времена сем изузетно у законом предвиђеним случајевима.

Уставом Републике Србије<sup>13</sup> прописано је да свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи.

Трајање радног времена запосленог се прописује, по правилу, као пуно радно време у току радног дана и у току радне недеље.

Законом о раду - ЗР<sup>14</sup> Републике Србије прописано је да пуно радно време износи 40 часова недељно, с тим да се колективним уговором о раду (правилником о раду) може утврдити радно време краће од 40 часова, али не краће од 36 часова. У том случају постоји правна фикција о постојању пуног радног времена, тако да запослени остварују сва права из радног односа као и запослени који раде 40 часова недељно.<sup>15</sup> Такође, у циљу посебне заштите малолетника одређено је да пуно радно време малолетника износи 35 часова недељно.<sup>16</sup>

Код послодавца код кога је рад организован у сменама или то захтева организација рада, пуно или непуно радно време запосленог не мора бити распоређено једнако по радним недељама, већ се утврђује као просечно недељно радно време на месечном нивоу.<sup>17</sup>

Распоред радног времена у оквиру радне недеље утврђује послодавац. Послодавац је дужан да обавести запослене о распореду и промени

---

11 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 17/1965.

12 *Сл. гласник РС*, бр. 45/1991, 18/1992.

13 *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 60, ст. 4.

14 Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017, 95/2018 – аутентично тумачење.

15 ЗР, чл. 50, ст. 2 и 3. У Француском праву пуно радно време износи 35 сати недељно. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1911>, 16.1.2019.

16 ЗР, чл. 87.

17 ЗР, чл. 56, ст. 3.

распореда радног времена најмање пет дана унапред, осим у случају увођења прековременог рада. Изузетно послодавац може да обавести запослене о распореду и промени распореда радног времена у краћем року од пет дана, али не краћем од 48 часова унапред у случају потребе посла услед наступања непредвиђених околности.<sup>18</sup>

Постоји више врста радног времена: а) пуно радно време; б) непuno радно време; в) скраћено радно време и г) прековремени рад.

### III Прековремени рад

Прековремени рад је рад дужи од пуног радног времена. По правилу, овај рад је забрањен. Устав Републике Србије<sup>19</sup> прописује да запослени имају право на ограничено радно време и то се право не може ускратити нити се тог права могу одрећи. Ипак, изузеци су предвиђени Законом о раду.

На захтев послодавца, запослени је дужан да ради дуже од пуног радног времена у случају више силе, изненадног повећања обима посла и у другим случајевима када је неопходно да се у одређеном року заврши посао који није планиран.<sup>20</sup> Уколико послодавац одреди запосленом прековремени рад мимо наведених случајева учиниће прекршај из члана 274, ст. 1, тач. 3 ЗР.<sup>21</sup> Међутим, у периоду 2016-2018 година Инспекторат за рад, Министарства за рад, запошљавање и социјална питања Републике Србије поднео је свега 47 захтева за покретање прекршајног поступка због наведеног прекршаја.<sup>22</sup>

Прековремени рад настаје само по захтеву послодавца. „Ако захтева буде, биће и прековременог рада, а ако га не буде, прековременог рада неће бити и у ситуацији када би га могло бити“.<sup>23</sup>

Под појмом више силе (*vis major*) подразумевају се природни догађаји (суша, поплаве, земљотрес); управне мере (у виду забрана или ограничења увоза или извоза и других ограничења промета робом, про-

18 ЗР, чл. 55 и 56.

19 Чл. 60, ст. 2.

20 ЗР, чл. 53, ст. 1.

21 За који је прописана новчана казна за правно лице од 600.000 до 1.500.000 динара, за предузетника од 200.000 до 400.000 динара и за одговорно лице у правном лицу, односно заступника правног лица од 30.000 динара до 150.000 динара.

22 Акт Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Инспектората за рад, Републике Србије, број 07-00-00005/2019-01 од 18.2.2019. године.

23 Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2015, 152.

мена система цена, тарифа и прописаних цена, промена стандарда) и економске појаве (као што су изузетно нагли и велики пад или скок цена).<sup>24</sup>

Изненадно повећање обима посла може се односити на повећању тражњу или испоруку роба, натпросечну жетву или бербу, увећан улов рибе, послове кампање, нагло смањење броја радника и слично. Оно мора бити непланирано, ненадано и такво да се не може савладати редовним радом.<sup>25</sup>

Други случајеви се односе на потребу да се у одређеном року заврши посао који није планиран.

Има мишљења<sup>26</sup> да захтев за прековремени рад мора бити постављен у писаној форми одлуке или налога, а да би због карактера разлога, у хитним случајевима, могао бити дат и усмено (уз службену белешку о томе) с тим да се накнадно конвалидира писаним актом.

Послодавац је дужан да води дневну евиденцију о прековременом раду запослених. У супротном чини прекршај из члана 276, ст. 1, тач. 1а ЗР.<sup>27</sup> У току 2017-2018. године у Србији је поднето 43 захтева за покретање прекршајног поступка за наведени прекршај.<sup>28</sup>

## 1. Трајање и ограничење прековременог рада

Трајање прековременог рада ограничено је законом. Прековремени рад не може да траје дуже од осам часова недељно. Запослени не може да ради дуже од 12 часова дневно укључујући и прековремени рад.<sup>29</sup>

24 Види нацрт Грађанског законика Србије, чл. 274, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 14.1.2019.

25 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 152.

26 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 152.

27 За који је порписана новчана казна за правно лице од 150.000 до 300.000 динара, за предузетника од 50.000 до 150.000 динара и за одговорно лице у правном лицу, односно заступника правног лица од 10.000 до 20.000 динара. Сходно одредби чл. 46 Посебног колективног уговора у трговини Словеније, *Урадни лист РС*, бр. 52/2018, „Послодавац је дужан да води евиденцију о радном времену и присуству радника на послу на начин који показује време доласка и одласка са посла, време одмора у току рада, оправдано одсуство радника, месечно стање сати и слично. Радник има право да провери тачност података у евиденцији, затражи писану евиденцију евиденције радног времена и, у року од 30 дана од пријема преписа, затражи исправку било које неправилности“.

28 Акт Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Инспекторат за рад, Републике Србије, број 07-00-00005/2019-01 од 18.2.2019. године

29 ЗР, чл. 53, ст. 2 и 3. Директива ЕУ 2003/88 о одређеним видовима организације радног времена прописује да просечан број радних сати у сваком седмодневном раздобљу, укључујући

Прековремени рад је забрањен запосленом који је млађи од 18 година живота.<sup>30</sup> Запослена за време трудноће и запослена која доји дете не може да ради прековремено ако би такав рад био штетан за њено здравље и здравље детета, по основу налаза надлежног здравственог органа.<sup>31</sup> Један од родитеља са дететом до три године живота може да ради прековремено само уз своју писану сагласност. Самохрани родитељ који има дете до седам година живота или дете које је тежак инвалид може да ради прековремено само уз своју писану сагласност.<sup>32</sup>

Посебно питање је могућност прековременог рада на пословима са скраћеним радним временом. Запосленом који ради на пословима на којима је уведено скраћено радно време не може да се одреди прековремени рад на тим пословима, ако законом није друкчије одређено.<sup>33</sup>

Упоредноправно посматрано Закон о раду Црне Горе<sup>34</sup> прописује да се прековремени рад (највише 10 часова недељно) уводи писаном одлуком послодавца пре почетка рада а због хитности може се одредити и усменим путем с тим што је послодавац дужан да писану одлуку донесе у року од најкасније пет дана од завршетка прековременог рада. Овај закон је специфичан по томе што предвиђа случајеве обавезног увођења прековременог рада (нпр. елементарне непогоде; епидемије или заразе; загађивања воде, намирница, и др.) што домаћи закон не познаје.

Хрватски Закон о раду<sup>35</sup> садржи одредбу којом послодавац може увести прековремени рад (при чему укупно трајање рада не сме бити дуже од 50 сати недељно, односно 180 сати годишње, осим ако је уговорено колективним уговором, у којем случају не сме трајати дуже од 250 сати годишње), само уз писану одлуку послодавца или усмену, у случају хитности која мора бити праћена писаном формом у року од седам дана.

Закон о радним односима Словеније<sup>36</sup> предвиђа и прековремени рад, али у чл. 144 наводи *numerus clausus* када је прековремени рад дозвољен. Закон прописује и време трајања прековременог рада (до осам сати

---

прековремене сате, не прелази 48 (чл. 6), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0088&from=EN>, 16.1.2019.

30 ЗР, чл. 88, ст. 1.

31 ЗР, чл. 90, ст. 1.

32 ЗР, чл. 91.

33 ЗР, чл. 53, ст. 4.

34 *Службени лист ЦГ*, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011 и 66/2012, чл. 49.

35 *Narodne novine RH*, бр. 93/14, 127/17, чл. 65.

36 *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)*, *Uradni list RS*, št. 21/2013.

недељно, до 20 сати месечно и до 170 сати годишње с тим да се дневно не сме радити дуже од 10 сати), као и обавезу послодавца да писаним путем обавести запосленог о потреби за прековременим радом. Словеначко право иде корак напред и додатно штити запосленог тиме што прописује забрану прековременог рада уколико се он може извршити у радно време или у сменама (чл. 146), уз заштиту од ове форме рада за поједине категорије запослених који чине малолетници, труднице, старији радници, радници којима би здравље било нарушено ноћним радом, радници који раде са скраћеним радним временом, иако словеначки закон не предвиђа члан који је посвећен скраћеном радном временом, напомињући да се радницима који раде на високоризичним пословима може скратити радно време.<sup>37</sup>

У Аустрији је радно време уређено Законом о радном времену и Законом о одморима. Дневно радно време може трајати најдуже осам сати, у што нису укључени одмори, односно највише 40 сати недељно. Надаље, радно време може варирати до десет сати дневно, односно 50 сати недељно, све док се у одређеном референтном раздобљу, које може трајати између 13 и 52 недеље, одржава просек од 40 сати недељно.<sup>38</sup>

У Француском праву стварно радно време не сме прелазити максимално трајање од 10 сати дневно, осим одступања (на пример: на захтев послодавца, уз сагласност инспектора рада). Недељно радно време не може трајати дуже од 48 сати, односно од 44 сата недељно у просеку у периоду од 12 узастопних недеља.<sup>39</sup>

У Енглеској радно време не може трајати дуже од 48 сати недељно у просеку током 17 недеља али се споразумом ово ограничење може искључити (осим за поједине категорије запослених).<sup>40</sup>

#### **IV Увећање зараде по основу прековременог рада**

Услед повећаних ризика током прековременог рада законодавац прописује компензацију у виду додатка на зараду.<sup>41</sup>

37 Види Јована Рајић Ђалић, „Одређене форме радног времена у Србији у светлу европске Директиве 2003/88 и упоредног права“, *Страни правни живот*, бр. 3/2018, 192.

38 Компаративна анализа састава колективног преговарања и садржаја колективних уговора у Аустрији, Чешкој, Хрватској, Словенији и Шведској, стр. 22. Доступно на адреси: <http://www.kolektivni-ugovori.info/wp-content/uploads/2015/03/Komparativna-analiza-sustava-kolektivnog-pregovaranja.pdf>, 16.1.2019.

39 Доступно на адреси: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1911>, 16.1.2019.

40 *Maximum weekly working hours*, доступно на адреси: <https://www.gov.uk/maximum-weekly-working-hours>, 28.1.2019.



За прековремени рад запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду најмање 26% од основице.<sup>42</sup> Основицу за обрачун увећане зараде чини основна зарада утврђена у складу са законом, општим актом и уговором о раду.<sup>43</sup>

Да би запослени остварио право на увећану зараду по основу прековременог рада, потребно је да прековремени рад буде остварен под условима из одредбе члана 53 ЗР. Супротно, запослени има право на зараду за остварени рад, али без назначеног увећања.<sup>44</sup> Судска пракса је недвосмислено на становишту да „нема прековременог рада ако нема више силе, изненадног повећања обима посла или потребе да се заврши непланирани посао“.<sup>45</sup> Поред тога, став судске праксе<sup>46</sup> и једног броја правних писаца је да мора постојати писани налог или одлука послодавца.

41 Б. Лубарда, 192.

42 У Норвешком праву увећање зараде је 40%, Ј. Ралић Ђалић, 193. У праву Словеније запослени имају право на накнаду за прековремени рад у складу са колективним уговором (чл. 128 Закона о радним односима Словеније). Сходно одредби чл. 71 Посебног колективног уговора у трговини Словеније, *Урадни лист РС*, бр. 52/2018, запослени има право на увећање зараде најмање 30%. У праву Хрватске Законом о раду је прописано само право запосленог на увећање зараде за прековремени рад док се колективним уговорима одређује износ. Тако је, на пример, Колективним уговором за Хрватску електропривреду, *Narodne novine RH* бр. 4/2018, у чл. 71 прописано право на увећање зараде за прековремени рад у износу од 50%. У Француском праву прековремени рад се плаћа у складу са споразумом или колективним уговором по стопи од најмање 10%. У недостатку споразума увећање по сату се одређује на: 25% за првих 8 сати рада у истој седмици (36 до 43 сата) и 50% за наредне сате. Исплата прековременог рада може се у целини или делимично заменити компензацијским одмором. Треба напоменути да ће у 2019. години износ прековременог рада бити ослобођен пореза на доходак до лимита од 5000 евра годишње. Доступно на адреси: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2391>, 16.1.2019.

43 ЗР, чл. 108, ст. 1, тач. 3 и ст. 5.

44 Види пресуде Апелационог суда у Београду, Гж1 1080/2014 од 13. маја 2014. године, доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/izabrane-sentence/odeljenje-radnih-sporova/>, 14.1.2019. и пресуду Апелационог суда у Београду, Гж1 3074/2014(2) од 3. септембра 2015. године, електронска база прописа *ParagrafLex*.

45 Из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж1 2694/2013 од 25. септембра 2014. године, *ParagrafLex*.

46 „То значи да би запослени остварио увећање зараде из овог основа, потребно је да се прековремени рад оствари под условима из закона, општег акта и уговора о раду. Ти услови су да се ради о случајевима именованим у закону или општем акту и да је послодавац захтевао да се такав рад обави, дат у форми одлуке или налога“, из пресуде Апелационог суда у Нишу, Гж1 1183/2016 од 7. фебруара 2017. године, доступно на адреси: <http://www.ni.ap.sud.rs/pretraga/%D0%93%D0%B61/1183/2016>, 14.1.2019. као и „Правилно је првостепени суд закључио да у одсуству писаних доказа и то наредбе туженог о прековременом раду, евиденције о оствареним сатима прековременог рада потписане од стране овлашћеног лица, само искази сведока, колега тужиоца, немају адекватну правну снагу за наводе тужиоца да је остварио сате прековременог рада у трајању дужем од евидентираних сати

Распоред радног времена који је послодавац дужан да донесе унапред (ЗР, чл. 56) може се сматрати захтевом за прековремени рад и не може се сматрати прерасподелом радног времена. Овде је битан став Врховног касационог суда који каже: „Када се запослени на истом послу смењују према унапред утврђеном редоследу ради се о сменском раду, а не о прерасподели радног времена, па у складу са тим запослени који ради на пословима обезбеђења објекта тако што ради ноћне смене дужи временски период од оног прописаног законом, послодавац је дужан да исплати увећану зараду“.<sup>47</sup> Мишљења смо да ако запослени по редовном распореду рада ради дуже од пуног радног времена на месечном нивоу има право на увећање зараде с обзиром да сходно одредби чл. 108, ст. 3, ЗР ако су се истовремено стекли услови за увећање зараде по више основа проценат увећане зараде не може бити нижи од збира процената по сваком од основа увећања.

Најспорније питање је форма захтева за прековремени рад. Наиме, законом је уређено да је запослени дужан да ради дуже од пуног радног времена „на захтев послодавца“ не прецизирајући да ли захтев треба да буде писан или може бити и усмен. Став дела теорије, који смо већ навели, је да због карактера разлога да би захтев за прековремени рад, у хитним случајевима, могао бити дат и усмено (уз службену белешку о томе) с тим да се накнадно конвалидира писаним актом.<sup>48</sup> Има мишљења да „законодавац није утврдио обавезу послодавца да прековремени рад мора да наложи у писаној форми“<sup>49</sup> којем се придружимо.

---

рада по наведеном основу, за коју тужилац тражи увећану зараду“, из пресуде Апелационог суда у Нишу, Гж1 2735/2017 од 11. септембра 2017. године, доступно на адреси: <http://www.ni.ap.sud.rs/pretraga/%D0%93%D0%B61/2735/2017>, 14.1.2019.

47 Из пресуде Врховног касационог суда Србије, Рев2 308/2017 од 8. фебруара 2017. године, *ParagrafLex*.

48 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 152. Тако и судска пракса: „Одлуком Апелационог суда у Београду Гж1 бр.3287/14 од 30.4.2015. године суд је ценио да је без утицаја тумачење запослених (тужилаца) да Закон о раду не прописује захтев и одлуку у писаном облику, имајући у виду да је одредбом члана 53 Закона о раду прописано да је на захтев послодавца запослени дужан да ради дуже од радног времена у случају више силе, изненадног повећања обима посла и у другим случајевима када је неопходно да се у одређеном року заврши посао који није планиран. Захтев за прековремени рад, по схватању суда, може бити постављен у форми одлуке или налога, а у сваком случају се ради о одлучивању послодавца, с тим што захтев за прековремени рад у хитним случајевима може бити дат и усмено, а да се накнадно конвалидира писаним актом, а како запослени нису доказали да је овакав захтев послодавац њима дао из наведених разлога, то је њихов захтев неоснован“, *TSG Newsletter* број 107/18 август 2018, 2.

49 Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, Александар Антић, *Практикум за радно и социјално право*, Београд, 2016, 51.

Наиме, шта ако послодавац не донесе писани акт и не води евиденцију о прековременом раду, што је најчешће и случај, а усмено наложи запосленом да ради прековремено? Запослени ће без своје кривице бити лишен права на увећање зараде по основу прековременог рада а у неким случајевима, чак, и накнаде за сам рад.

Иако ЗР у члану 55 прописује обавезу послодавца да води евиденцију о броју прековремених сати на дневном нивоу, сматрамо да такво решење није практично а ни ефикасно јер није поткрепљено обавезним увидом од стране неког органа или инспекције рада.<sup>50</sup>

Запослени, најчешће, не смеју поднети пријаву инспекцији из простог разлога што ће изгубити посао (посебно имајући у виду флексибилне облике запошљавања и најчешће рад на одређено време). Са друге стране, инспектори рада имају велики проблем да у недостатку евиденција и материјалних доказа докажу постојање прековременог рада због чега је и поднет мали број захтева за покретање прекршајног поступка. Произилази да ће, имајући у виду став дела правних теоретичара и судске праксе, запослени тешко остварити право на увећање зараде по основу прековременог рада.

Сам појам зараде у себи укључује и увећање зараде. Наиме, сходно одредби чл. 105, ст. 1 ЗР зарада се састоји од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца и других примања по основу радног односа у складу са општим актом и уговором о раду а сходно одредби чл. 106 ЗР зарада за обављени рад и време проведено на рад састоји се од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде. Сходно томе, „запослени се не може одрећи права на зараду, па тиме ни права на увећану зараду, а то што је запослени прихватио распоред радног времена је резултат његовог понашања у извршењу дужности да ради по распореду“.<sup>51</sup>

Посебно се може поставити питање плаћања запослених који раде непуну радно време уколико послодавац донесе одлуку о прековременом раду која се односи и на њих. Да ли запослени који ради са непуним радним временом има право да захтева увећање зараде за све часове који

50 Ј. Рајић Ћалић, 189.

51 Из пресуде Апелационог суда у Београду Гж1 7173/2012 од 16. јануара 2013. године, доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/izabrane-sentence/odeljenje-radnih-sporova/>, 14.1.2019.

превазилазе трајање уговореног непуног радног времена, или тек пошто претходно испуне квоту пуног радног времена?

У домаћем позитивном праву ово питање није уређено, а судска пракса не сматра да послодавац има обавезу да запосленима исплати увећану зараду за сваки час рада дужи од непуног радног времена.<sup>52</sup> Овде би се могли сложити да, ако запослени ради са непуним радним временом код једног послодавца, нема право на увећање зараде за прековремени рад до пуног радног времена. Међутим, уколико запослени остварује пуно радно време код два или више послодаваца, логично произилази да ће исти имати право на увећање зараде ако му се, у складу са законом, одреди прековремени рад.

## V Закључци

Имајући у виду упоредноправна решења и домаћу судску праксу мишљења смо да прековремени рад у домаћем праву није адекватно регулисан. Наиме, непрецизна је одређена форма захтева за прековремени рад. Закон би требало мењати у правцу да захтев мора бити дат у писаној форми како је то уређено и у упоредном праву. До тада, мишљења смо да треба прихватити тумачење да захтев за прековремени рад може бити дат и усмено.

Друго, не може запослени трпети штетне последице назаконитог поступања послодавца. Ради заштите запослених, који нису дужни да знају да ли је испуњен неки законски разлог за одређивање прековременог рада, који нису добили писани захтев за прековремени рад од послодавца и којима није евидентиран прековремени рад, а који су радили прековремено, мишљења смо да би и судска пракса требало да заузме став да запослени у сваком случају има право на увећање зараде за прековремени рад за сваки сат прековременог рада. Запослени је подређен послодавцу и исти не може самоиницијативно радити дуже од пуног радног времена а није дужан да зна да ли су испуњене законске претпоставке за одређивање прековременог рада. У том правцу би требало мењати и законска решења.

Доказивање прековременог рада би требало омогућити свим доказним средствима.

Поред тога, увећање зараде за прековремени рад од 26% од основице треба преиспитати имајући у виду упоредноправна решења. С обзи-

---

52 Б. Лубарда, 192.

ром да имамо кризу колективног преговарања (општи колективни уговор не постоји од 2011. године) овај проценат увећања је већи од законског у малом броју колективних уговора<sup>53</sup> због чега мислим да законски минимум треба увећати.

**Velisav MARKOVIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Health, Legal and Business Studies  
Valjevo Singidunum University of Belgrade**

## THE RIGHT TO INCREASE SALARY ON THE BASIS OF OVERTIME WORK

### Summary

*At the request of the employer, the employee is required to work longer than full-time in case of force majeure, sudden increase in the volume of work, and in other cases when it is necessary to complete a job that is not planned within the specified deadline. Overtime can not last more than eight hours a week, and an employee can not work longer than 12 hours a day, including overtime. For overtime, the employee has the right to increase the salary in the amount determined by the general act and the employment contract at least 26% of the base. In practice, the problem of abuse of overtime is a very pronounced issue. An employee is expected to work overtime and such work is not recognized as overtime and is not paid.*

*The paper deals with overtime work, concept, history, cross-cutting legal solutions, as well as the application of valid regulations. The author points out in particular the inaccuracy of legal solutions and the need to change the Labor Law, as well as the case law for better protection of employees.*

**Key words:** *working hours, overtime work, salary increase.*

---

53 На пр. у Колективном уговору за ЈП „Пошта Србије“ Београд, *Сл. гласник РС*, бр. 9/2018, у чл. 41 одређено је увећање зараде за прековремени рад од 45%. У Посебном колективном уговору за полицијске службенике, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2015, 70/2015, 17/2018, у чл. 12 прописано је право на додаток на плату по основу прековременог рада од 28,6% од основне плате. У Посебном колективном уговору за Електропривреду Србје, *Сл. гласник РС*, бр. 38/2018, у чл. 38 прописано је увећање зараде за прековремени рад од 45%, док увећања већег од законских 26% нема у посебним колективним уговорима у чијем закључењу не учествује Влада.

Др Филип БОЈИЋ\*

## КУМУЛАЦИЈА ЗАРАДЕ И СТАРОСНЕ ПЕНЗИЈЕ – PRO ET CONTRA\*

### Резиме

Аутор у раду сагледава основне карактеристике, али и узроке настанка института кумулације зараде и старосне пензије, те поставља као основно питање да ли је наведена појава оправдана у савременом друштву, а имајући у виду да бројни примери из правне традиције указују да је у одређеним периодима кумулација била и законом забрањена. Анализирани су различити фактори који утичу на доношење одлуке појединца о поновном заснивању радног односа, а по остваривању права на старосну пензију, али и последице које овај институт може имати на запошљавање младих и нарушавање концепта међугенерациске солидарности. У раду је размотрен и институт престанка радног односа запосленог по испуњавању услова за старосну пензију, а дат је и критички осврт на моделе у којима се стриктно забрањује институт кумулације. Сагледавајући све позитивне и негативне аспекте института кумулације зараде и старосне пензије, аутор износи одређене закључке у циљу истицања потенцијалних одговарајућих решења која би се могла применити на домаћу савремену легислативу.

**Кључне речи:** старосна пензија, зарада, радни однос, кумулација, престанак радног односа.

### І Увод

Пензионисање (eng. *Retirement*) се у литератури дефинише као животна фаза која представља крај професионалне каријере, а коју

---

\* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

\* Рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

карактерише одсуство стицања прихода на основу рада и у највећем броју случајева остваривање и коришћење права на старосну пензију.<sup>1</sup> Иако се већином сматра да уз коришћење пензије не иде и плаћени рад, јер се право на старосну пензију стиче наступањем социјалног ризика старости, све је више ситуација у којима лице истовремено користи старосну пензију и стиче приходе на основу рада, услед чега долази до кумулације пензије и зараде.<sup>2</sup> Проблематика кумулације пензије и зараде је посебно осетљива, ако се има у виду да је основна сврха социјалних престација, које се обезбеђују у случају наступања социјалног ризика старости, одговарајућа алтернатива за приходе који се стичу на основу рада, а које, претпоставља се, осигураник није у могућности више да стиче по навршењу одређених година живота.<sup>3</sup> Стога се може поставити питање да ли је оправдано да корисник пензије у исто време остварује приходе на основу рада и користи старосну пензију, јер се услед наведеног доводи у дилему и сврсисходност института социјалне престације.

Као основно питање, поставља се да ли се релевантним стандардима дозвољава кумулација пензије и зараде.<sup>4</sup> Кумулација старосне пензије и зараде начелно је дозвољена, што ће бити и анализирано у наставку рада, али ваља имати у виду да су правила о кумулацији примењљива, ако је у питању исплата старосне пензије, док се другачија правила јављају у случају кумулације зараде и породичне, односно инвалидске пензије.<sup>5</sup>

1 Simone Scherger, „Introduction: Paid Work Beyond Pension Age – Causes, Contexts, Consequences“, *Paid Work Beyond Pension Age – Comparative Perspective* (ed. Simone Scherger), Palgrave Macmillan, 2015, 4.

2 S. Scheger, 4.

3 Danny Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law International, 2006, 51.

4 Конвенцијом бр. 102 о минималним нормама социјалне сигурности, најзначајнијим стандардом Међународне организације рада из области социјалне сигурности, предвиђа се, крајње неодређено, да се националним законодавством може обуставити давање за случај старости „ако лице, које би на ово давање имало право, обавља одређену делатност уз награду, или смањити давања која се заснивају на плаћању доприноса, ако зарада корисника прелази прописани износ, односно давања која се не заснивају на уплати доприноса, ако зарада корисника, или његова друга имовина, или обе заједно, прелазе прописани износ“. Конвенција број 102 о минималним нормама социјалне сигурности, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 1/55, чл. 26, ст. 3.

