



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVII

Број
10-12

2019

Главни и одговорни уредник

Васиљевић Мирко

Заменици главног и одговорног уредника

Тирић Александар и Јовановић Небојша

Уредник

Радовић Вук

Редакција

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

Међународни издавачки савет

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

Секретари

Јанковић Светислав и Бојић Филип

Технички секретар

Мишковић Маша

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

Објављени радови – по правилу се не прихватају за објављивање

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: +381 11 3234 985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Ђорђевић Јован

Издаје ТРОМЕСЕЧНО

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVII

Број
10-12
2019

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирко ВАСИЉЕВИЋ

Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)	7
--	---

Сйрахиња Д. МИЉКОВИЋ

Обавеза примаоца франшизе да у пословању сопствене франшизинг јединице примењује пословни концепт франшизинг мреже.....	23
---	----

Јована ТОМИЋ, Марија МИЈАТОВИЋ

Правни положај друштва за посебне намене и његова улога у пројектима јавно-приватног партнерства.....	35
--	----

Младен ЈЕЛИЧИЋ

Процесни положај правног следбеника у прекршајном поступку.....	50
--	----

Бранка БАБОВИЋ

Право на правично суђење и парнични поступак у споровима мале вредности	66
--	----

Милош РАДОВАНОВИЋ

Врата моторног возила и осигуравајуће покриће.....	80
--	----

Амина КАЈЕВИЋ	
Грађанскоправна одговорност ревизора – где су границе? . . .	98
Никола МИЛОСАВЉЕВИЋ	
Удели и акције у брачном имовинском режиму и режиму брачног уговора	118
Марко ТОМИЋ	
Јавно бележништво у Републици Србији – одабрана питања	134
Јована РАЈИЋ ЂАЛИЋ	
Женско предузетништво у Србији	146
Никола КОМШИЋ	
Државна помоћ и јавна набавка – два приступа подстицања иновација	157
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	170

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mirko VASILJEVIĆ

Arbitration Without Arbitration Agreement
(Direct or Indirect) 7

Strahinja D. MILJKOVIĆ

Object of Accommodant Franchise that in the Business of Own
Franchising Unit applies Business Concept Franchising
Network. 23

Jovana TOMIĆ, Marija MIJATOVIĆ

Special Purpose Vehicle's Legal Status and its Role in
Public-Private Partnership Projects 35

Mladen JELIČIĆ

The Procedural Position of the Legal Successor in the
Misdemeanor Proceedings 50

Branka BABOVIĆ

Right to the Fair Trial and Small Claims Litigation
Proceedings 66

Miloš RADOVANOVIĆ

Door of a Motor Vehicle and Insurance Coverage. 80

<i>Amina</i> KAJEVIĆ	
Civil Liability of an Auditor – where are the Limits?	98
<i>Nikola</i> MILOSAVLJEVIĆ	
Shares and Stocks in the Marital Property Regime and Marital Agreement Regime.	118
<i>Marko</i> TOMIĆ	
Notary Public Service in Republic of Serbia – Selected Issues. . . .	134
<i>Jovana</i> RAJIĆ ĆALIĆ	
Female Entrepreneurship	146
<i>Nikola</i> KOMŠIĆ	
State Aid and Public Procurement– two Approaches for Fostering Innovation.	157
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	170

ЧЛАНЦИ

др Мирко ВАСИЉЕВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
и председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

АРБИТРАЖА БЕЗ АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА (директног или индиректног)

Резиме

Арбитражни уговор, било као самосталан (компромис) или као део основног уговора (компромисорна клаузула), представља незаобилазан правни инстинктивни арбитражни решавања спорова, са самосталном правном природом и независном позицијом у односу на основни уговор.

Арбитражни уговор због принципа релативног дејства уговора делује само између уговорних страна. Ипак, у савременим условима, чак и конститутивног исмене форме овог уговора (доминантно решење националних и међународних извора арбитражног права) не значи и немоћност проширене дејства арбитражног уговора и на неуговорнике, под одређеним претпоставкама. У овом раду, аутор анализира претпоставке дејства арбитражног уговора на трећа лица – неоптиснике („арбитража без арбитражног уговора“), у случају комерцијалних арбитража, код инстинктивна „пробоја правне личности“ и инстинктивна групе друштва, као и код инвестиционих арбитража на „индиректне улаиаче“ (власнике директних улаиача кинијала у земљу домаћина инвестиције). Најзад, аутор, у овом контексту, критички разматра пониктај конкретне арбитражне одлуке од српског правосудја јуком позивањем на неоптисојање арбитражног уговора између свих учесника оптисујка и неоптисни састав проширене арбитражног већа и поред суоптисних трендова релевантне међународне арбитражне праксе.

Кључне речи: комерцијална арбитража, арбитражни уговор, *ipso facto* арбитража, „породица правне личности“, инвестициона арбитража, индиректни улагач.

І Арбитражни уговор „алфа и омега“ арбитраже

Кичма арбитражног права је свакако воља странака изражена у арбитражном уговору (компромис или компромисорна клаузула у предметном правном послу – *Agreement to Arbitrate*)¹ о поверавању решавања спора из међусобног уговорног односа арбитражи,² ако је исти арбитрабилан (подобан за решавање путем арбитраже). Како је реч о класичном уговору облигационог права, с обзиром на то да има релативно дејство (*inter partes*), уговарање овакве клаузуле произилази из слободе уговарања (аутономија воље), чије границе на уопштен начин утврђује закон (принудни прописи, јавни поредак, добри обичаји).³

Арбитражни уговор (*компромис* – ако је спор већ настао или *компромисорна клаузула* у основном правном послу за евентуални будући спор из тог посла) настаје по свим правилима уговорног права,⁴ с тим што поред позитивног дејства (уговарање арбитражног форума) има и

1 Вид. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213–328, 373–461; G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, 2009, 197–407, 563–1232; M. Kondo, T. Gotoet. al., *Arbitration Law of Japan*, Tokyo, 2004, 43–52; A. Redfern, M. Hunter, *International Commercial Arbitration*, London, 1992, 137; T. Varady et al., *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul, Minn, 1999, 220–266; A. Goldštajn, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, 92–108; T. Deskoski, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016, 161–177; M. Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000, 231–323; M. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 73–142; G. Knežević, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999, 32–50; G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009, 45–68; J. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 1998, 41–219; А. Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 2003, 193–298.

2 „Арбитражни споразум је угаони камен (камен темељац) арбитражног процеса,“ одричући судску надлежност и поверавајући потенцијални арбитрабилни спор уговореној арбитражи. Арбитражни уговор (клаузула) има самосталну правну судбину (начело аутономије) независно од правне судбине уговора чији је евентуално саставни део. Вид. T. Varady, et. al., 83–84, 124–130.

3 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 10.

4 Више: G. Born, 563–766; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 261–327, 373–461; M. Станивуковић, 73–77, 87–101; J. Перовић, 87–106, 119–149; M. Цукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража*, Београд, 2001, 15–65.

негативно дејство (искључење надлежности иначе надлежног државног суда),⁵ односно поред материјалноправног дејства уговора (правна природа уговора – способност уговарања, овлашћење за уговарање, сагласност воља, предмет уговора и арбитрабилност – *субјективна и објективна*, писмена форма уговора – флексибилно схваћена, могућност прећутног закључења и закључења на основу пословних обичаја или општих услова пословања или на основу понашања странака – уговор по приступу,⁶ дејства уговора, промена субјеката уговорног односа, престанак уговора) има и процесноправно дејство (јурисдикциона теорија процесне природе). Арбитражни уговор има аутономни правни статус (одвојивост од основног уговора у коме је садржан, независност у односу на основни уговор – постојање, пуноважност и правна дејства).⁷ У сваком случају, арбитражни уговор *обавезује само уговорне стране* које су га закључиле или му приступиле (не, дакле, и трећа лица, *осим кад се* у смислу правила субјективне арбитрабилности – *arbitrability ratione personae*, *нейојийисници не моју сматрајти прећим лицима*.⁸ цесија

5 Више: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 395–430.

6 Сагласност на арбитражни уговор може бити и прећутна или индиректна: сагласност на предметни уговор са овом клаузулом конституише и сагласност на ову клаузулу, сагласност на арбитражну клаузулу у предметном уговору не укључује обавезно и сагласност на тај уговор, сагласност према околностима случаја не захтева и потпис, потпис не мора нужно значити и сагласност (принуда, превара), сагласност може произилазити из понашања (конкluentне радње) или бити прећутна (чак и усмени уговор може укључити прећутни арбитражни уговор, на основу пословних обичаја и без усменог позивања на тај уговор), сагласност се може заснивати на размени уговорне документације, сагласност на арбитражу може произилазити и из радњи у арбитражном поступку и без арбитражног уговора, сагласност може произаћи и из прихвата општих услова пословања (типских уговора, уговора по приступу) са арбитражном клаузулом. Вид. G. Born, 661–674; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 274–323, 373–394; М. Станивуковић, 89–95; Ј. Перовић, 132–149.

За изворе права, у овом домену, домаће и међународне, вид: Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, 1958. (Њујоршка конвенција, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. II; УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи (Модел закон, *документ Уједињених нација А/40/17, Анекс I*, 1985, 2006, чл. 7; Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (Европска конвенција, Уредба о ратификацији – *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/63), члан 1, ст. 2; српски Закон о арбитражи – СЗА, *Службени лист РС*, бр. 46/06, чл. 12.

7 О претпоставци независности и аутономности (одвојивости од основног уговора): G. Born, 311–407; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 213–259; Ј. Перовић, 67–85; М. Станивуковић, 78–81, А. Јакшић, 195–199.

8 G. Born (1142–1210) разликује следеће основе везаности арбитражним уговором непотписника: заступништво (agensy), очигледно овлашћење, прећутна сагласност, *alter ego* „пробијање правне личности“, доктрина „групе компанија“, уговор у корист трећих лица, сукцесија, асигнација и други преноси уговорних права, суброгација,

потраживања, уступање уговора, суброгација, сукцесија – осим ако није друкчије уговорено),⁹ „пробијање правне личности“,¹⁰ повезана привредна друштва),¹¹ или се ради о „арбитражи без уговора“ (*arbitrability without privity* – инвестиционе арбитраже на бази закључених билатералних међудржавних споразума о заштити страних инвестиција – БИТ),¹² или, коначно, код инвестиционих арбитража могућност покретања спора против државе домаћина инвестиције од стране сваког власника акција или удела, па и индиректног, као „заштићеног улагача“ на основу БИТ-а,¹³ прихватајући тиме надлежност изабраног арбитражног форума да решава њихов међусобни спорни однос.

1. Писмена форма арбитражног уговора – ограничење проширења субјективне арбитрабилности?

Посебно важно питање граница субјективне арбитрабилности и евентуалног проширења овог домена је питање обавезности писмене форме арбитражног уговора (схваћене у флексибилном смислу), као битног елемента овог уговора, чије неиспуњење чини уговор ништавим и тиме последично представља ограничење могућности проширења

estoppel и повезане доктрине, ратификација, корпоративни директори *and officers* (који извршавају арбитражни уговор иако су непотписници), гаранти, акционари по основу деривативних тужби за компанију, непотписници код арбитраже у који је укључена држава, учесници *jointventure* односа. Вид. и: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 431–452.

9 СЗА, чл. 13.

10 L. Shmatenko, „Piercing the Corporate Veil is Relative“, *Young Arbitration Review (YAR)* Nr. 10/2012, 25–29.

11 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 299–305; R. Daujotas, „Non-signatories and Abuse of Corporate Structure in International Commercial Arbitration“, 1–23, <http://ssrn.com/abstract=2148900>; O. ErturkOzel, „The Group of Companies Doctrine as a Non-Signatory Issue in Arbitration Agreements“, http://ozel.law/wp-content/uploads/2016/04/ozel_articles-002.pdf; S. P. Woolhouse, „Group of Companies doctrine and English Arbitration Law“, *Arbitration International*, Vol. 20, Issue Nr. 4/2004, 435–444; P. A. Costa Braga de Oliveira, „Non-Signatories to the Arbitration Agreement: Recent Developments in Brazil“, <http://ssrn.com/abstract=1673008>; Д. Јанићијевић, „Проширење дејства арбитражног споразума“, Зборник: *Заштити људских и мањинских права у европском правном поређу*, LXII, 2012, 283–299; Р. Игњачевић, „Проширење арбитражног споразума на непотписника са освртом на две арбитражне одлуке“, *Liber Amicorum Гаши Кнежевић*, 267–273; У. Живковић, „Субјективни домаћај арбитражног споразума и трећа лица: изузеци од принципа *inter partes* у заснивању надлежности арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 437–453; М. Цукавац, „Арбитража и трећа лица“, *Арбитража*, Београд 2003, 28–53.

12 J. Paullsson, „Arbitrability Without Privaty“, *ICSIDReview – Foreign Investment Law Journal*, Nr. 10/1995, 232–257.

13 М. Станивуковић, 144–148.

субјективне арбитрабилности на непотписнике овог уговора. Ово је посебно важно код расправе око института „пробијања правне личности“, као и института групе повезаних друштава (група друштава) и одређених форми злоупотребе права које воде оштећењу интереса поверилаца из предметног уговорног односа.

Нема спора да већина националних арбитражних закона (где спада и српски арбитражни закон),¹⁴ као и међународни извори арбитражног права, захтевају писмену форму овог уговора и дају јој природу битног елемента уговора (услов пуноважности уговора). Ово би практично значило да се овај уговор не може закључити *solo consensus* и *lex mercatoria* не би тиме могла бити извор арбитражног права. Ипак, већ постоји вишедеценијска арбитражна пракса превазилажења овог услова пуноважности арбитражног уговора, те тиме и заснивање праксе проширења субјективне арбитрабилности и на случајеве недостатка ове форме, када се питање дејства арбитражног уговора *на нейојџиснике* поставља *џрвенсџивено као чињенично џиџање а не џравно џиџање*. Овакве арбитражне одлуке „преживеле“ су и поступке судске контроле предвиђене законима земље извршења (евентуално и признања). У овом погледу карактеристични су посебно случајеви примене института „пробијања правне личности“, као и примене института групе друштава и евентуалне злоупотребе права која оштећује интересе поверилаца из предметног уговорног односа. Ван ових изузетака национална императивност писмене форме арбитражног уговора и њеног правног дејства, као евентуалног меродавног права извршења (евентуално и признања) арбитражне одлуке, остаје нетакнута. Ипак, извршење арбитражне одлуке која укључује непотписника (у флексибилном смислу) арбитражног уговора, у земљи порекла те одлуке, ако „преживи“ судску контролу правног дејства изостанка писмене форме у односу на непотписника, не представља посебан проблем, али извршење (и признање) такве одлуке у другој држави, без обзира на национални третман природе изостанка такве форме у односу на непотписника, због конститутивности такве форме у међународним арбитражним изворима (посебно Њујоршкој конвенцији),¹⁵ остаје у домену одређене неизвесности.¹⁶

14 СЗА, чл. 10 и 12.

15 Њујоршка конвенција, чл. II (2).

16 Карактеристичан у овом смислу је случај арбитражне одлуке *ICC Orri* (бр. 5730/88). Овом одлуком, применом теорије „пробоја правне личности“ господин *Orri* је оглашен директно одговорним тужиоцу за дугове својих друштава које је контролисао склапајући уговоре у намери да се на захтев поверилаца позове на одвојене правне личности друштава која су склапала те уговоре (намера подметања статиста или пуких фигураната из уговора као уговорних страна, мешајући имовину друштва уговорника са другим друштвом или са својом личном имовином и вршећи тиме злоупотребу и оштећење поверилаца).

2. Комерцијална арбитража без арбитражног уговора у случају групе друштава

Нова референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у случају комерцијалних арбитража проширује субјективну арбитрабилност и на непотписнике арбитражног уговора (непостојање арбитражног уговора), под одређеним условима (испуњеност претпоставки), на чланове групе друштава (постојање матичног и зависних друштава).¹⁷

Група друштава као целина нема правни субјективитет, већ правни субјективитет имају све чланице групе (зависна друштва и матично друштво).¹⁸ Ипак, чланице групе не могу се међусобно посматрати као

Пресудом Апелационог суда Париза (11. јануар 1990) потврђена је ова одлука (коментар: D. Kohen, *Revue de l'arbitrage*, 1992, 125). Француски Касациони суд је пресудом од 11. Јуна 1991, одбио захтев за укидање одлуке Апелационог суда (коментар: D. Kohen, *Revue de l'arbitrage*, 1992, 73).

Ова арбитражна одлука је призната и извршена у Грчкој (која такође према свом националном арбитражном праву захтева обавезну писмену форму арбитражног уговора, као и Њујоршка конвенција – у конкретном случају *iocsidin Orri није лично њојшица њредмејни арбиџражни ујовор*), где је господин Orri поседовао значајну имовину. Иначе, процедура признања и извршења ове одлуке у Грчкој није прошла без тешкоћа и различитог приступа судова различите инстанце: првостепени суд Атине је одобрио извршење ове одлуке, али је по жалби Апелациони суд Атине укинуо одлуку првостепеног суда, да би коначно по жалби Врховни суд Грчке (пресуда бр. 544/96) поништио пресуду Апелационог суда с позивом на чињеницу да Апелациони суд Атине није уважио чињеницу да је пресуда Апелационог суда Париза стекла снагу пресуђене ствари (*resiudicata*) у односу на грчке судове (дејство страних судских одлука), што је у поновном поступку Апелациони суд Атине и прихватио (пресуда бр. 10575/96). Више: М. Цукавац (2003), 43–47.

- 17 О појму групе друштава: А. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford, 2004, 454–467; J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh, 1988, 486–493; P. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 703–783; Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 624–678; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 613–633; R. Pennington (1995), *Company Law*, London, 1995, 968–993; M.D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 781–808; P. L. Cannu, V. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 939–997; J. Birdsetal., *Boyle and Birds Company Law*, London, 1995, 21–30; M. Gillooly, *The Law Relating to Corporate Groups*, Sydney, 1993; J. Dine, *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge, 2000; H. Bardet et al., *Les Holding*, Paris, 1991; M. Pariente, *Les groupes de sociétés*, Paris, 1993; G. Wirth et al., *Corporate Law in Germany*, München, 2010, 207–218; М. Васиљевић, *Компанијско љраво*, Београд, 2019, 600–621; В. Круљ, *Правни режим и облици концентрација у љривреди*, Београд, 1978, 144–145; М. Сукијасовић, *Мулџинационално љрегузеђе*, Београд, 1981; Р. Ђуровић, *Међународно љривредно удруживање*, Београд 1985, 207–220; Р. Ђуровић, *Мулџинационалне компаније*, Београд, 1977; С. Шогоров (2003а), *Право љривредних друшџава*, Нови Сад, 2003а, 248–259; Т. Јевремовић Петровић (2014), *Групе љривредних друшџава*, Београд, 2014.

- 18 Групу друштава регулише и српски: Закон о привредним друштвима – ЗОПД – *Службени џласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/44, 5/14 и 44/18), чл. 549–566.

трећа лица, те односи међу њима (било по хоризонталу, било по вертикали) нису односи међу нечланицама групе. У економском смислу чланице групе друштава представљају економско јединство, те ова чињеница често утиче и на признавање одређених правних дејстава и правних последица постојања групе (у порескоправној сфери и рачуноводственој сфери, у сфери биланса, радноправној сфери и слично), иако по правилу не у имовинскоправној сфери и тиме сфери одвојене одговорности чланица групе за своје обавезе. Ипак, управо институт групе друштава погодан је институционални оквир за праксу „пробоја правне личности“, с обзиром на то да је матично (контролно) друштво фактичком контролом над зависним друштвима у позицији да „пробојем њиховог правног субјективитета“ пребацује њихову имовину у имовину матичног друштва оштећујући повериоце тих друштава.