5 У погледу коришћења права на породичну и инвалидску пензију правила су доста другачија. Законом се предвиђа да се кориснику породичне пензије који стекне својство осигураника обуставља исплата породичне пензије, уз један изузетак - у случају када је корисник породичне пензије остварио уговорену накнаду на месечном нивоу у износу нижем од најниже основице у осигурању запослених, важеће у моменту уплате доприноса. У погледу корисника права на инвалидску пензију, ваља подсетити на норме Закона о раду којима се предвиђа да инвалид-

Исто тако, ваљало би указати и на јасну разлику између кумулације пензије и зараде у односу на кумулацију две или више социјалних престација.<sup>6</sup> Док се у нашем праву кориснику старосне пензије омогућава да уз старосну пензију стиче приходе и на основу рада, стриктно се забрањује да се истовремено користе две социјалне престације које се осигураннику исплаћују у оквиру система пензијског и инвалидског осигурања.<sup>7</sup>

Стога ће у раду бити детаљно анализирана важећа законска решења којима се предвиђа могућност, односно у појединим случајевима и немогућност, кумулације зараде, која представља једно од основних индивидуалних права запослених које проистиче из радног односа и старосне пензије, социјалне престације која се обезбеђује у случају наступања социјалног ризика старости.

## II Узроци потребе за кумулацијом зараде и старосне пензије

Кумулација пензија и зарада представља данас оправдану појаву у савременом друштву, али је уједно и један од највећих узрочника кризе међугенерациске солидарности. Поједини аутори сматрају да је у модерном окружењу веома тешко одредити јасно разграничење између радноактивног периода и периода коришћења пензије, а управо услед различитих појава, као што су превремена пензија, делимична пензија, волонтирање и друге активности током коришћења права на пензију, а као посебно осетљива околност, издваја се плаћени рад по стицању права на старосну пен-

---

ност представља основ за престанак радног односа по сили закона, те да стога уједно инвалидност представља и трајну сметњу за поновно заснивање радног односа, што доводи до закључка да је кумулација зараде и инвалидске пензије недопустива. Наведено се потврђује и мишљењем Министарства рада у којем се наводи да „корисник инвалидске пензије не може поново засновати радни однос, нити може бити радно ангажован по основу другог уговора, јер се он сматра потпуно неспособним за рад на било којем послу“. Мишљење Министарства рада, број 011-00-392/2002-02. Нав. према: Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка II*, Службени гласник, Београд 2009, стр. 53; Закон о пензијском и инвалидском осигурању - ЗПИО, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014 и 73/2018, чл. 117, ст. 2 и ст. 4; Закон о раду - ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 13/2007 и 95/2018, чл. 176, тач. 1.

6 D. Pieters, 45.

7 Законом о пензијском и инвалидском осигурању предвиђено је да „ако осигураник, односно корисник пензије, стекне право на две или више пензија на територији Републике, може користити само једну од тих пензија, и то по сопственом избору“. ЗПИО, чл. 119.



зију.<sup>8</sup> Највећи број особа одлучује се да настави да стиче приходе на основу рада и по остваривању права на старосну пензију у системима у којима је износ пензије знатно нижи од износа зараде, те је приметна велика разлика у приходима по престанку радног односа и стицања права на старосну пензију.<sup>9</sup> Учешће запослених старијих од 65 година на тржишту рада посредно указује и на присуство проблема у једном друштву, који се огледа у томе да старија лица која наставе да стичу приходе и по наступању социјалног ризика старости не могу на основу пензије да обезбеде достојан и пристојан живот за себе и чланове своје породице.

Евидентно је да постоји узрочна веза између положаја корисника старосне пензије и броја особа које се одлуче да наставе са радом и по остваривању права на старосну пензију, а како би обезбедили додатне приходе по наступању социјалног ризика старости. Ваљало би указати и на разлику између лица код којих је наступио социјални ризик старости, али нису остварила право на старосну пензију јер не испуњавају законске услове у погледу претходног стажа осигурања и лица која су остварила право на пензију, али износ пензије није задовољавајући за обезбеђење одговарајућег нивоа социјалне сигурности у старости.<sup>10</sup> Логично је да ће велики број лица која нису остварила право на старосну пензију, посебно у системима у којима није предвиђен институт социјалне пензије<sup>11</sup> наставити и даље да стичу приходе на основу рада и на тај начин обезбеђивати одговарајући ниво економске и социјалне сигурности, а све до тренутка испуњавања услова за старосну пензију. Међутим, у наведеној ситуацији не може се разматрати куму-

---

8 S. Scherger, 1.

9 Према подацима Републичког завода за статистику, у новембру 2018. године просечна нето зарада у Републици Србији износила је 50, 556 динара, док је износ просечне пензије у истом периоду био 28, 220 динара. Доступно на адреси: [http://www.croso.gov.rs/lat/Statistika/Prosecna\\_zarada\\_penzija/](http://www.croso.gov.rs/lat/Statistika/Prosecna_zarada_penzija/), 10.3.2019.

10 У највећем броју држава, услов је минимум 15 година стажа осигурања, али се примећују и строжи услови, као што је случај са Чешком где услов у погледу претходног стажа осигурања износи 35 година, у Пољској 25 година и у Мексику 24 године претходног стажа осигурања. Подаци преузети из: *Pension at a Glance 2015, OECD and G20 Indicators*, OECD Publishing, Paris 2016, стр. 67.

Прописима о пензијском и инвалидском осигурању из периода СФРЈ био је предвиђен услов од минимум 20 година претходног стажа осигурања за остваривање права на старосну пензију, али се мора имати у виду да су у том периоду биле ниске стопе незапослености у друштву, те су се и услови могли лакше испунити. Основни закон о пензијском осигурању, *Службени лист СФРЈ*, бр. 51/1964, чл. 24.

11 Опширније о институту социјалне пензије: Филип Бојић, *Право на социјалну пензију у систему права социјалне сигурности*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.

лација пензије и зараде, јер осигураник није још увек стекао право на старосну пензију, па стога наставља да стиче приходе на основу рада, под условом да је у радном односу или да обавља самосталну делатност.

Само учешће старијих на тржишту рада зависи од тога да ли су остварили право на старосну пензију, престацију која обезбеђује одговарајући ниво социјалне сигурности у старости, али и од тога колики је износ престације и да ли се истим може обезбедити пристојан живот. Успостављање првих пензијских система крајем XIX века, посебно у првих неколико деценија, није много утицало на смањивање стопе сиромаштва међу припадницима старије популације. Стога је велика већина старијег становништва настављала да ради и стиче приходе на основу рада, или је пак истима социјално обезбеђење пружано у оквиру породице, односно посредством мера социјалне заштите.<sup>12</sup> Треба напоменути да је у том периоду услов који се односи на године живота осигураника био престрого постављен, те је право на старосну пензију у Немачкој крајем XIX века, сходно законодавству канцелара Бизмарка, могао да оствари само осигураник који је навршио 70 година живота и 30 година претходног стажа осигурања.<sup>13</sup>

Наведене тврдње се могу потврдити и на основу статистичких података о броју радноактивних особа старијих од 65 година. *Exempli causa*, у Сједињеним Америчким Државама, крајем XIX века, када је мали број лица остваривао право на старосну пензију, три четвртине особа старијих од 65 година и даље је било радноактивно, да би се током тридесетих година тај проценат умањео, па је 60% старијих од 65 година било радноактивно, а развојем система социјалне сигурности и знатно стабилнијим приходима у старости, седамдесетих година тај проценат је значајно умањен, те је само четвртина старијих од 65 година наставила да стиче приходе на основу рада, на шта је доста утицао и увећан износ социјалних престација, приближног износа као и примања из радног односа.<sup>14</sup> Последњи расположиви подаци указују да у Сједињеним Америчким Државама 17% особа старијих од 65 година, наставља да стиче приходе на основу рада.<sup>15</sup>

---

12 S. Scherger, 3.

13 У првој деценији XX века, само је 27% мушкараца у Немачкој навршило 70 година живота. Michael Stolleis, *Origins of the German Welfare State – Social Policy in Germany to 1945*, Springer, Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2013, 74–75.

14 Karl Hinrich, Julia Lynch, „Old-age Pensions“, *The Oxford Handbook of the Welfare State* (ed. France Castles, Stephan Leibfried, Jane Lewis, Herbert Obinger), Oxford University Press, Oxford, 2012, 354.

15 S. Scherger, 2.

У развијеним земљама, махом европским државама, које су прихватиле концепт државе благостања, просечно мање од 7% мушкараца и 3% жена, старијих од 65 година, активно је на тржишту рада, што је за 10% нижа стопа него у САД.<sup>16</sup> Новије упоредне анализе указују да је 2000. године проценат мушкараца, који настављају да раде по навршетку 65. године живота, приближно 5%, уз нешто већи проценат у Шведској, Пољској, Португалу, Уједињеном Краљевству и Грчкој, са тенденцијом даљег раста.<sup>17</sup> Међутим, последњих година, услед свеprisутније кризе на тржишту рада, изнова се уочава пораст лица која и по испуњавању услова за старосну пензију, настављају анагажман или на основу уговора о раду или на основу неког од уговора којима се не заснива радни однос. Следствено свему наведеном, може се закључити да је један од кључних фактора који утиче на доношење одлуке о наставку рада по испуњавању услова за старосну пензију, износ пензије коју корисник прима.

Износ пензије се може посматрати као кључан фактор приликом доношења одлуке о наставку рада за послодавца, а по испуњавању услова за старосну пензију. Имајући у виду да је у великом броју пензијских система износ просечне зараде двоструко већи од износа просечне пензије, старијим запосленима се оставља слобода избора, која је у непосредној вези са институтом кумулације зараде и старосне пензије. У случају да запосленом престане радни однос код послодавца услед испуњавања услова за старосну пензију, осигураник запослени ће остварити право на старосну пензију и уједно ће имати могућност да поново заснује радни однос са истим или другим послодавцем, услед чега ће доћи до кумулације зараде и старосне пензије, а под условом да је наведено предвиђено одговарајућим законским прописима. Друга ситуација искључује могућност кумулације, јер запослени, под претпоставком да је законом то дозвољено, наставља са радом код послодавца и по испуњености услова за старосну пензију, али континуирани рад за послодавца онемогућава покретање поступка јер наставком рада не долази до престанка осигурања, што је услов за остваривање права на старосну пензију пред надлежним органом. Следствено наведеном, поставља се питање која од ове две опције је боља за старије раднике, који су испунили услове за старосну пензију, наставак рада код послодавца, ако је то могуће, или престанак радног односа уз могућност поновног запослења и на основу тога

---

16 K. Hinrich, J. Lynch, 357.

17 S. Scherger, 2.

кумуляција пензије и зараде.<sup>18</sup> Трећа, најрестриктивнија група случајева, односи се на ситуације када запосленом по сили закона престаје радни однос када наврши услове за старосну пензију уз немогућност кумулације старосне пензије и зараде. Све три ситуације биће анализирани у наставку рада.

### III Предности и недостаци института кумулације зараде и старосне пензије

Већина држава дозвољава кумулацију пензије и зараде, с тим што је за наведено претежно непходно да осигураннику претходно престане радни однос и да оствари право на старосну пензију. У Републици Србији, корисник пензије по стицању права на старосну пензије може поново засновати радни однос, услед чега долази до кумулације зараде и старосне пензије.

Као два пресуђујућа фактора која утичу на рад по остваривању права на пензију, издвајају се воља појединца да настави да ради, али и понуда на тржишту рада, односно потреба за запошљавањем старијих особа, а како се не би отворио проблем међугенерациске солидарности.<sup>19</sup> Треба имати у виду да и психофизичке способности појединца, које неспорно опадају с годинама, као и степен стручне спреме утичу на одлуку о новом радном ангажовању током коришћења старосне пензије. У великом броју случајева, здравствени разлози и различити облици стреса на радном месту представљају одлучујуће чиниоце услед којих радник прихвата пензионисање, не желећи да настави са радом.<sup>20</sup> Чини се да ће се особе које су радиле на посебно тешким пословима, нарочито на пословима са повећаним ризиком, ређе одлучити да наставе са радом на

18 Слично наводи и Шергерова. S. Scherger, 14-15.

19 S. Scherger, 7.

20 Monika Schlachter, „Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law“, *International Journal of Comparative Labour Law*, No. 3/2011, 289.

Истраживања указују да велики број појединаца који наврше 60 година живота има потребу да обавља рад са непуним радним временом, што је основна одлика института делимичне пензије, који је прихваћен у неким државама чланицама Европске уније. Како професор Лубарда наводи делимична пензија „подстиче добровољну суспензију уговора о раду или престанак уговора о раду, у циљу међугенерациске солидарности и олакшавања професионалне интеграције млађих лица“. Опширније код: Stephan Bredt, „Between Labour Market and Retirement Pension – Flexible Transition as a new Paradigm for Aging Societies“, *International Social Security Review*, Vol. 61, 4/2008, 100-101; Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 455.

истим или сличним пословима по испуњавању услова за старосну пензију. Могуће је да услед ниског износа пензије, прихвате другу врсту посла, која не подразумева примера ради, нарочито тежак физички рад, а који ће им обезбедити одговарајући ниво социјалне сигурности у старости.

У појединим системима не стимулишу се радни односи корисника старосне пензије јер се сматра да се тиме директно нарушава међугенерациска солидарност и да се, следствено томе, у питање доводи основни циљ формирања пензијских система, а то је обезбеђење осигураника услед наступања социјалног ризика старости, због којег осигураник није више у могућности да обезбеђује приходе на основу рада за себе и чланове своје породице. Професор Петровић, поводом тог питања, сматра да је „тежиште проблема и на моралној компатибилности да неки раде и након што су испунили услове за старосну пензију, док не мали број незапослених – у исто време – остаје и даље без запослења“.<sup>21</sup> Концепт међугенерациска солидарности данас се снажно промовише у Француској, где се уочава постојање међугенерациска уговора, односно уговора генерациска. Послодавци се подстичу да закључују уговоре о раду са младим радницима, а да уједно оставе у радном односу старије раднике, који ће младима пренети своја професионална искуства и знања. Тим концептом, који држава субвенционирше исплаћујући новчану помоћ послодавцима, омогућава се запошљавање младих уз очување радних места старијих запослених.<sup>22</sup>

Имајући описану проблематику у виду, уочавају се системи у којима се од корисника пензије захтева да престану да обављају послове који доносе приходе, али у исто време је тај концепт подложен и критикама јер се, као што је познато, право на рад сматра основним људским правом и свака повреда тог права, макар она била и посредна, представља кршење уставом и међународним стандардима гарантованог права.<sup>23</sup>

И у периоду СФРЈ постојале су одређене дилеме по питању кумулације старосне пензије и зараде, те се поставило питање „колико је статус корисника старосне пензије сметња за заснивање радног односа, или пак, таквој сметњи нема места, али зато има основа обуставити исплату,

21 Александар Петровић, „Незапосленост и пензионисање“, *Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, бр. 1–3/2000, 114.

22 Нав. према: Љубинка Ковачевић, „Правни инструменти за обезбеђивање међугенерациска солидарности на тржишту рада“, *Правна ријеч, часопис за правну теорију и праксу*, бр. 35/2013, 612–614.

23 *Pension Schemes*, International Labour Office, Geneva 1997, 24 и 43.

односно умањити износ стечене пензије, за време трајања радног односа корисника пензије“.<sup>24</sup> Занимљиво је да се током седамдесетих година јавио пораст стопе незапослености, посебно млађих људи. Првенствено је реч о генерацијама рођеним после Другог светског рата, када је дошло до наглог пораста стопе наталитета и у Европи и у тадашњој СФРЈ (*baby boom generation*). Да би одржавала привид пуне запослености, држава се служила различитим методама, те је, између осталог, мотивисала младе да масовно мигрирају ка западноевропским државама и да ван граница земље покушају да дођу до одговарајућег запослења. Коначно, један од метода је било и смањивање услова за остваривање права на старосну пензију у погледу година живота, како би се то право раније остваривало и на тај начин обезбеђивала радна места за млађе генерације које први пут ступају на тржиште рада. Тај метод је још један од фактора који је утицао на кризу пензијског фонда Републике Србије, имајући у виду да се на тај начин знатно повећао број корисника пензије који су то право користили дужи период. Оба метода су имала циљ да се стопа незапослености сведе на минимум, што је био један од идеала држава са социјалистичким типом друштвеног уређења.

Међутим, у одређеним системима социјалне сигурности, решење се проналази у организовању такозваног теста зарада (*earning test*), који се спроводи са циљем да се ограничи истовремено примање и пензије и зараде, те ће се кориснику пензије који се одлучи да настави да стиче приходе на основу рада, било у радном односу или вршењем самосталне делатности, одбити део износа социјалне престације, а некада ће се обуставити и исплата целокупног износа.<sup>25</sup> Тај модел спроводи се посебно у државама које су предвиделе исплату недоприносних социјалних престација по наступању ризика старости. И прописима из периода ФНРЈ било је предвиђено да ће осигураник који је остварио право на старосну пензију примати 50% од утврђеног износа старосне пензије ако је остварио право на пензију док је био у радном односу, па се одлучи да настави да ради код послодавца са пуним радним временом, односно ако је корисник старосне пензије поново засновао радни однос са пуним радним временом.<sup>26</sup> Исто тако, и осигуранику који је остварио право на старосну пензију, а започне

24 Опширније у: Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi* (II), Narodne novine, Zagreb, 1972, 79-81.

25 Colin Gillion, John Turner, Clive Bailey, Denis Latullipe (editors), *Social Security Pensions, Development and Reforms*, International Labour Office, Geneva, 2001, 44-45.

26 Z. Cota, Z. Popović, *Penzioni osiguranje*, Birotehnika, Zavod za organizaciju i unapređenje uredskog poslovanja, Zagreb, 1958, 302-303.

да обавља неку самосталну делатност, умањиће се износ пензије за 50%.<sup>27</sup> То правило није важило за лица која обављају неку уметничку делатност, по остваривању права на старосну пензију. Ваља напоменути да се тај тест спроводи већином у ситуацијама када се осигураник одлучи за остваривање права на старосну пензију у млађем животном добу, односно када наврши најнижу границу у погледу година живота услед које може остварити право на пензију. Што је осигураник старији, услови су мање рестриктивни, а када наврши 65 година живота, као што је случај, на пример, у Канади, тест зараде се више ни не спроводи.<sup>28</sup> У нашем законодавству одређени вид теста зараде, односно прихода се спроводи код корисника породичних пензија, док ће се осигуранику који се одлучи за превремену старосну пензију износ пензије трајно умањити.<sup>29</sup>

Корисници пензије могу обављати и рад ван радног односа, односно стицати приходе на основу неког од уговора којима се не заснива радни однос. Све више су распрострањени различити облици рада ван радног односа, па се поставља питање да ли корисник старосне пензије може стицати приходе на основу ангажовања по основу неког од уговора којима се не заснива радни однос. Наш законодавац експлицитно Законом о раду предвиђа могућност да корисник старосне пензије може са послодавцем да закључи уговор о обављању привremenих и повremenих послова који су по својој природи такви да не трају дуже од 120 радних дана у календарској години.<sup>30</sup> Реч је о уговору који спада у групу уговора којима се не заснива радни однос, али је послодавац у обавези да особи која обавља послове на основу закљученог уговора уплаћује доприносе за пензијско и инвалидско осигурање. Лице на основу закљученог уговора о привременим и повременим пословима остварује право на накнаду за извршени рад, услед чега велики број корисника старосних пензија у Републици Србији добија могућност за стицање додатних прихода уз месечни износ који им се исплаћује из средстава Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање. Међутим, приметно је да се у пракси овај уговор често злоупотребљава. Привремени послови су по својој природи континуирани и краткотрајни, док се повремене послове врше са

27 Z. Cota, Z. Popović, 302–303.

28 *Social Security Pensions, Development and Reforms*, 44.

29 Опширније о институту превремене старосне пензија код: Филип Божић, „Реформа права на старосну пензију у Србији“, *Свеске за јавно право*, бр. 19/2015, 80-82.

30 ЗР, чл. 197.

прекидима, односно с времена на време, а не у континуитету.<sup>31</sup> Законом о раду из 2001. године експлицитно је било предвиђено да лице са којим је послодавац закључио уговор о обављању привремених и повремених послова има право на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање, као и да је обвезник уплате доприноса послодавац.<sup>32</sup>

Упркос одређеним критикама, слична пракса, као и у Републици Србији, уочава се и у већини система социјалне сигурности источноевропских и централноевропских земаља, те се корисницима пензије дозвољава да наставе са вршењем рада, који ће им обезбеђивати додатне приходе у старости.<sup>33</sup> Могуће је да та пракса постоји у наведеним деловима Европе јер се, анализом статистичких података, уочава да је реч о земљама где су износи пензије знатно нижи у односу на скандинавске и западноевропске државе, па се корисницима пензије пружа могућност да и даље стичу приходе на основу рада и тако избегну ризик од сиромаштва у старости. Такође, претпоставља се и да се престанак радног односа услед навршења услова за старосну пензију више не квалификује у групу разлога због којих радни однос престаје по сили закона, како би се пружила могућност и особама које немају потребан број година стажа осигурања да стекну услов за старосну пензију. Евидентно је да је у пери-

---

31 Професор Лубарда тврди да је „привремени рад традиционално више заступљен у англосаксонском него у европскоконтиненталном радноправном систему, с тим да је у последње две деценије XX века изражена тенденција ширења домена примене привременог рада, као и продужење његовог максималног трајања, у функцији веће флексибилности запошљавања и радног ангажовања“. Б. Лубарда, 130 и 132–133.

32 Истим прописом било је предвиђено да уговор о привременим и повременим пословима може трајати најдуже 180 радних дана у календарској години. Закон о раду – ЗР(2001), *Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001 – испр, чл. 124.

33 *Social Security Pensions, Development and Reforms*, 45.

Уставни суд Републике Српске утврдио је да члан 141 Закона о пензијском и инвалидском осигурању Републике Српске није у сагласности са Уставом јер је тим чланом била предвиђена обустава исплате пензије у случају да корисник пензије заснује радни однос. Подносиоци представке сматрали су да право на пензију спада у категорију стечених права и да се стога не може ограничити или одузети. Оцењујући уставност предметне законске одредбе Суд је, пре свега, имао у виду правну природу права из пензијског и инвалидског осигурања, као и чињеницу да је реч о правима стеченим под законом прописаним условима. Суд је такође сматрао да су наведеним нормирањем нарушена имовинска права корисника пензије, те је услед тога дошло до повреде члана 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, а у вези са тим и члана 5, став 1, алинеја 1 и члана 48, став 1 Устава Републике Српске, као и члана 10 Устава, којим се грађанима гарантује равноправност и једнакост у правима, обавезама и уживању једнаке правне заштите. Одлука Уставног суда Републике Српске: У-38/12 од 30. октобра 2013. године.



оду административног, а затим и самоуправног социјализма, које су карактерисале високе стопе запослености, када су услови за остваривање права на старосну пензију били повољнији, оправдано било да радни однос престаје по сили закона јер су износи пензија били знатно виши а услови који се односе на претходни стаж осигурања могли су се испунити без већих потешкоћа.

Примећује се и да се у државама које су развиле трећи стуб пензијског осигурања, односно добровољно пензијско осигурање, мањи број особа одлучује за радно ангажовање по испуњавању услова за пензију, јер се управо посредством добровољних пензијских фондова, уз стечену старосну пензију у оквиру првог стуба пензијског осигурања, обезбеђује већи ниво социјалне сигурности у старости.<sup>34</sup> Међутим, наведено се не односи на нашу државу где је опсег добровољних пензијских фондова и даље на незадовољавајућем нивоу, те је и то још један разлог услед којег постоји већа потреба за стицањем прихода на основу рада по испуњавању услова за старосну пензију.<sup>35</sup>

Ваља имати у виду да највећи број корисника пензије који се одлучи да настави са радом, то чини на основу закљученог уговора о раду са напуним радним временом или се радни ангажман врши посредством, напред анализираног, уговора о привременим и повременим пословима, који се сврстава у групу уговора којима се не заснива радни однос<sup>36</sup>. Исто тако, велики број корисника пензије се одлучује на стицање прихода обављањем неке самосталне делатности, уз резерву да су многи од њих и пре остваривања права на пензију, обављали одређену самосталну делатност.<sup>37</sup>

---

34 S. Scherger, 3.

35 Подаци Народне банке Србије на крају првог тромесечја 2018. године указују да се у фази акумулације налази 186 769 корисника, они имају 255 085 склопљених уговора о чланству. Учешће корисника услуга пензијских фондова у укупном броју запослених износи 9,2%. Доступно на адреси: [https://www.nbs.rs/internet/latinica/62/62\\_2/dpf\\_01\\_18.pdf](https://www.nbs.rs/internet/latinica/62/62_2/dpf_01_18.pdf), 16.9.2018, 12.

36 S. Scherger, 6.

37 S. Scherger, 6.

Занимљиве су одредбе Закона о здравственој заштити, којима се предвиђа да приватну праксу може основати и здравствени радник корисник старосне пензије. Здравствени радник може основати приватну праксу под условом да је добио, односно обновио лиценцу, с тим што здравствени радник, корисник старосне пензије, за издавање и обнављање лиценце подноси и доказ о општој здравственој способности за обављање здравствене делатности. Обнављање лиценце врши се сваких седам година, али је здравствени радник преко 70 година старости обавезан да обнавља лиценцу сваких годину дана. Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019, чл. 37, ст. 1, тач. 2 и чл. 183, ст. 5-7.

Коначно, додатни подстицај за корисника пензије, а у погледу доношења одлуке о поновном заснивању радног односа, представља и законска могућност којом се предвиђа да корисник старосне пензије или превремене старосне пензије који се запосли на територији Републике Србије, односно обавља самосталну делатност по основу које је обавезно осигуран на територији Републике Србије, има право по престанку тог запослења, односно обављања те самосталне делатности, на поновно одређивање пензије, ако је био у осигурању најмање годину дана.<sup>38</sup> Наведени износ ће логички посматрано бити виши од износа пензије који је корисник претходно остварио. Осигураник само мора имати у виду да пензијски стаж, који се узима у обзир приликом утврђивања висине старосне пензије, исказан у годинама, месецима и данима може износити највише 45 година.<sup>39</sup>

#### **IV Наставак рада код послодавца по испуњавању услова за старосну пензију као алтернатива институту кумулације зараде и старосне пензије**

Старијим радницима, који су испунили услове за старосну пензију, оставља се слобода избора, да и поред тога што су испунили услове за пензију наставе са радом код послодавца, а под условом да је наведена могућност предвиђена законом. Стога се поставља као питање да ли ће осигураник који је испунио услове за старосну пензију, а којем није престао радни однос код послодавца, имати право да покрене поступак за остваривање права на старосну пензију пред надлежним органом. Важећим законским прописима Републике Србије о пензијском и инвалидском осигурању јасно се предвиђа да се право на старосну пензију и превремену старосну пензију остварују после престанка осигурања.<sup>40</sup> Следствено томе, ако запослени настави са радом код послодавца, могућност кумулације пензије и зараде је искључена, што у највећем броју случајева није на штету запосленог, чији износ зараде ће неспорно увек бити виши

---

38 ЗПИО, чл. 121, ст. 1.

39 ЗПИО, чл. 68.

40 Престанком осигурања у смислу наведеног члана сматра се и ранији престанак осигурања, ако се лице у тренутку подношења захтева налази у осигурању, ако су услови за стицање права на старосну пензију, превремену старосну пензију исти у тренутку подношења захтева и ранијег престанка осигурања. Од примене овог члана изузети су осигураници који обављају делатност у складу са законом којим се уређује рад приватних предузетника, те они могу право на старосну пензију, односно превремену старосну пензију остварити испуњењем услова за стицање права на старосну пензију. ЗПИО, чл. 82а.

од износа старосне пензије, а ту је и увек присутни ризик да ли ће уопште до кумулације доћи, јер су могућности корисника старосне пензије да добије одговарајуће запослење знатно ограничене, о чему је већ било речи у претходном делу рада.

Међутим, поставља се питање да ли ће у појединим случајевима испуњеност услова за старосну пензију аутоматски значити и престанак радног односа, те услед тога напред анализирана могућност није ни остварива. Престанак радног односа, када се наврше године које представљају услов за остваривање права на старосну пензију, класификован је у групу разлога за престанак радног односа по сили закона у ранијим законским прописима наше земље, којима су регулисани радни односи.<sup>41</sup> Законом о

---

41 Деспотовић и Балтић наводе да је у периоду самоуправног социјализма, а на основу одредби Закона о удруженом раду, „раднику престајао радни однос по сили закона ако испуни услове за личну пензију – ако законом није друкчије одређено – даном кад одлука о престанку радног односа постане коначна“. Закон о радним односима СР Србије ближе одређује овај основ престанка радног односа, те се наводи да „раднику престаје радни однос по сили закона кад наврши 40 година стажа осигурања и 60 година живота (мушкарац), односно 35 година стажа осигурања и 55 година живота (жена), или кад наврши 65 година живота и 30 година пензијског стажа (мушкарац), односно 60 година живота и 25 година пензијског стажа (жена). Међутим, и у периоду самоуправног социјализма постојала је могућност да на основу самоуправног општег акта основне организације, а у складу са друштвеним договором, раднику не престане радни однос, већ да настави да ради, али не дуже од три године. Ова могућност се предвиђала само у околностима ако основна организација није могла да обезбеди запошљавање новог радника на основу конкурса, односно огласа или распоређивања радника у складу са самоуправним општим актом. У случају да основна организација донесе одлуку да радник и даље остане у радном односу, дужна је да сваких 12 месеци оглашава потребу за радником за рад на тим пословима, односно радним задацима, те је даном ступања на рад новог радника престајао радни однос раднику коме је настављен радни однос. Следствено наведеном, закључују се да је сврха наставка радног односа била у томе да се исти настави само док се не обезбеди нови радник који би наставио да обавља послове које је обављао радник којем радни однос престаје због навршења услова за пензију. Наведено према Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије, систем самоуправних међусобних радних односа и основни проблеми социологије рада*, Савремена администрација, Београд, 1979, 293.

Уочавају се и одређене промене после десолуције СФРЈ, те према писању професора Брајића, Савезни закон о основама радних односа из 1996. године, предвиђа да запосленом који наврши 65 година живота или 40 година пензијског стажа престаје радни однос, ако послодавац у складу са условима утврђеним у закону не одлучи да запослени остане у радном односу. Републички закон је прописивао нешто другачије решење, слично важећем решењу, да радни однос запосленом престаје по сили закона када наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, што значи да запосленом неће престати радни однос све док не наврши 65 година живота, а без обзира на претходни стаж осигурања. Постојала је и могућност да запослени остане у радном односу, ако је то неопходно за обављање одређених

раду Републике Србије из 2001. године први пут се експлицитно предвиђа могућност да се настави са радом и после навршених 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени тако споразумеју.<sup>42</sup> Важећи Закон о раду садржи идентичну одредбу, те такође предвиђа да се радни однос може продужити на основу закљученог споразума између запосленог и послодавца иако је запослени испунио услове за остваривање права на старосну пензију.<sup>43</sup> Стога, како би се наставио радни однос и по испуњавању услова за старосну пензију, неопходна је сагласност обе стране, односно и запосленог и послодавца. Имајући у виду специфичности наведеног основа за престанак радног односа, професорка Ковачевић поменути разлог за престанак радног односа оправдано посматра као *sui generis* основ престанка радног односа.<sup>44</sup>

Осим Закона о раду, постоје и поједини посебни закони којима је експлицитно и даље предвиђен престанак радног односа по сили закона када се наврше одређене године живота, односно када се испуни услов за старосну пензију. Док се у општем режиму радних односа, запосленом омогућава да настави са радом и поред тога што је испунио услове за старосну пензију, у посебним режимима радних односа, посебно код радних односа државних службеника, правила се нису променила, те радни однос престаје по сили закона када се испуне законом предвиђени услови за пензију.<sup>45</sup> С тим у вези, један део аутора тврди да су због природе одређених професија сасвим легитимне одредбе посебних закона о престанку радног односа по сили закона.<sup>46</sup> Други се пак залажу да законодавац продужење радног одно-

---

послова, а најдуже до навршених 67 година живота. Наведено према: Влајко Брајић, *Радно право*, Савремена администрација, Београд, 2001, 411-412.

42 ЗР (2001), чл. 97, тач. 2.

Исте године је и изменама Закона о раду Републике Хрватске предвиђена могућност да радни однос код послодавца не престаје када радник наврши 65 година живота и 20 година стажа осигурања, ако се послодавац и радник друкчије не договоре. Према професору Поточњаку овај начин престанка радног односа нормиран је одвојено од отказа уговора о раду и најчешће се повезује са остваривањем права на пензију. Опширније код: Željko Potočnjak, „Prestanak ugovora o radu“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Željko Potočnjak), Zagreb, 2007, 480-482.

43 ЗР, чл. 175, тач. 2.

44 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 91-95.

45 Види и: M. Schlachter, 298.

46 Опширније у: Melanie Regine Hack, *Taking Age Equality Seriously: The Example of Mandatory Retirement, A Comparative Legal Analysis between Norway and Germany in Light of Council Directive 2000/78/EC*, Nomos, Baden Baden 2016, 65-112 и 222 - 357.

са и након испуњења услова за старосну пензију може предвидети само као строго лимитирани изузетак, уз навођење јасних и прецизних услова.<sup>47</sup>

Група посебних закона, којима се регулишу радни односи запослених у државним органима и јавним службама, као и запослених у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе садржи скоро па истоветне одредбе о престанку радног односа по навршењу услова за старосну пензију. И Закон о државним службеницима Републике Србије<sup>48</sup> и Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе<sup>49</sup> предвиђају да ће службенику престати радни однос по сили закона кад наврши радни век – даном навршења 65 година живота ако има најмање 15 година стажа осигурања. Поставља се питање, на које се одговор не може пронаћи у одредбама закона, да ли службенику престаје радни однос ако није испунио услов у погледу претходног стажа осигурања и да ли то значи да може да настави са радом све док не испуни наведени услов за старосну пензију, без обзира на године живота.

Истоветне одредбе у погледу престанка радног односа предвиђају се и недавно усвојеним Законом о запосленима у јавним службама, где стоји да ће „запосленом престати радни однос независно од његове воље и воље послодавца када наврши 65 година живота ако има најмање 15 година стажа осигурања, односно навршењем година живота и стажа осигурања у складу са одредбама закона којим се уређује рад јавне службе“.<sup>50</sup> Било је предвиђено да се наведене одредбе примењују од 1. јануара 2019. године, али је одлучено да се примена Закона одложи за још годину дана, те ће Закон почети да се примењује од 1. јануара 2020.<sup>51</sup>

---

47 А. Петровић, 114.

48 Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 и 95/2018, чл. 131, ст. 1, тач. 1.

49 Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Службени гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018 и 113/2017 – др. закон, чл. 163, ст. 1, тач. 1.

50 Закон о запосленима у јавним службама, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017 и 95/2018, чл. 136, ст. 1, тач. 1.

51 Закон о изменама Закона о запосленима у јавним службама, *Службени гласник РС*, бр. 95/2018, чл. 3.

Ваља имати у виду да су се све до усвајања споменутог Закона, на запослене у јавним службама примењивале одредбе Закона о раду, те је и у погледу престанка радног односа била предвиђена могућност да запослени настави са радом код послодавца и по навршењу услова за старосну пензију.

Вредне пажње су одредбе Закона о високом образовању, којима се предвиђа да наставнику престаје радни однос на крају школске године у којој је навршио 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, уз могућност продужетка радног односа редовном професору, на основу уговора са високошколском установом на одређено време до две године, уз могућност додатних продужења, а најдуже до краја школске године у којој навршава 70 година живота.<sup>52</sup> Предвиђено је да се редовном професору може продужити радни однос само ако има најмање 20 година радног искуства у високом образовању и ако је након стицања звања редовног професора остварио резултате у научном раду, односно у уметничком стваралаштву и у развоју научнонаставног подмлатка на факултету који су потребни за избор у звање редовног професора.<sup>53</sup>

И поред чињенице да судије и тужиоци нису у радном односу, већ је реч о изабраним лицима која обављају судијску, односно тужилачку функцију, на њих се примењују слична правила одредбама о престанку радног односа, а у погледу престанка функције када се наврше законом предвиђене године живота.<sup>54</sup> Законом о судијама Републике Србије прописано је да судији по сили закона престаје радни век кад наврши 65 година живота, односно престаје му судијска функција, уз изузетак који се односи на судије Врховног касационог суда, којима радни век престаје када наврше 67 година живота.<sup>55</sup> Закон о јавном тужилаштву предвиђа да јавном тужиоцу и заменику јавног тужиоца по сили закона престаје функција кад наврше 65 година живота.<sup>56</sup> Наведеним прописима се предвиђа и да судија, односно јавни тужилац и заменик јавног тужиоца, не

---

52 Закон о високом образовању-ЗВО, *Службени гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон и 73/2018, чл. 93, ст. 1–2.

И Закон о основама система образовања и васпитања предвиђа да радни однос запосленог у установи образовања и васпитања престаје са навршених 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања. Закон о основама система образовања и васпитања, *Службени гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 – др. закони и 10/2019, чл. 167, ст. 1.

53 ЗВО, чл. 93, ст. 3.

54 Опширније код: Бранко Лубарда, *Радно право, расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 82-83.

55 Закон о судијама - ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС и 47/2017, чл. 59.

56 Закон о јавном тужилаштву - ЗЈТ, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 - одлука УС, чл. 89.

могу уз плату да примају и пензију остварену у складу са посебним прописима, чиме се експлицитно искључује могућност кумулације.<sup>57</sup>

Ваља имати у виду да се наведеним категоријама, чија се права уређују анализираним посебним законским прописима, а којима престаје радни однос по сили закона, када наврше године живота утврђене законом, не ускраћује уставом гарантовано право на рад и да они имају могућност да по стицању права на старосну пензију изнова заснују радни однос, као што је и наведено у претходном делу рада, али не код послодаваца код којих им је претходно престао радни однос услед испуњавања услова за старосну пензију. Стога се закључује да наведена група послодаваца, не може закључити нови уговор о раду са лицем којем је престао радни однос по сили закона услед испуњавања услова за пензију. Исто тако, не може *exempli causa* засновати радни однос у јавној служби или бити изабрано на судијску или тужилачку функцију лице старије од 65 година. Наведена ограничења се не односе на приватни сектор, где послодавац има могућност да закључи уговор о раду са особом старијом од 65 година или да лице којем је престао радни однос или функција почне да обавља самосталну делатност и на тај начин стиче приходе на основу рада<sup>58</sup>. Стога није незаконито да државни службеник којем је радни однос престао по сили закона поднесе пријаву на конкурс за заснивање радног односа код послодавца у приватном сектору, нити послодавац може да одбаци његову пријаву на конкурс из разлога што је кандидат навршио године живота које представљају услов за старосну пензију, јер би се наведено сматрало обликом старосне дискриминације.<sup>59</sup>

Поједини аутори оправдано сматрају да забрана обавезног пензионисања, и поред чињенице да већина држава чланица Европске уније не предвиђа више својим прописима престанак радног односа по сили закона по испуњењу услова за старосну пензију, није одговор на проблематику која се у пракси јавља поводом наведеног, јер је управо судска пракса отворила бројне дилеме, које се доводе у везу првенствено са индивидуалним правима насупрот јавном интересу, уз отварање питања међугенерациске

---

57 ЗС, чл. 37, ст. 7; ЗЈТ, чл. 69, ст. 6.

58 У пракси је веома чест случај да се по престанку судијске и тужилачке функције и стицања права на старосну пензију, пензионисане судије, односно тужиочи, почињу бавити адвокатуром.

59 М. Schlachter, 298.

солидарности и одрживости пензијских система.<sup>60</sup> Ваља имати у виду да је Европски суд правде донео више од двадесет одлука, у којима је предмет спора била старосна дискриминација, с тим да је у највећем броју случајева поступак био покренут управо поводом обавезног пензионисања.<sup>61</sup>

## V Немогућност кумулације зараде и старосне пензије

Трећи, најрестриктивнији концепт, предвиђа престанак радног односа по испуњавању услова за пензију по сили закона и немогућност кумулације пензије и прихода који се стичу на основу рада, односно у случају да дође до поновног заснивања радног односа, кориснику се аутоматски обуставља исплата пензије све док радни однос траје. Наведени модел је био заступљен у великом броју држава са социјалистичким друштвеним уређењем. У Републици Кини је све до недавно било незамисливо да лице које испуни услове за пензију, поново започне са радом.<sup>62</sup> Услед процеса транзиције, учесталих економских криза, а пре свега промене концепта привређивања у државама са социјалистичким друштвеним уређењем, све чешће се мењају законски прописи, те се допушта обављање рада за другог и по стицању права на старосну пензију. Следствено томе, може се закључити да се модел заступљен у оквиру овог концепта постепено напушта.<sup>63</sup>

60 Ann Numhauser-Henning, „The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 29, No. 4/2013, 413.

61 Ann Numhauser-Henning, 403; Вид. следеће одлуке Европског суда правде: Case C-411/05 *Palacios de la Villa* (2007) ECR I-8531; Case C-45/09 *Rosenblandt* (2010) ECR I-9391; Joined Cases C-250/09 and C268/09 *Georgiev* (2010) ECR I-11869; Case C-341/08 *Peterson* (2010) ECR I-47; Joined Cases C-159/10 and C-160/10 *Fuchs and Köhler* (2011); Опширније о наведеним предметима код: Anja Wiesbrock, „Mandatory Retirement in the EU and the US: The Scope of Protection against Age Discrimination in Employment“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 29, No. 3/2013, 308-312.

62 Ge Yu, Klaus Schömann, „Working Pensioners in China: Financial Necessity or Luxury of Choice?“, *Paid Work Beyond Pension Age – Comparative Perspective* (ed. Simone Scherger), Palgrave Macmillan, 2015, 152.

63 Овај модел је био присутан на нашим просторима и крајем тридесетих година двадесетог века. Правилником о пензионом фонду особља државне хипотекарне банке експлицитно се наводи да није дозвољена кумулација старосне пензије и зараде, те се пензија није исплаћивала „ако се лични пензионер врати у службу Банке; кад ступи у државну или самоуправну службу док му та служба траје“. *Правилник о пензионом фонду особља Државне хипотекарне банке*, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд 1939, чл. 19 и 20.



Велики утицај на наведене промене имала је и судска пракса, па је тако Уставни суд СРЈ утврдио 1992. године да се „право на пензију не може ни укинути ни ограничити ако се истовремено користи Уставом зајемчена слобода рада и привређивања и слобода занимања и запослења“ уз констатацију „да су остваривање права на пензију и коришћење тог стеченог права два неодвојива елемента једног истог имовинског права, при чему сматра да, у суштини, нема сразмерности између јавног материјалног интереса државе, с једне стране, и интереса појединца да заштити своја имовинска права, да би се коришћење права на пензију, које несумњиво има свој имовински израз, могло ограничити у случају запослења после испуњености услова за остваривање права на пензију“.<sup>64</sup>

Вредна помена је и богата пракса Европског суда за људска права. У случају Фабиан против Мађарске, Европски суд за људска права је утврдио да је дошло до повреде члана 1 Протокола 1, у вези са чланом 14 Европске конвенције о људским правима, услед обуставе исплате старосне пензије подносиоцу представке због тога што је засновао радни однос у јавној служби по стицању права на старосну пензију. Изменама Закона о пензијском осигурању из 1997. године предвиђено је да ће се обуставити исплата старосних пензија државним службеницима, односно запосленима у јавном сектору који су и корисници пензије. Насупрот томе, запосленима у приватном сектору, који су стекли право на пензију, дозвољена је кумулација пензије и зараде, те је у представци наведено да је тиме извршена дискриминација у вези са стеченим имовинским правима.<sup>65</sup>

## VI Закључак

Као основни аргумент за постојање и оправданост института кумулације зараде и старосне пензије у савременим системима социјалне сигурности издваја се незадовољавајући положај корисника старосне пензије, чији приходи нису довољни за задовољене основних животних потреба у

64 Одлука о оцењивању уставности одредба члана 32 Закона о изменама и допунама Закона о основама пензијског и инвалидског осигурања објављена је у *Сл. листу СРЈ*, бр. 39/02. Наведено према: Велизар Голубовић, „Право на коришћење пензије за време запослења у Републици Србији и упоредном праву“, *Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, бр. 1/2015, 195-196. Вредно је помена да Голубовић у раду критикује наведену одлуку Уставног суда, сматрајући да није прихватљиво омогућити кориснику старосне пензије да стиче приходе на основу рада, а да му се исплата пензије не обустави или износ пензије не умањи, а како је било предвиђено прописима у СФРЈ од 1965-1992. године. В. Голубовић, 195-197. и 201-202.

65 Case of *Fábián v. Hungary* (Application no. 78117/13), Strasbourg 2015.

старости. Анализом различитих концепата, долазимо до закључка да је најприхватљивији први концепт, односно концепт којим се дозвољава кумулација пензије и зараде, уз изражену социјалну компоненту, јер се на тај начин кориснику пензије омогућава да стиче приходе на основу рада и тиме унапреди свој материјални положај. Како би се избегла криза међугенерациске солидарности, и по том основу омогућило веће учешће младих на тржишту рада, ваљало би да корисници пензије превасходно стичу приходе у оквиру одређене самосталне делатности или на основу рада ван радног односа, односно закључивањем уговора о привременим и повременим пословима, што је и предвиђено важећим Законом о раду, али се наведене одредбе у пракси неретко злоупотребљавају, те се овај уговор користи у друге сврхе. У погледу наставка рада код послодавца по испуњавању услова за старосну пензију, чиме се искључује могућност кумулације пензије и зараде, наведено би требало користити само када је то неопходно, ако запослени поседује изузетна знања и способности, као и искуство које се може пренети на млађе запослене, а да се тиме уједно не наруши међугенерациска солидарност. Као ваљано решење, предлаже се престанак радног односа када запослени испуни услове за старосну пензију, а затим одређени повремени видови ангажовања пензионисаних запослених код послодавца, а на основу неког од уговора којима се не заснива радни однос, а који може кориснику пензије обезбедити додатне приходе у старости, а младима посредно могућност лакшег запослења. Трећи концепт, је као што се могло приметити, застарео и у супротности са релевантном судском праксом, али и концепцијом права на рад, као основног људског права, те се исти може повезати превасходно са системима у којима је био заступљен социјалистички тип друштвеног уређења.

Коначно, могло се приметити да се концепт института кумулације зараде и старосне пензије мењао кроз време и да је у неким периодима било оправдано онемогућити кумулацију пензије и зараде, али да је у савременом друштву, у којем је положај корисника старосне пензије на незавидном нивоу, кумулација данас више него допуштена појава, те поновно радно ангажовање корисника старосне пензије не може бити ваљан разлог за обуставу или умањење старосне пензије.

**Filip BOJIĆ, Ph. D.**

**Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law**

**CUMULATION OF EARNINGS AND OLD-AGE PENSIONS  
- PRO ET CONTRA**

**Summary**

*The author examines the basic characteristics, as well as the causes of the institute of cumulation of earnings and old-age pensions, and asks as a fundamental question whether this phenomenon is justified in a modern society, and having in mind that numerous examples from the legal tradition indicate that in certain periods the cumulation was also prohibited by law. Various factors have been analyzed that influence the decision of the individual to reestablish employment relationship, and to realize the right to old-age pension, but also the consequences that this institute can have on the employment of young people and the violation of the concept of intergenerational solidarity. The paper also discusses the termination of employment of an employee after fulfilling the conditions for old-age retirement, and contains a critical review of models in which the cumulation institute is strictly forbidden. By examining all the positive and negative aspects of the cumulation of earnings and old-age pensions, the author makes some conclusions in order to highlight potential appropriate solutions that could be applied to domestic modern legislation.*

**Keywords:** *old-age pension, earnings, employment relationship, cumulation, termination of employment.*

Др Драгана РАДОВАНОВИЋ\*

## РАДНИ ОДНОС ЗА ОБАВЉАЊЕ ПОСЛОВА ИЗВАН ПРОСТОРИЈА ПОСЛОДАВЦА

### Резиме

*Радни однос за обављање послова изван просторија и у његовим оквирима рад код куће и рад на даљину представља изузетак од (стандардног) радног односа у оквиру кога запослени редовно обавља рад у просторијама послодавца и атипични радни однос. Радни однос у овом модалитету, наиме, детерминише децентрализација радних места и редовно обављање послова код куће запосленог или на другом одговарајућем месту које се налази изван просторија послодавца, што омогућава остваривање вишеструких користи. Из тог разлога, радна легислатива установљава шири оквир за закључивање уговора о раду код куће и рада на даљину, а појединце охрабрује да, без страха за своју сигурност, закључују ову врсту уговора о раду - запосленом, који ради код куће или на другом одговарајућем месту које се налази ван просторија послодавца, јамчи сва права као и запосленом који ради на истим пословима у просторијама послодавца, али и посебна права која респектују специфичност његовог положаја.*

**Кључне речи:** *радни однос за обављање послова изван просторија послодавца, рад на даљину, рад код куће, флексибилизација рада.*

### І Претходне напомене

Последњих деценија догодиле су се опсежне друштвене промене, које су довеле до преобликовања света рада на више начина. Између осталог, наметнуле су потребу за еластичнијим уређивањем радних односа како би се обезбедило ефикасно, квалитетно и брзо прилагођавање насталим околностима, економска успешност на макро и микро нивоу и

---

\* Доцент на Правном факултету за привреду и правосуђе, Универзитет Привредна академија, Нови Сад

максимална запосленост у датим околностима.<sup>1</sup> У том светлу се и афирмишу флексибилни облици запошљавања, међу којима посебно место заузима радни однос за обављање послова изван просторија послодавца. Флексибилност радног односа у овом модалитету подразумева децентрализацију радних места и редовно обављање послова код куће запосленог или на другом одговарајућем месту које се налази ван просторија послодавца<sup>2</sup>, што може резултирати вишеструким позитивним ефектима.<sup>3</sup> Чињеница је, међутим, да ће рад код куће и рад на даљину још дуго време бити маргинализован због неповерења и страха од непознатог, али и организационих, културних и других разлога.

## II Национални стандарди о радном односу за обављање послова изван просторија послодавца

Национални стандарди о радном односу за обављање послова изван просторија послодавца инкорпорирани су, преваходно, у Закону о раду<sup>4</sup>, који се, као системски закон у области рада, примењује на све запослене и послодавце, уколико другачије није одређено законом. Приликом њиховог доношења уважени су, али фрагментарно, међународни стандарди о раду код куће и раду на даљину, нарочито они садржани у Конвенцији Међународне организације рада број 177 о раду код куће и Препоруци ове организације број 146 о раду код куће и Оквирном споразуму о раду на даљину из 2002. године, усвојеном од стране европских социјалних партнера. Из тог разлога, морамо и даље радити на хармонизацији националне

1 Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада: решење или заблуда”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2012, 179.

2 Иво Розић, „Флексибилни облици запошљавања у складу са *Acquis communitarie*”, *Радно и социјално право*, бр. 2/2013, 46.

3 На нивоу друштва, радни однос за обављање послова изван просторија послодавца има потенцијала да допринесе решавању бројних проблема, пре свега, проблема незапослености, проширујући могућности за запослење осетљивих категорија лица, као што су старија лица и лица са инвалидитетом, жене и лица која се старају о члановима породице којима је неопходна њихова брига и помоћ. Радни однос у овом модалитету омогућава послодавцима да модернизују организацију рада и остваре значајне уштеде (смањењем трошкова обезбеђивања просторних услова за рад и трошкова доласка и одласка са рада запослених, на пример), али и интензивирају продуктивност, умање притисак рационализације, остваре већи профит и већу конкурентност. Гледано из угла запослених, приметан је његов утицај на лакше усклађивање породичних и професионалних обавеза и организацију радног времена на начин који њима највише одговара. С. Јашаревић, 184.

4 Закон о раду - ЗР, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 13/2007 и 95/2018.

регулативе са међународном у овој области, а посебно на хармонизацији са комунитарном радним правом, с обзиром на то да је инкорпорираће “*Acquis communitarie*” у национални поредак један од услова који наша земља мора испунити да би била примљена у чланство Европске уније.

### III Дефиниције и начелна полазишта о радном односу за обављање послова изван просторија послодавца

Радни однос за обављање послова изван просторија послодавца имплицира рад на даљину и рад код куће - рад на даљину је “облик организације и/или извршавања рада уз употребу информационих технологија, у оквиру уговора о раду/радног односа, где се рад који би се могао обављати у просторијама послодавца, редовно обавља изван тих просторија”,<sup>5</sup> а рад код куће “рад који радник обавља: код своје куће или на другој просторији, коју изабере, а која није просторија послодавца; уз новчану накнаду; у циљу производње или пружања услуга према захтеву послодавца, без обзира на то обезбеђује опрему, сировине и друга средства за рад”<sup>6</sup>.

Рад на даљину је новијег датума и доводи се у везу са развојем информационих технологија и њиховом интензивном применом на радном месту. Из тог разлога, као и због своје комплексности и мноштва појавних облика, не може се симплифицирати на рад код куће, иако умногоме подсећа на овај традиционални модалитет радног односа за обављање послова изван просторија послодавца<sup>7</sup> - између осталог, запосленима обезбеђује већи степен аутономије у организацији рада, избору места рада и распореда радног времена<sup>8</sup>, а захваљујући иновацијама у сфери информационих технологија, које се користе у извршавању пре-

5 Ова дефиниција садржана је у Оквирном споразуму о раду на даљину и прихваћена (*telle quelle* или са мањим изменама), у већини држава чланица Европске уније, те се сматра опште прихваћеном. Љубинка Ковачевић, „Рад на даљину - правни аспекти”, *Радно и социјално право*, бр. 2/2009, 91.

6 Конвенција Међународне организације рада број 177 о раду код куће, чл. 1.

7 Сличност рада на даљину са радом код куће је основни разлог због чега је рад на даљину организован у складу са одредбама матичног закона у области рада код куће до 2014. године, када је ступио на снагу Закон о изменама и допунама Закона о раду, који је, установљавањем овог облика организације и/или извршавања рада, проширио оквире радног односа за обављање послова изван просторија послодавца. Будући да је новијег датума, квалитет нормативних решења не може се ценити на основу судске праксе. Љуба Слијепчевић, „Рад на даљину према Закону о раду, Конвенцији МОП бр. 177 и Европском оквирном споразуму”, *Правни информатор*, бр. 1/2015, 48.

8 Предраг Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2015, 215; Љ. Ковачевић, 91.