У сфери арбитражног права, иако матично друштво (најчешће) није уговорна страна у уговору зависног друштва и неког уговорника у ком је садржана арбитражна клаузула, те по теорији арбитражног права не може бити у принципу обавезано ни позитивним ни негативним дејством те клаузуле (надлежност уговорене арбитраже и искључење надлежности суда), *фактичка чињеница позиције матичног друштва* у односу на зависна друштва у управљачком смислу често значи и укљученост тог друштва у некој или свим фазама живота тог уговора у материјалном смислу (поступак закључења, праћење извршења, неуредност извршења, раскид) и тиме и процесном смислу (везаност арбитражним уговором као саставним уговором основног уговора или као посебним уговором). Иста ситуација може бити и на међусобној релацији зависних друштава или у обрнутом односу (обавезност арбитражног уговора из основног уговора матичног друштва и трећег лица и за зависна друштва која нису уговорне стране), све зависно од конкретних фактичких околности процеса закључења и извршења основног уговора, што се као *чињенично стање утврђује током арбитражног поступка*.¹⁹

19 Прецедентна одлука у овом смислу донета је од стране ICC арбитраже: *Dow Chemical v. Isover-Siant Goban* (ICC no. 4131), 23. septembar 1982, *Revue de l'arbitrage* 1984, 137, коментар: А. Chapelle). У овом случају арбитражно веће састављено од врхунских ауторитета у сфери арбитражног права (проф. Р. Sanders – председавајући и коарбитри: проф. В. Goldman и проф. Vasseur) међуодлуком о надлежности одлучило је да је арбитража надлежна и у односу на чланице групе Dow Chemical, које иначе нису биле потписнице основног уговора а тиме ни арбитражне клаузуле у том уговору. Против ове одлуке уложен је био захтев за поништај који је Апелациони суд Париза одбио (21. октобар 1983) позивајући се на појам групе друштава и економског јединства чланица групе, што води заједничкој вољи свих чланица групе, те тиме обавезности арбитражне клаузуле и за непотписнике (*Revue de l'arbitrage*, 1984. 98, коментар: А. Chapelle). Ова одлука послужила је као прецедент за низ других истоветних одлука ICC арбитражног суда: *проширење*

3. Комерцијална арбитража без арбитражног уговора у случају „пробоја правне личности“

Нова референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у случају комерцијалних арбитража проширује субјективну арбитрабилност и на непотписнике арбитражног уговора (непостојање арбитражног уговора), под одређеним условима (испуњеност претпоставки), ако се ради о примени института „пробоја правне личности“.²⁰

Институт „пробоја правне личности“ релативизује два важна правна принципа: принцип релативног дејства уговора (између уговорника) и принцип одвојености субјективитета сваког правног субјекта. Ипак, примена овог института је изузетна и условљена је *чињеничним утврђењем злоујотребе одвојених њравних субјективитетиа* и последично оштећењем интереса поверилаца појединих друштава мешањем њихове имовине са имовином других друштава и тиме оштећењем интереса поверилаца тог друштва. Овај институт регулише и српски Закон о привредним друштвима.²¹

Референтна арбитражна пракса референтних арбитражних институција у низу случајева проширила је дејство арбитражног уговора на непотписнике тог уговора применом теорије „пробоја правне личности“ и повезаног института *alter ego*. Карактеристичан у овом смислу је већ цитирани арбитражни случај *Orri*.²² Такође, у арбитражном спору (ICC са седиштем у САД) *National Development Company (NDC) v. Triad Holdingu A. Khashoggi*, проширено је дејство арбитражне клаузуле која

дејства арбитражне клаузуле мајичној друштва и трећеј лица на зависна друштва тој мајичној друштва: ICC, no. 4402 (1983), ICC, no. 4504 (1985), ICC, no. 6972 (1989), ICC, no. 6519 (1991), ICC, no. 7102 (1994), ICC, no. 2375 (1995), ICC, no. 8553 (1997); проширење дејства арбитражне клаузуле зависној друштва и трећеј лица на мајично друштво тој зависној друштва: ICC, no. 5730 (1988), ICC, no. 5721 (1990), ICC, no. 8553 (1997).

20 О институту „пробијања правне личности“: L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 108–138; L. C. B. Gower, P. L. Davies (2008), *Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 193–211; J. Charlesworth, (ed. G. Morse et al.), *Charlesworth & Morse Company Law*, London, 1995, 26–33; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 81–102; J. H. Farrar, *Company Law*, London-Edinburgh, 1988, 57–69; E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 8–21; Y. Guyon (2003), *Droit des affaires*, Paris, 2003, 141–144; R. P. Austin, I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, N. S. W., 2007, 137–147; R. Pennington, *Company Law*, London, 1995, 39–42; М. Васиљевић, *Компанијско њраво*, Београд, 2019, 81–89; В. Јовановић, *Предузећа и друштва њрема Закону о њредузећима*, Београд, 1990, 56; Ј. Барбић, *ОУР у њравном њрометју*, Загреб 1984, 337–338; Б. Забел, *Ојштии ѡојлед на њравне личностии и ОУР као њравна лица*, скрипта, Нови Сад, 1976, 58–60.

21 ЗОПД, чл. 18.

22 ICC, no. 5730/88.

је постојала између уговорника NDC и Triad Holding-a и на треће лице – A. Khashoggi, које није било потписник основног уговора и тиме ни арбитражне клаузуле у том уговору али је било 100% власник туженика – Triad Holding. Како је овај арбитражни поступак вођен у САД, где сама арбитража не може да одлучује у том случају о својој надлежности према непотписнику арбитражног уговора, већ то може само надлежни суд, то је тужилац NDC захтевао од суда надлежног дистрикта (*Southern District Court of New York*) да о томе одлучи, што је овај и учинио доносећи одлуку о дејству те арбитражне клаузуле и на друготуженог – A. Khashoggi, иначе непотписника, применом теорије „пробоја правне личности“ и теорије *alter ego* (A. Khashoggi је као власник 100% првотуженика – Triad Holding, у основи његов *alter ego*).²³ По жалби друготуженог – Апелациони суд the Second District потврдио је ову одлуку, након чега је арбитражни трибунал донео одлуку о солидарној одговорности оба туженика – Triad Holding и A. Khashoggi (физичко лице).

Питање извршења арбитражне одлуке која укључује треће лице непотписника арбитражног уговора у контексту основног правила да се арбитражна одлука може извршити само против потписника тог уговора отвара одређене додатне проблеме. Ипак, Њујоршка конвенција (члан VII) отвара и могућност извршења арбитражне одлуке против непотписника арбитражног уговора ако право земље извршења то допушта. Пракса судова САД управо то омогућује применом теорије „пробоја правне личности“ не само за спровођење арбитражног поступка против непотписника већ и за извршење тако донете одлуке.²⁴

23 Одлука Southern District Court of New York, no. 89 Civ 7457/MP, *Yearbook Commercial Arbitration*, no. XVIII, 506 и XIX, 494. Иначе, америчка судска пракса теорију *alter ego* примењује кад утврди не само 100% власништво, већ и кад се у том случају кристи исти меморандум и заштитни знак, кад иста лица руководе друштвима, кад матично друштво има редован надзор над зависним друштвом, *што се у сваком конкретном случају утврђује као чињенично стање*.

24 Тако је амерички суд одобрио извршење међународне арбитражне одлуке у односу на матично друштво иако је арбитражна одлука била донета против његовог зависног друштва: *Carte Blanche Pte Ltd. (CBS –Singapur) v. Diners Club International, Inc.* 2F, 3d, 24 (2d, Cir. 1993), *Arbitration & the Law*, 1993–1994, *AAA General Counsel's Report*. Предмет спора био је уговор о франшизи са арбитражном клаузулом, који је закључен између Carte Blanche Pte Ltd. (CBS), као тужиоца и Carte Blanche International Ltd. (CBI), као туженика. У првој одлуци District Court је заузео став да Diners Club као матично друштво није обавезан на основу арбитражне одлуке (непотписник), али је Апелациони суд по жалби заузео став да је Diners Club матично друштво и да је CBI његово зависно друштво (потписник арбитражне клаузуле), а како је поступак извршења арбитражне одлуке против зависног друштва (CBI) био безуспешан због недостатка имовине, тужилац је захтевао извршење против матичног друштва (Diners Club), што је и исходио. Апелациони суд је констатовао да је нижи суд погрешно што није дозволио „пробијање корпоративног вела“ и по том основу извршење против матичног друштва, иако зависно друштво није

4. Инвестициона арбитража –арбитража са или без арбитражног уговора

Основ за инвестиционе арбитраже не представља директни арбитражни уговор уговорних страна, већ у неку руку индиректни арбитражни уговор који закључују две државе (*BIT – Bilateral Investment Treaty*) или више држава (*MIT – Multilateral Investment Treaty*), чији је предмет заштита страних инвестиција у земљи домаћину инвестиције, са таквом клаузулом о надлежности неке инвестиционе арбитраже. На овој основи и поред тога што не постоји директна арбитражна клаузула између иностраног улагача и државе домаћина инвестиције, оваква индиректна арбитражна клаузула основ је за надлежност уговорене арбитраже. Аналогно комерцијалним арбитражама, код инвестиционих арбитраже се поставља питање да ли се ова клаузула о надлежности арбитраже може односити не само на иностраног директног улагача са тако заштићеним „инвестиционим улагањем“, већ и на тзв. индиректног улагача – физичко или правно лице које поседује акције или уделе директног улагача (својеврсно проширење дејства појма заштићени директни „инвеститор“ и на индиректног инвеститора власника или сувласника директног инвеститора).

Да ли је, дакле, могуће да друштво А буде тужилац из инвестиционог уговора који има друштво Б по основу претрпљене штете проузроковане од стране државе домаћина и њених организација? Пракса међународних инвестиционих трибунала у низу случајева тумачећи у врло широком смислу појам „инвестиција“ и „инвеститор“ давала је позитиван одговор на ово питање, било да се радило о индиректном улагачу које има националну припадност директног улагача, било да је имало националну припадност државе домаћина или неке треће земље.²⁵ Чак, пракса водећег међународног сталног инвестиционог трибунала (*ICSID центар*, Вашингтон) дозвољава да се као тужилац појави и лице (власник акција или удела) које није непосредни власник друштва директног улагача, без обзира колико друштава и које националне припадности стоје између тог тужиоца и директног улагача (практично се овим поводом истих мера државе домаћина и истог чињеничног стања може

имало запослене, није имало своју имовину, нити посебну управу, као ни свој меморандум и пословне књиге, већ је све то припадало матичном друштву, као и приходи које је остваривало зависно друштво, закључујући да у таквом случају право New York-а „захтева извршење арбитражне одлуке директно против Diners Club-а, као матичног друштво, те да је пробој корпоративног вела у овом случају не само неопходан већ и потребан“.

25 Simens A. G. v. Argentina, ICSID, no. ARB/02/8, 2004; Enron Corporations and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentina, ICSID, no. ARB/01/3, 2004; Waste Management Inc. V. Mexico („No. 2“), ICSID, no. ARB (AF), 2004.

појавити више тужби различитих тужилаца друштава из групе друштава, што може водити неприхватљивом умножавању износа штете).²⁶

5. Српско правосуђе и арбитража без арбитражног уговора

У српском праву домаће арбитражне одлуке могу бити по тужбеном захтеву подвргнуте судској контроли у контексту њихове ништавости, по основу лимитативно набројаних законских разлога формалне и процедуралне (не и материјалне) природе,²⁷ док се иностране одлуке подвргавају поступку признања и извршења. На срећу, у домаћој пракси овакви захтеви су доста ретки, а још ређе је изрицан поништај по покренутим поступцима. Ипак, нашу пажњу (као и пажњу правничке јавности Србије), што је и директни мотив за писање овог рада, привукао је вишегодишњи такав поступак против једне арбитражне одлуке Спољнотрговинске арбитраже (СТА) при Привредној комори Србије (сада Сталне арбитраже) пред српским правосудним институцијама, као и наравно сама коначна одлука о таквом поништају.

Реч је о арбитражној одлуци СТА, бр. Т 12/2010 од 15. новембра 2011. године (делимична одлука о надлежности) и Коначној одлуци СТА, бр. Т-12/2010 од 19. септембра 2012. године, по тужби Агенције за приватизацију Републике Србије против иностране компаније Х, због неизвршења уговора о приватизацији српске компаније У. *Арбитражно веће је донело њрво делимичну одлуку којом је уишврдило своју надлежност*²⁸ и у односу на друготуженика по проширеном тужбеном захтеву (који није постојао у време закључења предметног уговора о приватизацији и није могао бити потписник тог уговора са арбитражном клаузулом о надлежности ове арбитраже, као што је то случај са првотужеником као потписником овог уговора, а кога је статусном променом издвајања основао управо првотуженик, пребацујући на њега сву имовину и запослене и тиме изазивањем сопственог стечајног разлога, након чега је и отворен стечај над њим у току арбитражног поступка),

26 Више: М. Станивуковић, 148; М. Цукавац, „Дејство арбитражног споразума на трећа лица – трговинска и инвестициона арбитража“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2018, 317–323.

27 Закон о арбитражи, чл. 58.

28 Српски Закон о арбитражи (чл. 28) прихвата доминантну теорију континенталног права *competence-competence* према којој сам арбитражни суд може одлучивати о својој надлежности (што може бити предмет судске контроле у контексту захтева за поништај), за разлику од англосаксонске праксе где је то одлучивање у надлежности суда. Више: М. Васиљевич, Александр Чирич, „Арбитражное соглашение и доктрина „компетенции-компетенции“: современные тенденции, Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности“ – *Сборник*, Киев 2017, 57–73.

а затим и коначну арбитражну одлуку делимичним усвајањем тужбеног захтева тужиоца (око 17 милиона Евра плус камата). Арбитражно веће је било трочлано и то два инострана члана (председник арбитражног већа афирмисани професор Међународног приватног и Арбитражног права државног Правног факултета у Загребу) и један члан (водећи познавалац Арбитражног права и праксе из Словеније), док је трећи члан био професор Грађанског и Облигационог права Правног факултета Универзитета у Београду.

Обе арбитражне одлуке, и делимична и коначна, биле су предмет захтева за поништај по два основа: проширење тужбеног захтева на непотписника арбитражне клаузуле – друготуженика (основаног од првотуженика у току арбитражног поступка) и састав проширеног петочланог арбитражног већа које је одлучивало у складу са законом и правилима СТА о надлежности арбитраже у односу на друготуженика (трочлано арбитражно веће и председник и потпредседница СТА, која је у то време имала консултантски уговор са тужиоцем и није тиме испуњавала услов независности и непристрасности). Проширено петочлано арбитражно веће донело је одлуку о надлежности арбитраже и у односу на друготуженика једногласно. Судски поступак поништаја предметне делимичне арбитражне одлуке је окончан, док је поступак одлуке о захтеву за поништај коначне одлуке још у току, али таква одлука може бити само као и одлука у вези делимичне арбитражне одлуке која решава питање надлежности арбитраже у односу на друготуженика – непотписника арбитражне клаузуле.

Судски исходи по захтеву за поништај делимичне предметне одлуке били су следећи: Привредни суд Београд (П 80/2012, 10. 9. 2012) усваја тужбени захтев за поништај делимичне арбитражне одлуке, заузимајући став о ненадлежности арбитраже у односу на друготуженика непотписника арбитражне клаузуле (непостојање арбитражног споразума), као и став о непрописном саставу проширеног арбитражног већа које је одлучивало о надлежности арбитраже;²⁹ Привредни апелациони суд по жалби (Пж 10228/12, 12. 2. 2014) укида предметну пресуду Привредног суда Београд и враћа на поновни поступак; у поновном поступку Привредни суд Београд остаје код своје раније одлуке о поништају ове делимичне арбитражне одлуке (П 1734/2015, 1. 10. 2015); након овог по жалби Привредни апелациони суд доноси пресуду којом преиначавља пресуду Привредног суда Београд о поништају ове делимичне арбитражне одлуке и одбија захтев за поништај (Пж 4503/16, 20. 9. 2017); коначно, Врховни касациони суд по ревизионом захтеву

29 Ово су, иначе, разлози за поништај арбитражне одлуке према слову српског Закона о арбитражи чл. 58 ст. 1 тач. 1 и 4.

преиначује пресуду Привредног апелационог суда о одбијању захтева за поништај и потврђује пресуду Привредног суда Београд (П 1734/2015) о поништају ове делимичне арбитражне одлуке из истоветних разлога (Прев 37/2018, 25. 10. 2018).

Шта рећи о овом судском маратону и посебно ревизионој одлуци Врховног касационог суда? Заробљеник голе форме и огољене законске норме о непостојању арбитражног споразума са друготуженим који не постоји у време закључења уговора о приватизацији са арбитражном клаузулом и кога управо потписник овог уговора са овом клаузулом оснива у току арбитражног поступка, пребацујући на њега сву своју имовину и запослене (*у несјорној намери ошћећења поверилаца*, укључујући и тужиоца у овом арбитражном поступку), а остављајући у својој „имовини“ само права и обавезе из приватизационог уговора и пратећих кредита, не хајући за уговорне (уговор о приватизацији) и законске забране мењања свог статуса без обезбеђења интереса поверилаца (конкретно Агенције за приватизацију Републике Србије).

Релевантна арбитражна пракса, како је то у овом раду изложено, сукоб форме (непостојање арбитражног уговора са одређеним уговорницима) и суштине (забрана злоупотребе права оштећењем интереса поверилаца од стране дужника) увек решава у корист интереса поверилаца и за то се служи разним правним гимнастикама, које представљају корак даље од закона али не без закона, јер *по налаже принцип иравичности, принцип забране злоупотребе права и принцип заштити поверилаца*: флексибилност форме арбитражног уговора, теорија групе друштва, теорија „пробоја правне личности“, забрана злоупотребе права дужника оштећењем интереса поверилаца и слично.

У конкретном случају, арбитражно веће се огласило надлежним и у односу на друштво које је у арбитражном поступку основао првотужени управо у циљу осујећења каузе приватизационог уговора и тиме немогућности испуњења уговорних обавеза, те је пошло од *примата солидарне одговорности новонасталој друштва* – друготуженика из имовине првотуженика са првотужеником (над којим је иначе покренут стечајни поступак и који је до доношења коначне арбитражне одлуке престао да постоји),³⁰ те о последичној немогућности да се на овај начин избегну уговорне обавезе из уговора о приватизацији и тиме и осујети арбитражна клаузула из тог уговора (престанак потписника изазваног његовим једностраним актима). *Арбитражно веће је, с иравом, сматрало да у оваквој ситуацији иишање је чињенично* – пребацавање све имовине на новоосновано друштво, а *не формално иравно* – непостојање арби-

30 The Sixth Council Directive – Division of Public Limited Companies (82/991/EEC), чл. 12; ЗОПД, чл. 505 и 506.

тражног уговора с непостојећим субјектом у време његовог закључења) нема потребе да се прибегава другим правним конструкцијама, па ни утврђењу злоупотребе права оштећењем интереса повериоца из приватизационог уговора.

У погледу другог наводног основа поништаја предметне делимичне арбитражне одлуке, непрописног састава проширеног арбитражног већа (учешће једног члана који је имао консултантски уговор са тужиоцем из арбитражног спора), чини се да се може применити исто правно резонување. Са становишта „голе и огољене форме“ постоји повреда арбитражног поступка која може да води поништају арбитражне одлуке. Ипак, са становишта суштине, одлука о надлежности арбитраже у односу на *нейојийисника арбитражној уговора донета је једноласно у њејочланом већу*, те један глас „спорног“ члана овог већа није ни у ком смислу, посебно не одлучујућем, утицао на одлуку. Треба ли на овом месту посебно истаћи да „*инстийиуи толеранције*“ у праву постоји уграђен у бројне институте, управо зато да би онемогућио ефекат „*dura lex sed lex*“, који је понекад изузетно неправичан: неодговорност продавца за незнатне материјалне недостатке ствари;³¹ неодговорност превозника у сваком случају за прописани проценат транспортног кала; учешће осигураника у сношењу одређених мањих износа штете и поред покривености осигурањем (франшиза);³² непостојање основа за побијање/ништавост одлука скупштине привредног друштва у случају недостатака у поступку њеног сазивања, одржавања и одлучивања, ако је реч о недостацима „мањег значаја“ („повреда у мањој мери“, „неодлучујући гласови у смислу постизања кворума или потребне већине за доношење одлуке“)³³ и слично. Од Врховног касационог суда се у конкретном случају могло очекивати да у оваквом и овом случају призове у помоћ аналогне правне институте, истоветног домања и дејства, да је само мало више био правнички креативнији, логичнији, можда и одговорнији према праву и властитој држави.