стације рада, имплицира облике рада почев од рада који запослени обавља код куће и у теле-центрима, до рада на пословима код којих је стално у покрету или на путу.<sup>9</sup>

Радни однос за обављање послова изван просторија послодавца суштински је одређен специфичним местом рада<sup>10</sup> и редовним обављањем послова изван просторија послодавца<sup>11</sup>, али и употребом информационих технологија у извршавању престације рада<sup>12</sup>, ако се заснива ради обављања послова на даљину. Особености радног односа у овом модалитету представљају основ његовог разликовања од основног, стандардног радног односа у оквиру којег запослени редовно обавља послове у просторијама послодавца, сходно “јединству времена, простора и радњи”<sup>13</sup>, али и разлог због чега се сматра атипичним радним односом. Истовремено, представља изузетак од стандардног радног односа, прихватљив као делотворан одговор на савремене изазове (у области информационих технологија) и применљив када је објективно могуће, с обзиром на природу и карактер послова за које се заснива радни однос и (техничке) могућности за њихово обављање изван просторија послодаваца.<sup>14</sup>

Рад на даљину, као и рад код куће, и њему иманентно специфично место рада обезбеђује запосленима аутономију у погледу организације радног времена (они могу организовати радно време на начин који њима одговара) и обављање послова без непосредног послодавчевог надзора,

---

9 Љ. Ковачевић, 91.

10 Место рада је специфично зато што се налази изван просторија послодавца - запослени може радити код куће или у другој просторији која се налази у његовој својини или коју користи по основу уговора о закупу, уговора о доживотном издржавању, итд. Ако ради код куће, мора се водити рачуна о условима становања његових чланова породице. Жељко Албинезе, Секула Новаковић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2014, 47.

11 Редовни карактер рада на даљину и рада код куће, оличен кроз перманентно и континуирано обављање послова код куће запосленог или на другом одговарајућем месту које се налази ван просторија послодавца, не искључује могућност њиховог повременог обављања у просторијама послодавца, нити стандардни радни однос искључује могућност повременог обављања послова ван просторија послодавца - у споразуму са послодавцем, запослени може један период у оквиру уговореног радног времена обављати послове код куће. Због тога, било би корисно одредити минимални фонд радних сати испод којег се одређени облик организације и/или извршавања рада не сматра радом на даљину и радом код куће. Љ. Ковачевић, 94; ЗР, чл. 50. ст. 2.

12 У извршавању престације рада користе се различите информационе технологије, мада је најчешћа употреба компјутера и WI-FI везе са интернетом. Љ. Слијепчевић, 47.

13 Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Београд, 2013, 133.

14 Живко Кулић, Слободанка Перић, *Радно право*, Београд, 2016, 126.

што не значи да се запослени који раде изван послодавчевих просторија могу сматрати само-запосленим лицима.<sup>15</sup> Аутономија коју уживају, наиме, не прекорачује “дозвољену” меру независности (они не сносе терет ризика делатности и обављају послове у име и за рачун послодавца, поступајући по његовим налозима и упутствима),<sup>16</sup> а њихова “невидљивост” на стандардном месту рада не искључује могућност послодавчевог надзора над обављањем послова, већ исти модификује и фокусира на квалитет (а не начин) обављања послова, и то употребом модерних технологија.<sup>17</sup>

Рад на даљину, као и рад код куће, може бити уговорен ради обављања разних послова, а уговарање једног или другог облика рада зависи, превасходно, од природе и карактера послова.<sup>18</sup> Неспорно је, међутим, да ни један од њих не може бити уговорен ради обављања послова који су опасни или штетни по здравље запосленог и других лица или оних који угрожавају животну средину<sup>19</sup> (на пример, ради обављања послова који укључују руковање експлозивима или излагање канцерогеним средствима). Ово ограничење осмишљено је у циљу очувања и унапређивања здравља запосленог, чланова његове породице и других лица у окружењу месту рада, као и ради заштите животне средине.<sup>20</sup>

Рад на даљину, као и рад код куће, може бити укључен у оригинални опис послова или отпочети накнадно, трансформацијом стандардног радног односа у радни однос за обављање послова изван просторија послодавца<sup>21</sup>, у складу са општим актом и уговором о раду<sup>22</sup>. У оба случа-

---

15 Љ. Ковачевић, 95.

16 Ж. Кулић, С. Перић, 126.

17 Љ. Ковачевић, 95.

18 Рад на даљину уговара се ради пружања књиговодствених услуга, статистичке обраде података, превођења на страни језик, архитектонског пројектовања, као и у области финансијског посредовања и промета некретнина, итд. а рад код куће ради обављања физичког, односно мануелног рада, какав је онај који се тиче израде предмета домаће радиности. П. Јовановић, 213.

19 ЗР, чл. 44.

20 Ж. Кулић, С. Перић, 127.

21 Трансформација стандардног радног односа у радни однос за обављање послова изван послодавчевих просторија требало би да буде потпомогнута установљавањем обавезе послодавца да, благовремено и на прикладан начин, обавести запослене о могућностима за рад на даљину или код куће. Б. Лубарда, 134.

22 По угледу на регулативу других земаља, било би корисно утврдити и период прилагођавања раду на даљину и раду код куће током којег и запослени и послодавац могу прекинути овакав рад, у складу са општим актом и уговором о раду. Национални колективни уговор Грчке из 2006. године, на пример, утврђује тромесечни период прилагођавања раду на даљину



ја, међутим, мора бити добровољан и за запосленог и за послодавца. Уколико послодавац понуди запосленом рад на даљину или рад код куће,

запослени може одбити понуду, и то без страха за сигурност запослења,<sup>23</sup> будући да неприхватање промене (уговореног) облика организације и/или извршавања рада, не може бити оправдан разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца.<sup>24</sup> Исто тако, послодавац не мора прихватити понуду запосленог да ради на даљину или код куће. Али, поднети предлог мора *bona fide* размотрити, заузети став о њему и обавестити (писаним путем) запосленог о заузетом ставу.<sup>25</sup>

Рад на даљину и рад код куће може се трансформисати у стандардни облик организације и/или извршавања рада, у складу са општим актом или уговором о раду, и уз сагласност запосленог и послодавца.<sup>26</sup>

Особености радног односа за обављање послова изван просторија послодавца су разлог због чега се уговором о раду, којим се заснива радни однос у овом модалитету, мора прецизирати: трајање радног времена утврђено према нормативима рада;<sup>27</sup> начин вршења надзора над радом и квалитетом обављања послова;<sup>28</sup> обезбеђивање, инсталирање и одржавање сред-

---

током којег свака страна може прекинути овакав рад, ако петнаест дана раније достави обавештење другој. Истраживачки центар - Парламентарни институт Црне Горе, *Рад на даљину: законска рјешења у неколико европских земаља*, 2016, Подгорица, 9.

23 У упоредном праву постоји став да запосленом, који одбије понуду послодавца да ради на даљину или код куће, може престати радни однос на иницијативу послодавца, ако је такав рад једина мера за (ново) запошљавање вишка запослених. ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, *Implementation of the European framework agreement on telework*. Report by the European social partners adopted by the Social dialogue committee on 28 June 2006, 2006, доступно на адреси: [http://www.eresorcecentre.etuc.org/.../ Framework%20agreement%20on%20telework](http://www.eresorcecentre.etuc.org/.../Framework%20agreement%20on%20telework), 17. 10.2018, 18.

24 П. Јовановић, 215.

25 Б. Лубарда, 135.

26 На то указује и регулатива европских земаља, када утврђује да послодавац може одбити предлог запосленог да ради на стандардном месту из финансијских, организационих или других оправданих разлога. Истраживачки центар - Парламентарни институт Црне Горе, 12.

27 Нормативи рада морају бити једнаки за запослене који обављају послове изван просторија послодавца и оне који раде на истим пословима у просторијама послодавца. У противном, запослени који ради на даљину или код куће морао би да ради прековремено и ноћу како би остварио очекиване резултате. Љ. Слијепчевић, 50.

28 Због специфичног места рада, послодавац врши надзор над квалитетом обављања послова употребом модерних технологија (регистрацијом времена проведеног за рачунаром, или на интернету, или у вези са сервером послодавца). Могуће је и да запослени води евиденцију о раду и доставља је послодавцу електронским путем, факсом или на други начин у утврђеним роковима. Љ. Ковачевић, 95.

става за рад и начин њиховог коришћења;<sup>29</sup> надокнада трошкова коришћења средстава за рад и трошкова насталих обављањем рада изван просторија послодавца;<sup>30</sup> остала права и обавезе, као што су пружање одговарајуће техничке подршке запосленом који ради на даљину или код куће<sup>31</sup> и заштита података које користи и обрађује у професионалне сврхе.<sup>32</sup>

Особености радног односа за обављање послова изван просторија послодавца су и разлог чега послодавац мора, пре закључења уговора о раду, обавестити кандидата не само о пословима које ће обављати, условима рада и правима и обавезама из радног односа и правилима у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза<sup>33</sup>, већ и о лицу којем је непосредно подређено и/или лицу коме може постављати питања, начину на који ће резултате рада учинити доступним и организационој јединици којој припада. Такође, мора организовати обуку како би запослени унапредили своја знања и вештине неопходних за успешно обављање рада на даљину или код куће.<sup>34</sup>

Особености радног односа за обављање послова изван просторија послодавца су и разлог због чега запослени може обављати послове, за које је засновао радни однос, сам или уз помоћ чланова уже породице.<sup>35</sup>

29 По правилу, послодавац обезбеђује, инсталира и одржава средства за рад (посебну телефонску линију, компјутер са модемом, итд.), а запослени је дужан да се о тим средствима добро брине. Ово правило није апсолутно, јер средства за рад може обезбедити запослени. Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2014, 128.

30 Запослени има право на накнаду за коришћење средстава за рад у висини, која се утврђује зависно од њихове врсте и карактера, интензитета коришћења, амортизационе стопе, итд. Такође, има право на накнаду трошкова за утрошену електричну енергију и воду, одношење смећа, коришћење интернета и других трошкова насталих обављањем рада ван просторија послодавца. З. Ивошевић, М. Ивошевић, 128.

31 На то указују комунитарни стандарди, када установљавају обавезу послодавца да пружи одговарајућу техничку подршку раднику који ради на даљину. Оквирни споразум о раду на даљину, тач. 7.

32 У том светлу комунитарни стандарди установљавају обавезу послодавца да предузме одговарајуће мере ради заштите софтвера, података које радник на даљину користи и обрађује у професионалне сврхе и опреме. Између осталог, послодавац је дужан да упозна радника на даљину са прописима о заштити података, ограничењима везаним за коришћење опреме, забрани њеног коришћења у сврху прикупљања и дистрибуирања илегалних материјала интернетом и казнама прописаним за непоштовање тих прописа. Оквирни споразум о раду на даљину, тач. 5.

33 ЗР, чл. 27.

34 Ове обавезе послодавца утврђене су и Оквирним споразумом о раду на даљину, тач. 2 и тач. 10. ст. 2.

35 Актуелни Закон о раду нити забрањује, нити омогућава запосленом, који ради на даљину или код куће, да обавља послове уз помоћ чланова уже породице. Превладава, међутим, став

#### IV Правни положај запослених који обављају послове изван просторија послодавца

Правни положај запослених који обављају послове изван просторија послодавца налази се у средишту конфронтације између два, наизглед противуречна захтева, и то захтева флексибилности и захтева сигурности. Помирење ових захтева представља изазов за радно право на који оно мора адекватно одговорити, промовисањем концепта флексибилности, како би се постигла економска и социјална кохезија, обезбедили већи изгледи за запошљавање и бољи услови рада и максимизовале користи информатичког друштва.<sup>36</sup>

Правни положај запослених који обављају послове изван просторија послодавца суштински одређује начело забране дискриминације. Ово начело, снажно надахнуто великом хуманистичком идејом о једнакости људских бића у достојанству и правима, одражава став да запослени, који ради код куће или на другом одговарајућем месту које се налази изван просторија послодавца, не може бити третиран на неповољнији начин у односу на запосленог који ради на истим пословима у просторијама послодавца<sup>37</sup> због тога што не ради на стандардном месту - између осталог, основна зарада запосленог који ради код куће или на другом одговарајућем месту које се налази изван просторија послодавца не може бити мања од основне зараде запосленог који ради на истим пословима у просторијама послодавца, а количина и рокови за извршење послова који се обављају на основу уговора о раду на даљину и/или код куће не могу бити одређени на начин који запосленом онемогућава да користи право на одмор у току дневног рада, дневни и недељни одмор и плаћени годишњи одмор, у складу са законом и општим актом.<sup>38</sup> Диференцијални третман ових двеју категорија запослених је, међутим, допуштен, уколи-

---

да о укључивању чланова уже породице у извршење уговора одлучује запослени (сагласност послодавца да учествују у извршењу уговора се подразумева и произилази из саме природе радног односа са обављањем послова ван послодавчевих просторија), а односи између запосленог и чланова уже породице поводом рада уређују се у складу са прописима о имовинско-правним односима чланова породице. Разлога је неколико, а најважнији је да ови односи представљају интерне правне односе чланова породице у које послодавац не може задирати. Из тог разлога, могу, а не морају бити формализовани. Ж. Кулић, С. Перић, 126.

36 Овакав став изражава и Оквирни споразум о раду на даљину, тач. 1. ст. 4.

37 Увођење стандарда "упоредивог запосленог" темељи се на поставци да се услови рада разликују од једног до другог послодавца, али и зависно од послова за које се заснива радни однос.

38 ЗР, чл. 42. ст. 4. и 6.

ко су разлике у поступању узроковане њиховим радним искуством, способностима, вештинама и/или (посебним) условима рада.<sup>39</sup>

Чињеница је, међутим, да се запослени који обављају послове изван просторија послодавца сусрећу са проблемима који су битно различити и специфични у односу на проблеме са којима се суочавају запослени са стандардним местом рада, с обзиром на то да, радна легислатива, традиционално конципирана по моделу радног односа у оквиру којег редовно ради у просторијама послодавца, не респектује, у довољној мери, специфичност рада на даљину и рада код куће. Због тога, општим актом и уговором о раду потребно је прилагодити поједине радно-правне норме, пре свега, оне које се тичу распореда и прерасподеле радног времена, ноћног и прековременог рада, одмора и одсуства са рада, специфичностима рада на даљину и рада код куће.<sup>40</sup> Потреба за прилагођавањем радно-правних норми особеностима рада на даљину и рада код куће постоји и у области заштите права на приватност<sup>41</sup> и безбедности и заштите живота и здравља на раду.<sup>42</sup> Било би

---

39 Тако, разлике у заради запосленог који ради на даљину или код куће и оног који ради на истим пословима у просторијама послодавца сматрају се допуштеним, ако су узроковане разликама у периоду минулог рада.

40 Искуства других земаља показују да запослени, који обављају послове изван просторија послодавца, практикују да раде прековремено и ноћу, имајући у виду аутономију коју уживају у погледу организације радног времена и немогућност непосредног послодавчевог надзора над њиховим радом. Из тог разлога, корисно би било утврдити оквирни распоред радног времена и време у којем запослени и послодавац могу контактирати један другог, или прекинути приступ запосленог централном рачунару послодавца по истеку дневног радног времена и у време у које користи одмор у току дневног рада, дневни и недељни одмор, или увести телефонске и/или софтверске контроле и/или контроле дужине употреба компјутера, о чему послодавац мора унапред обавестити запосленог. Vittorio Di Martino, Linda Wirth, *Telework: A new way of working and living*, 2001, доступно на адреси: <http://www.ilo.int/public/english/support/itcom/downloads/pdf>, 14.5.2017, 23.

41 Због интензивног преплитања професионалног и приватног живота запослених који обављају послове изван просторија послодавца и употребе модерних технологија надзора, корисно би било установити забрану тајног надзора и обавезу послодавца да о примени мера надзора унапред обавести запослене (и њихове представнике). Ако запослени ради код куће, требало би установити додатне механизме заштите права на приватност - између осталог, утврдити да послодавац и инспектор рада могу приступити овом специфичном месту рада, уколико је запослени благовремено обавештен и сагласан са вршењем надзора, и да надзор мора бити извршен у периоду у којем запослени мора бити доступан послодавцу, осим ако постоји опасност оштећења софтвера или други оправдан разлог. Б. Лубарда, 136.

42 Потреба за прилагођавањем радно-правних норми о безбедности и заштити живота и здравља на раду особеностима радног односа за обављање послова изван просторија послодавца произилази из устаљене праксе запослених, који обављају послове изван просторија послодавца, да раде ноћу и прековремено, аутономије коју уживају у погледу организације рада, немогућношћу

корисно и утврдити мере како би се спречила изолованост запослених који обављају послове изван просторија послодавца<sup>43</sup> и обезбедило учешће синдиката у заштити њихових права<sup>44</sup>.

## V Напомене за крај

Радни однос за обављање послова изван просторија послодавца претрпео је веће измене 2014. године, када су ступиле на снагу измене и допуне Закона о раду, којим је уведен рад на даљину, који се до тада организовао у складу са правилима о раду код куће. Радни однос у овом модалитету наилазио је на скромну промену, упркос бројним потенцијалима које има. Из тог разлога, требало би радити на промовисању рада на даљину и рада код куће, уз истицање свих користи које обезбеђује, а њихову примену утемељити на успостављању баланса између флексибилности и сигурности, с обзиром на то да је искуство показало да је флексиблизација режима рада донела запосленима у Србији само смањење сигурности и опште снижавање животног стандарда (услед недовољне заштите запослених ангажованих у флексибилним формама рад, који су у другоразредном положају у односу на запослене са стандардним радним односом).

---

послодавца да врши непосредан надзор над њиховим радом и специфичних ризика који угрожавају њихов живот и здравље услед коришћења електричних уређаја и опреме са екраном. На то указују и комунитарни стандарди, када установљавају обавезу послодавца да: предузме одговарајуће мере у складу са Директивом 90/270/ЕЗ о минимуму безбедносних и здравствених услова за рад са опремом са екраном и из ње произишлим директивама, националним законима и колективним уговорима; упозна радника који ради на даљину са политиком о безбедности и заштити здравља на раду, посебно са оним сегментима који се тичу употребе опреме са екраном, и обавези да је примењује; обезбеди прелиминарне и периодичне контроле радног места, у складу са националним законодавством и колективним уговорима; обезбеди претходну обуку радника за безбедан рад на даљину; врши периодичне процене ризика на специфичном месту рада. Корисно би било и: забранити употребу опреме која не испуњава услове утврђене прописима о безбедности и заштити здравља на раду; установити одговорност послодавца за безбедност опреме коју обезбеђује и одговорност радника за исправност електричних инсталација. Оквирни споразум о раду на даљину, тач. 8, ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP. Implementation of the European framework agreement on telework, Report by the European social partners adopted by the Social dialogue committee on 16 July 2002, 2002, доступно на адреси: <http://www.eresorcentre.etuc.org/.../Framework%20agreement%20on%20telework>, 3.10. 2017, 24.

43 Запослени који обављају послове изван просторија послодавца, самим тим што раде на специфичном месту, не развијају довољно осећај социјализације и институционализације. Због тога, послодавац мора предузети одговарајуће како би имали редовне сусрете са колегама и учествовали на радним састанцима. Б. Лубарда, 135.

44 Између осталог, колективним уговорима требало би ближе уредити сарадњу послодавца и синдиката, о питањима која се тичу обављања рада изван послодавчевих просторија.

**Dragana RADOVANOVIC, PhD**  
**Assistant Professor at Faculty of Law for Commerce and Judiciary,**  
**Novi Sad**

**WORKING RELATIONSHIP FOR THE PERFORMANCE  
OF THE OFFICE OF THE OFFICE**

*Employment for outside work and his terms work from home and telework represents an exception from standard employment where employee regularly work at the employer's premises and atypical employment. In this modality of employment, in fact, determine the decentralization of working places and regularly working from home or other suitable (appropriate) place outside of employer premises, which enables allows achieving of multiple benefits. For that reason, working legislation determines wider frame for conclusions contract of working at home and telework and encouraging individuals to be fearless for their security concluding this type of contract. This way employee who works from home or other appropriate place out of working premises guarantees all rights as same as employee who works same job in working premises, but also special rights which respect specificity of its position.*

**Keywords:** *employment for work outside the premises of the employer, telework, work at home, flexibility of work.*

Стојан МИЋОВИЋ, LL.M (Heidelberg)\*

## УГОВОРНА КАЗНА КАО СРЕДСТВО УЧВРШЋЕЊА ОБАВЕЗЕ ЗАПОСЛЕНОГ

### Резиме

Уговорна казна није установљена као могућност додатног обезбеђења, односно учвршћења обавезе запосленог у радноправном законодавству Републике Србије, док је у радноправној пракси скоро непозната. Када се уговара, углавном се наводи као износ накнаде штете коју запослени треба да исплати послодавцу у случају повреде клаузуле забране конкуренције, иако је пуноважност таквог споразума упитна. Са друге стране, институту уговорне казне у радним односима је традиционални елемент европско-континенталног правног круга. У чланку се анализира примена института уговорне казне у радном праву, однос уговорне казне и новчане казне као дисциплинске санкције, њена дозвољеност са становишта важећег Закона о раду Републике Србије, као и оправданост увођења и детаљнијег регулисања овог института у радноправном законодавству.

**Кључне речи:** уговорна казна, новчана казна, обавезе запосленог, радна дисциплина, дисциплинска одговорност,

### I Увод

Споразум о уговорној казни као обезбеђење, односно учвршћење обавезе запосленог, на први поглед српском поимању радног права страни институт, заправо је традиционални елемент уговорног односа послодавца и запосленог у европско-континенталним правним системима и честа појава у пословној пракси европских држава. Некада се овај институт изричито регулише у радноправном законодавству, а некад се примењује позивајући се на општи пропис о облигационим односима. У Немачкој,<sup>1</sup> Аустрији,<sup>2</sup> Швајцарској<sup>3</sup> и Француској<sup>4</sup> је дозвољен споразум

---

\* Адвокат у оод „Дражић, Беатовић & Стојић“

о уговорној казни као средство учвршћења обавезе запосленог. Општи облигационоправни прописи пружају законски основ за примену уговорне казне у радном праву, с тим што се неретко прописују и специјалне одредбе само за радноправну област.<sup>5</sup> Однос послодавац - запослени се не може упоредити са класичним облигационим односом поверилац-дужник, па регулисање и примена уговорне казне у радним односима не може да буде иста као кад се ради о класичном облигационоправном односу. Запосленог одредбе о уговорној казни због слабијег положаја теже погађају него обичног дужника, па се због тога прописују специјалне одредбе о уговорној казни у радном праву.<sup>6</sup>

Обавезе запосленог у развијеним привредама су таквог карактера да њихово кршење може проузроковати озбиљне последице по послодавца и његове пословне интересе, због чега се прибегава додатном механизму учвршћења његове радне дисциплине. У професионалном спорту још већу примену има институт уговорне казне, а у овом раду на одређеним местима ћемо упућивати и на спортско право будући да професионални спортиста заснива радни однос са спортском организацијом закључењем уговора о раду.<sup>7</sup> Уговор између професионалног фудбалера и клуба европских националних лига се и не може замислити без спора-

- 
- 1 Palandt Otto, Grüneberg Christian, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2010, 553-555. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, München 2011, 94-95. Manfred Weiss/Marlene Schmidt, *Labour Law in Germany*, Wolter Kluwer 2010, 89, Tobias Leder/Sascha Morgenroth, „Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag“, *NZA* 2002, 952. Manfred Löwisch, *Arbeitsrecht*, Werner Verlag, 2007, 213.
  - 2 Theo Mayer-Maly, Franz Marhold, *Österreichisches Arbeitsrecht I*, Wien New York, 94. Martin E. Risak, *Labour Law in Austria*, Wolter Kluwer 2010, 66, 80, 133, 142.
  - 3 Manfred Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern 1999, 76. Berenstein Alexandre, Mahon Pascal, Dunand Jean.Philippe, *Labour Law in Switzerland*, Wolter Kluwer 2011, 104, 155, 166.
  - 4 *Иако је дозвољена, у Француској ипак није уобичајено прописивати уговорну казну у уговору о раду. Céline Kammerer, Nadja Roß-Kirsch*, *Arbeitsrecht in Frankreich: Rechtssicheres HR-Management für Unternehmer, Anwälte und Berater, Strasbourg/Paris 2017, 67, 214.*
  - 5 У Аустрији се уз примену чл. 1336 Аустријског грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie StF: JGS Nr. 946/1811*) уговорна казна у радноправној области се делимично регулише и у чл. 38 Закона о раду са правилом о овлашћењу суда да умери уговорну казну (*Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) StF: BGBl. Nr. 292/1921 (NR: GP I 19, 50 AB 322 S. 36.) Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung: 08.09.2017*).
  - 6 Groß Dominik, *Vertragsstrafen des Arbeitnehmers und Grenzen ihrer Vereinbarungsfähigkeit*, Hamburg 2004, 4.
  - 7 Thomas Geiser, „Arbeitsverträge mit Sportlern“, *Sport und Recht*, Bern 2007, 79-111. Закон о спорту („Сл. гласник РС”, бр. 10/2016) чл. 13 ст. 1 и 3.



зума о уговорној казни. То је разумљиво, јер је улог клуба и спонзора толико велики да обичан апарат дисциплинских санкција у радном праву није довољан да се обезбеди максимално залагање спортисте како на спортском игралишту тако и ван њега. Уговорна казна у спортском праву је предмет и многих арбитражних спорова.<sup>8</sup>

Уговорна казна није установљена као могућност додатног учвршћења обавезе запосленог у радноправном законодавству Републике Србије, а у радноправној пракси је скоро непозната. И када се примењује, уговорна казна углавном се уговора као износ накнаде штете коју запослени треба да исплати послодавцу у случају повреде забране конкуренције, с тим што до сада судска пракса није проверавала дозвољеност оваквог института, док је са нашег становишта пуноважност таквог споразума више него упитна.<sup>9</sup> Сем тог примера, уговорна казна се не уговара за кршење других радних обавеза запосленог. Традиционално везивање радног права за јавно право је утицало на то да сама помисао примене класичног облигационоправног института у радном праву буде страна, па је отуда и разумљиво што до сада уговорна казна као учвршћење обавезе запосленог није наишла на рецепцију у радноправном законодавству и у радноправној пракси Србије, али на ширу расправу у стручној јавности.

Прихватајући поделу на средства обезбеђења и средства учвршћења потраживања, а имајући у виду да уговорна казна представља додатну обавезу запосленог у случају да не изврши уредно своју обавезу, терминолошки је исправније окарактерисати уговорну казну као средство учвршћења потраживања,<sup>10</sup> па смо се определили за тај термин.

## II Примена уговорне казне у радном праву

Уговорна казна у радном праву има за циљ да учврсти обавезу запосленог на поштовање радне дисциплине и извршење радних обавеза. Обавезе запосленог не подлежу принудном извршењу, па је уговорна

---

8 *Случај фудбалског клуба Војводина и играча Almani Samori Da Silva Moreira, Arbitration CAS 2014/A/3555 FC Vojvodina v. Almani Samori Da Silva Moreira, award of 18 December 2014, <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3555.pdf>, 24.02.2019. Види текм: Despina Mavromati, How CAS deals with excessive contractual penalties in football, <https://www.lawinsport.com/topics/articles/item/how-cas-deals-with-excessive-contractual-penalties-in-football> 24.02.2019.*

9 За став да судска пракса није проверавала овај институт аутор се ослања на извор судске праксе правне базе *Параграф лекс*.

10 Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 18, 412, 467.