6. Quo vadis арбитражо у Србији?

Какве су поруке и последице оваквог поништаја једне арбитражне одлуке домаће институционалне арбитраже са традицијом од 72 године (основана 1947.)? Ако се покушају занемарити економске последице (око 20 милиона евра мање у буџету Србије), што правницима и може бити дозвољено, иако са горким укусом у устима, онда се свакако не сме и не може занемарити порука коју носи временска димензија овог

31 ЗОО, чл. 478 ст. 3.

32 М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2018, 189 и 298–299.

33 ЗОПД, чл. 381.

судског маратона (од доношења делимичне арбитражне одлуке 2011. године и коначне арбитражне одлуке 2012. године, преко вишестепеног – тростепеног поступка поништаја код три судске инстанце, протекло је осам, односно седам година). Овим се практично негира логична чињеница да је арбитражно решавање спорова због једноступености далеко ефикасније и брже у односу на судске (економија времена). Ова одлука о поништају је живи сведок да то у Србији (а нас наша земља интересује) није случај – тужилац, макар то била и сама Република (или њена организација) као држава, *нема извршиву арбитражну одлуку* (обустава извршења због поступка поништаја пред надлежним судовима) *ни после осам година од њеној доношења*, а ко зна кад ће је имати у поновном арбитражном поступку након овог поништаја (који може уследити тек кад се заврши, за још коју годину (*sic!*), и започети поступак поништаја коначне арбитражне одлуке), где га чека још много неизвесности у формалном смислу, с обзиром на то да постоје бројне правне празнине тока постпоништајног арбитражног поступка и одлуке.

Има нешто крајње труло у „држави Данској“ (читај правосудном систему Србије!), кад је одлучивање о поништају арбитражне одлуке тростепено и у надлежности три судске инстанце, посебно ако је, а јесте, то одлучивање у недовољно професионалним рукама, посебно неспецијализованим рукама, које могу себи да дозволе да заклањајући се иза голе законске фасаде и не познајући токове арбитражног живота (како арбитражне праксе, тако и арбитражне теорије и тумачења арбитражних прописа у контексту нових животних реалности и потреба и тиме продукиваних нових правних института), као и чини се и не познајући филозофију мисије права, те се усуде да пониште арбитражну одлуку донету од врхунских међународних арбитра са неспорним ауторитетом у међународном арбитражном свету, од којих већина чланова арбитражног већа (укључујући и председника) не само да су странци, већ су и из држава које још увек нису баш пријатељски наклоњене Србији, која је у конкретном случају тужилац, а чији тужбени захтев логиком свог професионалног ауторитета усвајају. Али, *no pasaran!* Ту је домаћи Врховни (уз то и „касациони“) суд! Ако је право толико немоћно да заштити повериоца и ако право нема механизма да спречи превласт антиправа и злоупотребе права, онда оно нема никакву сврху, а ваљда је ноторно да је с правом тешко али би без права било далеко теже. У околностима, пак, оваквих судских одлука „ничим изазваних“ илузија је веровати да ће пословни свет, домаћи а посебно инострани, уговорати надлежност домаће арбитраже, која очигледно, за разлику од медијације, није љубимац у овом домену неактивног домаћег законодавца, као ни домаћег судства у иначе прешироком домену надзора над арбитражним поступком и арбитражним одлукама.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

President of Permanent Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce

ARBITRATION WITHOUT ARBITRATION AGREEMENT (direct or indirect)

Summary

Arbitration agreement, either independent (compromise) or as a part of basic contract (compromisory clause), represents unavoidable legal concept in the framework of arbitration disputes resolution with independent legal nature and position in relation to the underlying contract.

Arbitration agreement has effect only between contracting parties due to the principle of inter partes contract's effect. Nevertheless, in the occurring conditions, even the constitutiveness of the writing form of this contract (prevailing solution in national and international sources of arbitration law) does not impede the extension of its effects on non contracting parties if certain conditions are fulfilled. In this paper, the author analyzes presumptions of arbitration agreement legal effect with regard to third parties – non-signatories (“arbitration without arbitration agreement”), in the event of commercial arbitrations, as well as the concepts of piercing the corporate veil and group of companies, and finally with regard to portfolio investors in investment arbitrations (owners of direct capital investors to the host country). Finally, in the same context, the author critically analyzes the annulment of the arbitration award by the Serbian judiciary simply invoking non – existence of the arbitration agreement among all participants of the arbitration procedure, as well as to the improper composition of the extended arbitration tribunal, despite the opposite trends of the relevant international arbitration jurisprudence.

Key words: *commercial arbitration, arbitration agreement, group of companies, piercing the corporate veil, investment arbitration, portfolio investor.*

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

ОБАВЕЗА ПРИМАОЦА ФРАНШИЗЕ ДА У ПОСЛОВАЊУ СОПСТВЕНЕ ФРАНШИЗИНГ ЈЕДИНИЦЕ ПРИМЕЊУЈЕ ПОСЛОВНИ КОНЦЕПТ ФРАНШИЗИНГ МРЕЖЕ

Резиме

У савременим околностима пружиној пословања, без обзира на појавну форму франшизинга привредна друштва појављују се као субјекти уговорној франшизинг односа. Обавеза примаоца франшизе да примењује пословни концепт франшизинг мреже, приликом вођења сопствене франшизинг јединице, је једна од фундаменталних обавеза. Ограничавањем пословној диспозитива примаоца франшизе на начин да је у обавези да користи и примењује метод пословања, давалац франшизе одговара за његов пословни успех. Значај рада је у томе што се указује да пословање примаоца франшизе је успешно: а) ако у пошуности примени пословни концепт (пословни метод) даваоца франшизе, у суштинском ипакво пословање је осуђено на пројаси и б) ако му давалац франшизе достави релевантне информације о очекиваном профити. Одсуство од пројазе продаје које је проценио давалац франшизе у достављеним предуговорним информацијама (disclosure information) и реално остварној профити који прималац франшизе остварује након зайочињања самосталној франшизној пословања је основ једностраној раскида уговора.

Кључне речи: давалац франшизе, њималац франшизе, њословни метод, релевантне њредуѡворне информације, њрофити, ѡйказ уѡвора.

I Увод

Франшизинг¹ као специфичан метод уговорног инвестиционог пословања,² не представља ништа друго до дистрибутивну технику који уговором интегрише дистрибутивни систем уместо ланцем власништва, којим се управља из једног центра.³ Разлози који се сигурно могу идентификовати, а који значајно утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу за тако нешто.⁴ Основна карактеристика франшизинг пословања без обзира на појавну форму уговора о франшизингу оно мора бити базирано на пословању које се у пракси показало успешним.⁵

Франшизинг као пословни концепт, а самим тим и уговор о франшизингу, прошао је у еволуцијском развоју кроз две фазе и то: а) фазу традиционалног концепта⁶ и б) фазу интегралног концепта.⁷ Интегрални концепт почива на текућој пословној сарадњи даваоца и примаоца франшизе, која се поред услуга, производа, *trademark*-а, односи на целокупно пословање, маркетинг (*advertising*) стратегије и плано-

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

2 Франшизинг као специфични инвестициони метод уговорног пословања наједноставније се може окарактеристи као метод продаје роба и услуга.

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

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

5 Успешно франшизинг пословање је оно пословање које је од стране потенцијалних потрошача производа или корисника услуга препознатљиво као пословања које одликује изграђен *image* и *brand*.

6 Традиционални концепт франшизинг пословања карактерише уступање права продаје производа уз право коришћења трговачког имена.

7 M. V. Jović, „Franchising u praksi, istine i zablude, Kooperacija (franšizing) uslov opstanka malih privrednika i velike kooperacije“, *Zbornik radova sa sabora malih privrednika održanog u Vrnjačkoj Banji 26–28. XII 1990*, 4.

ве, права интелектуалне својине, контролу, *know-how*, *goodwill*, и методе пословања. Интегрални концепт карактерише јака и континуирана персонална комуникација између уговорних страна, с обзиром да давалац франшизе примаоцу франшизе уступа франшизни пакет права – *franchise package*.⁸ Квалитет успостављених односа између даваоца и примаоца франшизе утиче на функционисање франшизинг јединице и франшизинг мреже – *franchising network*.

Без обзира о којој се појавној форми франшизинга ради, као субјекти уговорног односа било на страни даваоца или примаоца франшизе јављају се привредна друштва. Франшизинг као метод уговорног инвестиционог пословања, даваоцу франшизе, омогућава да уз минимална инвестициона улагања и минималне инвестиционе ризике прошири своје пословање на циљано тржиште. Примаоцу франшизе пружа се могућност да закључењем уговора приступи развијеној франшизинг мрежи. Коришћење успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици⁹ и самосталност у пословању¹⁰ представљају опредељујуће разлоге да потенцијални прималац франшизе приступи франшизинг мрежи.

II Обавеза примене пословног концепта франшизинг мреже

Обавеза да примењује пословни концепт франшизинг мреже, приликом вођења сопствене франшизинг јединице, може се сматрати једном од фундаменталних обавеза примаоца франшизе.¹¹ Прималац франшизе, наведену обавезу може реализовати само ако поштује, следи и примењује уступљен/е метод/е пословања даваоца франшизе у вођењу своје самосталне франшизинг јединице. Један од аспекта примена пословног метода обухвата и обавезу примаоца франшизе да шаље на одобрење даваоцу франшизе предлоге локалних рекламних кампања

8 Под пакетом права подразумевају се: право коришћења заштитног имена даваоца франшизе за производ или услуге, *know-how*, пословни и технолошки методи, процедурални систем и друга права на производно и интелектуално власништво – „...*trade name, and/or trade mark and/or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights...*“ art. 1. European Code of Ethics for Franchising, доступно на адреси: <http://www.eff-franchise.com/Data/Code%20of%20Ethics.pdf>, 5. 3. 2019.

9 Инвестициони ризици нису искључени они и даље постоје али умногоме су мањи него да прималац франшизе започиње самостално са развојем свог пословања.

10 Иако је прималац франшизе *de facto* подређен даваоцу франшизе, он ужива правну самосталност тј. послује у своје име и за свој рачун односно у односима са трећим лицима наступа самостално и одговара као независан правни субјект.

11 Didier Ferrier, „La franchise en Droit Français“, *Franchising im Europäischen Privatrecht*, Baden-Baden, 2001, 108.

које жели да предузме, а све у циљу добробити франшизинг мреже и робне марке.¹²

1. Решења предвиђена одредбама Нацрта грађанског законика Р. Србије и *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* – PEL CAFDC-a

Одредбама Нацрта грађанског законика¹³ предвиђа се да је прималац франшизе обавезан да пренета права, овлашћења, методе пословања и *know-how* користи на начин предвиђен уговором у своје име и за свој рачун, у уговореном обиму и на уговореној територији, у складу са упутствима и захтевима даваоца франшизе.¹⁴ Наведена одредба само набраја обавезе примаоца франшизе, међу њима и обавезу да користи и примењује метод/е пословања даваоца франшизе, а то без концизнијег одређења шта је садржина метода пословања.

За разлику од одредби Нацрта грађанског законика који само наводи обавезу примаоца франшизе да користи пословни метод даваоца франшизе, одредбе *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*¹⁵ предвиђају да прималац франшизе: 1) мора у разумној мери да се посвети спровођењу франшизног пословања, у складу са пословном методом даваоца франшизе; 2) мора да следи разумне инструкције даваоца франшизе о пословној методи и одржавању репутације мреже; 3) мора да пази да не наштети франшизној мрежи и 4) уговорне стране не могу да одступе од ове одредбе.¹⁶ Значај одредбе је у томе да децидно одређује садржину обавезе примаоца франшизе, која се састоји из: а) чињења или б) нечињења.

12 С обзиром да адвертајзинг помаже дефинисању имица назива или симбола мреже у очима јавности, одредба којом се захтева од примаоца франшизе да добије одобрење даваоца франшизе за сваки адвертајзинг је такође кључна за одржавање идентитета мреже, све док се таква одредба односи искључиво на природу адвертајзинга. – *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof – Germany, Competition – Franchise agreements, Case 161/84, *European Court Reports 1986–00353*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1986:41, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0161>, 10. 3. 2019.

13 Нацрт грађанског законика Републике Србије – НГЗ, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 11. 3. 2019.

14 НГЗ, чл. 1277.

15 *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)* 2006. донетих од стране *Study Group on a European Civil Code (SGECC)* у форми предлога јединствене Европске регулације чија се садржина односи на: а) трговинско заступништво (*commercial agency*); б) франшизинг (*franchising*) и в) уговоре о дистрибуцији (*distribution contracts*), Oxford, 2006.

16 PEL CAFD, art. 3:303

Обавеза чињења, као што је наведено одредбом PEL CAFDC-а састоји се у томе да прималац франшизе мора своје пословање да спроводи у складу са пословним методом даваоца франшизе. Спровођење пословања у складу са пословним методом даваоца франшизе не значи ништа друго до да прималац франшизе користи све елементе пословања који су у непосредној вези са франшизинг пословањем. Садржину елемената пословања чини: а) интелектуална својина; б) *know-how* и в) помоћ даваоца франшизе.¹⁷ Права интелектуалне својине прималац франшизе може користити једино као прималац лиценце,¹⁸ уз обавезу да поштује национална правна правила о интелектуалној својини.¹⁹ *Know-how* прималац франшизе користи на начин описан у уговору или у приручнику о раду (*manual of operation*). У случају да прималац франшизе не испуни обавезу примене даваоцевог *know-how*-а, не може да тврди да није добио елементе неопходне за успешно спровођење пословања.²⁰ Прималац франшизе током примене метода пословања, своје пословање мора прилагодити изменама које давалац франшизе уводи током трајања уговора.²¹ Прималац франшизе не може елементе пословања да користи произвољно, већ једино на начин на који је то уговором предвидео и прописао давалац франшизе.²² Обавеза чињења садржи и обавезу примаоца франшизе да следи инструкције даваоца франшизе. Инструкције које давалац франшизе даје примаоцу франшизе могу се односити само на начин спровођења пословног метода и одржавања репутације мреже.²³ Иако има право да у току трајања уговорног односа даје примаоцу франшизе накнадне инструкције, PEL

17 Philippe Bessis, *Le contrat de franchisage, notions actuelles et apport du droit européen*, Paris, 1991, 81.

18 Philippe Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, Paris, 2003, 36.

19 Ph. Le Tourneau, 35.

20 Прималац франшизе је затражио прекид уговора због тога што му давалац франшизе није пружио помоћ која би му омогућила успешно спровођење пословања. Давалац франшизе је подигао контратужбу јер прималац франшизе није следио уступљену методу. Суд је закључио да је прималац франшизе заиста одбио да следи савете и присуствује обуци коју је организовао давалац франшизе, те да није сарађивао у спровођењу пословања. сходно томе, одговорност даваоца франшизе искључена је. – CA Paris 14. février 1991, D. 1992.

21 D. Ferrier, 384.

22 Прималац франшизе не само што има право да добије права интелектуалне својине (чл. 3:201), *know-how* (чл. 3:202) и помоћ (чл. 3:203) од даваоца франшизе. Он такође има и обавезу да стварно користи права интелектуалне својине, *know-how* и помоћ. – PEL CAFDC, art. 3:301, Comment A.

23 Треба истаћи да репутација-углед (*reputation*) и *goodwill* и поред тога што се односе на углед и квалитет коју ужива давалац франшизе и франшизинг мрежа нису синоними и никада то и не могу бити. Више о томе видети – Soumya Banerjee, „Transborder Reputation“, *JIPR*, Vol. 11(4), July 2006, 274–279.

CAFDC донекле ограничава ово право даваоца франшизе стандардом разумности. Накнадне инструкције могу се сматрати разумним: а) када гарантују одржавање стандарда квалитета који захтева давалац франшизе; б) да се њима не сме мењати пословни метод даваоца франшизе и в) не смеју да представљају препреку за правни статус примаоца франшизе као независног привредног субјекта.²⁴ Давалац франшизе примаоцу франшизе не сме и не може да даје инструкције које се односе на метод пословања које би га довеле у незавидан положај у односу на конкуренцију. Примена таквог метода пословања одударала би од начина уобичајене примене метода пословања или инструкција које давалац франшизе даје осталим примаоцима франшизе у оквиру франшизинг мреже.

Поред обавезе чињења, одредбама PEL CAFDC-а експлицитно се предвиђа обавеза нечињења, односно обавеза уздржавања од шкодљивог понашања примаоца франшизе.²⁵ Прималац франшизе у обавези је да се уздржи од сваког облика понашања које би могло да нашкоди репутацији или имицу целокупне франшизинг мреже.²⁶ Реч је о генеричној обавези примаоца франшизе коју мора да поштује, а која произлази из обавезе лојалности.²⁷ Уздржавање од шкодљивог понашања представља ограничење пословног диспозитива примаоца франшизе. Институтом уздржавања од шкодљивог понашања, давалац франшизе себе обезбеђује од превелике пословне самосталности примаоца франшизе и то без обзира на чињеницу што је прималац франшизе пословно успешан.

Ипак, иако се примаоцу франшизе намеће уговорна обавеза да следи пословни метод даваоца франшизе, могућа су и два ограничења ове обавезе. Прималац франшизе у обавези је да следи правила пословања под условом: а) да је тако нешто неопходно како би се обезбедила и гарантовала једнозначност – једнообразност франшизинг мреже и б) ако се тиме не угрожава његова пословна независност.²⁸ Давалац франшизе који се неоправдано меша у слободу пословања примаоца франши-

24 Вид. PEL CAFDC, art. 3:303, Comment E.

25 Уздржавање од шкодљивог понашања садржана је од обавеза: 1) неконкуренције; 2) некоришћење *know-how*-а у друге сврхе осим у сврхе спровођења франшизинг пословања; 3) необјављивања карактеристика *know-how*-а (односи се и на запослене даваоца франшизе) и 4) непродавања или некоришћења других добара – робе у оквиру франшизинг пословања осим оних које је одредио давалац франшизе.

26 Вид. PEL CAFDC, art. 3:303, Comment B–E.

27 Обавеза лојалности представља специфичну манифестацију дужности пословања у доброј вери код франшизинга. Више о томе видети Jean-Marie Leloup, *La franchise – Droit et pratique*, 4 ed, Paris, 2004. 221.

28 Вид. J. P. Gunther, „Franchising“, *Commercial Agency and distribution Agreements, law and practice in the Member States of the European Union*, 3 ed, London, 2000, 277.

зе, посматра се као менаџер примаочеве компаније, и може се сматрати одговорним за штету коју претрпи прималац франшизе. У правној теорији постоји став и о трећем ограничењу, да рестрикције примаоца франшизе не смеју бити фрудалозне. Клаузуле које намећу обавезу примаоцу франшизе да поштује правила пренетог пословања називају се *clauses de pouvoirs*.²⁹ На основу таквог става правна теорија сматра да су све клаузуле које даваоцу франшизе дозвољавају да контролише активности примаоца франшизе штетне за примаоца франшизе.³⁰

Поставља се питање које су правне последице ако прималац франшизе не користи пословни метод на начин који му је одредио давалац франшизе, а није било повреде ограничења од стране даваоца франшизе. Неиспуњење обавезе примаоца франшизе да користи метод пословања даваоца франшизе у вођењу своје самосталне франшизинг јединице представља основ за раскид уговора о франшизингу.³¹ Ипак, иако неизвршење обавезе примаоца франшизе да следи пословни метод даваоца франшизе може представљати основ за раскид уговора, могуће је да се неиспуњење обавезе од стране примаоца франшизе посматра као основ за одбијање тужбе за накнаду штете, а из разлога неизвршења преузетих уговорних обавеза на страни даваоца франшиза.

29 Victoire Lasbordes, *Les contrats desequilibres*, These Aix-en-Provence, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2000, 280.

30 Једнострана измена правила од стране даваоца франшизе, и то оних која прималац франшизе мора да поштује да би се прилагодио развоју комерцијалне политике даваоца франшизе (нпр. да би се повећао обим купљених добара или ради модернизације простора франшизног пословања), може довести до неочекиваног повећања финансијског оптерећења које прималац франшизе преузима на себе, што би могло учинити немогућим достизање очекиваног профита. V. Lasbordes, 283.

31 Случај покреће давалац франшизе који се пожалио на неиспуњење примаочевих обавеза везаних за вођење ресторана који је припадао ланцу даваоца франшизе, што је резултирало оштећењем имиџа мреже. Уговор је обухватао обавезу примаоца франшизе да одржава репутацију ознака распознавања за чију је употребу имао дозволу, као и да гарантује добар имиџ ресторана, како изван, тако и унутар простора. Такође договорено је да, у случају неизвршења једне од обавеза прописаних уговором, као и у случају било каквог понашања које би могло да има негативан утицај на познати карактер робне марке и ознака распознавања, давалац франшизе може да раскине уговор. Cass. је, подржавајући одлуку нижег суда, закључио да се понашање примаоца франшизе (промовисање производа који не припада робној марки даваоца франшизе, непоштовање стандарда хигијене и неодржавање температуре неопходне за чување производа) мора посматрати као фундаментално неизвршење које оправдава раскид уговора на основу неизвршења кључне обавезе. Cass. com. 6 mai 2002, 99–20130 (inedit), доступно на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr>, 20. 3. 2019.

III Да ли употреба метода пословања представља основ одговорности даваоца франшизе за пословни успех примаоца франшизе

Питање које се поставља је да ли примаоцу франшизе којем се клаузулама³² ограничава пословни диспозитив на начин да је у обавези да користи и примењује метод пословања, давалац франшизе одговара за пословни успех – за тачност информација о очекиваном профиту.³³

1. Субјективна одговорност даваоца франшизе

Иако се очекује да давалац франшизе одговара по принципима објективне одговорности, он одговара по принципима субјективне одговорности (одговорност за кривицу). Субјективна одговорност даваоца франшизе неминовно утиче на то да се она и у овом случају креће у границама уговорне одговорности. Давалац франшизе одговара за пословни неуспех и нерентабилност примаоца франшизе ако није извршио све уговором предвиђене обавезе и предузео све мере предвиђене уговором или правилима струке.³⁴ Неиспуњавањем уговором предвиђених обавеза од стране даваоца франшизе прималац франшизе има право на једнострану раскид (отказ) уговора.³⁵

32 Клаузуле које примаоцу франшизе намећу обавезу да поштује правила пренетог пословања називају се *clauses of powers*, с тим да треба истаћи да све клаузуле које даваоцу франшизе дозвољавају да контролише активности примаоца франшизе су штетне за примаоца франшизе. На пример: једнострана измена правила од стране даваоца франшизе, и то оних које прималац франшизе мора да поштује да би се прилагодио развоју комерцијалне политике (нпр. да би се повећао обим купљених добара или ради модернизације простора франшизног пословања), може довести до неочекиваног повећања финансијског оптерећења које прималац франшизе преузима на себе, што би могло учинити немогућим достизање очекиваног профита.

33 CA d'Orléans, chambre commerciale, Audience publique du jeudi 26 octobre 2006, N° de RG: 392, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006952197>, 18. 3. 2019.

34 Ivanka Spasić, *Franchising posao*, Beograd, 1996, 99.

35 Једнострану раскид уговора може бити у форми: а) редовног отказа или б) ванредног отказа. Редован отказ је инструмент прекида трајног уговорног односа заснованог на неодређено време. Отказ је правно релевантна изјава воље другој уговорној страни дата на основу правне моће (уговор или закон) којом прва страна једнострано прекида уговор закључен на неодређено време. Ванредни отказ као механизам престанка дуготрајних уговорних односа (трајни уговор) настаје у свим оним ситуацијама када једна уговорна страна не испуни своју обавезу.

а) Право на ванредни оџказ уџвора

Узајамно поверење уговорних страна представља срж сваког уговорног односа, а посебно уговора о франшизингу. Када је узајамно поверење нарушено одређеним некоректним понашањем друге уговорне стране оно може представљати озбиљан узрок престанка уговора.³⁶ Ванредни отказ као инструмент прекида уговора могућ је у свим случајевима када долази до теже повреде уговорних обавеза.

Основ подношења тужбеног захтева за једнострани раскид уговора огледа се у знатном одступању од прогнозе продаје које је проценио давалац франшизе у достављеним предуговорним информацијама (*disclosure information*)³⁷ и реално остварног профита који прималац франшизе остварује након започињања самосталног франшизног пословања. Предуговорне информације о очекиваној профитабилности франшизинг пословања представљају један од одлучујућих фактора да потенцијални прималац франшизе закључи уговор о франшизингу и приступи франшизинг мрежи. Предуговорне информације о прогнози продаје могу да буду превише оптимистичне у погледу остваривања потенцијалних економских резултата. Предуговорне информације о прогнози продаје које давалац франшизе уступа потенцијалном примаоцу франшизе морају бити базиране на релевантним критеријумима.³⁸ Релевантне информације које се односе на франшизинг пословање,³⁹ а

36 Младен Драшкић, *Уговор о франшизингу*, Београд, 1983, 60.

37 Информације које имају значаја за примаоца франшизе, а односе се на пословање даваоца франшизе познате су као предуговорне информације (*disclosure information*). Давалац франшизе без обзира на то о којој је појавној форми франшизинг пословања реч, у обавези је да примаоцу франшизе учини доступним адекватне податке о пословању. Значај откривања предуговорних података је да се потенцијалном примаоцу франшизе омогући увид у пословање франшизинг мреже. Документ који је давалац франшизе дужан да поднесе потенцијалном примаоцу франшизе на увид, а који садржи неопходне предуговорне податке познат је под називом документ објаве (*disclosure document*).

38 Прималац франшизе није реализовао онолики профит колики је давалац франшизе обећао. Суд је закључио да студија тржишта коју је извршио давалац франшизе, а која је представљала кључни фактор за убеђивање примаоца франшизе да склопи уговор, није била базирана на озбиљним критеријумима и да је стога довела до обмане примаоца франшизе. Cass. com. 4 décembre 1990, JCP 1991.

39 Art. 1:201, Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts – PEL CAFDC 2006:

„(1) Свака страна мора проследити другој страни адекватне информације у разумном року пре закључења уговора. У случају неизвршења, параграф (3) примењује се.

(2) Адекватне информације представљају информације које су довољне да се друга страна информише и одлучи да ли жели да склопи уговор такве врсте и под таквим условима, или не.

којима располаже давалац франшизе⁴⁰ представљају основ успеха конкурентности примаоца франшизе на тржишту. Студија тржишта мора бити базирана на реалним околностима које владају на циљаном тржишту и под којим прималац франшизе послује или треба да послује.⁴¹

Одредбама Нацрта грађанског законика предвиђа се да је давалац франшизе власник или носилац права и овлашћења која преноси примаоцу франшизе и одговара за њихово постојање и садржину, за обавештења која пружа примаоцу франшизе приликом укључивања и пословања у систему франшизинга.⁴² Уколико ова права не постоје или давалац франшизе повреди друге своје обавезе значајне за пословање примаоца франшизе у пословном систему, прималац франшизе може изјавити да раскида уговор или стиче право на сразмерно умањење накнаде⁴³ (*royalty*).⁴⁴ Иако му је давалац франшизе дао нетачне или непотпуне информације или пренео права, од процене економске оправданости даљег пословања прималац франшизе одлучује о судбини уговора о франшизингу.

б) Немогућности ванредног ојказа уговора

Прималац франшизе не може увек и у сваком случају ванредно отказати уговор у случају одступања од процењеног могућег профита на основу информација даваоца франшизе и реалног стања (онога што

(3) Уколико неизвршење усклађивања једне уговорне стране са параграфом 1 доведе до тога да друга страна закључи уговор, а прва страна је знала или се могло разумно очекивати да друга страна зна, да је добила адекватне информације на време, не би склопила уговор, или би склопила уговор под фундаментално другачијим условима, примењују се лекови за заблуде према PEL CAFDC поглављу 4.

(4) Уговорне стране не могу одступити од ове одредбе.“

40 Између даваоца и примаоца франшизе постоји асиметрија располагања релевантним информацијама.

41 Давалац франшизе, мора узети у обзир тржишне параметре циљаног тржишта и на основу њих одредити висину могућег профита који би прималац франшизе могао да оствари.

42 НГЗ, чл. 1276, ст. 1.

43 НГЗ, чл. 1276, ст. 2.

44 Један од најприхваћенијих, начина обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је путем методе процента бруто прихода (*royalties fee*). Као основица за процентуално утврђивање узима се у обзир бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице у текућој пословној години. Укупан просечан износ континуалних франшизних накнада креће се у распону од 5 до 7% оствареног бруто прихода примаоца франшизе, с тим да постотак такође зависи и од пословног сектора у којима послује франшиза.

он остварује). Прималац франшизе може се користити институтом ванредног отказа једино ако је разлика од 30% већа између процента продаје којег је давалац франшизе на основу студије прогнозе продаје утврдио и оствареног профита пословања примаоца франшизе. Предвиђањем наведеног критеријума штити се давалац франшизе од несавесних примаоца франшизе. Давалац франшизе неће одговарати ако је разлика мања од 30%, ако су одступања процењеног и реално оствареног профита мања од наведеног постотка. Усвојени квантитативни критеријум од 30% приликом процењивања да ли прималац франшизе има право на ванредни отказ уговора, своју пуну примену може имати само у околностима постојања: а) стабилног тржишта роба и услуга и б) развијене пословне етике и судске праксе.

У правној теорији постоје одређени ставови да давалац франшизе нема обавезу да гарантује реализацију профита, већ има обавезу да примаоцу франшизе на исправан начин припреми и достави информације о могућем профиту које се базирају на озбиљним критеријумима.⁴⁵ Поред могућности да давалац франшизе одговара у оквирима уговорне одговорности по принципима субјективне одговорности, неопходно је истаћи да се приликом закључења уговора уноси клаузула искључењу одговорности даваоца франшизе за пословни успех примаоца франшизе.⁴⁶ Уговарањем наведене клаузуле о неодговорности даваоца франшизе, може код примаоца франшизе да створи субјективни осећај да је током пословања препуштен сам себи.

45 J. M. Leloup, 188.

46 Клаузула о искључењу одговорности која се уноси у уговор најчешће је следеће садржине: „... неке пословне јединице примаоца франшизе оствариле су X приходе. Давалац франшизе не преузима одговорност да ће прималац франшизе остварити приходе исте или веће вредности.“

Strahinja MILJKOVIĆ, PhD
Assistant Professor at the University of Priština-Kosovska Mitrovica
Faculty of Law

OBJECT OF ACCOMMODANT FRANCHISE THAT IN THE BUSINESS OF OWN FRANCHISING UNIT APPLIES BUSINESS CONCEPT FRANCHISING NETWORK

Summary

In contemporary market conditions, regardless of the phenomenon of franchising, companies appear as entities of a contractual franchising relationship. The franchisee's obligation to apply the franchising network business concept when running its own franchising unit is one of the fundamental obligations. By limiting the business dispensation of the franchise application in the manner that it is obliged to use and apply the business method, the franchisor is responsible for his business success. The significance of the work is that it is indicated that the business of the franchise is successful: a) if it fully applies the business concept (business method) of the franchisor, otherwise such business is doomed and b) if the franchisor gives it relevant information about the expected profit. The deviation from the sales forecasts estimated by the franchisor in the disclosure information and the real profit realized by the franchisee after the start of the franchised business is the basis of the unilateral termination of the contract.

Key words: *franchisor, franchisee, business method, disclosure information, profit, cancellation of contract.*

др *Јована* ТОМИЋ
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе, Нови Сад

др *Марија* МИЈАТОВИЋ
доцент Факултета за правне и пословне студије др Лазар Вркатић,
Нови Сад

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРУШТВА ЗА ПОСЕБНЕ НАМЕНЕ И ЊЕГОВА УЛОГА У ПРОЈЕКТИМА ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Резиме

*Друштва за посебне намене су специфични пословни субјекти, који се оснивају за потребе реализације одређеног пројекта, а ради заштите самог посла, при чему се пословни и финансијски ризици у вези са датим пројектом (пре свега ризик од несудућања стечаја) преносе са матичне компаније (оснивача или спонзора) на ово друштво. У правној науци не постоји јединствен став по питању правног положаја друштва за посебне намене, те ситуација у којима је неопходно његово оснивање, а посебно по питању односа овог друштва са његовим оснивачима. Највећу примену друштва за посебне намене имају у случају када се користи пројектно финансирање код јавно-приватног партнерства, где се друштво за посебне намене јављује у улози носиоца пројекта. Међутим, на националном нивоу се на сва питања поводом оснивања и пословања ових друштава, примењује Закон о привредним друштвима као *lex generalis*, чиме се пројектна прилика да се уваже специфичности ових пословних субјеката. Намера аутора је да створе концептуални оквир за разумевање ове правне категорије и укажу на потребу да се у извесним аспектима његовог оснивања, односно пословања усвоје посебна*

правила, чиме би се створили повољнији услови за повећану контролу, транспарентности и ефикасности ових привредних субјеката.

Кључне речи: друштво за посебне намене, пројектна компанија, привредно друштво, јавно-приватно партнерство.

I Увод

Друштво (ентитет, предузеће, субјект) за посебне намене или пројектна компанија (енг. *Special Purpose Vehicle – SPV* или *Special Purpose Entity – SPE* или *Special Purpose Company – SPC*, у даљем тексту: ДПН) је посебно правно лице, које се оснива као привредно друштво ради предузимања активности које су дефинисане уговором. Пројектна компанија има самосталан правни субјективитет од тренутка регистрације, али није независна од својих оснивача, иако то може постати у одређеном периоду у будућности. У оснивачком акту, који може бити у форми одлуке или уговора о оснивању, установљава се претежна делатност друштва, али постоји мишљење у теорији да ово друштво не обавља никакву привредну делатност из које се финансира, већ је „економски потпуно зависно од својих оснивача”,¹ те се често назива и „празним друштвом” (енг. *empty/shell company*). Овим друштвима финансијска средства за извођења пројекта обезбеђују оснивачи (спонзори) и оно не може да има имовину или обавезе који нису у вези са пројектом. Тек уколико се у каснијем периоду стекну услови, пројектна компанија отпочиње самостално са обављањем регистроване делатности.

ДПН је правни субјект који се најчешће оснива као друштво са ограниченом одговорношћу, а у праву Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) бележи се пракса оформљавања овог друштва у облику Европског друштва (*Societas Europaea – SE*) и Европске економске интересне групације. Имајући у виду последње капиталне измене Закона о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД)² о чему ће бити више речи у даљем излагању, може се констатовати да су по угледу на комунитарно право створени предуслови да се ДПН оснива и у овим облицима код нас. Надаље, значајно је указати на чињеницу да се оснивањем пројектне компаније преносе пословни и финансијски ризици са матичне компаније (оснивача или спонзора) на ово друштво

1 Јелена Газивода, *Уговори о дуорочној сарадњи државе, јавних предузећа односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од оштрије интереса*, докторска дисертација, Београд, 2015, 329.

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

(пре свега ризик од наступања стечаја), а који су у вези са специфичним пројектом. Последично, све активности пројектне компаније, а посебно оне које се односе на закључивање уговора, па и уговора о кредиту, располагање сопственим средствима и сл., одвијају се ван оквира биланса спонзора. Такође, самостални правни субјективитет ДПН подразумева не само одвојеност од спонзора у погледу власништва, него и у погледу управљања овим друштвом, што имплицира да ДПН самостално доноси одлуке које се тичу пословања овог друштва. Међутим, не треба занемарити чињеницу да ДПН послује по унапред предвиђеном програму, који је пројектован од стране спонзора,³ што поље деловања овог друштва ставља у оквире који су оснивачи оснивачким актом одредили.

Надаље, иако оснивачи дефинишу циљ оснивања ДПН и преносе средства на ДПН у виду оснивачког улога (који може бити у новцу, опреми, земљишту, објектима и сл.), може се поставити питање у којој мери оснивачи (спонзори) контролишу ДПН и утичу на реализацију активности овог друштва. Према једном тумачењу Министарства финансија Републике Србије, које је дато управо ради указивања на потребу консолидације ова два друштва, постоји неколико околности које могу указати на то да матично друштво контролише ДПН: 1) активности ДПН се обављају у име спонзора, у складу са његовим посебним пословним потребама, тако да спонзор стиче користи од пословања тог ДПН; 2) спонзор има право одлучивања за стицање већине користи од пословања ДПН, или путем успостављања механизма за пословање по принципу „аутоматизма” делегира право одлучивања; 3) спонзор има право стицања већине користи од ДПН и стога може да буде изложен ризицима везаним за његове активности; 4) спонзор задржава већину резидуалних или власничких ризика везаних за ДПН или његову имовину, како би стекао користи од његових пословних активности.⁴ Такође, питање контроле ДПН од стране спонзора може се посматрати и кроз улогу органа ДПН, које именују компаније које се јављају у улози оснивача (спонзора), о чему ћемо говорити у наставку рада.

Од значаја за стварање концептуалног оквира за разумевање ових пројектних компанија је и указивање на њихову специфичност због које се називају „друштвима без запослених”. Иако се у највећој мери оваква друштва повезују са пословањем које није у складу са добрим пословним обичајима, то се не односи и на ДПН, тим пре што ЗПД не спречава оснивање друштава у којима није запослено ни једно лице. Етичност

3 Alex Fomcenco, „Special Purpose Vehicle: A Micro Merger or Merely a Way of Cooperation”, *European Company Law*, Vol. 10, Nr. 1/2013, 11.

4 Тумачење SIC–12 Консолидација – Ентитети за посебне намене, доступно на адреси: <http://mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/Tumacenje%20SIC-12%20-%20Konsolidacija%20-%20Entiteti%20za%20posebne%20namene.pdf> 8. 4. 2019.

оснивања оваквих друштава огледа се у заштити самог посла, посебно у случају када над оснивачем буде отворен стечај јер се на овај начин постиже да капитал ДПН остане имун на захтеве повериоца оснивача.

II Друштво за посебне намене у међународном праву

У међународној научној литератури не постоји широко прихваћена дефиниција ДПН-а, нити јединствено и прецизно поимање тога шта су основне функције оваквог субјекта права. С обзиром на то да ДПН није одређено на универзалан начин, основне карактеристике овог појма могу варирати од државе до државе у зависности од референтног позитивноправног оквира, али и искуства појединих јурисдикција у погледу остваривања пројеката у којима учествују ови субјекти. Сходно томе, наглашава се и да је једна од последица неуједначеног и непрецизног поимања ДПН (што је посебно уочљиво у државама с мање развијеним финансијским и правним институцијама) изостанак прилике да се обезбеде ефикаснији услови за прикупљање финансијских средстава.⁵ У том контексту су одреднице дате од стране релевантних теоретичара и међународних организација од велике употребне вредности за стварање кохерентнијег погледа на појам ДПН-а.

Наиме, ДПН се дефинише као организација која има правни субјективитет (остварив у различитим формама привредних друштава) и ограничене, претходно утврђене циљеве (чијим остваривањем ДПН најчешће престаје да постоји или мења облик у други вид организације).⁶ Такође, ДПН се одређује и као правно лице створено од стране другог привредног друштва (спонзора) трансфером средстава у ДПН, ради постизања одређеног циља. У таквом условима се истиче да ДПН нема други разлог постојања сем извршења трансакција ради којег је основано, те не доноси одлуке од суштинског значаја; штавише, правила по којима такав субјект функционише су унапред утврђена и пажљиво усмерена на ограничавање активности ДПН-а.⁷ Слично се наводи да је ДПН термин који се користи у намери да се дефинише

5 Abu Naser Chowdhury, Po-Han Chen, „Special Purpose Vehicle (SPV) of Public Private Partnership Projects in Asia and Mediterranean Middle East: Trends and Techniques”, *International Journal of Institutions and Economies*, Vol. 2, Nr. 1/2010, 64.

6 Tristano Sainati, Naomi Brookes, Giorgio Locatelli, „Special Purpose Entities in Mega-projects: empty boxes or real companies? Literature Review”, *Project Management Journal*, Vol. 48, Nr. 2/2016, доступно на адреси: http://www.pmjournal-digital.com/pmjournal/april_may_2017?folio=55&pg=58#pg58 5. 4. 2019, 57.

7 Nicholas Gorton, Gary Souleles, „Special Purpose Vehicles and Securitization”, Working Paper No. 11190, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2005, доступно на адреси: <https://www.nber.org/papers/w11190> 5. 4. 2019, 3.