казна најефикасније средство за њихово учвршћење.<sup>11</sup> Обавезе запосленог које су обезбеђене уговорном казном могу се временски простирати и на период после престанка радног односа, што је случај са обавезом чувања тајности података и поштовања клаузуле забране конкуренције, али и на период пре ступања на рад а после закључења уговора о раду. У Немачкој, Аустрији и Швајцарској се углавном, али не искључиво, прописује уговорна казна у следећим случајевима:

1) ако запослени не ступи на рад у року приписаном уговором о раду, или неоправдано изостане са посла,

2) ако се запослени не придржава одредби уговора о раду о престанку радног односа, тако што нпр. откаже уговор о раду пре времена на који је закључен, неоправдано откаже уговор о раду или се не придржава отказног рока,

3) због повреда уговора о раду од стране запосленог, односно због некавалитетно урађеног посла односно извршене обавезе од стране запосленог,

4) ако се запослени не придржава клаузуле о поверљивости података,

5) ако запослени прекрши клаузулу забране конкуренције.<sup>12</sup>

Сагледавајући примере примене уговорне казне, произлази да се њоме, између осталог, обезбеђује обавеза да запослени одређени временски период ради код послодавца. У упоредном праву постоји једна битна разлика код уговора о раду на одређено време у односу на решење српског законодавца. Уговор о раду на одређено време се у Србији може раскинути било када од стране запосленог, односно време на које се запошљава запослени не представља фиксни период пре којег запослени не може, без последица, својом вољом издејствовати престанак радног односа. За разлику од српског решења, у упоредном праву уговор о раду на одређено време успоставља обавезу запосленог да одређени период ради код послодавца, тако да га не може пре истека времена отказати без

11 M.Weiss/M.Schmidt, 89.

12 M.E. Risak, 66, 80, 133, 142, B.Alexandre, M. Pascal, D. J.Philippe, 155, O. Palandt, C. Grüneberg, 553-554. Beissenkötter, Bernard, *Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer –Schadensersatz und Vertragsstrafe*, Münster 1997, Bettina Sabara, „Die Konventionalstrafe“, *Aktuelles Recht zum für Dientsverhältnis*, Heft 6073/2010, Wien, 5-7. M.Rehbinder, 166. Пресуда OLG Wien 16.09.2009, 10 Ra 43/09f, Пресуда OGH 5.6.2008, 9 ObA 10/08y, Пресуда OLG Wien 8 Ra 258/98u v. 12.02.1999. LAG Naamm, NZA-RR2001, 524, BAG NZA 2009, 1337; BAG, NZA 2009, 370, BAG, NZA 1992, 215.

санкције. Због тога се и прописује уговорна казна за случај да запослени превремено откаже уговор о раду.<sup>13</sup>

У спортском праву примена уговорне казне је још већа. Професионални спортиста је уговором обавезан на одређено понашање ван спортских активности, тако да се мора придржавати одређеног начина исхране, не сме узимати допинг,<sup>14</sup> не сме се кладити, не сме рушити репутацију клуба, не сме рекламирати друга лица,<sup>15</sup>.

- 
- 13 Рад на одређено време је према Закону о раду гаранција послодавцу да запосленог не мора да ангажује после истека тог времена, али му није гаранција да ће запослени радити тај период на који се запошљава. У одређеним привредним областима такво решење је изразито неповољно за послодавце. У сектору информационих технологија послодавци ангажују висококвалификоване стручњаке на одређено време – за време док траје одређени пројекат. Како уговор о раду на одређено време није сметња да запослени било када откаже уговор, то послодавци трпе губитке јер их запослени по добијању бољих услова за рад од другог послодавца напусте на средини пројекта. Интерес послодавца за радом одређеног запосленог није занемарљив, а исто као и запослени, и послодавац жели сигурност у погледу континуитета рада. То посебно важи за послодавце који ангажују запослене на одређено време због рада на одређеним пројектима. Губитак послодавца у случају отказа запосленог за време трајања пројекта може бити погубан за послодавца и зато послодавац има интерес да запослени тачно онолико времена ради колико траје пројекат, као и да предузме све оне радње које су предвиђене пројектом. У случају отказа запосленог у време трајања пројекта, послодавац може имати трошкове у погледу налажења новог запосленог истих квалификација, који би брзо могао да преузме улогу у раду на одређеном пројекту. Ситуација у сектору информационаих технологија се не односи на све области тржишта рада, али је ипак показатељ да послодавци који улажу у запослене, који улажу у њихово образовање и усавршавање нису заштићени – јер запослени могу када год желе да напусте пројекат и да откажу уговор о раду.
- 14 Rainer Cherkeh, "Vertragsstrafenklauseln zu Dopingsachverhalten in Sponsoringverträgen", *Scimus – Sport und Management*, Jena 2/2015, 17-23.
- 15 Класичне обавезе фудбалера једног прволигаша јесу: 1) да игра фудбал за клуб, да све своје способности знање и вештине користи у прилог клуба, да у свом понашању избегава све што би могло штетити угледу клуба, 2) да се придржава тренерових упутстава и налога, да води рачуна о здравом начину живота и одржавању спортске форме, 3) да учествује у свим такмичењима и тренинзима, да присуствује на свим договорима играча и тренера, на осталим активностима у вези са припремом за утакмице и такмичења, укључујући и путовања у земљу и иностранству превозним средством које одреди клуб, 4) да се спортски понаша према свим лицима која учествују на утакмици или тренингу, 5) да не учествује у другим фудбалским активностима које не произлазе из овог уговора (осим учешћа у активностима националне репрезентације), као ни у другим потенцијално опасним активностима које му није одобрио клуб и које осигурање клуба не покрива, 6) да се директно или индиректно не клади на спортским кладионицама на утакмице у којем учествује клуб, 7) да се редовно подвргава лекарском прегледу и лечењу, 8) да не угрожава репутацију клуба и фудбала, 9) да рекламира спонзоре по налогу клуба, при чему рекламирање других правних и физичких лица није допуштено без сагласности клуба, 10) да долази на све спортске и комерцијалне

### III Ништавост споразума о уговорној казни између послодавца и запосленог

Институт уговорне казне у радном праву одликује све оно што карактерише уговорну казну као општи облигационоправни институт, па се у недостатку посебних одредби у радноправном законодавству примењују опште одредбе облигационог права, а то важи и када је реч о ништавости. Анализирање ништавости уговорне казне у радним односима превазилази оквире овог рада, па ћемо само указати на поједине случајеве ништавости забележене у немачкој и делом у аустријској судској пракси.

У Немачкој се уговор о раду посматра као потрошачки уговор (*Verbrauchervertrag*), па се примењују и одредбе Немачког грађанског законика (у даљем тексту: БГБ-а)<sup>16</sup> које имају за циљ заштиту потрошача, а пре свега одредбе о општим условима пословања из чл. 305 - 310 БГБ-а.<sup>17</sup> Иако је забрањено да уговорна казна буде део општих услова пословања у складу са чл. 309 ст. 1 тач. 6 БГБ-а, према оцени Савезног радног суда та одредба сама за себе не утиче на уговорну казну која је део уговора о раду,<sup>18</sup> ако споразум о уговорној казни није у супротности са осталим ограничењима које налажу одредбе о општим условима пословања

Следствено томе, споразум о уговорној казни који је неубичајен, са којим запослени није могао да рачуна и који је неочекиван, неће се применити сходно чл. 305ц ст. 1 БГБ-а. То важи за споразум о уговорној казни који је написан изразито малим словима, на скривеном и непрегленом месту у формулару уговора.<sup>19</sup> Споразум о уговорној казни може бити ништав и због повреде начела транспарентности из чл. 307 ст. 1 тач. 2 БГБ-а.<sup>20</sup>

Уговорном казном је дозвољено учврстити обавезу запосленог на поштовање отказног рока, али је споразум о уговорној казни ништав када представља непримерено отежавање позиције запосленог, па је недозвољено да се кроз уговорну казну спречи отказ уговора о раду од стране запосленог или да се значајно отежа. Неоправдано оптерећивање

---

манифестације клуба. Пример уговора о професионалном игрању, Фудбалски савез Србије, [http://www.fss.rs/documents/ugovor\\_o\\_profesionalnom\\_igranju.pdf](http://www.fss.rs/documents/ugovor_o_profesionalnom_igranju.pdf), 01.01.2019.

16 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist. Dieter Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen 2010, 198-202.

17 D. Leipold, 110-113, 198-202.

18 M. Weiss, M. Schmidt, 89.

19 BAG, BeckRS 2009, 56447.

20 BAG, Uretil v. 14.8.2007 – 8 AZR 973/06 (LAG Köln).

запосленог води ка ништавости уговорне казне, при чему се врши процена оправданих интереса послодавца са врстом уговора о раду и радним местом запосленог.<sup>21</sup>

За пуноважност споразума о уговорној казни мора да постоји оправдан интерес послодавца да одређене чинидбе запосленог додатно учврсти претњом примене уговорне казне. То важи када према редовном току ствари нечињење запосленог проузрокује штету послодавацу а тешко је доказати и измерити. Обавезе запосленог које су обезбеђене уговорном казном морају да буду јасне, уговорна казна не сме да буде у несразмери са зарадом и уговорна казна не сме да непримерено или неправично отежава право на отказ запосленог. Овај услов за примену уговорне казне има за циљ да спречи послодавца да наметне уговорну казну као средство учвршћења споредних обавеза запосленог.

Уговорна казна је ништава ако није јасна и разумљива,<sup>22</sup> јер запослени мора унапред да зна под којим околностима ће бити дужан да исплати уговорну казну и које конкретно повреде уговора ће бити санкционисане уговорном казном. Споразум о уговорној казни је без дејства и када представља једно претерано обезбеђење за послодавца, а што се цени према свим околностима случаја. Тако је без дејства одредба да је запослени дужан да плати уговорну казну у износу од троструке зараде за сваку појединачну повреду обавезе забране конкуренције,<sup>23</sup> или када се уговорна казна односи на све обавезе запосленог.<sup>24</sup>

Према немачкој судској пракси непримерено висока уговорна казна сама по себи води ништавости споразума о уговорној казни, без обавезе суда да је умери, ослањајући се на чл. 307 ст. 1 БГБ-а.<sup>25</sup> То не значи да суд нема овлашћења да умери уговорну казну, што ће се десити ако суд сматра да је пуноважна али да је уговорна казна висока. Овлашћење суда да високо прописану уговорну казну може да окарактерише као ништаву и да је уопште не примени, у пракси има за циљ да послодавци снесу ризико превише опширних и високих уговорних казни, рачунајући да ће је суд свакако умерити ако нађе да је превисока. На тај начин се

21 B. Beissenkötter, 1997, 119.

22 Thüsing, Gregor, *AGB-Kontrolle in Arbeitsvertrag*, München 2007, 38. Odluka BAG, 8 AZR 425/04, BAG, NZA 2006, 34.

23 BAG, NZA 2006, 34.

24 BAG, NZA 2005, 1053.

25 Aretz, *Stephanie*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag*, 1. Auflage, Lohmar/Köln 2006, 163. G. Thüsing, 166. BAG, NZA 2004, 727, BAG NZA 2011, 89.

дисциплинују послодавци, који унапред морају да воде рачуна о висини прописане уговорне казне.

Када суд оцени да висина уговорне казне није несразмерно висока, те да уместо санкције ништавости треба да је умери, суд има у виду све околности случају ради оцене висине примерене уговорне казне, као што су: сразмерност уговорне казне, имовинске и социјалне околности запосленог, као и имовинске околности послодавца, врста и обим кривице запосленог у погледу повреде уговорне обавезе, висина штете при чему је стварна штета доња граница, а важан критеријум је и однос између висине уговорне казне и висине штете.<sup>26</sup> На примерену висину уговорне казне утиче и околност да ли је послодавац уложио у усавршавање запосленог у току радног односа.<sup>27</sup> Куриозитета ради, има случајева у Аустрији и да је суд умањио уговорну казну на нулу<sup>28</sup> у случају скривљеног превременог отказа при чему није настала никаква штета за послодавца.

#### **IV Однос уговорне казне и новчане казне као дисциплинске санкције**

Дисциплинска санкција је врста правне санкције утврђена законом или другим општим актом, која се изриче у дисциплинском поступку против запосленог који својом кривицом учини повреду радне обавезе, односно дисциплине понашања.<sup>29</sup> Новчана казна као врста дисциплинске санкције је уклоњена из радноправног законодавста Републике Србије 2001. године,<sup>30</sup> да би се повратила новелама Закона о раду из 2014.године.<sup>31</sup> Постоји теорија да новчана казна има правну природу уговорне казне,<sup>32</sup> међутим иако сличан, овај институт ипак показује знатне разлике у односу на институт уговорне казне. Према чл.179а Закона о раду послодавац може запосленом за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине у смислу члана 179. ст. 2. и 3. закона да, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, уместо отказа уговора о раду, изрекне новчану казну у висини до

26 В. Sabara, 5,

27 Пресуда OLG Wien 30.03.2000. 7 ra 383/99s.

28 Пресуда ASG Wien 19.09.2003, 33 Cga 40/03y, В. Sabara, 6.

29 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд 2014, 261.

30 Закон о раду, "Службени гласник РС", бр. 70/2001, 73/200.

31 Закон и изменама и допунама Закона о раду "Службени гласник РС", број 75/14.

32 В. Лубарда, 262.

20% основне зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца, која се извршава обуставом од зараде, на основу решења послодавца о изреченој мери. При томе, кад се стекну законски услови за отказ уговора о раду због повреде радне обавезе, дискреционо је право послодавца да одлучи хоће ли запосленом отказати уговор о раду или се одредити за неку другу меру.<sup>33</sup>

Упоређујући институт уговорне казне нормиран у чл. 270 - 276 Закона о облигационим односима и институт новчане казне из одредбе чл. 179а Закона о раду произлази да постоји девет разлика и то у виду 1) основа примене, 2) опсега примене, 3) односа према отказу, 4) начина наплате, 5) могућности наплате, 6) висине, 7) рока у коме се може истичати, 8) основу одговорности и 9) природе института.

Прва разлика је у основу примене. Новчана казна је успостављена законом, док се основ примене уговорне казне налази у самом уговору, јер су одредбе Закона о облигационим односима у којем је дефинисан институт уговорне казне диспозитивне природе. Сходно институционалној концепцији радног односа, запослени никако не могу да избегну примену новчане казне на њихов уговорни однос са послодавцем,<sup>34</sup> док је уговорна казна у домену слободе уговарања, па запослени, у зависности од преговарачке позиције, може утицати на висину уговорне казне, али и на списак обавеза чија повреда активира примену уговорне казне, све у складу са уговорном концепцијом радног односа.

Друга разлика је у опсегу примене. Новчана казна се изриче само у случају када запослени прекрши радну обавезу или не поштује радну дисциплину за време радног односа. У том погледу уговорна казна је свеобухватнија, јер се њоме санкционишу и други поступци запосленог. То је случај када рецимо запослени по престанку радног односа повреди обавезу поштовања клаузуле забране конкуренције или обавезу чувања тајности података. Примена је још шира у уговорима са професионалним спортистима, код којих се уговорном казном може санкционисати повреда обавеза које нису у непосредној вези са спортском активношћу, као што је случај са рекламирањем спонзора.

Трећа разлика се уочава у односу на отказ уговора о раду од стране послодавца. Новчана казна као дисциплинска мера је алтернатива отказу и послодавац може изрећи новчану казну уместо отказа. Уговорна

33 Пресуда ВКС Рев. 1186/13 од 19.03.2014.

34 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013, 179.

казна је независна од отказа уговора о раду па послодавац може отказати уговор о раду и упоредо са тим тражити уговорну казну.

Четврта разлика је у начину наплате. Новчана казна као дисциплинска санкција се наплаћује принудно и вансудски,<sup>35</sup> ускраћивањем дела зараде запосленом. За досуђивање уговорне казне у случају да је запослени добровољно не прихвати, потребно је водити парнични поступак, а ради наплате досуђене уговорне казне и извршни поступак.

Уско са тиме је повезано и питање саме могућности за наплату новчане казне и уговорне казне, што чини пету разлику. Наплата новчане казне је извесна, јер је послодавац, заобилазећи прописе о принудном извршењу, дакле без судске одлуке или пристанка запоселног, наплаћује обуставом зараде на основу решења о изреченој новчаној казни. Тиме се положај запосленог знатно отежава, а послодавац има привилегован положај у односу на све повериоце, па тако и бољи положај у наплати потраживања новчане казне него на пример дете у наплати потраживања на име издржавања од родитеља сходно чл. 292 Закона о извршењу и обезбеђењу. Са друге стране наплата уговорне казне зависи од имовинских могућности запосленог у тренутку правноснажности решења о извршењу, што може бити, имајући у виду трајање парница у Србији, и 4-5 година од учињене повреде која активира примену уговорне казне.

Шеста разлика се огледа у висини. Висина уговорне казне није ограничена на 20% зараде, као што је то случај са новчаном казном, али ипак није ни неограничена због овлашћења суда да је умери. У пракси Савезног радног суда Немачке важи правило да уговорна казна за случај непоштовања отказног рока не може бити већа од уговорене бруто месечне зараде, с тим што се примереност уговорне казне мери према конкретној повреди уговора, дужини отказног рока, али и висини настале штете.<sup>36</sup> У случају кршења забране конкуренције и поверљивости података, висина уговорне казне се не мери према наведеним критеријумима, али свакако је суд може умерити.<sup>37</sup> Неретко судска пракса и у другим државама успостави одређене смернице у погледу висине уговорне казне која се мери у односу на висину зараде.<sup>38</sup>

35 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд 2015, 417.

36 BAG, 8 AZR 645/09,

37 BAG Az. 8 AZR 344/03.

38 В.Аlexandre, М. Pascal, D. J.Philippe, 155.



Седма разлика се тиче рока у коме се може тражити уговорна казна, односно донети решење о новчаном кажњавању. Будући да је везана за повреду радне обавезе и непоштовање радне дисциплине, као и да представља алтернативу отказу, рок за изрицање новчане казне износи шест месеци од учињене повреде.<sup>39</sup> Са друге стране, застарелост потраживања уговорне казне прати рок који је везан за застарелост главног потраживања сходно чл. 369 Закона о облигационим односима, што се не може применити јер радноправни прописи не познају застарелост обавезе запосленог. У аустријском праву за истицање уговорне казне према запосленом важи или општи рок од три године, или покадкад, специјални рок од шест месеци.<sup>40</sup>

Осма разлика је у основу одговорности. Код дисциплинске одговорности одговара се по основу кривице, па запослени одговара и у случају обичне непажње.<sup>41</sup> Са друге стране, запослени као дужник уговорне казне се може ослободити одговорности доказивањем да није одговоран за повреду уговорне обавезе, што подразумева да запослени као дужник треба да докаже околности које искључују његову одговорност, односно да се ради о околности која је наступила после заључења уговора, да дужник ту околност није могао да спречи, отклони или избегне,<sup>42</sup> Без разматрања питања да ли се ради о субјективној, субјективно-објективној или објективној одговорности, како се у теорији квалификује уговорна одговорност,<sup>43</sup> довољно је да констатујемо да запослени као дужник уговорне казне одговара и у оним случајевима када се не би могла изрећи новчана казна.

Девета разлика се огледа у природи института. Новчана казна као дисциплинска санкција нема одштетну функцију. Она је као и друге дисциплинске мере усмерена на кажњавање запосленог који својим понашањем угрожава функционисање радне средине, али и на корекцију његовог понашања и одвраћање од понављања учињених повреда.<sup>44</sup> Са друге стране, уговорна казна има двоструку природу, јер има и пеналну

39 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2.731/15 од 11.05.2016.

40 У Аустрији рок за истицање уговорне казне није јединствен, већ ако не постоји специјално правилно од 6 месеци, као када се ради о повреди одредби о престанку радног односа, примењује се општи рок од 3 године сходно чл. 1489 АБГБ-а. Пресуда OGH 9 Ob A 4/96 v. 27.03.1996. В. Sabara, 6.

41 Б. Лубарда, 247.

42 Д. Хибер, М. Живковић, 441.

43 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, 45 и даље.

44 Љ. Ковачевић, 177. Љубинка Ковачевић, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском Закону о раду“, *Правна ријеч*, 42/15, 519.

функцију уз коју иде и корективна функција, али и функцију накнаде штете.<sup>45</sup>

### **V Дозвољеност споразума о уговорној казни између послодавца и запосленог**

Да ли је уговорна казна у уговору о раду дозвољена? *Prima facie* – нема разлога да се на наведено питање одговори одречно. Уговорна казна је општи институт за обезбеђење односно учвршћење неновчане обавезе, а Закон о раду га не искључује, па је споразум о уговорној казни, чини се, дозвољен. Међутим уговорна казна има двоструку функцију – функцију накнаде штете и пеналну функцију, па одговор на питање њене дозвољености ипак треба тражити, са једне стране, у садржини прописаних санкција за непоштовање радне обавезе и радне дисциплине, и са друге стране, у садржини одредби о одговорности за штету запослених, а у светлу правила да положај запосленог не може да буде неповољнији од онога који је прописан Законом о раду. Наиме, према Закону о раду превиђено је да су ништаве одредбе уговора о раду којима су утврђени неповољнији услови рада од услова утврђених законом (*начело повољности за запослене*).<sup>46</sup> Због тога сматрамо да је преурањено мишљење у стручној литератури према којем је дозвољено прописати уговорну казну за случај повреде клаузуле забране конкуренције.<sup>47</sup>

Закон о раду не помиње институт уговорне казне, већ у чл. 163 дефинише накнаду штете и последице у случају повреде радне обавезе или радне дисциплине, са одређивањем услова за одговорност запосленог у погледу степена кривице и начина утврђивања штете, док за само непоштовање радне дисциплине Закон о раду прописује дисциплинске мере (чл. 179а). Због императивности Закона о раду ниједан други пропис или правни акт који би на другачији начин одредио положај запосленог у случају повреде радне обавезе, непоштовања радне дисциплине или накнаде штете се не може применити. Управо се применом института уговорне казне положај запосленог драстично мења, остварује се одштетна и пенална функција, али се императивне одредбе о накнади штете и дисциплинској одговорности запосленог прописане Законом о раду заобилазе.

45 Д. Хибер, М. Живковић, 468-472.

46 Б. Лубарда, 52-53. Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 (Одлук Уставног суда), чл. 9 ст. 2.

47 Иван Тодоровић, „Клаузула забране конкуренције“, *Радно-правни саветник*, број 9/2016, Београд 2016, 9.

Уговорна казна се може захтевати без обзира на околност постојања штете, па и у случајевима када она уопште не постоји, што представља *differentia specifica* овог института.<sup>48</sup> Дужник се може ослободити одговорности доказивањем да није одговоран за повреду уговорне обавезе, што подразумева да запослени као дужник треба да докаже околности које искључују његову одговорност, односно да се ради о околности која је наступила после закључења уговора, да дужник ту околност није могао да спречи, отклони или избегне.<sup>49</sup> То свакако значи да, у случају постојања споразума о уговорној казни запослени, супротно правилима о накнади штете из чл. 163 ЗОР, одговара послодавцу и ако штета не постоји и не може се ослободити одговорности ако докаже да је штета настала због обичне непажње, чиме можемо да констатујемо да се институтом уговорне казне на штету запослених заобилазе императивне одредбе о накнади штете.

Уговорном казном се заобилазе и одредбе о дисциплинској одговорности запосленог. Износ који се потражује на основу уговорне казне може бити доста виши од износа новчане казне као дисциплинске санкције. Уговорном казном је обухваћено и непоштовање оних обавеза за које се не може изрећи новчана казна нити отказати уговор о раду. Поред тога, уговорна казна није замена за отказ, већ послодавца упоредо са отказом – као најригорознијом дисциплинском санкцијом којој престаје радни однос – може захтевати и уговорну казну, па чак и ако никаква штета не постоји, чиме се заправо примењују две мере са истом функцијом.

Уговорна казна, дакле, има за циљ да учврсти радну дисциплину запосленог, али ипак није дисциплинска санкција нити подлеже ограничењима која су везана за дисциплинску власт послодавца. Уговорна казна послодавцу олакшава накнаду штете, али се накнада штете применом уговорне казне остварује у супротности са одредбама о одговорности запосленог за накнаду штете. При томе, уговорна казна није везана ни за један од ова два института већ се примењује независно и упоредо. Следственом томе, уговорном казном се у корист послодавца, а на штету запосленог, заобилазе императивне одредбе у погледу дисциплинских санкција и накнаде штете у радним односима и због тога споразум о уговорној казни не може бити дозвољен, све док се у Закону о раду изричито не пропише као могућност.

---

48 Д. Хибер, М. Живковић, 450-451.

49 Д. Хибер, М. Живковић, 441, М. Караникић Мирић, 45.

## **VI Оправданост увођења института уговорне казне у радноправно законодавство Републике Србије**

Из позиције послодаваца новчана казна као дисциплинска санкција и правила одговорности за штету показују слабости у односу на институт уговорне казне. Са друге стране, институт уговорне казне више одговара правној сигурности и заштити запосленог од новчане казне као дисциплинске санкције, па се може закључити да овај институт недостаје у радноправном законодавству и да постоје добри аргументи у корист увођења овог института у радноправно законодавство, како из угла послодаваца тако и из угла запослених.

За запослене институт новчане казне је неповољан због начина наплате. Вансудска наплата новчане казне је неповољност која значајно негативно утиче на положај запосленог. Ако запослени сматра да је новчана казна неоснована, то мора да докажује у судском поступку, поништавајући решење о новчаном кажњавању у року од шездесет дана. Вансудском наплатом новчане казне – обуставом зараде у висини новчане казне - заобилазе се правила о заштити зараде и поступку извршења. Послодавцима се даје право на заплenu зараде, без судске одлуке и без сагласности запосленог, а чиме се изигравају принудни прописи, пре свега Закон о извршењу и обезбеђењу. Тиме се послодавци привилегују чак и у односу на повериоце са приоритетом у наплати потраживања сходно одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (дете у наплати потраживања издржавања). Уговорна казна, са друге стране, мора да се тражи у судском поступку, при чему суд има овлашћења да уговорну казну умери, а послодавац је не може наплатити вансудски, већ искључиво у судском извршном поступку, поштујући првенство привилегованих поверилаца из Закона о извршењу и обезбеђењу.

Друга мана новчане казне са становишта запослених јесте реална отежаност њеног оспоравања. Запослени су принуђени да истрпе новчану казну од 20% зараде, и то ће пре учинити, него да њеним оспоравањем испровоцирају послодавца на отказ или на лошије услове рада (што није редак случај у пословној пракси). Практично се новчана казна показала као „бич послодавца“, са непостојањем реалних, или постојањем врло малих могућности за оценом законитости решења о новчаној казни, што свакако није била интенција законодавца. Злоупотреби новчане казне доприноси свакако и велика незапосленост, што се свакако мора имати у виду у политичко-правној оцени да ли је одређени институт подобан за српске прилике. По протеку рока од шездесет дана решење о новчаном

кажњавању се више не може оспоравати, па и када би се запослени одлучио на оспоравање овог решења, рок је толико кратак да су заправо запослени често онемогућени да је оспоравају. Оспоравање овог решења се може десити када запослени брзо после решења о новчаном кажњавању добије отказ, па у ситуацији када нема шта да изгуби уз захтев за поништај решење о отказу тражи и поништај решење о новчаном кажњавању.

Трећа мана се огледа у немогућности да се из уговорног односа послодавца и запосленог избегне примена новчане казне као дисциплинске санкције, чиме се послодаваци додатно привилегују. Са друге стране уговорна казна је предмет слободе уговарања, тако да запослени у току преговарачког процеса који претходни запослењу могу да наметну своје захтеве у погледу уговорне казне, што неће бити ретка ситуација у случају потражње тржишта за одређеним кадром. Једнострано наметање новчане казне као дисциплинске санкције није својствено приватном праву,<sup>50</sup> па се због тога и ретко налази у упоредном праву.