правни субјект који оснивачи користе ради стварања правног оквира за њихову сарадњу у сврху остваривања додатне вредности, што уједно представља један од главних разлога оснивања ДПН.⁸

Поред представника теоријске мисли, међународне организације имају значајну улогу у промовисању и појашњавању правне категорије друштва посебне намене. На пример, према Економско социјалној комисији за Азију и Пацифик ДПН се одређује као правно лице, односно привредно друштво које има улогу носиоца пројекта, а које се оснива према релевантним законима државе у којима друштво има седиште, док се на основу акта о оснивању истом одређује пословно име, власничка структура, управљање, одговорност чланова итд.⁹ Светска царинска организација акцентује двоструку улогу ДПН-а, односно даје функционалну дефиницију: ДПН је субјект који обезбеђује правни оквир за стварање сигурне структуре за пружање услуга, али и за прикупљање средстава – те последично затварање финансијске конструкције.¹⁰ Ипак, најдетаљнији преглед особености ДПН-а дају Организација за економску сарадњу и развој и Европска комисија према којима се референтним основним карактеристикама овог субјекта сматрају следеће одреднице:

- ДПН је правно лице (најчешће друштво с ограниченом одговорношћу, понекад ортаклук или *joint venture*, итд.) формално регистровано код надлежног националног тела и подложно фискалним и другим обавезама према оној држави у којој има седиште и по чијим законима је основано;
- ДПН је друштво основано да изврши специфичну функцију ограничену у обиму или временски, с једним или више приватних кредитора;
- ДПН у највећем броју случајева нема или има мало запослених, не спроводи велики број активности и некада нема већу физичку присутност од једноставне табле са пословним именом (енгл. *brass plate*), којом потврђује своју регистрованост;
- ДПН је често зависно друштво, друштво супсидијерно повезано са другом корпорацијом (може постојати и у облику холдинга,

8 A. Fomcenco, 14.

9 United Nations, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), A Primer to Public-Private Partnerships in Infrastructure Development, доступно на адреси: https://www.unescap.org/ttdw/ppp/ppp_primer/211_special_purpose_vehicle_spv.html 5. 4. 2019.

10 World Customs Organization, Introducing Public Private Partnership, Part II, Vol. 2, доступно на адреси: <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/instruments-and-tools/tools/single-window/compendium/swcompendiumvol2partii.pdf> 8. 4. 2019, 12.

али и већ поменуте празне компаније) чије је пословно седиште на другој територији у односу на седиште ДПН-а (с обзиром на то ДПН у пракси може постојати и без физичке димензије, седиште и припадност држави се одређује према економској територији по чијим је законима дато ДПН регистровано);

- суштина пословне функције ДПН-а састоји се у пласирању средстава и финансирању пословања, уз најчешће минималну улогу која се тиче управљачких и руководећих активности;
- разлози за успостављање ДПН-а су разноврсни: заштита компаније од финансијског ризика, обично у контексту великих улагања и комплексних финансијских операција, лакше добијање дозвола и остваривања права у току спровођења јавно – приватног партнерства;
- свакако, како не постоји универзално прихваћена дефиниција ДПН-а, истиче се да претходно наведене карактеристике не морају све кумулативно бити присутне код једног привредног друштва да би се оно сматрало овом категоријом.¹¹

На нивоу Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), ДПН или пројектна компанија се у великој мери изучава као субјект јавно-приватног партнерства (у даљем тексту: ЈПП), а у оквиру *soft law* (формално правно необавезујућих) извора најчешће се помиње као субјект код институционалног ЈПП,¹² које подразумева обавезно оснивање заједничког привредног друштва мешовитог капитала. Остаје нејасно због чега се

11 The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th edition, Paris, OECD Publishing, 2008, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/eurostat/ramon/statmanuals/files/Foreign_direct_invest_EN.pdf 5.04.2019; European Commission, Eurostat, Statistics Explained, Glossary: Special-purpose entity (SPE), 2019, доступно на адреси: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Special-purpose_entity_\(SPE\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Special-purpose_entity_(SPE)), 5. 4.2019.

12 Зелена књига о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама из 2004. године, ово привредно друштво одређује као *ad hoc* субјекта основаног од стране јавног и приватног партнера ради спровођења институционалног облика ЈПП. Вид. *Green paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions; Commission of the European communities, Brussels, 30.4.2004; COM(2004) 327 final*, доступно на адреси: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_en.htm, 3. 4. 2019.

Слично се наводи и у Интерпретативном саопштењу Комисије о примени права Заједнице о јавним набавкама и концесијама на институционални облик јавно-приватног партнерства из 2008. године – у циљу спровођења институционалног јавно-приватног партнерства, јавни и приватни партнер оснивају привредно друштво мешовитог капитала (енгл. *mixed entity* или *mixed-capital entity*). Вид. *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP)*, Brussels, 2008, доступно

домаћи законодавац определио да и у случају уговорног облика ЈПП предвиди обавезно оснивање пројектне компаније, с обзиром на то да уговорно ЈПП по дефиницији подразумева постојање партнерског односа између јавног и приватног партнера заснованог на уговору, а без оснивања новог привредног субјекта (пословне институције).

III Друштво за посебне намене као субјект јавно-приватног партнерства

Јавно-приватно партнерство, посматрано под лупом научне и стручне јавности, данас се описује као пожељан концепт у домену развоја инфраструктуре и пружања јавних услуга. Ради се о партнерству, које у бити садржи пројекат, односно почива на уговору, којим се уређује финансирање, изградња, реконструкција, управљање или одржавање инфраструктурних и других објеката од јавног значаја или пружање услуга од јавног значаја. Због тога што једну уговорну страну увек чини јавноправни субјект, али и ради тога што за свој предмет увек има постизање неке јавне сврхе, поменути уговор назива се јавни уговор. Доношење одлуке о реализацији пројекта кроз ЈПП, упућује на избор између уговорног и институционалног ЈПП-а, који представљају општеприхваћене облике овог концепта, мада је у теорији заступљен став да облика ЈПП-а може бити много више.¹³

Пројектна компанија код ЈПП-а, која може бити у облику ДПН, концесионог предузећа или заједничког привредног друштва мешовитог капитала, оснива се у случају када се користи пројектно финансирање и не може да обавља било који други посао који није део пројекта. У теорији се истиче да се ДПН користи код пројекта ЈПП-а да би се омогућило кредитирање пројекта независно од спонзора, да би се задржала средстава и обавезе по основу пројекта ван оквира биланса спонзора и да би се изоловао пројекат и зараде од пројекта од стечаја било ког од спонзора.¹⁴ Пројектна компанија закључује подуговоре са бројним организацијама, на које преноси извршење многих активности. Она у суштини представља конзорцијум, који додељује подуговоре који

на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:EN:PDF>, 5. 4. 2019.

13 Нпр. дански научници разликују уговорни, организациони и мрежни прототип ЈПП. Вид. Gudrid Weihe *Public-Private Partnerships: Meaning and Practice*, PhD Thesis, Copenhagen Business School, 2009, 34.

14 D. Grimsey, M. K. Lewis *Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2004, 196.

се односе на различите елементе пројекта другим компанијама, односно подуговарачима.

Осим са подуговарачима, пројектна компанија може непосредно да закључи јавни уговор са јавним субјектом, иако је чешћа ситуација у пракси да се ДПН оснива тек након закључења јавног уговора између јавног и приватног субјекта.¹⁵ Осим поменутих уговора, пројектна компанија закључује и уговоре са саветницима, зајмодавцима и спонзорима или инвеститорима, односно лицима која оснивају пројектну компанију.

Надаље, ДПН је субјект ЈПП-а који омогућава појачану контролу и апсорбовање, односно ограничавање пословног ризика, пре свега из угла приватног партнера који најчешће и инсистира на оснивању посебног привредног друштва (пре свега код „капитално интензивних” инфраструктурних пројеката). Ипак, с обзиром на то да се свако ДПН може разликовати у односу на друго на основу оснивачких аката, његова улога је неретко својствена само специфичном подухвату ЈПП-а. Стога, карактеристике ДПН значајно варирају у зависности од појединачних споразума укључених страна, па се у циљу практичности и постизања компромиса, како у теорији, тако и на нормативном плану, на веома уопштавајући, поједностављен начин најчешће говори о ДПН као о фактору у инструментализацији институционалног облика ЈПП-а.

Институционално јавно-приватно партнерство може настати докапитализацијом јавног предузећа или привредног друштва чији је оснивач држава од стране приватног субјекта или оснивањем новог друштва (*ad hoc* тела). У словеначком праву се назива партнерство у форми односа капитала,¹⁶ а у хрватском праву се назива статусно ЈПП.¹⁷ На настанак институционалног ЈПП-а примењују се прописи који уређују привредна друштва јер је по среди оснивање класичног привредног друштва, односно друштва капитала. Правила из области права привредних друштава примењују се како на пословање, тако и на управљање институционалним ЈПП-ом. Питање контролисања заједничког привредног друштва од стране оснивача није регулисано, а уважавамо његов значај јер представници оснивача заједничког привредног друштва чине одбор директора тог друштва.

15 У овој ситуацији јавни уговор који закључују јавни и приватни партнер би био главни уговор, а уговори приватног партнера и подуговарача били би претходни уговори.

16 Закон о јавно-приватном партнерству Републике Словеније из 2006. године (*Zakon o javno-zasebnom partnerstvu*), чл. 2, доступно на адреси: http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=2006127&stevilka=5348_10. 4. 2019.

17 *Zakon o javno privatnom partnerstvu Republike Hrvatske*, чл. 2 ст. 5, доступно на адреси: <https://www.zakon.hr/z/198/Zakon-o-javno-privatnom-partnerstvu>, 10. 4. 2019.

Можемо рећи да контролисање пројектног друштва кроз утицање на одлуке руководства није увек у пуној мери оствариво, због чињенице да лица која су именована у органе пројектне компаније имају одређене дужности према новооснованом друштву. Поставља се питање да ли директор ДПН, који је најчешће и директор матичне компаније (тзв. „пребацивање” запослених од спонзора ка ДПН), штити интересе само ДПН или и друштва оснивача ДПН, имајући у виду правило да „ако једно друштво доминира над другим постоји ризик да ће матично друштво користити зависно друштво за сопствене пословне циљеве, не водећи рачуна о дугорочној финансијској одрживости зависног друштва”.¹⁸ Међутим, можемо закључити да су ова лица дужна да поступају у складу са најбољим интересом ДПН, а не по налогу оснивача, што је према домаћем праву у складу са чл. 61–80 ЗПД.

Када пројектну компанију оснива два или више спонзора, препорука је да они поседују једнаке уделе у тој компанији. На тај начин ни један од поменутих субјеката нема одлучујући утицај на компанију и обавезни су да кључне одлуке доносе једногласно,¹⁹ што представља изузетак у компанијском праву, с обзиром на то да се ово правило односи на друштво капитала. Према овом мишљењу, неважно је ко је именован за директора тог друштва, односно ко је од представника спонзора укључен у извршни орган пројектне компаније. С друге стране, јавни и приватни партнер заједнички управљају новооснованим привредним друштвом, у зависности од процента учешћа у капиталу друштва. Уколико јавни партнер има мањинско учешће у капиталу ДПН, он може да задржи контролу над управљањем пословања овог друштва путем различитих механизма.²⁰

Припадници теоријске мисли наглашавају да је ДПН главни разлог за успешност концепта јавно-приватног партнерства јер представља добар оквир за прикупљање капитала, легално повезивање учесника (попут зајмодаваца, финансијских институција, јавног сектора, кредитних агенција и сл.) и снабдевање, производњу, маркетинг, те пласман производа или услуге који је у основи пројекта.²¹

Према домаћем праву, односно Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама (у даљем тексту: ЗЈППК),²² ДПН као субјекта

18 Међународна финансијска корпорација, *Корпоративно управљање – њиручник*, Београд, 2011, 339.

19 A. Fomcenco, 11.

20 Помињу се следећи механизми задржавања контроле над ДПН: право вета, златни глас, рестриктивне пословне уговорне клаузуле.

21 A. N. Chowdhury, P. Chen, 64.

22 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама – ЗЈППК, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016.

ЈПП-а оснивају приватни или јавни партнер за потребе закључења јавног уговора, односно за потребе реализације пројекта ЈПП.²³ Иако законски постоји могућност оснивања ДПН за потребе закључења јавног уговора, чешћа је ситуација у пракси да приватни субјект (инвеститор или спонзор) учествује на тендеру, а ДПН оснива након закључења јавног уговора. Према ЗЈППК, ДПН се обавезно оснива ради реализације јавног уговора и може учествовати искључиво у спровођењу пројекта ЈПП, односно концесије у чију сврху је основано.²⁴ Након доношења оснивачког акта, приватни партнер се обавезује да унесе, односно уплати уговорену вредност улога и изврши регистрацију ДПН-а у Агенцији за привредне регистре. Након регистрације ДПН-а, сва права и обавезе приватног партнера, које има по основу јавног уговора, преносе се на ДПН, а приватни партнер остаје неограничено солидарно одговоран за обавезе из јавног уговора.

IV Друштво за посебне намене у српском позитивном праву

Иако постоји могућност да се оснује и у другим областима, пре свега у области трговине, прерађивачке индустрије, ИТ индустрије и сл., у праву Србије правни положај ДПН уређен је само ЗЈППК и то једном законском одредбом. Према члану 12 става 1 ЗЈППК, ДПН се обавезно оснива ради реализације јавног уговора, осим ако предлогом пројекта ЈПП, односно концесионим актом није другачије одређено и може учествовати искључиво у спровођењу пројекта ЈПП/концесије у чију сврху је основано. На сва остала питања у вези са овим друштвом, примењује се ЗПД као *lex generalis*. Ово друштво према домаћем праву може бити основано и за потребе закључења јавног уговора, када се ДПН појављује као учесник на тендеру, али јавна тела у Републици Србији немају право да захтевају оснивање друштва за посебне намене ради учествовања у поменутом поступку.

Надаље, у Србији се ДПН може оснивати у свим правним формама које предвиђа ЗПД (ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво),²⁵ али се у пракси ДПН најчешће појављује у форми друштва с ограниченом одговорношћу. Ипак, на основу последњих законодавних напора да се изврши хармонизација националног компанијског права са правом Европске уније, ЗПД је међан два пута у току 2018. године, а усвојеним

23 ЗЈППК, чл. 4 ст. 1 тач. 6.

24 ЗЈППК, чл. 15 ст. 1.

25 ЗПД, чл. 8.

Законом о изменама и допунама Закона о привредним друштвима²⁶ су уведене капиталне промене по статусно привредно право у Србији. Наиме, од 1. јануара 2022. године биће могуће оснивати привредна друштва (па тако и ДПН) у две нове, по пореклу комунитарне правне форме: Европском акционарском друштву (*Societas Europea – SE*, у даљем тексту: европско друштво) и Европској економској интересној групацији (у даљем тексту: групација).²⁷ Према одредбама ЗПД-а, европско друштво оснива се у правној форми акционарског друштва, чији је основни капитал подељен на акције које има један или више акционара, који не одговарају за обавезе друштва. Ипак, за разлику од акционарског друштва, код европског друштва постоји неколико сложених поступака оснивања с елементом иностраности који дато друштво повезује са територијом држава чланица.²⁸ С друге стране, Европска економска интересна групација према ЗПД-у представља правно лице које оснивају најмање два привредна друштва, предузетника, односно друга правна или физичка лица која обављају пољопривредну или другу делатност у складу са законом, од којих је најмање једно регистровано на територији Републике Србије, а друго на територији друге државе чланице.²⁹ Групација се оснива ради лакшег остваривања, развоја, усклађивања и заступања привредних и других економских интереса и активности њених чланова. ЗПД-ом се прецизира и да циљ групације није стицање сопствене добити, те да групација нема сопствену делатност, а послове и активности које предузима ради остваривања циља због којег је основана представља допунску, односно помоћну активност у обављању делатности њених чланова.³⁰ С обзиром на то да се на нивоу ЕУ ДПН најчешће оснива као друштво с ограниченом одговорношћу, европско друштво или групација, биће занимљиво испратити како ће се у домаћим условима искористити прилика коју ће створити нови законски услови. Наиме, питање сложености рецепције ЕУ института у српско позитивно право увек је актуелно, поготово имајући у виду да у Србији чак ни култура акционарства још увек није на завидном нивоу, односно да се у домаћој привреди тешко спроводе и постојећи закони, те је уочљива неравнотежа у релацији између позитивноправне климе

26 Закон о изменама и допунама Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 95/2018.

27 Прописан рок је у складу са трећом ревизијом Националног програма за усвајање правних тековина Европске уније који је усвојен 1. марта 2018. године, доступно на адреси: http://www.mei.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/nraa/nraa_2018_2021.pdf, 10. 4. 2019.

28 ЗПД, део XIа.

29 ЗПД, чл. 580 б.

30 ЗПД, чл. 580 в.

и услова с једне стране, и реалности практичног (не)спровођења презетих, односно реципираних комунитарних норми и института с друге стране.

Такође у контексту правног уређења ДПН-а у домаћем праву, важно је указати на чињеницу да оно не представља орган власти у смислу Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја (у даљем тексту: ЗСПИЈЗ),³¹ што онемогућава примену механизма који нуди овај пропис за добијање података о њиховом раду, те последично није обезбеђен довољан степен транспарентности рада органа власти у овој области. Досадашња пракса је показала да постоји потреба да се омогући увид у део података о раду оваквих привредних субјеката, како би јавност имала могућност да процени рационалност коришћења јавних средстава и рада представника органа јавне власти.³² Евентуално, од стране аутора препоручено, нормирање ДПН-а као органа власти у смислу ЗСПИЈЗ-а, омогућило би примену инструментаријума овог прописа за добијање података о њиховом раду, а чиме би се последично смањиле могућности за злоупотребе у функционисању оваквих субјеката.

V Нека питања о хармонизација српског позитивног права са правом ЕУ у области ДПН

Према изменама ЗЈППК из фебруара 2016. године јавна тела више немају право да траже од група лица наведених у чл. 14 ст. 1 да имају одређену правну форму како би учествовала у поступку доделе јавног уговора. Ово законско решење последица је усклађивања правила са оним које важе у ЕУ, односно са правилом да „групе привредних субјеката могу учествовати у поступцима доделе јавних уговора без обзира на њихову правну форму, осим када је то нужно”.³³ Међутим, пре-

31 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја – ЗСПИЈЗ, *Службени гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009 и 36/2010.

32 Јован Ницић, Ана Арсенијевић Момчиловић, *Јавно – приватна партнерства и приступ информацијама од јавног значаја: правни оквир и пракса*, Партнери за демократске промене Србија и Правни скенер, 2019. Доступно на адреси: <http://www.partners-serbia.org/wp-content/uploads/2019/02/Analiza-Javno-privatna-partnerstva-i-pristup-informacijama-od-javnog-zna%C4%8Daja.pdf>, 12. 4. 2019, 22; ПрЕУговор, *Предлози и коментари за јавну расправу о нацрту Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Београд 2018. Доступно на адреси: <http://www.preugovor.org/Amandmani/1447/Predlozi-i-komentari-za-javnu-raspravu-o-nacrtu.shtml>, 12. 4. 2019, 4.

33 В. предговор, ст. 15, као и чл. 19 тач. 2 Директиве 2014/24/ЕУ (енгл. *Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement and*

ма домаћем праву, од свих учесника у поступку чија је понуда оцењена као најповољнија мора се захтевати одређена правна форма по додели јавног уговора,³⁴ што није у духу комунитарног права, где се ово правило види као могућност, а не као обавеза. Према чл. 19 тач. 3 Директиве 2014/24/ЕУ, правна форма групе привредних субјеката може се захтевати након доделе уговора само „ако је таква промена неопходна за успешно извршење уговора”, односно према чл. 26 ст. 3 Директиве 2014/23/ЕУ то се може захтевати „у мери у којој је то нужно за одговарајуће извршење уговора”. У домаћем праву, сви учесници у поступку чија је понуда оцењена као најповољнија морају да оснују пројектну компанију, што је према мишљењу аутора непотребно у свакој поменутој ситуацији.

Само оснивање ДПН ради учешћа на тендеру намеће питање одговорности оснивача за обавезе друштва. У овом случају, ДПН одговара за своје обавезе целокупном својом имовином, коју нема или је врло мала, а оснивачи ДПН не одговарају за његове обавезе, што се у правној науци описује као „део намерне стратегије издвајања одређеног пројекта у одређено друштво, односно настојање да се ограничи одговорност оснивача друштва за посебне намене (енгл. *ring-fencing*)”.³⁵

Надаље, у циљу повећања транспарентности пословања и обезбеђивања солвентности ДПН-а, домаћи законодавац би требало да, према мишљењу аутора, узме у обзир специфичности овог привредног субјекта и пропише строжије услове за његово оснивање од оних који су прописани ЗПД-ом. У том контексту се референтном може показати Уредба Комисије ЕУ 2015/462 (у даљем тексту: Уредба)³⁶ која се бави условима за оснивање оваквих субјеката у области осигурања и

repealing Directive 2004/18/EC) и предговор, ст. 18 и чл. 37 тач. 2 Директиве 2014/25/ЕУ (енгл. *Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC*); Директивом 2014/23/ЕУ (енгл. *Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*) предвиђено је да групе привредних субјеката, чак и ако су се груписале у виду привременог удружења, могу учествовати у поступку доделе без обавезе да имају посебну правну форму – в. предговор, ст. 9 и чл. 26 ст. 2.

34 ЗППК, чл. 14 ст. 3.

35 Ј. Газивода, 112.

36 Уредба Комисије (ЕУ) о спровођењу бр. 2015/462 од 19. марта 2015. године о утврђивању техничких стандарда о поступцима за одобрење надзорних тела за оснивање субјеката посебне намене, за сарадњу и размену информација међу надзорним телима у погледу субјеката посебне намене, (енг. *Commission Implementing Regulation (EU) 2015/462 of 19 March 2015 laying down implementing technical standards with regard to the procedures for supervisory approval to establish special purpose vehicles, for the cooperation and exchange of information between supervisory authorities regarding special purpose vehicles* – даље у тексту: Уредба) доступно на адреси: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2015/462/oj 8. 4. 2019.

реосигурања. Наиме, према овој Уредби за оснивање субјеката посебне намене, пре преузимања ризика друштва за осигурање односно друштва за реосигурање, захтева се одобрење надзорних тела.³⁷ Такође, Уредбом се утврђују поступци које треба следити за издавање или повлачење одобрења надзорних тела за оснивање субјеката посебне намене, а који подразумевају да подносилац захтева приликом подношења захтева за одобрење надзорних тела за оснивање вишеаранжманског субјекта посебне намене додатно доказује³⁸ надзорном телу да на његову солвентност не могу негативно утицати поступци ликвидације било којег од друштва за осигурање, односно друштва за реосигурање које преноси ризике и да вишеаранжмански субјект посебне намене увек може удовољити захтевима солвентности.³⁹ Овакав нормативни приступ, којим се постављају стриктнији услови за оснивање ДПН (и у смислу постојања посебног, претходно надлежног органа за давање дозвола, и у смислу захтева за исцрпнијом документацијом којом се указује на солвентност друштва) може се, према мишљењу аутора, показати сврсисходнијим домаћим привредним условима од поједностављујућег поистовећивања положаја ДПН-а са осталим правним формама привредних друштва у Србији.

VI Закључак

На основу анализе референтне литературе и релевантних извора права можемо закључити да не постоји универзална дефиниција, операциона улога или правни дизајн ДПН-а. На нека питања попут потребе за оснивањем ДПН-а ради учествовања овог субјекта на тендеру, форме у којој би требало основати ДПН, могућности контролисања његовог пословања од стране оснивача (спонзора), као и транспарентности пословања овог друштва, још увек не постоје јединствени одговори. Аутори указују на потребу бављења овим питањима и проналажења адекватног места друштвима за посебне намене у праву Републике Србије, посебно имајући у виду тренд повећања броја пројеката јавно-приватног партнерства, где ова друштва имају значајну улогу.

37 Уредба, чл. 5.

38 На основу додатних доказа презентованих надзорном телу врши се процена укупне максималне изложености ризику и максималне изложености ризику сваког појединачног уговорног аранжмана повезаног са преносом ризика друштва за осигурање односно друштва за реосигурање. Уредба, чл. 7 ст. 2.

39 Уредба, чл. 7 ст. 1.

Jovana TOMIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
Novi Sad

Marija MIJATOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law and Business Studies dr Lazar
Vrkatić, Novi Sad

SPECIAL PURPOSE VEHICLE'S LEGAL STATUS AND ITS ROLE IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP PROJECTS

Summary

Special Purpose Vehicle represents specific business entity established in order to conduct certain project, and to protect the business itself. Subsequently, business and financial risks regarding given project (above all the risk of bankruptcy) are transferred from the parent company (founder or sponsor) onto this entity. In legal science there is no universal stance when it comes to legal status of the Special Purpose Vehicle, situations that make the foundation of this kind of entity a necessity, and especially regarding the question of relations between this entity and its founders. The greatest implementation of Special Purpose Vehicle comes in cases when project financing is being used in public-private partnership, and when Special Purpose Vehicle carries the project. However, at national level every question regarding foundation or management of this entities is regulated by lex generalis – Law on Business Organizations, which offers no chance for acknowledgement of this business form's peculiarities. It is this paper's authors intent to create a conceptual framework for understanding this law category, but also to point out to the need for adopting specific rules when it comes to certain aspects of Special Purpose Vehicle's foundation or management. This would create a more favourable conditions for increased control, transparency and efficiency of this business entities.

Key words: *Special Purpose Vehicle, project company, business entities, public-private partnership*

др Младен ЈЕЛИЧИЋ
судија Прекршајног суда у Шапцу

ПРОЦЕСНИ ПОЛОЖАЈ ПРАВНОГ СЛЕДБЕНИКА У ПРЕКРШАЈНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

У раду се разматра процесни положај правног следбеника у редовном и извршном прекршајном поступку. Након теоријског објашњења овог појма, аутор указује на пројектне законодавца да у редовном прекршајном поступку пројектни начин и временски рок активације правног следбеника. Одређивање представника је услов који детерминиса процесну способност правног следбеника и могућност учествовања у поступку. Аутор је указао на право на одбрану правног следбеника а анализиран је однос правног следбеника и окривљеног одговорног лица правног прешходника. При томе је изнео зајажане о специфичностима положаја правног следбеника у поступку покренутом по захтеву за покретање прекршајног поступка и захтеву за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу. Посебан део рада се односи на положај правног следбеника у извршном прекршајном поступку, где је аутор наласио да законодавац није предвидео правни основ објажане својства правног следбеника приликом изјављивања приговора пројектив решења о извршењу. Закључак аутора је да положај правног следбеника у прекршајном поступку није регулисан на задовољавајући начин што може довести до бројних проблема у пракси.

Кључне речи: прешанак правног лица, правни следбеник, представник правног следбеника, редован прекршајни поступак, извршни прекршајни поступак.

I Уводна разматрања

Три врсте казnenих деликата чине српско казнено право. То су кривична дела, прекршаји и привредни преступи. Материја сваке од ове три врсте деликата регулисана је прописима посебне области права, при чему поред низа сличности или идентичних решења, ове гране права морају да изграђују и примењују специфичне начине, методе и средства борбе против кажњивих понашања примењујући при томе посебна правила поступања.¹ Прекршаји су најзаступљенији казnenи деликти. Карактеристика прекршаја као противправних дела огледа се у универзализацији прекршајне одговорности јер сви правни субјекти у друштву могу прекршајно одговарати, под законом предвиђеним условима и дуализму субјективне и објективне одговорности.²

Посебна категорија учинилаца казnenих дела јесу правна лица. Правно лице је организовани скуп физичких лица који има одређену имовину ради остваривања одређених циљева и коме правни поредак признаје као посебној целини својство субјекта у праву односно способност да буде носилац права и обавеза.³ Претпоставка казнене одговорности правног лица јесте правна и пословна способност правног лица. Правна способност правних лица је ужа од правне способности физичких лица, у непосредној је вези са делатношћу којом се правно лице бави и циљем због којег се образује, а стиче се моментом оснивања, тј. регистрације.⁴ Пословну способност правна лица стичу истовремено када и правну способност (уписом у регистар правних лица). Правна лица се најчешће уписују у регистре које води Агенција за привредне регистре, али може се радити и о другим регистрима.⁵ Вољу правних лица која се испољава у давању изјаве за успостављање одређених правних односа формирају његови органи управљања, извршавају је извршни органи из чега произилази да се органи управљања и руковођења (извршни органи) јављају као представници правног лица. Њихове правне радње, уколико су деловали у границама својих овлашћења,

1 Драган Јовашевић, *Прекршајно право*, Ниш, 2012, 10.

2 Младен Јеличић, „Процесни аспекти прекршајне кривнице”, *Годишњак Факултета безбедности*, Београд, 2017, 349.

3 Младен Драшкић, *Основи привредног права*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 1982, 22.

4 Луција Спировић Јовановић, *Привредно право први део*, Београд, 1990, 144.

5 Примера ради, одредбе чл. 16 ст. 2 и ст. 7 Закона о становању и одржавању стамбених зграда, *Службени гласник РС*, бр. 104/2016, прописују да стамбена заједница има статус правног лица, који стиче тренутком када најмање два лица постану власници два посебна дела. Стамбена заједница се уписује у регистар стамбених заједница. Регистар стамбених заједница води Републички геодетски завод.

сматрају се као правне радње самог правног лица.⁶ Међутим, сам факт да је правним лицима призната пословна способност говори у прилог чињеници да ова лица морају имати и деликтну способност, а то значи да одговарају за штетне радње које проузрокују вршењем своје делатности или остваривањем циља због кога се образују.⁷

У нашем праву, правна лица могу да одговарају за кривична дела,⁸ привредне преступе⁹ и прекршаје.¹⁰ У законима који уређују одговорност правних лица за казнене деликте, предвиђени су специфични основи због којих правно лице може одговорати. У ситуацији када постоје деликти правних лица различитих степена и квалитета, са различитим санкцијама и последицама, а део су истог правног система, какав је случај са нашим правом, поставља се питање односа и разграничења ових деликата.¹¹ Зато се у доктрини оправдано указује да би требало спречити непотребно гомилање различитих нивоа казнене одговорности правних лица и да би законодавац требало да преиспита оправданост постојања садашњег троедног система казnenих деликата за које могу да одговарају правна лица.¹²

Постојање правног лица је претпоставка његовог правног субјективитета а самим тим и прекршајне одговорности. Законодавац је прописао да ако правно лице пре окончања прекршајног поступка престане да постоји, поступак ће се обуставити, осим у случају да правно лице има правног следбеника.¹³ Једна од битних новина ЗОП из 2013. године је да правни следбеник преузима прекршајну одговорност правног претходника. Одредба чл. 247 ст. 4 ЗОП прописује да ако након

6 Љубинка Жарковић, Карло Ковач, Љубица Јеремић, *Привредно право*, пето издање, Београд, 1988, 36.

7 Л. Спиновић Јовановић, 145.

8 Одговорност правних лица за кривична дела предвиђена је Законом о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.

9 Одговорност правних лица за привредне преступе предвиђена је Законом о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/1977, 36/1977, 14/1985, 10/74/1987, 57/1989, 3/1990, *Службени лист СРЈ*, бр. 27/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996, 64/2001, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005.

10 Одговорност правних лица за прекршаје предвиђа Закон о прекршајима – ЗОП, *Службени гласник РС* бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016.

11 Томица Делибашић, „Даљи развој нашег концепта одговорности правних лица за кривично дело, привредни преступ и прекршај – аспект спровођења пословних и финансијских прописа”, *Право и привреда*, бр. 1–3/2014, 182.

12 Наташа Мрвић Петровић, „Одговорност правних лица и предузетника по новом Закону о прекршајима”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014а, 271.

13 ЗОП, чл. 248 ст. 1 тач. 7. Појам правног следбеника је у Закону о одговорности правних лица за кривична дела одређен у чл. 8, а у Закону о привредним преступима се не спомиње.

покретања прекршајног поступка правно лице против кога се води поступак престане да постоји, подносилац захтева за покретање поступка може усмерити захтев против његовог правног следбеника. У случају да је прекршајни поступак правноснажно окончан, изречена санкција ће се извршити према правном следбенику.¹⁴ У доктрини се указује да дато решење представља, условно речено, „двоструко изведену” прекршајну одговорност. Наиме, одговорност правног лица је примарно изведена из прекршаја одговорног лица да би потом из овако „изведене” одговорности правног лица била „изведена” и одговорност његовог правног следбеника.¹⁵

II Појам правног следбеника у прекршајном поступку – сумарни теоријски осврт

Пре свега, треба истаћи да је појам правног лица шири од појма привредног друштва, тако да осим ортачког друштва, командитног друштва, друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва, субјекти прекршајне одговорности могу бити и други субјекти са својством правног лица – удружења, задруге, задужбине и фондације, политичке странке, верске организације, спортске организације итд. који не представљају привредна друштва.¹⁶

Правни следбеник је универзални сукцесор¹⁷ окривљеног правног лица које је престало да постоји у току или након правноснажно окончаног прекршајног поступка. Појам правног следбеника је одређен постојањем два фактора: губитак правног субјективитета окривљеног правног лица престанком постојања¹⁸ и постојањем правног лица које наставља правни континуитет окривљеног правног лица (универзалног сукцесора). Правни следбеник своју функцију у прекршајном по-

14 ЗОП, чл. 28 ст. 1 и ст. 2.

15 Наташа Делић, Вања Бајовић, *Приручник за прекршајно право*, Београд, 2018, 64.

16 Игор Вуковић, *Прекршајно право*, Београд, 2015, 61.

17 У доктрини се указује у случајевима статусних промена привредних друштава (спајања, припајања, поделе и издвајања) универзална сукцесија представља посебан начин стицања права и обавеза као целине до кога долази у тренутку наступања правних дејстава статусне промене по сили закона. Мирјана Радовић, „Универзална сукцесија код статусних промена привредних друштава”, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2018, 141.

18 Треба указати да осим уобичајених начина престанка постојања правног лица, до њега може доћи и услед изречене казне у кривичном поступку – престанак правног лица. Ова казна се извршава брисањем осуђеног правног лица из регистра правних лица у који је уписано. Видети одредбе чл. 63 – 67 Закона о одговорности правних лица за кривична дела.

ступку остварује под следећим условима: усмеравањем оптужног акта (захтева за покретање прекршајног поступка или издатог прекршајног налога против којег је поднет захтев за судско одлучивање) од стране овлашћеног тужиоца¹⁹ против правног следбеника, односно, утврђивањем идентитета правног следбеника у извршном прекршајном поступку, затим, одсуством правних сметњи²⁰ за активацију правног следбеника и учешћем правног следбеника у редовном или извршном прекршајном поступку. Појам правног следбеника карактеришу следећи елементи: активација правног следбеника у редовном или извршном прекршајном поступку, одређеност правног представника, наслеђеност процесног положаја правног претходника и положај странке у редовном и извршном прекршајном поступку. Суштина постојања правног следбеника јесте универзална сукцесија у прекршајном поступку као врсти казненог поступка. Ову суштину одређује преузимање одговорности за прекршај као врсту противправног дела учињеног од правног претходника, од стране правног следбеника. Ради се о изведеном континуитету одговорности правног претходника кроз правног следбеника. Универзалну карактеристику анализираниог појма чини примат прекршајне одговорности над субјективитетом правног лица. То даље указује да се кроз одговорност правног следбеника објективизује заштитна функција прекршајног права у односу на прекршаје правних лица. Мотив законодавца да процесуира одговорност правног следбеника јесте предупређење избегавања прекршајне одговорности правног лица за учињене прекршаје престанком његовог постојања. Примарно усмерење анализираниог појма, његов циљ и сврха јесте универзализација прекршајне одговорности правних лица.

С обзиром на битне разлике у положају правног следбеника у редовном и извршном прекршајном поступку, о сваком од њих ће посебно бити речи у наставку.

19 Под термином „овлашћени тужилац” у прекршајном поступку подразумевају се сви правни субјекти који могу поднети захтев за покретање прекршајног поступка и издаваоци прекршајних налога који имају одређене ингеренције у случају подношења захтева за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу. Младен Јеличић, „Ињенична идентификација прекршаја”, *НБП Журнал за криминалистику и право*, бр. 2/2018, 150.

20 Правне сметње могу бити застарелост прекршајног гоњења или застарелост извршења казне.

III Положај правног следбеника у редовном прекршајном поступку

1. Активација правног следбеника у редовном прекршајном поступку

Правни следбеник ступа на место правног претходника у тренутку усмеравања захтева за покретање прекршајног поступка у односу на њега. До тог тренутка, он има својство латентног, потенцијалног окривљеног. Усмеравање захтева према правном следбенику јесте посебан начин модификације субјективног идентитета оптужног акта идентификацијом правног лица које је универзални сукцесор првобитно окривљеног правног лица које је престало да постоји у току прекршајног поступка. Правни следбеник преузима сва права и обавезе правног претходника. С обзиром да се промена у идентитету окривљеног правног лица дешава у току прекршајног поступка, у питању је вид процесне сукцесије. Суд не може по службеној дужности активирати правног следбеника у поступку; само овлашћени тужилац има то право које је у оквиру његовог располагања оптужним актом.

Међутим, законодавац није прописао начин на који овлашћени тужилац треба да изврши усмеравање захтева против правног следбеника, нити временски рок у којем то треба да буде учињено.

Треба подсетити да се одлука у прекршајном поступку односи само на лице које се захтевом за покретање прекршајног поступка терети и само на прекршај који је предмет поднетог захтева,²¹ те да суд покреће и води прекршајни поступак против тачно одређеног правног лица. Усмеравање захтева против правног следбеника представља промену субјективног идентитета оптужног акта. С друге стране, уколико се прекршајни поступак обустави у односу на правно лице које је престало да постоји јер захтев није усмерен против правног следбеника, а затим се поднесе нови захтев за покретање прекршајног поступка против правног следбеника у погледу истих чињеница, постојала би повреда начела *ne bis in idem*, које би деловало према правном следбенику као правном „наследнику” правног претходника. Дакле, радило би се о пресуђеној ствари. На претресу подносилац захтева може да измени захтев само у погледу чињеничног описа прекршаја, што предвиђа одредба чл. 243 ст. 2 ЗОП. Очигледно је да је у питању правна празнина која се у пракси превазилази тако што се овлашћеном тужиоцу допушта да писменим путем, посебним поднеском или усмено на суђењу усмери захтев за покретање прекршајног поступка против правног следбеника. На тај

21 ЗОП, чл. 247 ст. 1.

начин се правни следбеник „уводи” у прекршајни поступак.²² Писмена, односно усмена изјава овлашћеног тужиоца јесте неопходан услов за активацију правног следбеника. Уколико овај услов није испуњен, суд доноси решење о обустави прекршајног поступка.

Поред наведеног, законодавац није прописао ни временски рок у којем се врши усмеравање захтева против правног следбеника. Уколико овлашћени тужилац не реагује правовремено и не преусмери захтев против правног следбеника, ризикује да суд обустави прекршајни поступак због престанка постојања правног лица.²³ Иако суду може бити позната чињеница да правно лице има правног следбеника, за активацију правног следбеника у прекршајном поступку потребна је иницијатива овлашћеног тужиоца. Из наведеног се закључује да овлашћени тужилац мора брзо реаговати и усмерити захтев против правног следбеника, односно обавестити суд о постојању правног следбеника како би предупредио доношење решења о обустави прекршајног поступка.

Законодавац у законском тексту наводи да подносилац захтева за покретање поступка може усмерити захтев против правног следбеника, не помињући издаваоца прекршајног налога против којег је поднет захтев за судско одлучивање. Језичким тумачењем законске одредбе могло би се закључити да издавалац прекршајног налога нема ингеренција да усмери прекршајни налог против правног следбеника. Мишљења смо да би се у овом случају требало применити циљно тумачење института правног следбеника у прекршајном поступку и да би издавалац прекршајног налога, чији је положај у прекршајном поступку у највећем делу изједначен са положајем подносиоца захтева за покретање прекршајног поступка, могао да прекршајни налог преусмери против правног следбеника. У супротном, правни следбеници правних лица којима је издат прекршајни налог а престала су да постоје у току прекршајног поступка који је покренут по захтеву за судско одлучивање, би били стављени у повољнији положај у односу на правне следбенике правних лица против којих је поднет захтев за покретање прекршајног поступка. То свакако није била интенција законодавца јер је битно обележје института правног следбеника континуитет прекршајне одговорности. Свакако да и ова недореченост законодавца оставља простора за различита тумачења и поступања у судској пракси.