Упоређујући разлике између института уговорне казне и новчане казне, произлази да је институт уговорне казне много мање подобан за злоупотребу него новчана казна. Како год да се уговори уговорна казна подлеже судској контроли у погледу пуноважности и висине а реализација, у случају недостатка пристанка запосленог, не може се остварити без судског поступка и не постоје друге препреке које онемогућавају оспоравање уговорне казне. Поред веће могућности злоупотребе новчане казне, сам легитимитет такве дисциплинске мере је споран, пре свега због алиментационог карактера зараде и начела да се за обављени рад мора исплатити зарада. Због тога је и разумљиво што институт новчане казне као дисциплинске санкције није универзалан институт радног права те да га познаје мањи број држава.<sup>51</sup> Следствено томе, сматрамо да је у радним односима примена уговорне казне оправданија од новчане казне, бар са становишта запослених.

Оправдање за законско регулисање уговорне казне постоји и са становишта послодавца. Уговорном казном се ефикасније санкционише шири круг радњи у односу на постојећи механизам дисциплинских санкција. Уз то, институт уговорне казне у радном праву има све оне предности које карактерише и општи институт уговорне казне у односу на

50 В.Аlexandre, М. Pascal, D. J.Philippe, 104.

51 Љубинка Ковачевић, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском Закону о раду“, *Правна ријеч*, 42/15, 518, Слободанка Ковачевић-Перић, Горан Обрадовић, „Легитимност новчане казне као дисциплинске санкције“, *Право и привреда*, 10-12/2014, 15

накнаду штете, јер послодавац не мора да доказује да је штета уопште настала. У аустријском праву уговорна казна се може захтевати и од новог послодавца који је деловао супрото добрим обичајима и навео запосленог да повреди клаузулу забране конкуренције.<sup>52</sup> Са развојем тржишта и конкуренције, као и са повећањем запослености, долази до изражаја интерес послодавца да што је могуће више учврсте обавезу запосленог на поштовање клаузуле забране конкуренције и на чување пословне тајне. Са тим долази и већа заинтересованост привреде за применом института уговорне казне у радним односима.

Анализирајући институт уговорне казне као средство учвршћења обавеза запосленог, чини нам се да српском радном законодавству недостаје такав институт, као и да примена института уговорне казне у односу послодавац – запослени има више легитимитета од новчане казне као дисциплинске санкције и због тога предлажемо афирмацију уговорне концепције радног односа оличене у следећем:

1. да се у радноправно законодавство уведе институт уговорне казне,
2. да се пропишу посебне одредбе у односу на општи режим уговорне казне из Закона о облигационим односима, и то:
3. да се пропише посебан рок за истицање захтева за уговорном казном, на пример шест месеци од сазнања за повреду уговорне обавезе,
4. да се пропишу посебни критеријуми ништавости уговорне казне,
5. и да се примена уговорне казне ограничи само на повреду битних радних обавеза као и на битне повреде радне дисциплине,

## IX Закључак

Споразум о уговорној казни као средство учвршћења обавезе запосленог је традиционални елемент уговорног односа послодавца и запосленог у европско-континенталним правним системима и честа појава у пословној пракси европских држава. Обавезе запосленог у развијеним привредама су таквог карактера да њихове повреде могу проузроковати озбиљне последице по послодавца и његове пословне интересе, док овај институт наилази на још већу примену у професионалном спорту. Прописује се углавном, али не искључиво, ако запослени не ступи на рад у року приписаном уговором о раду, или неоправдано изостане

---

52 Пресуда OGH 18.02.2003, 4 Ob 290/02d, B. Sabara, 6.

са посла, ако се запослени не придржава одредби уговора о раду о престанку радног односа, тако што нпр. откаже уговор о раду пре времена на који је закључен, неоправдано откаже уговор о раду или се не придржава отказног рока, па чак и када је отказни рок дужи од законског, у случају отказа од стране послодавца због повреде уговора о раду од стране запосленог, ако се запослени не придржава клаузуле о поверљивости података и ако запослени прекрши клаузулу забране конкуренције. Супротно упоредним решењима, према српском радноправном законодавству није дозвољено прописивати уговорну казну као средство учвршћења обавезе запосленог. Закон о раду је на императиван начин одредио могуће санкције за повреду радних обавеза и непоштовање радне дисциплине од стране запосленог, а уз то је на императиван начин уредио одговорност запосленог за штету. Са друге стране, уговорна казна има за циљ да учврсти радну дисциплину запосленог али ипак није дисциплинска мера. Уговорна казна послодавцу олакшава накнаду штете, али ипак је сукобу са одредбама о одговорности запосленог за штету. Дакле, уговорном казном се у корист послодавца, а на штету запосленог, заобилазе императивне одредбе у погледу дисциплинске одговорности и накнаде штете у радним односима и због тога споразум о уговорној казни не може бити дозвољен. Из позиције послодаваца, новчана казна као дисциплинска санкција и правила одговорности за штету показују слабости у односу на институт уговорне казне. Уговорном казном се ефикасније санкционише шири круг радњи у односу на постојећи механизам дисциплинских санкција. Уз то, институт уговорне казне у радном праву има све оне предности које карактерише и општи институт уговорне казне у односу на накнаду штете, јер послодавац не мора да доказује да је штета уопште настала. Са друге стране, институт уговорне казне више одговара правној сигурности и заштити запосленог од новчане казне као дисциплинске санкције, јер подлеже судској контроли и наплата уговорне казне не може да уследи обуставом зараде већ само на основу судске одлуке. Због тога се може заључити да овај институт недостаје у радноправном законодавству и да постоје добри аргументи у корист увођења овог института у радноправно законодавство, како из угла послодаваца тако и из угла запослених. Због тога предлажемо афирмацију уговорне концепције радног односа, те да се у радноправно законодавство уведе институт уговорне казне, да се пропишу посебне одредбе у односу на општи режим уговорне казне, и то да се пропише посебан рок за истицање захтева за уговорном казном, на пример рок од шест месеци од сазнања за повреду уговорне обавезе, да се пропишу посебни критеријуми ништавости уго-

ворне казне и да се примена уговорне казне ограничи само на повреду битних радних обавеза и битне повреде радне дисциплине.

**Stojan MIĆOVIĆ, LLM (Heidelberg)**  
Attorney at law in Law Office „Dražić, Beatović & Stojić“

## CONTRACTUAL PENALTY AS A PERFORMANCE BOND FOR EMPLOYEE'S OBLIGATIONS

### Summary

*The contractual penalty has not been established as an option for additional security, i.e. the reinforcement of the employee's obligations in the labour and legal legislation of the Republic of Serbia, whereas it is practically unknown in labour and legal practice. When covered by a contract, the contract usually stipulates the amount of damages the employee is under the obligation to pay to the employer in the event of violation of non-compete clause, even though the validity of such an agreement is questionable. The contractual penalty is used in favour of the employer and to the detriment of the employee to circumvent the imperative clauses in terms of disciplinary liability and compensation of damages in labour relations and thus the contractual penalty clause cannot be permitted from the point of view of the Serbian law. On the other hand, the notion of contractual penalty in labour relations is a traditional element in the European and continental legal circle. This article analyses the application of contractual penalty in labour law, the relationship between the contractual penalty and fine as a disciplinary sanction, its permissiveness from the point of view of the applicable Labour Law of the Republic of Serbia, as well as the justifiability of introduction and detail regulation of this notion in the labour and legal legislation. The paper proposes the affirmation of the contractual concept of labour relations in terms of contractual penalty.*

**Key words:** contractual penalty, fine, obligations of the employee, work discipline, disciplinary liability,



**Вера БАКИЋ, мастер\***

## **АНЕКС УГОВОРА О РАДУ КАО ИЗРАЗ УПРАВЉАЧКЕ ВЛАСТИ И СЛОБОДЕ ПРЕДУЗЕТНИШТВА ПОСЛОДАВЦА**

### **Резиме**

*У средишту посматрања рада је однос анекса уговора о раду и управљачке власти послодавца. Аутор истражује и анализира поступак, начин и дејства измене уговора о раду на тржишну позицију послодавца и радни положај запосленог. У раду се полази од тезе да анекс уговора о раду представља једним делом израз управљачке власти послодавца који има упориште у слободи предузетништва, праву својине и инхерентној субординацији у радном односу. Анекс уговора о раду може се посматрати као један од узрока поремећаја равнотеже интереса у радном односу, јер ствара непредвидљивост за запосленог, али и као фактор од пресудног значаја за послодавца, јер омогућује послодавцу, да вршећи управљачку власт, задржи и побољша виталну тржишну позицију. У последњем делу рада аутор указује на поједине одлуке судова Републике Србије у споровима поводом оспоравања законитости анекса уговора о раду, са посебним освртом на питање судијске могућности да одлучује о распоређивању запослених и нарочитом пажњом на ризик прекорачења судијског овлашћења у преиспитивању послодавчеве потребе, некада и нужности, за анексом.*

**Кључне речи:** *управљачка власт, анекс уговора о раду, слобода предузетништва, људски капитал, судска пракса*

### **I Уводна разматрања**

На темељу анализе настанка и еволуције анекса уговора раду, његове теоријске основе, законских оквира и судске праксе настоји се одредити мера везаности обеју страна уговором. Циљ рада јесте да се

---

\* заступник ЈП „Путеви Србије“

методом анализе анекса уговора о раду утврди синтеза формалних и материјалних услова које понуда анекса уговора о раду мора да садржи како би произвела ваљане правне последице на радноправне позиције запосленог и послодавца. У раду се указује на недостатке који су присутни не само у домаћем законодавству, већ и у судској пракси, а на које стручна јавност нема јединствен одговор. Еволуција радног права огледа се једним делом кроз промену схватања да је уговор о раду непроменљив. Радни однос праћен је сталним променама и прилагођавањем уговорних страна. Тежња послодавца за флексибилношћу се јавља као солуција за превазилажење привредне стагнације и као одговор на промењене околности које могу настати током трајања радног односа. Постојање могућности измене уговора о раду настало је као последица промене прописа и односа на тржишту рада, а нарочито имајући у виду промене које се дешавају у дуготрајном синалагматичном односу којем су иманентне трајне престације.<sup>1</sup> Стога, ради заштите правне позиције и економског интереса послодавца, измена (анекс) уговора о раду омогућује послодавцу да своје обавезе из уговора о раду усклади са промењеним околностима, а нарочито са потребама процеса и организације рада. Тиме се пружа прилика послодавцу да одговори на захтеве које пред њим поставља глобализовано тржиште рада и конкурентски односи. Измена уговора о раду произлази из управљачке власти послодавца (*managerial prerogatives*), док са друге стране задире у право, односно захтев радника на заштиту тј. власништво радног места (*job property*).<sup>2</sup> Правичност и социјални разлози налажу да радник буде заштићен од излагања непредвидљивим изменама радног односа.<sup>3</sup> Према речима бившег генералног директора Међународне организације рада *Juan Somavia Altamirana* централно питање је како створити правичне и прилагодљиве услове рада, када смо сведоци да рад достојан човека у данашњим економским приликама све више одступа од онога што би требало да пружа - сигурност и предвидљивост, као највише социјалне вредности.<sup>4</sup>

Уговор о раду, шире посматрано, представља својеврстан грађанско-правни уговор и на њега се супсидијарно примењују правила облигационог права о постојању општих и посебних услова које један уговор

1 Вера Бакић, „Уговори којима се не заснива радни однос са послодавцем – радна експлоатација или начин обезбеђења социјалног мира“, *Правни живот*, бр. 11 /2018, 379.

2 Deakin Simon., Morris Gilian S, *Labour Law*, 5th edition, Oxford, 2009, 481.

3 Бранко Лубарда, „Нормативна власт послодавца“, *Правни живот*, бр. 11/1996, 609.

4 Somavia Juan „Changing Paterns in the World of work, Report of the Director – General, Geneva, International Labour Office“, 2006, 7.

чине пуноважним. *Mutatis mutandis*, правила облигационог права се примењују и када је у питању измена уговора о раду. Симилярност радно-правних и облигационих правила, у домену измене уговора, може се посматрати са више аспеката. Анекс уговора о раду сродан је институту *rebus sic stantibus*, те као такав представља израз аутономије воље странака. Реч је о специфичном институту који омогућује да се у извесној мери одступа од општег правила *pacta sunt servanda*. Приликом закључења уговора, уговорне стране своје обавезе предвиђају имајући у виду постојеће стање ствари, као и околности које треба да наступе по редовном, уобичајеном току.<sup>5</sup> Међутим, промене у привредним токовима и на тржишту рада могу условити да се изврши ревизија уговора о раду.<sup>6</sup> Одредбама анекса уговора о раду врши се дерогација одредаба првобитног уговора, које се тиме допуњују или мењају.

## II Поступак и разлози за измену уговорених услова рада

### 1. Премештај на други одговарајући посао

Наш правни систем промену битних елемената уговора о раду дозвољава у случајевима предвиђеним Законом о раду уз испуњење материјалних и формалних услова. Тако, у случају потребе за изменом важећег уговора о раду, неопходно је да се упуту понуда за закључење анекса уговора о раду. *Ratio* предвиђања понуде састоји се у заштитној функцији радног права и остварењу начела слободе рада односно слободног избора радног места радника, чиме се индиректно штити сигурност и сталност радног места. Понуда анекса уговора о раду представља једнострану изјаву воље послодавца, односно запосленог. Понуда, дакле, може бити учињена односно иницирана од обе стране - како послодавца, тако и запосленог. Међутим, постоји битна разлика у погледу услова које мора да испуњава понуда за закључење анекса уговора о раду иницирана од послодавца у односу на понуду учињену од стране запосленог. Са једне стране, мотиви којима се запослени води при иницирању понуде за измену уговора о раду могу бити вишеструки. У случају стицања вишег степе-

5 Јелена Перовић, „Промене околности у српском уговорном праву“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 1/2012, 185.

6 У теорији радног права се врши разлика између услова рада и уговорених услова рада. Послодавац је овлашћен да врши једностране измене услова рада током радног односа, независно од сагласности запосленог када је реч о условима који не спадају у битне елементе уговора. Са друге стране, услови уговора о раду који се сматрају битним елементима уговора о раду (*essentialia negotii*) могу бити промењени само уз сагласност запосленог.

на стручне спреме, интенција запосленог јесте да буде прераспоређен на хијархијски више место, у радноправном смислу.<sup>7</sup> Запослени такође може иницирати измене уговора о раду, а које се тичу места рада, како би помирио приватне и професионалне обавезе, под условом да послодавац има организационе јединице, дистанционо лоциране, или како би се преобразило радно време са пуног на непуно.<sup>8</sup> Међутим, за разлику од послодавца, запослени није дужан да образлаже своју понуду анекса.<sup>9</sup> *Ratio legis* оваквог решења налази се у настојању законодавца да заштити приватност запосленог и његов лични интегритет.<sup>10</sup>

Са друге стране, послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада, односно анекс уговора о раду, ради премештаја на други одговарајући посао, ради премештаја у друго место рада код истог послодавца, ради упућивања на одговарајући посао код другог послодавца, ако је запосленом који је вишак обезбедио мере запошљавања и у другим случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду. Да би послодавчева понуда производила ваљана правна дејства, неопходно је да испуњава одређене услове, кумулативно постављене, у погледу садржине. Тако, неопходно је да послодавчева понуда садржи: 1) битне елементе уговора о раду чија се измена предлаже; 2) разлог за учињену понуду; 3) рок за изјашњавање понуђеног; 4) поуку о правним последицама одбијања.

Законодавац не максимизира колико пута може бити измењен уговор о раду, изузев што захтева да за то постоји ваљано, стварно и

7 У овом случају на послодавцу не стоји обавеза да прихвати његову понуду, јер је то домен његове управљачке и организационе одлуке.

8 Наравно, разлози могу бити и друге природе, нпр. понуда запосленог за измену места рада у уговору о раду може бити иницирана из здравствених разлога, због којих запослени не може да обавља теренски рад, затим рад ноћу, у сменама и сл.

9 Симиларна ситуација постоји и у случају отказа уговора о раду. Запослени није у обавези да наводи разлоге отказа уговора о раду на неодређено време, што се делом сматра одразом уставне слободе рада, а делом заштите приватности.

10 За разлику од наведених случајева у погледу којих постоји могућност (право) послодавца да одлучује о понуди запосленог за измену уговора о раду, таква иницијатива запосленог некада за послодавца не представља само право да одлучује него и обавезу. Тако, послодавац знајући генетски профил запосленог, обавезан је да делује превентивно и да искључи запосленог из средине у којој би постојећи услови рада могли активирати и интензивирати његову потенцијалну генетску аномалију и дужан је да га распореди на радно место на којем је смањена могућност наступања ризика по здравље и безбедност (премештајем на друго одговарајуће радно место, скраћењем радног времена). Више о томе: L. O. Gostin, "Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers", *American journal of law and medicine*, Georgetown University Law Center, 1991, 111.

оправдавајуће образложење. Да би се одбијање понуде за закључење анекса уговора о раду сматрало оправданим отказним разлогом, послодавчева понуда за закључење анекса уговора о раду, као формални акт, мора садржати оправдан разлог. Послодавац може запосленом да понуди закључење анекса уговора о раду ради премештаја на други одговарајући посао, због потребе процеса и организације рада. Одговарајућим послом сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.<sup>11</sup>

Закон о раду предвиђа потребу процеса и организације рада као начелно формулисану материјалну претпоставку која мора бити остварена.<sup>12</sup> На послодавцу стоји обавеза да понуду за закључење анекса уговора о раду конципира тако да у њој буде садржано обавештење о стварним и оправданим разлозима који су створили потребу у процесу и организацији рада да се изврши премештај запосленог на друго одговарајуће радно место.<sup>13</sup> Изостанак у понуди детаљнијег образложења о разлозима премештаја представља формални недостатак понуде који даље може резултирати незаконитошћу у случају оспоравања анекса уговора о раду.<sup>14</sup> У домаћој научној и стручној јавности постоји критика, која је имплицитно садржана и у судској пракси, да је законски појам „потреба процеса и организације рада“ неодређен, те је за измену уговора о раду судска пракса става да овај генерални стандард мора подробније да буде образложен.<sup>15</sup> Како правни стандард „потреба процеса и организације рада“ није детаљније регулисан Законом о раду, питање је да ли је реч о

---

11 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17- одлука УС и 113/17. чл. 171 ст. 2. Стручна јавност и судска пракса је става да није неопходно да постоји пропорционалност између зарада предвиђених за позицију са које се запослени премешта и оне на коју се премешта, јер у оквиру исте врсте и степена стручне спреме постоје послови различите одговорности, сложености и тежине који утичу на различитост у висини примања.

12 Закон о раду, чл. 171.

13 Као пример стварних и оправданих разлога могу се узети повећани обим посла на радном месту на које се премешта, доношење новог правилника о систематизацији радних места којим се укида радно место на којем је био распоређен или се смањује број извршилаца и сл.

14 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 556/2016 од 10.02.2017. године. „Када је у решењу о распоређивању запосленог наведена само законска формулација, онда такво решење мора, као незаконито, бити поништено“ - Пресуда Окружног суда у Зрењанину Гж1 169/98 од 08.01.1999. године.

15 Као пандан домаћој законској формулацији „потреба процеса и организације рада, стоји конструкција француског права „добро функционисање предузећа“. Више о томе: Љубинка Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *Право и привреда* бр. 4-6/2015, 830.

правном стандарду који се конкретизује кроз рад и праксу судова. Ако је тако, онда је ваљаност анекса уговора о раду условљена познавањем судске праксе.

## 2. Премештај у друго место рада код истог послодавца

Запослени може да буде премештен у друго место рада: 1) ако је делатност послодавца такве природе да се рад обавља у местима ван седишта послодавца, односно његовог организационог дела; 2) ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50 км и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају.<sup>16</sup> За премештај запосленог у друго место рада мимо побројаних случајева неопходан је његов пристанак.<sup>17</sup> Међутим, постоје аутори који су става да се ван наведених случајева за премештај у друго место рада неће тражити пристанак запосленог ако је реч о делатностима које су такве природе да је немогуће концентрисати посао на једној локацији.<sup>18</sup> Одредба Закона о раду, којом се предвиђа да пристанак запосленог није неопходан ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места на које се премешта мора бити мања од 50 км, може бити доведена у питање ако се узме у обзир категорија пребивалишта запосленог. Наиме, поставља се питање зашто се као критеријум не узима пребивалиште запосленог јер шта ако је удаљеност места на које се запослени премешта већа од 50 км у односу на раније место рада, а да је при том ново место рада ближе пребивалишту запосленог? Да ли ће се и у том случају тражити пристанак запосленог, будући да се оваквим премештајем поштује и остварује начело повољности за запосленог?<sup>19</sup>

16 Закон о раду, чл. 173.

17 Закон о раду, чл. 173. ст. 2.

18 Такве су делатности у области грађевинарства, путарства, телекомуникација, саобраћаја и других облика инфраструктуре. Више о томе: Слободанка Ковачевић – Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 362.

19 Приликом тумачења појма „друго место рада“ треба узети у обзир принцип *in favorem laboratoris* који се увек поставља као оријентир приликом третирања радноправних питања за које не постоји децидно решење у закону, већ се оставља простор за различите интерпретације. Иван Јечменица, *Анекс уговора о раду*, мастер рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 42. Право запосленог да одбије понуду анекса уговора о раду је апсолутно право запосленог које му припада чак и ако су предложене измене повољније за њега. Љ. Ковачевић, 848.

### 3. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца

Запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао ако је привремено престала потреба за његовим радом, дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже годину дана.<sup>20</sup> До ове ситуације долази ако послодавац из разлога објективне природе није у могућности да обезбеди несметано одвијање процеса рада због чега запосленом не може у одређеном временском инетрвалу да обезбеди рад на одговарајућем радном месту. Ти разлози могу да буду: привремена обустава производње, недостатак сировина, хаварије, кварови, необезбеђени законски услови заштите на раду, виша сила или друге техничке неопходности.<sup>21</sup> Услед наступања оваквих ситуација послодавац може да оптира да запосленог упути на „принудни одмор“ као *sui generis* плаћено одсуство или да га привремено упути на рад код другог послодавца. Даље, упућивање може наступити као последица уговора о закупу пословне просторије матичног послодавца и послодавца код којег се упућује, а који је у улози закупца, или као последица уговора о пословној сарадњи.

### 4. Анекс уговора о раду запосленом који је вишак

Интереси послодавца заснивају се на остварењу економских циљева који се појављују као одреднице појма социјалне правде, док конкурентност постаје доминантно мерило тржишног успеха.<sup>22</sup> Ради одржавања конкурентности, послодавци из економских, технолошких и структурних разлога имају могућност отказивања уговора о раду запосленима који представљају вишак.<sup>23</sup> Конвенција МОР-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца предвиђа обавезу послодавца да се са представницима запослених, између осталог, консултује и о мерама за ублажавање штетних последица отпуштања попут проналажења алтернативног запослења. Закон о раду предвиђа обавезу за послодавце да доне-

20 Закон о раду, чл. 174 ст. 1.

21 С. Ковачевић – Перић, 363.

22 Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2012, 176.

23 Под вишком запослених подразумева се економска и правна ситуација која настаје као последица промена у технолошкој, економској, структурној и организационој позицији код послодавца, која доводи до потребе за значајним смањењем броја запослених, при чему разлози настанка вишка запослених нису у вези са професионалним способностима или квалитетом извршавања рада појединачног запосленог. Б. Лубарда, *Радно право -Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, 560.

су програм решавања вишка запослених који такође треба да садржи мере за ублажавање штетних последица отпуштања попут премештаја на друге послове, рада код другог послодавца, преласка на рад са непуним радним временом, али не краће од половине пуног радног времена.<sup>24</sup> Премештај на друге послове, као мера запошљавања, не представља управљачку одлуку послодавца, већ налог законодавца да се сва упражњена радна места понуде запосленима који представљају вишак, без обзира да ли постоји стварна и тренутна потреба за тим пословима и без обзира да ли се запослени сматра подобним кандидатом за њихово извршење.<sup>25</sup> Прелазак са пуног на непуно радно време, као мера запошљавања остварује се путем анекса уговора о раду који закључују послодавац и запослени који је вишак за део радног времена.<sup>26</sup>

### III Понуда анекса уговора о раду – притисак заснован на добровољности

У сублимацији понуде и њеног прихвата настаје анекс уговора о раду. Према томе, битни елементи уговора се сматрају измењеним прихватањем понуде од стране запосленог. Ипак, један део стручне и научне јавности је склон тумачењу да је понуда заправо притисак заснован на добровољности. Наиме, послодавац изменама уговора о раду може извршити промене неких елемената уговора који су били одлучујући фактор за заснивање радног односа од стране запосленог. С тим у вези, неминовно се намеће питање да ли се таквим променама дерогира, у извесној мери, начело слободе избора рада и избора послодавца, које је постојало при закључењу уговора.<sup>27</sup> Наиме, слобода избора рада свакако постоји јер без добровољности као основног обележја радног односа и изричите сагласности запосленог, уговор, односно анекс, не може бити закључен.

Међутим, из поуке о правним последицама непотписивања анекса произлази да запослени има могућност да одбије закључење анекса уговора о раду и да инсистира на првобитно уговореним условима рада. С тим у вези, поставља се питање да ли је послодавац везан понудом и на

24 Закон о раду, чл. 156 ст. 1-2.

25 Ана Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, преддокторски рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 119.

26 Закон о раду, чл. 179 ст. 5 тач. 1.

27 Слобода избора рада значи да запослени слободно бира занимање, радно место, место рада, послодавца, зараду, јер су то фактори којима се води приликом опредељивања за конкретан посао.



који начин може извршити њен опозив. Уколико послодавац не откаже уговор о раду запосленом који одбије понуду анекса, сматра се да је извршио опозив своје понуде јер се тиме сагласио са применом првобитног уговора.<sup>28</sup> Уколико, пак, послодавац остане при понуди за измену уговора о раду у *могућности* је да откаже уговор о раду запосленом који не прихвати понуду.<sup>29</sup> Закон о раду у овом случају не условљава послодавца да примењује правила дисциплинског поступка јер се одбијање понуде не може подвести као повреда радне обавезе или дисциплине понашања, већ као отказни разлог условљен потребама послодавца.<sup>30</sup> Једна група аутора става је да је у овом случају беспредметно процењивање основаности односно неоснованости одбијања понуде, те се сходно томе запосленом који одбије да закључи анекс уговора о раду не пружа могућност остваривања судске заштите у случају отказа.<sup>31</sup> Ако не прихвати анекс, запослени не може са успехом оспоравати законитост анекса уговора о раду јер се сматра да је наступила преклузија.<sup>32</sup> Друга група аутора заузима, пак, став да запослени може да бира да прихвати понуду анекса уговора о раду да би остао у радном односу, а онда да захтева у судском поступку оцену његове законитости или да одбије понуду за закључење анекса и добије отказ који може да побија у судском поступку. Прихватање или неприхватање понуде и потписивање анекса није услов за судску заштиту у спору ради поништаја одлуке о отказу. Закон о раду није условио, нити ограничио запосленог у правном путу изношења разлога о

---

28 Љ. Ковачевић, 832.

29 Одбијање закључења анекса уговора о раду сматра се факултативним разлогом за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца. У немачком и хрватском праву је предвиђено да послодавац, уколико постоје оправдани разлози за отказ, може отказати уговор о раду и истовремено предложити отпушеном запосленом закључивање уговора о раду под измењеним условима – отказ са понудом измењеног уговора. Ако запослени прихвати понуду послодавца, ипак задржава право да оспорава допуштеност оваквог отказа. Вид. Б. Лубарда (2012), 738.