22 У тренутку када правни следбеник ступа у прекршајни поступак, он се формално води против правног лица које је престало да постоји и на које се односи решење о покретању поступка. Законодавац није предвидео доношење било каквог формалног акта којим би се констатовала чињеница да је против правног следбеника усмерен захтев и да је он ступио на место правног претходника.

23 У пракси, суд утврђује да ли је правно лице престало да постоји провером у Агенцији за привредне регистре или увидом у друге регистре.

2. Представник правног следбеника

Да би правни следбеник могао да учествује у прекршајном поступку мора имати свог представника. Од тренутка активације правног следбеника све предузете радње правног претходника имају дејство у односу на правног следбеника и сматра се као да их је он предузео.

Законске одредбе које се односе на представника правног лица примењују се и на правног следбеника. Правно лице представља правну фикцију и свој субјективитет у прекршајном поступку остварује путем изабраног представника. Он представља персонификацију правног лица и може да предузима све радње које иначе предузима окривљени као физичко лице. Његови поступци сматрају се радњама правног лица, односно радњама правног следбеника. Представник правног следбеника у прекршајном поступку може бити законски заступник или овлашћени заступник. За разлику од законског заступника, овлашћени представник мора имати писано овлашћење органа који га је одредио за представника. Само једно лице може заступати правног следбеника у прекршајном поступку. Правном следбенику се уз позив за заказано суђење доставља и обавештење о обавези да одреди свог представника.

Закон о прекршајима искључује могућност да одређена лица буду представници окривљеног правног лица, а самим тим и правног следбеника. Представник правног лица не може бити лице које је у истој ствари сведок ни одговорно лице против кога се води прекршајни поступак за исти прекршај осим ако је то лице једино овлашћено за заступање окривљеног правног лица.²⁴ Негативан начин одређивања круга лица која могу бити представник правног лица је редак у закону, али се у пракси показао веома добрим јер се на тај начин шири круг лица која могу бити представници правног лица.²⁵ Законско решење се темељи на забрани плурализма процесних функција у истом поступку. Законодавац је предвидео да је у овим ситуацијама суд дужан да позове правно лице да у року од осам дана одреди другог представника.²⁶

Спорно је да ли представник правног следбеника може бити лице које није запослено у правном лицу – следбенику. Ово питање законодавац није изричито регулисао. Могућа су два решења. По првом, представник правног следбеника може бити лице које има овлашћење правног следбеника за заступање. Запослени у правном следбенику нису

24 ЗОП, чл. 123 ст. 1 и ст. 2. Такође, треба имати у виду одредбу чл. 125 ст. 2 ЗОП по којој бранилац правног лица и одговорног лица у том правном лицу не може бити лице које је у истом прекршајном поступку имало својство представника правног лица.

25 Божо Вукчевић, *Коментар Закона о прекршајима*, друго допуњено издање, Београд, 2014, 101.

26 ЗОП, чл. 123 ст. 3.

искључиво легитимисани да буду представници правног следбеника, већ то могу бити и друга лица са овлашћењем, сем у законом одређеним случајевима (нпр. сведок у истом прекршајном поступку). Међутим, основ за супротан закључак произилази из одредбе чл. 201 ст. 1 ЗОП која прописује да када се представник окривљеног правног лица први пут саслушава, питаће се за лично име и функцију, односно послове које обавља у правном лицу. Сходно овој одредби, представник правног следбеника може бити само лице запослено у правном следбенику.²⁷

Уколико правни следбеник не одреди представника у одређеном року, законодавац је предвидео новчано кажњавање од 10.000 до 30.000 динара. Ако и после изрицања те казне правни следбеник не одреди свог представника, за свако даље неодривање позиву казниће се новчаном казном од 50.000 до 100.000 динара.²⁸

3. Право правног следбеника на одбрану у прекршајном поступку

Окривљено правно лице, а самим тим и правни следбеник, у току прекршајног поступка може да реализује сва права која му припадају и која су дефинисана Уставом и Законом о прекршајима: право на правично и јавно суђење у разумном року пред непристрасним и независним судом, претпоставку невиности, поштовање начела законитости и начела *ne bis in idem*, право на жалбу или друго правно средство, право на обавештеност о оптужби и доказима против њега, право на браниоца, право на суђење у присуству, право на доказну иницијативу итд.²⁹

Правни следбеник своју одбрану у прекршајном поступку може изнети самостално, путем представника или уз помоћ браниоца. Када своју одбрану даје самостално, правно лице има својство неуке странке, а једно од основних начела прекршајног поступка јесте начело помоћи неугој странци.³⁰ Примена начела помоћи неугој странци захтева од

27 Из законског текста произилази да у случају када је окривљено одговорно лице једино запослено лице у правном следбенику и једини законски заступник, правни следбеник не може имати представника у прекршајном поступку. Овакво решење је у супротности са правом на одбрану и нужно је ово питање законски уредити.

28 ЗОП, чл. 124 ст. 1. С друге стране, Закон о одговорности правних лица за кривична дела у одредби чл. 39 ст. 4 предвиђа да ако окривљено правно лице престане да постоји пре правноснажног окончања кривичног поступка, суд ће позвати правног следбеника да одреди представника. Ако правни следбеник не одреди представника у року од осам дана од пријема позива, суд пред којим се води поступак ће поставити представника.

29 За више види: Н. Делић, В. Бајовић, 275–278.

30 Прописано је одредбом чл. 90 ЗОП у којој је предвиђено да је суд дужан да се стара да незнање или неукост странака не буде на штету њихових права.

суда да у циљу реализације принципа равноправности странака своје активности предузима непристрасно, без било какве конкретизације и улажења у сам начин предузимања одређених радњи. Судија је дужан да поучи и објасни, дакле да предочи које су процесне могућности реализације одређеног права или обавезе, али не и да објашњава начин предузимања радње, нити да предузима одређену радњу уместо правно неуке странке, јер би тиме нарушио своју непристрасност.³¹ У позиву којим се представник правног следбеника позива на заказано рочиште назначиће се да ли мора лично присуствовати ради саслушања или своју одбрану може дати писаним путем. Само када суд поучи правног следбеника да одбрану може изнети писаним путем, дозвољено је доставити писану одбрану. Уз писану одбрану правни следбеник је дужан да достави овлашћење за изабраног представника (уколико се не ради о законском заступнику) који мора потписати писану одбрану и снабдети је печатом правног лица. Недостатак неког од ових елемената писану одбрану чини мањкавом. Уколико је интенција суда усмено саслушање представника правног следбеника, он је дужан да се позиву одазове или оправда изостанак. Уколико то не учини, суд ће наредити његово довођење, сходно одредби чл. 188 ст. 3 ЗОП.

Наведене ситуације су интересантне са процесног аспекта јер правни следбеник није изворни извршилац прекршаја и терети се за радње (чињење или нечињење) које није предузео и са којима у време извршења није имао никакве везе. Специфичност положаја правног следбеника се огледа у ретроактивном повезивању са прекршајем правног претходника. Могућности припремања одбране у овим ситуацијама прилично су лимитиране, па се може закључити да положај правног следбеника није задовољавајући с аспекта права на одбрану.³² Овде се заправо ради о одговорности за радње другог која постоји у прекршајном праву и са теоријског аспекта је проблематична, посебно у односу на физичка лица. Поред наведеног, ако се има у виду и да прекршајна одговорност правних лица није на најпрецизнији начин регулисана у нашем прекршајном праву, питање одговорности правног следбеника у наведеним ситуацијама још више добија на значају.

4. Однос правног следбеника и одговорног лица у правном претходнику

Закон о прекршајима као основно правило прописује да се против правног лица и одговорног лица у правном лицу води јединствен

31 Младен Јеличић, „Начело помоћи неурој странци у прекршајном поступку”, *Правни записи*, бр. 2/2018, 236.

32 И у односу на правног следбеника важи основно начело казненог права – претпоставка невиности.

прекршајни поступак, осим ако постоје законски разлози да се води поступак против једног од њих.³³ Ово решење је оправдано јер правно и одговорно лице најчешће одговарају за исти догађај, који се квалификује као посебан прекршај за сваког од наведених субјеката. Са процесног становишта, јединствени поступак против правног и одговорног лица омогућава свестрано расправљање предмета прекршаја и утврђивање потребног каузалног односа одговорности наведених лица, у случајевима изведене одговорности.

Када се против правног следбеника и одговорног лица у правном претходнику води јединствени поступак, међусобни однос ова два процесна субјекта суштински је различит од односа одговорног лица и правног претходника. Представник правног следбеника не поседује изворна сазнања о прекршају, за разлику од одговорног лица које има непосредна сазнања о предмету поступка. С тим у вези, однос одговорног лица у правном претходнику и правног следбеника јесте специфичан однос, различит од изворног односа правног лица и одговорног лица у правном лицу. Заједничка карактеристика је да у одређеним случајевима из одговорности одговорног лица произилази одговорност правног следбеника. Зато процесне активности правног следбеника у реализацији права на одбрану морају бити добро припремљене. Представник правног следбеника треба да се упозна са стањем у списима прекршајног предмета и да на основу сазнања до којих дође конципира одбрану у прекршајном поступку.

С друге стране, када се прекршајни поступак не води против одговорног лица, однос правног следбеника и одговорног лица у правном претходнику није релевантан. Потребно је размотрити однос одговорног лица и правног следбеника у поступцима по захтеву за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу.

За прекршаје за које је предвиђена новчана казна у фиксном износу се издаје прекршајни налог и не може се поднети захтев за покретање прекршајног поступка. Карактеристика овог института је дуална функција: он је одлука о новчаној казни у свим случајевима у којима га издаје овлашћени орган или овлашћено лице за прекршај из своје надлежности, али и латентни оптужни акт, са обележјима захтева за покретање прекршајног поступка.³⁴ За сваког учиниоца прекршаја издаје се посебан прекршајни налог,³⁵ што значи да ће се правном лицу и одговорном лицу у правном лицу по правилу издати прекршајни налози

33 ЗОП, чл. 108 ст. 1.

34 Младен Јеличић, „Прекршајни налог и проблеми у пракси”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 1/2018, 34.

35 ЗОП, чл. 168 ст. 3.

појединачно. Законодавац је предвидео да ако нема услова за издавање прекршајног налога у односу на правно или одговорно лице, против оба лица биће поднет захтев за покретање прекршајног поступка.³⁶

Када у току прекршајног поступка покренутог по захтеву за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу правно лице престане да постоји, на његово место ступа правни следбеник, уколико издалац прекршајног налога исти усмери против правног следбеника. У случају да се воде раздвојени поступци против правног следбеника и одговорног лица у правном претходнику, при чему одговорност правног следбеника зависи од одговорности одговорног лица, најцелисходније решење је спајање поступака против одговорног лица и правног следбеника ради свестраног разјашњења прекршајне ствари.

IV Положај правног следбеника у извршном прекршајном поступку

Новчану казну изречену за прекршај, трошкове прекршајног поступка као и друге новчане износе који су досуђени по основу накнада штете, на основу имовинскоправног захтева или по основу одузимања имовинске користи, извршава прекршајни суд, који их је изрекао, односно суд на чијем подручју је издат прекршајни налог.³⁷ Одредба чл. 307 ст. 6 ЗОП прописује да ако правно лице престане да постоји након правноснажно окончаног поступка у коме је утврђена одговорност и изречена санкција за прекршај, новчана казна и одлучивање о имовинској користи извршиће се према правном лицу које је његов правни следбеник.

До престанка постојања осуђеног правног лица може доћи пре или након доношења решења о извршењу. Сходно томе, разликујемо две ситуације. У првој, достављена правноснажна и извршна судска пресуда, односно коначан и извршан прекршајни налог, уз одсуство законских сметњи, довољан су основ за доношење решења о извршењу. Ако извршни судија прекршајног суда има сазнања да је правно лице престало да постоји и да има правног следбеника, донеће решење о извршењу у односу на правног следбеника. У другом случају, извршни судија доноси решење о извршењу не проверавајући чињеницу да ли правно лице и даље постоји. Тек приликом предузимања даљих радњи у поступку извршења може се доћи до података о престанку постојања правног лица. Тада је потребно утврдити да ли осуђено правно лице

36 ЗОП, чл.168 ст. 5.

37 ЗОП, чл. 314 ст. 1.

које је престало да постоји има правног следбеника, а то је обавеза извршног судије.

У доктрини се истиче да у другој ситуацији, када до статусне промене или сукцесије дође након што је против правног претходника било донето решење о извршењу, неопходно би било наставити извршење стављањем постојећег решења о извршењу ван снаге и доношењем новог решења које би се сада односило на правног следбеника кажњеног правног лица.³⁸

Међутим, ЗОП дозвољава могућност да извршни судија стави своје решење о извршењу ван снаге само у случају када судија против чијег решења о принудној наплати је изјављен приговор нађе да су разлози из приговора основани, у супротном, доставиће приговор са списима предмета надлежном већу тог суда.³⁹ С тим у вези, наведени закључак нема ослонаца у одредбама ЗОП. Треба указати да се на основу чл. 99 ЗОП у прекршајном поступку сходно примењују одредбе Законика о кривичном поступку,⁴⁰ који у одредби чл. 278 ст. 1 предвиђа да уколико се појави сумња у дозвољеност извршења судске одлуке о томе ће одлучити посебним решењем суд који је судио у првом степену а жалба не задржава извршење решења, осим ако суд није другачије одредио. Аналогном применом ове одредбе, извршни судија би могао да посебним решењем стави ван снаге своје решење и донесе ново решење о извршењу у односу на правног следбеника.

Највећа аномалија ЗОП у односу на положај правног следбеника у извршном прекршајном поступку јесте одсуство разлога за приговор против решења о извршењу којим би се побијао статус правног следбеника. Законодавац ову ситуацију уопште није регулисао, па се поставља питање шта ако је решење о извршењу донето у односу на правно лице које није правни следбеник? То правно лице има јасан интерес да изјављивањем приговора против решења о извршењу иницира поступак у којем ће се утврдити да оно није правни следбеник осуђеног правног лица које је престало да постоји.

Решење о извршењу у односу на кажњено правно лице односи се на принудну наплату новчане казне,⁴¹ а ову ситуацију додатно усложњава чињеница да приговор на решење о принудној наплати не задржава

38 Наташа Мрвић Петровић, „Нова законска решења у вези извршења одлука прекршајних судова“, *Избор судске праксе* бр. 5/2014б, 7; Н. Делић, В. Бајовић, 402.

39 ЗОП, чл. 317 ст. 3.

40 Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/19.

41 ЗОП, чл. 314 ст. 5.

његово извршење.⁴² Законодавац је таксативним набрајањем разлога⁴³ због којих се може уложити приговор желео да елиминише ситуације које су постојале у пракси да се правним леком у овом случају оспорава правилност правноснажних одлука које служе као извршне исправе јер се приговором не може задирати у исправност правноснажне одлуке већ само у исправност и основаност решења о извршењу.⁴⁴ У случају истицања других разлога који нису предвиђени законском одредбом, а којима се побија основаност решења о извршењу, веће од троје судија одбациће приговор као недозвољен.

Јасно је да се ради о озбиљном пропусту законодавца. У случају основаности навода приговора против решења о извршењу у односу на идентитет правног следбеника, овај проблем може бити превазиђен једино максимално широким тумачењем одредбе чл. 317 ст. 1 тач. 6 ЗОП. Наиме, веће од троје судија би морало да стави ван снаге решење о извршењу јер је принудна наплата одређена на стварима и правима „изузетим” од извршења с обзиром да се ради о предмету извршења који не припада правном следбенику. Исту одлуку би могао донети и извршни судија који може сам да стави ван снаге своје решење ако нађе да су разлози из приговора основани.⁴⁵

Извршни судија је дужан да провери податке о постојању правног следбеника увидом у службену евиденцију коју води Агенција за привредне регистре,⁴⁶ односно, увидом у друге регистре. У извршном прекршајном поступку до активације правног следбеника долази се службеним путем, од стране суда, увек када се сазна за чињеницу да правни следбеник постоји. У томе је суштинска разлика у односу на редован прекршајни поступак.

42 ЗОП, чл. 317 ст. 2.

43 Члан 317 ст. 1 тач. 1–7 ЗОП предвиђа да се приговор против решења о извршењу може уложити из следећих разлога: 1) ако је обавеза која се има принудно извршити испуњена; 2) ако је одлука на основу које је одређена замена казне или принудна наплата укинута, преиначена, стављена ван снаге, односно нема својство извршне исправе; 3) ако није протекао рок за испуњење обавезе; 4) ако суд који је донео решење о извршењу није надлежан; 5) ако нису испуњени услови за замену новчане казне из члана 41 овог закона; 6) ако је принудна наплата одређена на стварима и правима изузетим од извршења, односно на којима је могућност извршења ограничена; 7) на одлуку о трошковима извршења.

44 Н. Делић, В. Бајовић, 412–413.

45 ЗОП, чл. 317 ст. 3.

46 Н. Мрвић Петровић, 20146, 7.

V Закључна разматрања

Очигледно је да законска регулатива процесног положаја правног следбеника садржи бројне аномалије. Законодавац је Законом о прекршајима из 2013. године увео новог процесног субјекта – правног следбеника али одсуство адекватне законске одређености његовог положаја у редовном и извршном прекршајном поступку узрок је многих спорних питања.

Законодавац није прописао начин активације правног следбеника и временски рок у редовном прекршајном поступку. Пропуштено је да се прецизира да ли издавалац прекршајног налога може да усмери прекршајни налог против правног следбеника правног лица које је престало да постоји у току прекршајног поступка покренутог по захтеву за судско одлучивање о издатом прекршајном налогу. С аспекта права на одбрану, положај правног следбеника није задовољавајући у односу на друге категорије окривљених. У одредбама које се односе на поступак извршења није предвиђено адекватно правно средство којим идентификовани правни следбеник може да побија то својство и оспори основаност решења о извршењу.

Суштинске аномалије у законском тексту доводе до закључка да процесни положај правног следбеника у прекршајном поступку није адекватно регулисан. Бројне правне празнине могу довести до проблематичних ситуација и лутања у судској пракси. Овом проблему је нужно посветити много више пажње и у будућој реформи ЗОП отклонити указане недостатке. Само у том случају, правни следбеник као специфичан правни субјект може имати адекватан процесни положај и равноправан статус са осталим категоријама окривљених у прекршајном поступку.

Mladen JELIČIĆ, PhD
Judge, Misdemeanor Court, Šabac

THE PROCEDURAL POSITION OF THE LEGAL SUCCESSOR IN THE MISDEMEANOR PROCEEDINGS

Summary

The paper discusses the procedural position of the legal successor in the regular and executive misdemeanor proceedings. Following a theoretical explanation of this term, the author points to the legislature's failure to prescribe in a regular misdemeanor procedure the manner and timing of activation of the legal successor. The appointment of a representative is a condition that determines the legal capacity of a legal successor and the ability to participate in the proceedings. The author pointed out the right to a defense of the legal successor and the relationship between the legal successor and the defendant responsible person of the legal predecessor was analyzed. In doing so, an observation was made on the specifics of the position of the legal successor in the proceedings initiated upon the request for initiating misdemeanor proceedings and the request for judicial decision on the issued misdemeanor order. A special part of the paper refers to the position of the legal successor in the executive misdemeanor proceedings, where the author emphasized that the legislator did not foresee the legal basis for disputing the capacity of the legal successor when filing an appeal against the executive decision. The author's conclusion is that the position of a legal successor in misdemeanor proceedings is not regulated satisfactorily, which can lead to numerous problems in practice.

Key words: *legal entity termination, legal successor, legal successor representative, regular misdemeanor proceedings, executive misdemeanor proceedings.*

др Бранка БАБОВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК У СПОРОВИМА МАЛЕ ВРЕДНОСТИ*

Резиме

Парнични поступак у споровима мале вредности је посебан парнични поступак у коме се примат даје ефикасности у решавању спора у односу на друге процесне гаранције. То се оправдава малим значајем спорова који се решавају у овом поступку. Међутим, позитивноправно регулисање овог поступка обухвата огроман опсег спорова који се решавају у овом посебном парничном поступку и за које се често тешко може рећи да су малог значаја. У судској пракси су идентификовани бројни проблеми у примени правила овог посебног парничног поступка. Међутим, свим спорним односима који се тренутно решавају применом правила овог поступка не могу се наћи заједничке карактеристике које би омогућавале једну врсту поступка. Следствено томе, није сврхисходно ни проблеме који су у пракси идентификовани решавајући без крућних захвата у ову врсту парничног поступка.