30 Са друге стране, када је реч о једностраним изменама услова рада који се не сматрају битним елементима уговора о раду, ако запослени не прихвата да извршава радне задатке у новим условима, такво понашање се има сматрати као повреда радне обавезе, због које може бити дисциплински кажњен. Antoine Mazeud, *Droit du travail*, 5e édition, Montchrestien, Paris, 2006, 131. У ову групу отказних разлога спадају: престанак потребе за обављањем одређеног посла и смањење обима посла из технолошких, организационих и економских разлога. Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд, 2014, 276.

31 Номотехнички посматрано, чланови Закона о раду којима се предвиђа могућност измене уговора о раду морају се посматрати у садејству са члановима који регулишу отказ уговора о раду, с обзиром на могућност давања отказа услед неприхватања понуде анекса уговора о раду.

32 Закључак грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 04.10.2010. године.

незаконитости анекса јер је смисао овог правила јачање заштите запосленог као слабије уговорне стране, а не ограничавање права. Због тога, запослени може по прихватању анекса тужбом тражити поништај, али незаконитост може истицати како у тужби, тако и током целог поступка у парници ради поништаја решења о престанку уговора о раду. Ово схватање додатно је оснажено чињеницом да Закон о облигационим односима предвиђа да суд на апсолутну ништавост пази по службеној дужности. Према томе, чињенице о апсолутној ништавости (анекса уговора о раду) могу се истицати у свако доба, чак и као претходно питање у било којој парници.<sup>33</sup> Стога, оспоравање законитости уговора о раду не мора бити предмет посебне парнице, већ се може истицати у поступку поводом поништаја решења о отказу уговора о раду.<sup>34</sup>

#### **IV Постављање граница судском испитивању законитости оспореног анекса уговора о раду**

Несумњиво је да је улога суда у испитивању законитости оспореног анекса уговора о раду важна, будући да је то један од начина да се спречи потенцијална арбитрерност (дискриминација, шикана) послодавца при измени уговора о раду, имајући у виду његову економски јачу позицију у радном односу. Полазно питање је да ли је задатак судова да у радним споровима овакве природе испитују економске и организационе мотиве којима су се послодавци водили при одлуци о измени уговора о раду.

Када је предмет радног спора оспоравање законитости анекса уговора о раду, отвара се питање могућности прекорачења судијског овлашћења у поступању и одлучивању. Наиме, свако поступање трећих лица, па и суда, којим би се наметала обавеза послодавцу да на одређени начин уреди своју пословну организацију, да одлучује о одабиру кандидата за запослење, да одлучује о раду запосленог на једном радном месту или другом радном месту, да процењује да ли постоји пословна потреба за премештајем запосленог на друго одговарајуће радно место представљала би *sui generis* правно насиље и узурпацију дискреционих овлашћења послодавца.<sup>35</sup> Врло је важно да судови у поступању поштују дискрепанцију између оцене законитости, са једне стране и, са друге стране, оцене целисходно-

33 Право на истицање ништавости је неограничено и не гаси се. Закон о облигационим односима, *Службени 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. 110.

34 Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 968/2017 од 25.05.2017. године.

35 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 4145/14.

сти и оправданости послодавчевог одлучивања. Следствено томе, један део стручне јавности је става да је суд овлашћен да испитује испуњеност формално-правних аспеката допуштености измене уговора о раду, али не и да процењује и утиче на пословну политику послодавца. Судска оцена целисходности и оправданости разлога за измену уговора о раду представља неприхватљиву судску праксу којом се послодавцима онемогућава да измене уговор о раду како би, не само побољшали своју конкурентност, већ и опстали као конкурентски такмаци на тржишту. Према томе, на судовима је да врше процену да ли је послодавац испоштовао процедуру и предузео све формалне кораке који анекс уговора о раду чине законитим, јер судови не располажу комплетним информацијама о пословању привредних субјеката да би могли испитивати економске потребе које могу бити узрок промене уговора.<sup>36</sup>

### 1. Стратешка димензија управљачке власти послодавца

Управљачка власт послодавца деривира из својинских овлашћења власника капитала. Примарни интерес (ризик) има послодавац као власник капитала.<sup>37</sup> Управљачка власт подразумева не само управљање радом и капиталом већ и управљање људским ресурсима. У условима тежње послодавца да оствари максималну продуктивност уз минималне трошкове, људски ресурси су заузели централно место у стратешком пословању. Анекс уговора о раду се може посматрати као концепт управљања људским ресурсима који представља један од основних фактора остваривања трајне диферентне предности и стратегије тржишног позиционирања послодавца.<sup>38</sup> Послодавци, вођени својом мисијом, праве стратегијски, оперативни и акциони план, у оквиру којих се неминовно намеће питање измене уговора о раду за неке планиране активности.<sup>39</sup> Распоређивање и премештај запосленог у служби представља одраз флексибилнијег менаџмента људских ресурса. Стога, распоређивање и премештај запослених могу се означити као управљачке одлуке послодавца које имају пресудне и дугорочне ефекте на пословно понашање и

---

36 Послодавци као предузетници су једини компетентни да врше пословну процену (*business judgement rule* и *business judgement doctrine*) и утврде пословну потребу за предузимањем организационих и кадровских мера. Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – Правни аспекти*, Београд, 2007, 64.

37 М. Васиљевић, 56.

38 Слободан Черовић, *Управљање људским ресурсима у хотелијерству*, Београд, 2013, 7.

39 Жарко Ристић, *Менаџмент људских ресурса*, Београд, 1999, 37.

на стратегијске циљеве послодавца.<sup>40</sup> Дугорочно одржива конкурентност подразумева постојање квалитетног унутрашњег окружења, чију основу представља рационално распоређивање запослених.<sup>41</sup> Организационо – кадровска питања представљају две стране једне исте медаље и убрајају се у ред управљачке власти послодавца. Могућност измене уговора о раду, према томе, представља синтезу управљачке и кадровске функције. Управљачка функција је та која наводи послодавца да врши измене уговора о раду према променљивим организационим захтевима. Циљ послодавца је да одржи трајну и одрживу конкурентску предност и економску ефикасност пословања, а људски потенцијал је један од пресудних критеријума који утиче на остварење тог циља. Продуктивност модерне економије не може да се постигне без рационалног распоређивања запослених, јер људске ресурсе треба посматрати не само као трошак, већ и као инвестиција која може допринети максимизацији профита.<sup>42</sup>

## 2. Слобода предузетништва као препрека за судску оцену законитости оспореног анекса уговора о раду

Економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине.<sup>43</sup> Овакво схватање има своје утемељење у Уставу Републике Србије који гарантује слободу предузетништва и самосталност привредних субјеката, у оквиру које се имплицитно јемчи право послодавца да самостално, према својим потребама, у циљу рационализације и уштеде и у складу са својом пословном политиком одреди структуру запослених и начин на који ће организовати процес рада чију целисходност и оправданост суд није овлашћен да цени. Послодавац мора имати извесну слободу и дискрецију у поступању како би одговорио на макроекономске изазове у привредним токовима. Стога, послодавчева потреба за изменама уговора о раду може се третирати као организациона одлука.<sup>44</sup> Као таква, слобода предузетништва,

40 Слободан Черовић, 127.

41 Јован Зубовић, “Развој привреде заснован на улагањима у људске ресурсе и страним инвестицијама”, *Пословна економија – часопис за пословну економију, предузетништво и финансије*, Београд, 2010, 134.

42 J. R. Stoner, E. Freeman D. R. Gilbert, *Менаџмент*, Желнид, Београд, 1997, 368.

43 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 92/2006 чл. 82-83; Сандра Лалета, „Јединствени уговор о раду“, *Зборник Правног факултета свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2013, 163.

Да би могао да се такмичи, послодавац мора да има бар једну конкурентску предност више од осталих тржишних такмаца. Данас већина компанија има приступ истим технологијама,

представља својеврсну препреку судовима да испитују целисходност односно оправданост послодавчеве одлуке о измени уговора о раду.<sup>45</sup> *A contrario* уколико би судови имали могућност да врше контролу послодавчевих пословних и организационих одлука, које се делом тичу запослених, то би значило ограничење Уставом гарантованог права. У споровима поводом оспоравања законитости анекса уговора о раду, на судовима је да цене законитост анекса и да превенирају злоупотребе.<sup>46</sup> Свако друго поступање значило би да суд, као треће лице, врши компарацију интересно супротстављених позиција уговорних субјеката.

## **V Решавање индивидуалних радних спорова поводом оспоравања законитости анекса уговора о раду**

### **1. Судска одлука о распоређивању запосленог**

Да питање распоређивања запослених не спада у судску надлежност указује нам и судска пракса. Вршећи компарацију са судским одлукама из радних спорова поводом престанка радног односа, судови када усвајају тужбени захтев тужиоца (запосленог) и поништавају као незаконито решење о отказу туженог (послодавца), у првом ставу пресуде најчешће обавезују туженог да тужиоца *врати на рад*, на одговарајуће послове и радне задатке, и налажу да се туженом признају сва права на раду и по основу рада. Уколико је тужилац у петитуму тужбе тражио да се врати на послове и радне задатке које је обављао до отказа уговора о раду, у другом ставу пресуде судови такав тужбени захтев одбијају као неоснован, са образложењем да није у судској надлежности да одређује послодавцу на које ће конкретне послове распоредити запосленог.<sup>47</sup> Језичким тумачењем закључујемо да је код поништаја решења о престанку радног односа обавеза послодавца да запосленог само *врати у процес рада*, с тим да послодавац задржава своје дискреционо право да запосленог распореди у складу са актом о систематизацији радних места. То зна-

---

тако да технологија сама по себи није довољна да издвоји једно привредно друштво од осталих. Систем менаџмента и запослени обично су фактор који може допринети прављењу разлике.” Вид. Dessler Gary, *Osnovi menadžmenta ljudskih resursa*, Beograd, 2007.

45 Доступно на адреси: <https://www.doklestinic.law/media/1095/newsletter-09-2016.pdf>.

46 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4166/94, од 07.09.1994. године: „Ако понуда анекса уговора о раду садржи конкретан разлог у чему се огледа потреба процеса и организације рада, а нема доказа о шикани или другим злоупотребама послодавца, негирање ове потребе спада у домен целисходности, што је ван овлашћења суда у радном спору, и у то суд, овлашћен да испитује законитост, не треба да улази.“

47 Пресуда Основног суда у Новом Саду П1 1538/2017.

чи да послодавац нема обавезу да запосленог врати на радно место на којем је био распоређен пре отказа уговора о раду, већ га може распоредити и на друго одговарајуће радно место у складу са његовом стручном спремом, знањем и способностима.<sup>48</sup>

Испод привидне једноставности и логичности оваквог решења крију се деликатна питања. Прво, да ли се коришћење ове могућности, која се пружа послодавцу након поништаја решења о отказу, сматра изменама уговора о раду, са којим је суд *ab initio* сагласан? Друго, каква је природа одлуке односно акта којим се запослени враћа на рад? Да ли је реч о новом уговору? Може ли запослени побијати у судском поступку такав уговор послодавца због промењеног битног елемента (радног места)? На овај начин се указује на потребу постојања уједначеног правног расуђивања о питању распоређивања запосленог како у споровима поводом оспоравања законитости анекса уговора о раду, тако и у споровима поводом поништаја решења о отказу. Ништавост анекса уговора о раду повлачи *ex tunc* правне последице (реинтеграције запосленог на претходно уговорено радно место и оснажење акта који је претходно анексу), *mutatis mutandis* би требало да се примењује и у случају поништаја решења о отказу (реинтеграције запосленог на претходно уговорено радно место и оснажење уговора о раду).<sup>49</sup>

## 2. (Не)могућност остваривања највише судске заштите у радним споровима поводом незаконитог анекса

Ревизија је ванредан, деволутиван, несуспензиван, ограничен и двостран правни лек који је допуштен против правноснажних другостепених пресуда. Против правноснажне пресуде донете у другом степену, странке могу да изјаве ревизију у року од 30 дана од дана достављања пресуде. Опште правило ревизије подразумева да је ревизија *увек* дозвољена ако је: 1) то посебним законом прописано; 2) другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака; 3) другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака.<sup>50</sup>

Међутим, могућност изјављивања ревизије може бити ограничена. У радном спору суд дозвољеност изјављивања ревизије процењује на

48 Оваква изрека суда је оправдана имајући у виду да до доношења одлуке радном спору, предметно радно место може бити укинуто или попуњено.

49 Пресуда Основног суда у Новом Саду Гж1 1762/2018. од 06.03.2019. године.

50 Закон о парничном поступку - ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, - одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 403.

други начин. Тако, у радним споровима основаност ревизије процењује се применом члана 441 Закона о парничном поступку, којим је изричито прописано у којим парницама из радних односа је ревизија дозвољена. *In concreto*, члан 441 Закона о парничном поступку предвиђа да је ревизија дозвољена у парницама тј. споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа. Дакле, посебно правило утврђено чл. 441 ЗПП искључује примену општих правила.<sup>51</sup> На тај начин Закон искључује могућност за изјављивање ванредног правног лека и остваривања заштите пред највишом судском инстанцом када је реч о споровима поводом незаконитости анекса уговора о раду, што представља неуралгичну тачку парничног поступка у радним споровима.<sup>52</sup> Закон о парничном поступку је на овај начин условио и ограничио како запосленог у правном путу оспоравања законитости анекса уговора о раду, тако и послодавца у настојању да докаже његову законитост. Међутим, на основу члана 404 Закона о парничном поступку, закључујемо да највиша судска инстанца ипак може да буде доступна и у оваквом случају путем изјављивања посебне ревизије за коју је неопходно да буду испуњени посебни услови попут потребе да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначења судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права.<sup>53</sup>

## VI Закључак

Стратегија развоја привреде и предузећа првенствено зависи од два кључна фактора – капитала и рада. Успешност пословања не мери се само капиталним инвестицијама, већ и кадровским потенцијалом јер

51 Овај став изражен је и у решењу Врховног касационог суда, Рев2 1745/2015 од 7. октобра 2015. године.

52 Уставни суд (УС) је у више наврата имао прилике да се изјашњава о уставном праву на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава) те је истакао аргумент да је на овај начин странци која губи спор преиначујућом жалбеном пресудом ускраћено уставно право на правно средство, у ситуацији када ревизија према законским критеријумима није дозвољена. Више о томе: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1254.

53 Ревизија је изузетно дозвољена због погрешне примене материјалног права и против другостепене пресуде која се не би могла побијати ревизијом, ако је по оцени Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначења судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права. Закон о парничном поступку, чл. 404.

распоред и учинковитост запослених обликују тржишно понашање привредних субјеката. Управљање људским ресурсима заузело је значајно место у савременом пословању јер је умногоме променило садржај рада и начин организације кадровске функције послодавца. Циљ је створити механизам прилагођавања управљачке и кадровске структуре, не нарушавајући равнотежу интереса послодавца и запосленог. Добро вођење кадровске политике представља *conditio sine qua non* за остварење организацијских и институционалних циљева.

Иако постоји део стручне јавности који критички сагледава могућност измене уговора о раду, са аргументом да се на тај начин ствара паралелни правни систем који води запосленог у правну несигурност и непредвидљивост, негирајући слободу избора радног места и послодавца, анекс уговора о раду не треба третирати као уговорну алокацију ризика и извор несигурности, већ као начин да се оствари правичност у радном односу кроз помирење интересних позиција двеју уговорних страна услед новонасталих околности у пословању.

У закључним разматрањима аутор указује на специфичност дејстава судских одлука у радним споровима, које се тичу измене уговорених услова рада. Несумњиво је да примена института анекса уговора о раду доводи у питање постојање сигурности и предвидљивости у радном односу због чега се повећава могућност вођења радних спорова, оптерећених ризиком залажења судова у дискрециону зону послодавца. При вршењу управљачке власти послодавца, судови свакако морају стајати по страни и активирати се у случају оспоравања законитости анекса. Међутим, улога судова у споровима овакве природе мора бити јасно дефинисана. Према томе, судско поступање у споровима поводом анекса уговора о раду непходно је да се сведе на оцену законитости и рестриктивнији приступ судова при оцени послодавчеве потребе, односно нужности за променама уговорених услова рада.



**Vera BAKIĆ, M.A.**

**Legal agent at the Public enterprise “Roads of Serbia”**

**AN ANNEX TO EMPLOYMENT CONTRACT AS AN EXPRESSION  
OF THE GOVERNING AUTHORITIES AND FREEDOM  
OF ENTREPRENEURSHIP OF THE EMPLOYER**

*At the center of this paper's observation is the relationship between the annex to the employment contract and the governing authority of the employer. The author explores and analyzes the procedure, method and the effects of the change of the employment contract on the employer's market position and the working position of the employee. The paper starts with the thesis that the annex of labor contract is partly expression of the governing power of the employer who has the use of the entrepreneurship freedom, the property right and the inherent subordination in employment. Annex of the labor contract can be considered not only as one of the causes of disturbance of balance of interest in employment, since it creates unpredictability for the employee, but also as a factor of interest reconciliation in the exercise of the governing authority of the employer, since it enables the employer to retain and improve the vital market position. In the last part of the paper, the author points to the certain decisions of the courts of the Republic of Serbia, disputes concerning the challenge of the lawfulness of an annex to the employment contract, with particular reference to the question of the judicial capacity to decide on the deployment of employees, and in particular the risk of overstepping the judge's authority in examining the employer's need, sometimes the necessity, for the annex.*

**Key words:** *employer's authority, annex to employment contract, freedom of entrepreneurship, human capital, court practice.*

Бојана РАДЕВИЋ\*

## ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ЗАКОНСКОГ СКРАЋИВАЊА РАДНОГ ВРЕМЕНА КАО ИНСТРУМЕНТА БОРБЕ ПРОТИВ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ

### Резиме

*Потребе тржишта рада за различитим облицима радног ангажовања запослених у мањем обиму од пуног радног времена условила су скраћивање радног времена. Последњих година скраћивањем радног времена, баве се, све изразитије, програми развоја многих земаља (изразити пример је Република Француска), а у циљу решавања њихових економских и социјалних проблема (проблема незапослености) и тражење излаза из економских криза, односно у циљу доприноса привредном и социјалном развоју једне земље. Но, законском нормом која се односи или на скраћивање радног времена или на увођење радног односа са непуним радним временом, ствара се само основ за уређивање радног времена, али о томе када су услови у привреди сазрели за једну такву меру и колико ће се радно време скраћивати све ређе одлучују законодавац, већ се одлуке доносе на нивоу гране делатности, односно одређеног сектора или чак на нивоу компаније. Стога, постоји сагласност да политика скраћивања и реорганизације радног времена треба да буде део глобалне стратегије јачања привреде ј и, унутар тога, да доприноси решавању проблема незапослености.*

**Кључне речи:** појам радног времена; скраћивање законске дужине радног времена; радни однос са непуним радним временом; незапосленост.

### І Увод

Правно регулисање радног времена има за циљ да успостави равнотежу различитих, често противречних, интереса запослених, послодаваца и државе.<sup>1</sup> Са аспекта интереса државе, остваривање права у вези са радним

---

\* студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду

1 Бранко А. Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 462.

временом је од битног значаја за очување начела поштене конкуренције (сузбијање нелојалне конкуренције), као и за спречавање сукоба јавног и приватног интереса, односно спречавање корупције, која и сама нарушава једнакост привредних субјеката на тржишту.<sup>2</sup> Док, регулисање радног времена са становишта интереса послодаваца најпре има своју економску условљеност – потреба да се уважава продуктивност, чије је повећање пре свега омогућено развојем нових технологија, а сам развој нових технологија доследно је економски омогућио и оправдао скраћивање радног времена.<sup>3</sup> Насупрот интересима послодаваца, регулисање радног времена за запослене има заштитни карактер који се огледа како у заштиту здравља и безбедности запослених на раду од прекомерног радног исцрпљивања тако и у очувању достигнутог нивоа примања запослених. Наиме, трајање радног времена је од суштинског значаја за плаћање за извршени рад – износ примања, пошто се основни модел плаћања запослених везује за плаћање по радном часу. Држава је та која својим законским регулисањем радног времена треба да усклади интересе послодаваца и запослених и да омогући флексибилност у расподели укупно расположивог рада на радноактивно становништво, односно да доприне се решавању проблема незапослености.<sup>4</sup> У том смислу као један од могућих инструмената за решавање проблема незапослености којем све чешће прибегавају европске државе је скраћивање радног времена посредством два механизма и то: скраћење законске максималне дужине радног времена и дефинисање законских норми о раду са непуним радним временом.<sup>5</sup>

Данас се за скраћивање законске максималне дужине радног времена посебно опредељују државе које страхују да би пораст атипичних уговора о раду могао да доведе до социјалног дампинга, због нижих зарада и непотпуне заштите.<sup>6</sup> Пример Француске као државе која се одлучила за скраћивање законске максималне дужине недељног радног времена на 35 часова, показује да је скраћивање законске максималне дужине недељног радног времена условљено растом продуктивности, али да скраћивање радног времена не доводи и до повећање зарада односно стандарда запослених сразмерно расту продуктивности. Такође, у Француској се

---

2 Љубинка Ковачевић, „Уређивање и скраћивање радног времена – основне тенденције и проблеми“, у: Дренка Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), *Социјална политика и криза*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 124.

3 Бранко Лубарда, *op. cit.*, стр. 464.

4 *Ibid.*, стр. 465.

5 Љубинка Ковачевић „Новелирање комунитарноправних прописа о радном времену: колико ће трајати радна недеља у Европи?“, *Право и привреда*, бр. 9-12/2009, стр. 89.

6 *Ibid.*, стр. 128.

скраћивању законске максималне дужине радног времена приступало као једној од мера активне политике запошљавања, али исто тако то скраћивање законске максималне дужине радног времена није допринело смањењу броја незапослених у мери која је била очекивана. Са друге стране, већина европских држава покушава да реши проблем незапослености применом и доношењем законских одредби које се односе на радни однос са непуним радним временом. Закључивање и примена уговора о раду са непуним радним временом у пракси указала је на чињеницу да се ова мера све више користи као мера којом се заправо избегава повећање броја незапослених лица, односно истом одржава број запослених, на начин да се све више рад са пуним радним временом преображава у рад са непуним радним временом који уједно са собом повлачи и нижу зарату запослених. Такође, примена у пракси овакве врсте уговора указала је на постојање својеврсне дискриминације запослених са непуним радним временом у односу на запослене са пуним радним временом.

## II Одређење појма радног времена

Истраживање скраћивања радног времена претпоставља да је радно време утврђено, да је део правног система одређене земље и да се у пракси примењује. У том смислу је неопходно да се, пре питања која се односе на скраћивање радног времена, утврди појам радног времена.<sup>7</sup>

Закони многих држава, као и конвенције и препоруке Међународне организације рада, дефинишу радно време као период у коме се запослено лице налази на располагању послодавцу.<sup>8</sup> Под радним временом подразумева се период од почетка до краја дневног извршавања рада, током кога запослени ефективно обавља рад, односно на располагању је свом послодавцу, извршавајући своје дужности на радном месту или другом месту које послодавац одреди, у складу са важећим правом (законом, колективним уговором о раду и професионалним обичајима).<sup>9</sup> Другим речима, радно време је период током кога запослени ставља на располагање своју способност за рад послодавцу. Радно време, тако, укључује часове ефективног рада, као и часове који се изједначавају са ефективним радом током којих се запослени ставља на располагање послодавцу

7 Вида Чок, *Радно време и његово скраћивање – у упоредном и међународном праву*, Савремена администрација, Београд, 1986, стр. 9.

8 Зоран Радуловић, *Радно право*, Висока школа за пословну економију и предузетништво Београд, Београд, 2016, стр. 36.

9 Б. Лубарда, *op. cit.*, стр. 465.

за рад. Поред тога, у ефективно радно време урачунава се и оспособљавање у току рада за потребе послодаваца.<sup>10</sup>

Одређивање појма радног времена укључује и одговор на питање да ли се у радно време урачунава и период у којем се, на захтев послодавца, запослени налази у стању приправности како би могао да се одазове позиву послодавца ако настане потреба за радом. Овде се пре свега мисли на случајеве дежурства и на друге случајеве у којима је запослени дужан да буде присутан на месту рада како би могао да обавља послове када се за њима укаже потреба. Овим је дефинисање радног радног времена отежано, јер је у теорији, законодавству и пракси радног права широко прихваћена дихотомија “радно време – време одмора”. Она подразумева да одређени временски период, са аспекта радног права, може бити квалификован или као радно време или као време одмора, будући да се ова два појма међусобно искључују.<sup>11</sup>

Време које запослени проводи у дежурству у просторијама послодавца треба разликовати од приправности за рад. Потоњи појам налази се у средишту конфронтације између професионалног и приватног живота запослених. Реч је о периоду у којем је запослени дужан да буде код куће или на неком другом месту на коме послодавац може да га контактира и да буде спреман да се благовремено одазове његовом евентуалном позиву за рад. Неспорно је да у време приправности запослени ставља послодавцу на располагање своје радне способности, али та расположивост није трајна (због (релативне) слободе запосленог да обавља личне активности), ни непосредна (због одсуства запосленог са места рада). Значај правне квалификације ових случајева огледа се у чињеници да од исте зависи да ли ће се приправности за рад узимати у обзир приликом рачунања (максималне) дужине радног времена или неће, како ће бити уважавано приликом обрачунавања зараде, да ли ће се евентуалне повреде запосленог у неком од тих периода сматрати повредом на раду и тако даље.<sup>12</sup> Тако на пример нормално, пуно, радно време у Немачкој и Аустрији не сме прећи 8 сати, а недељно радно време не сме прећи 40 часова, али су изузеци дозвољени за потребе дежурства и прековременог рада.<sup>13</sup>

10 *Ibid.*, стр. 466.

11 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 284.

12 Боривоје Шундерић, Љубинка Ковачевић, *Радно право - Приручник за полагање правосудног испита*, Књига 11, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2017, стр. 217.

13 Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić, „Posebnosti regulisanja radnog vremena u kontekstu Smjernica 2003/88/EZ s osvrtnom na nacionalna rešenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v.29, бр. 1/2008, стр. 99.

### III Уређивање и законско скраћивање дужине радног времена, са посебним освртом на француско право

Држава која се често наводи у литератури као пример државе која је покушала да утиче на смањење незапослености скраћивањем законске максималне дужине недељног радног времена је Француска. У овој држави, серија режима реформи радног времена отпочела је још 1982. године, да би од 2000. године време ефективног рада код тзв. великих послодаваца било законом ограничено на 35 сати недељно, а 2002. године овај стандард проширен је и на послодавце који запошљавају и мање од 20 запослених.<sup>14</sup>

Уредба о скраћивању радног времена са 40 часова седмично на 39 часова седмично донета је 1982. године.<sup>15</sup> Од самог почетка рада на овој Уредби било је јасно да она представља само оквир за преговоре на основу којих ће се учесници (држава, послодавци и запослени) договорити о конкретним условима рада – са становишта радног времена.<sup>16</sup>

Пример Француске је нарочито значајан због настојања државе да конкретно и финансијски помогне акцију скраћивања радног времена, нарочито оног које значи отварање могућности за нова запошљавања. Истог дана, кад и Уредба о скраћивању радног времена и о годишњим одморима, донета је и Уредба о преузимању од стране државе плаћања неких доприноса социјалног осигурања у корист оних послодаваца који су предузели веће скраћивање радног времена. Крајњи циљ тих уредби јесте да се уведе радно време од 35 часова недељно, селективним, децентрализованим и уговорним путем. Преузимање поменутих обавеза од стране државе претходи закључивање уговора између државе и послодаваца или групе послодаваца - тзв. уговора солидарности, који су уведени истом уредбом. Послодавци се обавезују да створе додатна радна места, као резултат увећаног и убрзаног скраћивања радног времена. Поступак за закључивање таквих уговора је такође прописан, с тим да је битно то да је послодавац дужан да понуду за нова запослења депонује код Националне агенције за запошљава-

14 В. Чок, *op. cit.*, стр. 70.

15 Доношењу наведене Уредбе претходила је политичка акција Социјалистичке партије Француске. У свом манифесту усвојеном на ванредном конгресу 1981. године, она је предвидела да ће радно време постепено бити скраћено на 35 часова, после преговора спроведених између друштвених партнера. Донета Уредба као основно утврђује радну седмицу од 39 радних часова (као пуно радно време), у погледу плата у условима скраћеног радног времена, Уредба предвиђа њихову пуну, 100% компензацију једино за најниже зараде, док се у погледу осталих, компензација одређује према постигнутом резултату у преговорима који се воде по гранама или по предузећима. Нав. према: В. Чок, *op. cit.*, стр. 70.

16 *Ibid.*

ње, назначене у уговору. Послодавац је такође дужан да запосли приоритетно одређене категорије подносилаца захтева за запошљавање. У случајевима када додатна запошљавања произилазе из значајнијих скраћивања радног времена, држава преузима обавезу да уплати доприносе из социјалног осигурања, с тим да се узимају у обзир само нова радна места која су последица скраћивања радног времена, а не последица повећања продуктивности рада или повећања производње. Уредбом је посебно предвиђено да у случају непоштовања уговора о солидарности послодавац ће бити у обавези да плати новчану казну. Међутим, према подацима које је објавило Министарство рада Републике Француске резултати прописаних мера били су испод очекиваних, што је условило предузимање нових мера и доношење нових Уредби као и каснијих ближних објашњења у облику Упутстава.<sup>17</sup>

О значају који је Влада Француске придавала решењу проблема незапослености говори и податак да су у том периоду усвојени закони о плану развоја Француске. Поменути закони су предвиђали да се води глобална политика запошљавања, а не да се проблеми незапослености решавају као социјални проблеми. Стога је у програм запошљавања унето као битно да се смањи и боље организује радно време, на начин који ће истовремено допринесити смањивању незапослености и олакшати увођење нових облика организације производње и нових радних односа.<sup>18</sup>

Иницијално предвиђена као мера за смањење незапослености, мера скраћивања радног времена поставила је и питање могућности одрживости плата на истом нивоу приликом скраћивања радног времена. У том смислу Национални институт за статистику и план Републике Француске на захтев Генералног комесаријата за план Републике Француске је обавио и израдио економетријски модел који дозвољава да се изучава и предвиђа средњорочни развој производног система Француске. Израђен је модел назван *PROPAGE*. Једна од мера која је изучавана јесте и хипотеза о скраћивању радног времена на 32 часа седмично, при чему би плате биле у потпуности или делимично накнађене. Све то је учињено са становишта дејства те мере на запошљавање.<sup>19</sup>

Са претпоставком да радна седмица траје 32 часа и да нема компензације зарада, мање плате изазвале би смањивање потрошње (личне), али би се повећала конкурентност предузећа и подстицала нова инвестирања. Дошло би до пораста производности рада, што би изазвало осетно

---

17 *Ibid.*, стр. 79.

18 *Ibid.*, стр. 80.

19 *Ibid.*, стр. 81.

смањење цене неких производа у одређеним секторима.<sup>20</sup> Са друге стране, у ситуацији када би радно време износило 32 часа али са пуном накнадом плата, трошкове скраћивања радног времена сносила би пре свих предузећа, а не запослени. У томе је битна разлика у односу на претходну ситуацију. Последица тога је повећана инфлација, која би великим делом анулирала прихваћену накнаду плата. Због тога се и овде јавља смањење потрошње (благо), али конкурентност предузећа опада.<sup>21</sup>

Општи је закључак да обе варијанте, са накнадом или без накнаде плата, даје приближно исти резултат са становишта решавања проблема незапослености.<sup>22</sup>

Имајући у виду до тада постигнуте резултате у смањивању незапослености, као и делимичан неуспех трипартитних преговора о мерама које треба да допринесу флексибилности запошљавања, Влада Француске је донела значајне уредбе, којима се, између осталог уређује и питање запошљавања са делимичним радним временом. Наиме, држава подстиче запошљавање нових, незапослених лица у режиму делимичног радног времена, с тим да би се могле користити материјалне бенефиције обезбеђене од стране државе потребно је да се ради о одређеној категорији незапослених лица (лицима која примају накнаду за незапосленост, лицима којима је то право истекло али се и даље налазе на евиденцији Службе за запошљавање или о лицима која се налазе на поменутој евиденцији дуже од годину дана), да рад у режиму делимичног радног времена не сме да буде краћи од 18 нити дужи од 32 часова седмично и да је забрањено да лица примљена са делимичним радним временом замене лица са пуним радним временом.<sup>23</sup>

Постепено скраћивање радног времена у Француској, доношење низа уредби и закона, низ истраживања која су се спроводила како би се предвидели ефекти скраћивања радног времена омогућиле су увођење радног времена од 35 часова недељно. Увођење радног времена од 35 часова недељно је једно од најхрабријих, вероватно и најсложенијих социјалних реформи у последње време које је учињено у развијеним капиталистичким државама, иако иницијално уведена као мера за смањење незапослености. Влада Француске уложила је велики труд да осми-

---

20 *Ibid.*

21 Сматра се према овој хипотези да се може очекивати стварање нових 650.000 радних места, тј. половина од 1.300.000 очекиваних. Дакле, и у овом случају незапосленост би била сведена на око 500.000 лица. Нав. према В. Чок, *op.cit.*, стр. 81.

22 *Ibid.*, стр 82.

23 *Ibid.*



сли план како би се увођењем пуном радног времена од 35 часова недељно избегло велико оптерећење француских компанија, те да је у том смислу увођење радног времена од 35 часова недељно у Француској довело уједно и до модернизације француских компанија. Наиме, скраћивањем радног времена Влада Француске је покушала да том мером интегрише циљеве попут смањења незапослености, одржавање и побољшање конкурентности пословања и побољшање квалитета живота радника. Но, после извесног времена поставило се питање да ли је и у којој мери ова политика Владе Француске довела до остварења иницијално постављених циљева, те које жртве је ова политика морала да поднесе ради остварења задатих циљева и да ли су исте жртве друштвено оправдане?

Од доношења закона, тј. од његовог ступања на снагу дошло је до повећања броја запослених, односно до брзог раста броја запослених. Но, не у мери у којој је то било планирано, дакле скраћивање радне недеље није допринело стварању између 600.000 и 800.000 радних места, како је иницијално планирано, већ су процене да је отворено око 350.000 радних места између 1998. и 2002. године.<sup>24</sup> Међутим, услови на тржишту и економска криза показали су да је временом поново почео да се појављује проблем незапослености, те да је спровођење реформе скраћивања радне недеље само краткорочно довело до смањења броја незапослених. Наиме, као један од често идентификованих узрока је систем заштите радника који ограничава запошљавање и отпуштање радника. Односно, емпиријска истраживања су показала да проблем лежи негде другде, а један од могућих фактора је комбинација дутотрајне накнаде за незапослене и непостојање мотивације незапослених да се врате на посао. Међутим, имајући у виду да је са доношењем овог закона у Француској паралелно донето и низ других закона, поставило се питање да ли је мера скраћивања радног времена довело до тога или доношење неких других закона.

Скраћивањем законске максималне дужине радног времена у Француској је са једне стране дало скромне резултате у области запошљавања, а са друге стране отворило могућност злоупотребе управљачких овлашћења од стране послодаваца, у смислу неформалних захтева послодаваца да се ради дуже од уговореног радног времена. Такође, повећало је слободу послодаваца да другачије уреди радно време, односно омогу-

---

24 Горан Чворовић, „Вандредно стање у француској економији“, *Вечерње новости*, 18.01.2016. године, <http://www.novosti.rs/vesti/planeta.299.html:586634-Francuska-proglasila-ekonomsko-vandredno-stanje>, 25.2.2019.

ћило им увођење нестандартног радног времена, као и проузроковало талас колективних радних спорова.<sup>25</sup>

Дакле, стварна последица увођења пуног радног времена од 35 сати недељно у Француској јесте понашање послодаваца, јер је само појачала њихову већ изражену невољност да раднике запошљавају на неодређено време. То и јесте један од чинилаца високе продуктивности француских радника. Компаније ће радије уложити у процесе који доносе уштеду у радној снази него примати нове раднике.<sup>26</sup>

Увођење 35 часовне недеље условило је модернизацију француских компанија што је подразумевало издвајање додатних средстава из буџета.<sup>27</sup> Дакле, цену скраћивања радног времена у Француској платили су углавном Влада Француске и запослени, јер је скраћивањем радног времена дошло и до значајног смањења пореских доприноса.<sup>28</sup>

Са друге стране показало се да предметна мера отвара могућност за боље усклађивање професионалних и породичних обавеза запослених, што је, по свој прилици, и њена највећа предност.<sup>29</sup> Такође, као један од

25 Stan De Spiegelaere, Agnieszka Piasna, *The why and how of working time reduction*, European Trade Union Institute, Brussels, 2017, стр. 69-71.

26 Закон је поново доспео у сферу интересовања јавности због његове друге последице, која није била планирана, а осветљена је у спору Француске електропривреде (EDF) и њених радника. Имајући у виду да су радили 39,5 сати недељно, службеници ове електроенергетске компаније су, у време реформе, као надокнаду добили додатна 23 дана годишњег одмора, поврх 27 дана на које већ имају право. Али, то није долазило до изражаја у моменту када је Електропривреда Француске била заштићена од суровости конкуренције. Давање таквих друштвених обавеза је, заиста, било уобичајено у време када су компаније биле заштићеније. Но, у време економске кризе високо задужена Француска електропривреда више није била у могућности да радницима обезбеди дуге годишње одморе, који су представљали средство за умирење радника. Наиме, приликом нових преговора у вези са скраћивањем годишњих одмора, циљ те компаније није био да скраћивањем годишњих одмора радника запосли више радника, већ да додатно ангажује постојећих 129.000 радника. Нав. према: Горан Чворовић, „Вандредно стање у француској економији“, *Вечерње новости*, 18. јануар 2016. године, <http://www.novosti.rs/vesti/planeta.299.html:586634-Francuska-proglasila-ekonomsko-vandredno-stanje>, 25.02.2019.

27 Наиме, процене су да укупни трошкови увођења 35 часовне недеље за државу износе 21,4 милијарде евра. Такође, као једна од критика које се наводе на рачун скраћивања радног времена јесте и стагнација зарада. У периоду од 2000. до 2005. године, зараде у приватном сектору су расле у просеку само 0,5% годишње, док је БДП растао за 1,6%. Нав. према: Горан Чворовић, „Вандредно стање у француској економији“, *Вечерње новости*, 18. јануар 2016. године, <http://www.novosti.rs/vesti/planeta.299.html:586634-Francuska-proglasila-ekonomsko-vandredno-stanje>, 25.02.2019.

28 S. De Spiegelaere, A. Piasna, *op. cit.*, стр. 69.

29 Љ. Ковачевић, „Уређивање и скраћивање радног времена – основне тенденције и проблеми“, *op. cit.*, стр.129.

позитивних утицаја скраћивања радног времена у Француској наводи се и чињеница да је исто проузроковало повећање запослености старијих запослених, односно скраћена радна недеља допринела је да старији запослени остају дуже радно активни.<sup>30</sup>

У периоду од 2008. године до 2009. године у Француској, као и у другим европским државама долази до раста броја незапослених као последица наглог пада потрошње и кредитног слома. Компаније које су трпеле велики пад потражње увеле су низ статутарних мера и мера договорених кроз колективно преговарање како би одговориле на кризу у привреди, као што је „делимична незапосленост“. „Делимична незапосленост“ је инструмент тржишта рада који је уведен како би се осигурала делимична накнада радницима који раде скраћено током кризног периода. Овај је инструмент усвојен посебно у аутомобилској, металској и хемијској индустрији, као и у грађевинарству. Средином октобра 2008. године учињено је неколико побољшања у регулацији делимичне незапослености. Након предлога председника да се поновно преговара о колективном уговору о делимичној незапослености из 1968. године, социјални су партнери пристали на повећање накнаде коју исплаћује држава, повећање минималне плате, продужење периода у којем се добија накнада за делимичну незапосленост са 600 односно 800 на 1.000 сати и продужење са четири узастопне недеље на шест. Надаље, одлучено је да ће од 2009. године радници с непуним радним временом (они који у просеку раде мање од 18 сати недељено) такође имати право на накнаду за делимичну незапосленост. Социјални партнери – а посебно Француска демократска конфедерација рада, су указали на потребу усвајања мера везаних за оспособљавање раднике у делимичној незапослености и оснивање „кризних фондова“ које ће финансирати остали јавни фондови за струковно оспособљавање. Међутим, послодавци су истакли потребу укључивања институција за осигурање у случају незапослености приликом доношења мера струковног оспособљавања за делимично незапослене и указали на њихову улогу у доношењу одлука везаних за коришћење тих фондова. Најоспораваније питање је повећање обавезних доприноса послодавца за мере стручног оспособљавања.<sup>31</sup>

30 S. De Spiegelaere, A. Piasna, *op. cit.*, стр. 70.

31 Vera Glassner, Béla Galgóczi, „Odgovori na krizu na razini poduzeća: mogu li se skraćivanjem radnoga vremena spasiti radna mjesta?“, *European Economic and Employment Policy*, ETUI Policy Brief 1/2009. <http://sindikalizam.org/wp-content/uploads/2014/09/Glasner-Vera-i-Bela-Galgosi.-Radno-vreme-i-spas-radnih-mesta.-ETUI-Policy-Brief-1.2009..pdf>, 10.02.2019.

У том периоду пропратна мера политике активног тржишта рада били су такозвани уговори о професионалној транзицији. Наведеним уговорима одређују се компензације за раднике проглашене технолошким вишком тако да се финансирају 80 посто њихових бруто прихода током годину дана, а у том периоду дотични радници се струковно оспособљавају. Та мера, у почетку прихватљива само компанијама са више од 1.000 запослених, сада је проширена на све компаније. Социјални партнери и агенције за запошљавање имају обавезу да пронађу решења која би осигурала струковно оспособљавање и за незапослене. Такође, у случајевима у којима се не може избећи технолошки вишак, мера „добровољног одласка“ гарантује отпремнину за раднике уз услов да уз њихово отпуштање постоји социјални план.<sup>32</sup>

Поред скраћивања законске максималне дужине радног времена на 35 часова недељно и увођење низа пропратних мера политике активног тржишта рада, Француска је 2016. године имала три и по милиона радно способних грађана који уопште не раде. Дакле, без обзира на постигнуте резултате, Влада Француске не успева да успостави одрживи ритам смањења незапослених.<sup>33</sup>

## **V Закључивање и примена уговора о раду са непуним радним временом**

Подела рада путем скраћивања радног времена у већини европских држава остварује се заснивањем радног односа са непуним радним временом, јер уговор о раду са непуним радним временом може бити коришћен као инструмент за стварање нових радних места, односно за укључивање незапослених у тржиште рада или лакше напуштање овог

32 *Ibid.*

33 Од 2012. године, број људи без посла порастао је за 650.000. Француска влада је предузела низ мера са тенденцијом да се смањи број Француза на бироу рада. Почетком 2016. године предложила је реформу постојећег Закона о раду која би увела измене које би омогућиле компанијама да реорганизују радну недељу од 35 сати, уведена 2000. године и према потреби је продуже на 48 сати, док би дневно могло да се ради до 12 часова. Међутим, предложена реформа изазвала је бурну реакцију синдиката и омладинских организација против Владе Француске и штрајкове широм земље. Што је довело до тога да је Закон о раду остао непромењен, а као мера за борбу против незапослености Влада Француске је прописала да ће свако средње или мало предузеће, с мање од 250 запослених, за свако ново отворено радно место добити 2.000 евра, те је уједно најавила план за додатно школовање чак пола милиона незапослених. Нав. према: Горан Чворовић, „Вандредно стање у француској економији“, *Вечерње новости*, 18. јануар 2016. године, <http://www.novosti.rs/vesti/planeta.299.html:586634-Francuska-proglasila-ekonomsko-vandredno-stanje>, 10.02.2018.

тржишта. У преамбули Конвенције о раду са непуним радним временом указује се на потребу промовисања заснивања радног односа са непуним радним временом као један од начина за смањење незапослености. У Конвенцији се од држава захтева да ускладе своје законе и регулативе у области рада са непуним радним временом не би ли се та врста радног односа учинила доступнијом и привлачнијом за незапослена лица и да се у земљама у којима постоје службе за запошљавање исте искористе да, приликом предузимања мера запошљавања, идентификују и објаве могућности за рад са непуним радним временом.<sup>34</sup>

Државе бројних земаља уводе разне мере у циљу промовисања закључивања уговора са непуним радним временом. Са њихове тачке гледишта на тај начин се постојећа радна места чине доступнијим што посебно доприноси смањењу броја незапослених. Стога државе предузимају серију мера ради промовисања ове врсте запослења, посебно међу младим људима без радног искуства и међу лицима која су дужи период незапослена за које се овај вид запослења указује као једини могући.<sup>35</sup> Међутим, са становишта послодавца, приликом заснивања овакве врсте радног односа, битан је моменат трошкова који исти проузрокује. У одређеним ситуацијама лични трошкови су већи за запослене који раде са непуним радним временом од личних трошкова запослених који раде са пуним радним временом и који не могу лако бити смањени на име мањег броја радних сати. Административне баријере као и трошкови запошљавања радника са непуним радним временом варирају не само од државе до државе, већ и између послодаваца. Стога једна од најефикаснијих мера за подстицање заснивања овакве врсте радног односа је регулисање на нивоу државе правила и олакшица за заснивање радног односа са непуним радним временом.<sup>36</sup> Наиме, потреба послодавца за јефтинијом и флексибилном радном снагом и ситуација на тржишту у смислу високе стопе незапослености наводе се у научној и стручној литератури, као два мотива послодавца за увођење рада са непуним радним временом.<sup>37</sup> Када је реч о запосленима, овај облик радног односа појављује се као шанса за боље усклађивање професионалних и приватних обавеза. У

34 Jill Murray, *Social justice for women? The ILO'S convention on part-time work*, Centre for Employment and Labour Relations Law, University of Melbourne, 1999, стр. 7-10.

35 International Labour Conference, *Part-time work*, 80th Session, Geneva, 1993, стр. 1.

36 *Ibid.*, стр. 56.

37 Fagan Colette, Smith Mark, Anxo Dominique, Letablier Marie-Thérèse, Perraudin Corinne, *Part time in European companies*, European foundation for the improvement of living and working conditions, Dublin, 2004-2005, стр. 10.

том смислу, непуно радно време може представљати избор запослених, иако је оно у већини случајева последица потребе да се прихвати неопходно запослење.<sup>38</sup> Тржишна утакмица и од послодавца и од запосленог захтева прилагођавање новим условима којима је циљ прилагођавање потребама тржишта и рационализација трошкова пословања.<sup>39</sup>

Према Европској стратегији запошљавања Европске уније, експанзија запошљавања са непуним радним временом представља важан допринос обезбеђивању веће запослености. Унутар Европске уније, Холандија се издваја као држава са највећим бројем радника са непуним радним временом, осим Холандије рад са непуним радним временом значајно је заступљен и у Немачкој, Великој Британији, Данској и Шведској.<sup>40</sup> Дакле, правило је да што је тржиште рада развијеније, то је мање заступљен класичан облик заснивања радног односа са пуним радним временом.<sup>41</sup>

Посматрана као мера за решавање проблема незапослености, закључивање уговора са непуним радним временом, односно закључивање радног односа са четворочасовним дневним радним ангажманом омогућава да се на истом радном месту наизменично радно ангажују два незапослена лица, која би стицали сва права по основу рада у пуном обиму, а личне приходе сразмерно раду и постигнутим радним резултатима. Са друге стране, омогућавањем запосленима са пуним радним временом

38 Европска фондација за побољшање животних и радних услова спровела је анкету о могућности запошљавања у будућности широм чланица Европске уније. У анкети су постављена питања попут: Ко жели да ради? Када? И зашто? У анкети су учествовали запослени и људи који планирају да се запосле у наредних 5 година. Резултати анкете показали су да четири петине запослених раде са пуним радним временом, коју већину чине мушкарци са 92%, а жене са 62%. У већини земаља већину запослених који раде са непуним радним временом чине жене. Већина запослених који раде са пуним радним временом волели би да редукују своје радно време, док је ово жеља за трећину запослених који раде са непуним радним временом. Просечна радна недеља према истраживању износи 39 часова, али генерална жеља испитаника је да се радна недеља сведе на 34,5 часова. Скоро половина испитаника сматра да прелазак на рад са непуним радним временом може нашкодити њиховој каријери и нешто мањи проценат испитаника сматра да је рад са непуним радним временом неповољнији са аспекта социјалне заштите и социјалне сигурности. Трећина испитаника који раде са пуним радним временом сматра да би њихов послодавац видео њихов захтев да се смањи радно време као повољан. Нав. према: Gasparini Giovanni, Parent-Thirion Agnès, Latta Mia, Nanteuil de Matthieu, *Full time or part-time realities and options*, European foundation for the improvement of living and working conditions, Dublin, 1998, стр. 1-7.

39 Marija Zuber, „Radna i socijalna prava zaposlenih u nepunom radnom vremenu u Hrvatskoj“, *Revija za socijalnu politiku*, godina 13, број 1, 2006, стр. 173.

40 *Ibid.*, стр. 4-5.

41 M. Zuber, *op. cit.*, стр. 175.

да, анексом уговора о раду, промене осмочасовно радно време у четворочасовно, у свим случајевима где постоји слободно изражена иницијатива и сагласност уговорних страна, доводи до омогућавања новог четворочасовног запошљавања сада незапослених лица.

Посебно је потребно напоменути да се овом врстом уговором заснива атипичан радни однос. Атипичност радног односа са непуним радним временом огледа се већ у томе што се заснива радни однос са радним временом које траје краће од пуног радног времена.<sup>42</sup> Оно што се јавља као дилема у теорији и пракси је питање да ли је радник са непуним радним временом дискриминисан на одређени начин у односу на радника са пуним радним временом. Стога се приликом правног регулисања радног односа са непуним радним временом полази од начела једнакости и начела сразмерности. Ова начела подразумевају да се запосленима са непуним радним временом обезбеде иста права и исти услови рада као и запосленима са пуним радним временом, као и да одређена права из радног односа, због њихове специфичне природе, запослени са непуним радним временом остварује у редукованом обиму сразмерно времену проведеном на раду када за то постоје оправдани разлози. Ипак у пракси, долази до одступања од ових начела. У том смислу посебно треба истаћи проблем прековременог рада запослених са непуним радним временом. Наиме, послодавац може захтевати прековремени рад и од запосленог који ради са непуним радним временом, а имајући у виду да би прековременим радом требало сматрати рад дужи од радног времена утврђеним у уговору о раду, у том случају запослени са непуним радним временом који ради дуже од уговором предвиђеног радног времена би требало да остварује право на увећану зараду. Међутим, право на увећану зараду запосленог са непуним радним временом се признаје само онда када пређе границу пуног радног времена, што доводи до могућности злоупотребе управљачких овлашћења од стране послодавца и увођења прековременог рада.<sup>43</sup>

## V Закључак

Незапосленост је била, јесте и биће један од најозбиљнијих и често најтежих проблема везаних за тржиште рада. Стопа незапослености је индикатор ефикасности једне привреде. У пракси велики број незапосле-

42 Љ. Ковачевић, „Уређивање и скраћивање радног времена – основне тенденције и проблеми“, *op. cit.*, стр.125.

43 Љубинка Ковачевић, „Уговор о раду са непуним радним временом: однос начела једнакости и начела сразмерности“, *Радно и социјално право*, број 1/2008, стр. 445-446.

них људи ствара значајне трошкове на индивидуалном и друштвеном нивоу. За државу то значи смањење прихода по основу пореза на доходак, веће буџетске издатке за предузимање мера активне политике запошљавања, али изнад свега неискоришћен потенцијал радне снаге.

Главно питање које се поставило је да ли је скраћивање радног времена једна од мера која дугорочно и делотворно решава или само доприноси решавању проблема незапослености. Имајући у виду наведени пример Француске као државе која је увела радно време од тридесет пет часова недељно, свакако можемо рећи да скраћивање радног времена доприноси ублажавању проблема незапослености, али не решава проблем незапослености.<sup>44</sup> Пракса показује да се скраћивањем радног времена више може успети у одржавању броја запослених на постојећем нивоу, него што се обезбеђује експанзија запошљавања.<sup>45</sup>

Такође, скраћивањем радног времена путем закључивања и применом уговора о раду са непуним радним временом као једна од мера у којој је препознат потенцијал за решавање проблема незапослености условило је настанак и пораст атипичних радних односа. Пораст атипичних уговора о раду је узрокована техничким и технолошким напретком, као и економским кризама које су уследиле последњих деценија у свету. Специфичност овакве врсте уговора условљава успостављање равнотеже између, са једне стране флексибилности која се односи на радно време, а са друге стране сигурности у погледу остваривања права из радног односа. Одлука запослених да изабере овакву врсту радног односа углавном је последица широко распрострањеног проблема незапослености, а не последица слободног избора радника. Стога, услед условно речене нужности прихватања такве врсте радног односа од стране незапослених јавља се потреба да се оваква врста радног односа посебно регулише од стране законодавца, те предвидити посебну заштиту лица која су запослена са непуним радним временом.

Политика скраћивања и реорганизације радног времена свакако треба да буде део глобалне политике јачања привреде и унутар тога, да доприноси решавања проблема незапослености. С тим да поступак скраћивања радног времена би требало спровести само у одређеним сегментима привреде једне земље, те постепено и у етапама. Негативне ефекте скраћивања радног времена, на које смо указали на примеру Француске, друге европске државе данас елиминишу спровођењем одређених мера, попут

---

44 В. Чок, *op. cit.*, стр. 159.

45 *Ibid.*, стр. 160.



улагања у модернизацију привреде, с тим да су и те мере одређеног трајања. Државе их спроводе само док траје потреба за елиминисањем негативних ефеката. Но, државе својим интервенисањем попут доношења низа прописа и економским подстицањем послодаваца, свакако посредно утичу на смањење незапослености, стога се да уочити да није могуће у таквим условима изоловано посматрати дејство скраћивања радног времена на решавање проблема незапослености, већ исту треба посматрати као једну од низа мера које доприносе смањивању незапослености.

**Војана RADEVIĆ**

### ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF LEGAL SHORTENING OF WORKING TIME AS AN INSTRUMENT FOR THE FIGHT AGAINST UNEMPLOYMENT

#### *Summary*

*The labor market needs for various forms of working engagement of employees on a smaller scale than full-time have caused shortening of working time. In the last years of shortening working time, the development programs of many countries are increasingly being dealt with (for example, the Republic of France), in order to solve their economic and social problems (unemployment problems) and seek exit from economic crises, ie in order to contribute to economic and social development of a country. However, the legal norms that apply either to the shortening of working hours or to the introduction of part-time employment, only create the basis for the editing of working hours, but about when the conditions in the economy have matured for such a measure and how much the working hours the legislator decides less often, but the decisions are made at the level of the branch of activity, or a particular sector, or even at the level of the company. Therefore, it is agreed that the policy of shortening and reorganizing working time should be part of a global strategy for strengthening the economy and, in addition, contribute to tackling the unemployment problem.*

**Keywords:** *concept of working time; shortening the legal length of working hours; part-time employment; unemployment.*

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. 7-9 (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