Кључне речи: спорови мале вредности, организација правосуђа, реформа парничног процесног права.

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду 2019. године.

I Историјски развој

Посебан парнични поступак у споровима мале вредности је у нашем правном систему постојао још за време важења Законика о судском поступку у грађанским парницама из 1929. године¹ којим је извршено преузимање решења аустријског закона (*Zivilprozessordnung*) из 1895. године и извршена унификација парничног поступка на простору тадашње краљевине.²

Аустријски модел парничног поступка је опстао и у послератној Југославији.³ Међутим, модификације су вршене с обзиром на нову идеолошку подлогу и начела парничног поступка. Поступак у споровима мале вредности је, тако, изостао у првом послератном закону који је регулисао парнични поступак. Након Другог светског рата је у парнично процесно право СФРЈ овај посебан парнични поступак поново уведен тек новелом из 1972. године⁴ с обзиром на то да га је послератна комунистичка власт претходно избацила из правног система као поступак који није у складу са друштвеним уређењем које је тада увођено.⁵

С друге стране, аустријско право, чији модел парничног поступка смо преузели, у каснијем развоју свог парничног процесног права не познаје посебан поступак у споровима мале вредности под тим називом⁶, већ су специфичности предвиђане за поступак по предлогу за издавање платног налога⁷, а кроз европско право је ступањем на снагу Уредбе Европског парламента и Савета о споровима мале вредности 2009. године уведен овај поступак и у аустријски правни систем.⁸ Наиме, у самом аустријском праву је посебан поступак у споровима мале вредности под називом багателни поступак (*Bagatellverfahren*) постојао само у периоду од 1873– 1898.⁹ У аустријском аутономном

1 Боровоје Познић, „Поводом измена и допуна Закона о парничном поступку“, *Анали ПФ БГ*, септембар– децембар 1972, 968.

2 Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, 34.

3 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 34.

4 Гордана Станковић, „Осврт на промене у парничном законодавству нове Југославије“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу: Тематски број Тридесет година правосуђа у социјалистичкој Југославији*, Ниш, 1975, 130.

5 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, 818.

6 Rudolf Pollak, *System des Österreichischen Zivilprozessrecht*, Manz, Wien, 1906, 600, цитирано према Марија Салма, „Поступак у споровима мале вредности“, *Зборник радова Правној факултету Универзитета у Новом Саду*, бр. 2/2010, 124.

7 М. Салма, 124.

8 Wolfgang Jelinek, „Vereinfachte Forderungsbetreibung Österreich“, 2. доступно на интернет адреси: <https://www.pf.um.si/site/assets/files/3247/avstrija.pdf>, 13.10.2019.

9 W. Jelinek, 25.

праву су, пак, како у општем парничном поступку, тако и у поступку за издавање платног налога увођена различита поједностављења која би се примењивала на спорове мале вредности.¹⁰ На тај начин је, за разлику од нашег, у аустријском праву добијано на ефикасности на начин који је прилагођен појединим врстама тужбеног захтева и појединим фазама поступка.

Након почетка процеса транзиције наше земље ка тржишној економији, парнични поступак је претрпео суштинске промене тако да се може рећи да се у свом реформисању генерално удаљио од тенденција аустријског права¹¹, између осталог и у својим начелима и развоју поступка. Међутим, бројни институти који традиционално постоје у нашем и нама сродним правним системима нису модернизовани нити прилагођени како променама начела поступка, тако ни потребама праксе. Исто важи и за посебне парничне поступке, па и поступак у споровима мале вредности. Овај поступак је на значају добио константним проширењем опсега своје примене и проблемима системске неприлагођености потребама судске праксе – као што је случај у другостепеном поступку.

II Проблематика

Парнични поступак у споровима мале вредности је регулисан у глави XXXIII Закона о парничном поступку.¹² Реч је о поступку који је увек био сумаран и намењен убрзању поступка у оним споровима који због своје мале вредности оправдавају примат ефикасности. Отуд и аустријски назив „багателни поступак“ зато што је реч о поступку који је иницијално намењен решавању спорова који су према самој речи багателни, они спорови који су „сасвим мали, ништавни, изузетно јефтине“.¹³

Међутим, у позитивном праву под споровима мале вредности се све више подразумева знатно шири опсег оних спорова који су далеко од багателних, док су спорови багателне вредности они за које не постоји адекватно решење и који затрпавају правосудни систем. Тако, пред нашим судовима је велики број предмета у споровима изузетно мале вред-

10 W. Jelinek, 25–29.

11 У том смислу Alan Uzelac, „Reforming Mediterranean civil procedure: is there a need for shock therapy?“, *Civil justice between Efficiency and Quality, From ius commune to the CEPEJ* (eds. A. Uzelac, C. H. van Rhee), Antwerpen, 2008, 77–99.

12 *Службени гласник РС*, бр. 72/2011 са каснијим изменама и допунама.

13 Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник сѝраних речи и израза*, Нови Сад, 2010, 181.

ности, некад и истоврсних (нпр. спорови око дуговања родитељима због веће наплате вртића), на које се примењују правила у споровима мале вредности. Поставља се питање некад чак и да ли је оваквим поступцима примерено решавање у парничном поступку с обзиром на трошкове поступка који вишеструко надилазе вредност предмета спора, као и да ли је традиционално конструисан парнични поступак најбоље решење за решавање оваквих спорова.¹⁴ То је први проблем српског правосуђа у примени парничног поступка у споровима мале вредности.

Други проблем се огледа у томе што се овај посебан парнични поступак примењује на све више случајева који према својој вредности, а некад и комплексности превазилазе иницијалну идеју креирања поступка који би се посебно примењивао на багателне спорове. Први ЗПП након уласка Србије у процес транзиције ка тржишној економији је прописивао да се споровима мале вредности сматрају они спорови код којих вредност предмета спора не прелази износ од 100.000, 00 динара (у то време око 1.400 евра), док је у привредним стварима цензус био 300.000 динара (у то време око 4.300 евра). Законом о изменама и допунама закона о парничном поступку из 2009. године¹⁵ је имовински цензус за спорове мале вредности повећан тако да износи 3000 евра у динарској противвредности, односно 30.000 евра у динарској противвредности у привредним стварима. Доношењу важећег ЗППа из 2011. године је претходила расправа у оквиру радне групе за израду закона о измени постојећег имовинског цензуса, али је оваква измена изостала из разлога који се претежно тичу организације правосудног система и континуитета са претходним законским решењем формулисаног кроз захтев правне сигурности.¹⁶

Међутим, није једино вредност предмета спора та која опредељује опсег примене правила поступка у споровима мале вредности. ЗПП 2004. је садржао одређење спорова мале вредности и као оних „у којима предмет тужбеног захтева није новчани износ већ предаја покретне ствари, чија вредност коју је тужилац у тужби навео не прелази износ...“¹⁷, док важећи ЗПП у овој одредби одређује спорове мале вредности и као „спорове у којима предмет тужбеног захтева није новчани износ, а вредност предмета спора...“.¹⁸ Део теорије је ову промену ис-

14 Тако чак и у дневној штампи о истраживањима на ову тему доступно на адреси: <http://ts625317v031.moji.oblaci.rs/sr/clanak/360319/Hronika/Mali-sudski-sporovi-prave-veliku-guzvu>

15 Службени гласник РС, бр. 111/09, 1. 10. 2019.

16 Никола Бодирога, *Нови закон о парничном поступку*, Београд, 2012, 267.

17 Закон о парничном поступку, чл. 467 ст. 3 (*Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09)

18 Закон о парничном поступку, чл. 468 ст. 4

пратио тумачењем да се након њеног ступања на снагу поступак у споровима мале вредности примењује, не само на кондемпнаторне, већ и на деклараторне и конститутивне захтеве¹⁹, премда је одредба, с правом, критикована као конфузна.²⁰ Одговарајуће промене формулације су учињене и код одређења спорова мале вредности у привредним стварима.²¹ Овакво тумачење проширење опсега примене норме у споровима мале вредности и на деклараторне и конститутивне захтеве прати и судска пракса.²² Међутим, део теорије и даље је при тумачењу које је јединствено важило пре законодавних измена и остаје при ставу да се правила у споровима мале вредности примењују само на кондемпнаторне захтеве.²³

Према изричитој законској одредби, споровима мале вредности се не сматрају спорови о непокретностима, из радних односа и због сметања државине. Поред тога, због значаја спора, спорови о законском издржавању се не могу сматрати споровима мале вредности, као ни према схватању Врховног касационог суда, спорови за накнаду штете због дискриминације.²⁴

Поред тога што је имовински цензус изузетно висок, оваквим проширењем опсега примене правила поступка у споровима мале вредности у судској пракси и на деклараторне и конститутивне захтеве је изузетно повећан проценат парница који се воде по правилима овог посебног парничног поступка. Следствено томе, поставља се питање да ли је поступак у споровима мале вредности могуће прилагодити посебностима овако широког опсега спорова и да ли овако широк опсег спорова уопште има заједничке карактеристике које оправдавају заједнички посебан парнични поступак.

19 Никола Бодирога, „Неки проблеми у примени Закона о парничном поступку у споровима мале вредности“, *Зборник радова Правној факултетној у Новом Саду*, бр. 2/2015, 654–655.

20 Марко Кнежевић, „О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности“, *Зборник радова Правној факултетној Универзитетној у Новом Саду*, бр. 4/2012, 388.

21 Упор. члан 490 ЗПП 2004 који је измењен и допуњен 2009. године и члан 487 ЗПП.

22 Вид. уместо свих наводе судске праксе у Никола Бодирога, „Неки проблеми у примени Закона о парничном поступку у споровима мале вредности“, *Зборник радова Правној факултетној у Новом Саду* бр. 2/2015, 653–670.

23 Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, приручник за полагање правосудног испита, Београд, 2016, 401; Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, Прва свеска – *Парнично процесно право*, Мегатренд Универзитет, Београд, 2013, 573.

24 Решење ВКС Р 501/2013 од 7. 11. 2013. цитирано према Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 539.

III Циљеви парничног поступка у споровима мале вредности

Према изворном схватању, поступак у споровима мале вредности треба да буде поједностављен како би се у оним споровима који су од мањег значаја за странке дала предност ефикасности у поступању у односу на друге процесне гаранције од којих су неке укинуте, а неке сведене на минимум чиме се смањује квалитет правне заштите која се у овом поступку пружа.²⁵ Могло би се закључити онда и да што је предмет мањег значаја то је оправданије смањење процесних гаранција. Међутим, опсег спорова који се пред нашим судовима решавају по правилима парничног поступка у споровима мале вредности је изузетно велики, посебно имајући у виду висину имовинског цензуса за примену ових правила. Тај цензус је виши и од цензуса за примену правила о споровима мале вредности и у државама значајно бољих економских прилика него што је то случај у Србији. У Европској унији, је тек 2017. године имовински цензус за поступке у којим се примењује Уредба Европског парламента и Савета о споровима мале вредности²⁶ измењен ранији имовински цензус од 2.000 евра на садашњих 5.000 евра. Међутим, у аутономном праву држава чланица је имовински цензус нижи. Тако у немачком праву посебна правила важе уколико је вредност предмета спора нижа од 600 евра²⁷, у Словенији 2.000,00 евра, а у привредним стварима 4.000 евра²⁸, у Хрватској 10.000,00 куна (око 1.360 евра)²⁹, док је у привредним стварима свега пет пута виши цензус 50.000,00 куна (око 6.800 евра).

Међутим, имовински цензус, односно опсег примене правила поступка у спору мале вредности није довољан за поређење ових правила имајући у виду да се поступци разликују и по ограничењима процесних гаранције зарад побољшања ефикасности у овим парницама.

Видели смо, да за српског законодавца, питање побољшања ефикасности није једини руководни принцип код ових норми, већ је приликом писања ЗПП 2011. и разматрања питања смањивања имовинског цензуса то било и питање оптерећености појединих судова превеликим бројем предмета. С тога је неопходно сагледати и овај аспект када се

25 S. Triva, M. Dika, 819.

26 Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure – consolidated text of 14 June 2017.

27 Пар. 495a dZPO.

28 Информације доступне на адреси: https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-si-en.do?member=1, 1. 10. 2019.

29 Члан 458 ст. 1 хрватског ЗППа.

анализирају одредбе парничног поступка у споровима мале вредности имајући у виду да он фактички фигурира као важан коректив другим разлозима. Наиме, поставља се питање да ли се судови могу растеретити превеликог обима предмета који се воде по правилима поступка у споровима мале вредности. Споменут је проблем енормног броја истоврсних предмета мале вредности.

Тако, можемо се запитати да ли је споровима симболичне вредности место решавања парнични поступак или подношење тужбе за накнаду штете за миноран износ представља само израз кверулантског понашања. Пред Европским судом за људска права се у једном поступку поставило питање статуса жртве тужиоца, опозиционог лидера који је поднео тужбу за накнаду штете против председника Републике Молдавије симболичног износа од 0,1 лева, а молдавски суд по више основа одбацио тужбу. Реч је о поступку Урчеан и Павличенко против Молдавије³⁰ у коме је Европски суд за људска права нашао да висина предмета спора за накнаду штете по основу клевете није ни од каквог значаја за процену да ли подносилац представке има статус жртве.

IV Специфичности поступка у споровима мале вредности

Пошавши од тога да су спорови мале вредности од малог значаја за странке и да ефикасност има примат приликом решавања ових спорова у парничном поступку, законодавац је прописао посебна правила овог поступка чији би циљ био да убрзају доношење пресуде и наступање правноснажности и извршности. Наш законодавац не прави разлику међу различитим врстама спорова мале вредности, већ се на све примењују иста правила. Другачије је у аустријском праву. У овом правном систему посебан поступак у споровима мале вредности није прописан, али су предвиђена различита поједностављења појединих правила поступка. Тако се посебна правила о извођењу доказа која дају суду шире дискреционо овлашћење, примењују онда када је вредност предмета спора нижа од 1.000 евра.³¹ С друге стране, разлози за жалбу су ограничени уколико је вредност предмета спора испод другачијег-вишег цензуса од 2.700 евра.³²

Јасно је да је изузетно велики опсег спорова који се код нас решавају по правилима овог посебног парничног поступка тешко учи-

30 ECHR The case of Urechean and Pavlicenco v. The Republic of Moldova, Пресуда од 2. 12. 2014, §§ 24–26.

31 Walter Rechberger, Daphne Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 2010, 438.

32 W. Rechberger, D. Ariane Simotta, 575–576.

нити довољно ефикасним тако да се задрже минималне гаранције односно да уштрб процесних гаранција у корист ефикасности буде оправдан. Примена правила поступка је везана за висок имовински цензус, а потпуно независна од комплексности спорног односа. Дакле, спор који се решава у овом поступку пред нашим судом може и због високог имовинског цензуса бити од великог значаја како за странке, тако и по својим карактеристикама далеко од оног који се може решити по поједностављеним правилима поступка. Наиме, онда када спорни однос, односно предмет тужбеног захтева спада у спорове мале вредности онако како су одређени ЗППом и онако како их схвата судска пракса, суд нема право на оцену да ли ће с обзиром на комплексност спорног односа одступити од ових правила, а то право немају ни странке.³³ Дакле, онда када спор према тужбеном захтеву припада наведеним споровима мале вредности суд нема никакву могућност процене комплексности наведеног спорног односа. Овим се још једном јавља потреба за свођењем правила поступка у споровима мале вредности на одређену групу спорних односа која има довољно заједничких карактеристика да се на те спорове примењује исти посебан парнични поступак. Ово може бити учињено или кроз смањење имовинског цензуса или кроз крупније реформе парничног процесног права које би за последицу имале и давање већих овлашћења суду.

V Поједностављења поступка у споровима мале вредности

Наш законодавац је значајно скратио припремну фазу поступка у посебном поступку у споровима мале вредности. Оно што је постигнуто је да се поступак по правилу одвија на усменој расправи. Међутим, с обзиром на то да поступак не показује, према позитивноправном решењу, специфичности ни у погледу доказног поступка нити значајнијих поједностављења у току рочишта за главну расправу, у првостепеном поступку могу бити остварене гаранције које би иначе важиле у општој парници. Рокови су скраћени.

Проблематично је питање остварења процедуралних гаранција у поступку по жалби. Жалба је допуштена једино против решења којим се окончава поступак, док је против осталих решења против којих је допуштена посебна жалба, у споровима мале вредности она допуштена само у жалби против пресуде. Жалбени разлози су ограничени само на апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка и погрешну

33 Тако Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном процесу*, Београд, 2009, 1070, наглашава да су одредбе о поступку у споровима мале вредности принудноправне природе и да странке не могу својом вољом да отклоне њихову примену.

примену материјалног права. Поред тога, одредба члана 392 се изричито законом одредбом не примењује.

Поступак по жалби је изазвао бројне контроверзе онда када се води по жалби поднетој против пресуде у спору мале вредности. Наиме, у овим споровима судови су прибегли креативном тумачењу одредби о забрани вишеструког укидања првостепене пресуде и одредбе члана 383 став 4 ЗПП. С једне стране су Привредни апелациони суд и виши судови са подручја Апелационог суда у Крагујевцу заузели становиште да је у спору мале вредности дозвољено вишеструко укидање пресуде с обзиром на то да првостепени судови често чине апсолутно битне повреде одредаба о парничном поступку о којима суд води рачуна по службеној дужности, а како суд не би имао другог начина да отклони ове повреде, морало би бити допуштено вишеструко укидање посебно у привредним стварима у којима је имовински цензус изузетно висок. С друге стране, према становишту ових судова, заказивање рочишта, посебно пред Привредним апелационим судом би било нерационално с обзиром на високе трошкове које би странкама тиме били проузроковани. С друге стране, други судови су тумачили да вишеструко (друго) укидање није допуштено што је у свом правном схватању прихватио и Врховни касациони суд.³⁴ Ово наравно произлази и из самог закона, међутим, оно што је значајно је што је Врховни касациони суд у образложењу наведеног правног схватања заузео став поводом питања могућности заказивања рочишта пред другостепеним судом у ситуацији у којој поновно укидање не би било допуштено. Наиме, у самом закључку образложења наведеног схватања, Врховни касациони суд је навео да: „У случају да првостепени суд упорно чини апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка, због које би се првостепена пресуда морала укинути, због немогућности другог укидања, а због поштовања члана 6 ЕКЉП и уставних правила о правичном суђењу, другостепени суд изузетно може да отвори расправу, отклони битну повреду и спор коначно пресуди“.³⁵ На овај начин је Врховни касациони суд допринео решавању проблема неуједначене судске праксе.

Поред тога, наведено правно схватање из 2015. године је рефлексија свести судова о значају и комплексности спорова који се решавају по правилима овог посебног парничног поступка и непримерености актуелних процесних решења тако широком кругу поступака на које се примењује. Поставља се питање да ли је могуће на тако широк опсег спорова који се сада решавају као спорови мале вредности применити

34 Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења од 10. 3. 2015. године, образложење верификовано 7. 4. 2015. године.

35 Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења од 10. 3. 2015. године, образложење верификовано 7. 4. 2015. Године.

заједничке одредбе и да ли би то имало смисла. С обзиром да је основни критеријум за одређење спора мале вредности вредност предмета спора, поставља се питање оправданости законом постављене висине. Свакако да 3000 евра у динарској противвредности у земљи у којој је просечна нето зарада у 54.115 динара, а у немалом броју општина нижа од 40.000 динара.³⁶ Такође, скоро 90% предузећа у Србији су микро предузећа (0-9 запослених), а тек око 5% укупног броја предузећа су велика (250 и више запослених)³⁷, па 30.000 евра у динарској противвредности и без дубље анализе, на основу општих ставова искуства, тешко може представљати мању вредност па основни критеријум који би повезивао спорове који се решавају у овом поступку отпада. Након последњих законских интервенција и тумачења која су тим изменама уследила, по којима се овај посебни поступак примењује и на деклараторне и конститутивне захтеве, додатно је проширен опсег спорова који се решавају у овом сумарном парничном поступку. Тиме је још теже утврдити заједничке карактеристике поступка, па се чини да се губи заједничка карактеристика свих ових спорних односа која би водила одређењу заједничких правила поступка. Посебно је проблематично ограничење жалбених разлога у поступку против деклараторних и конститутивних пресуда када такве пресуде могу у потоњој парници поводом кондемпнаторног захтева више вредности имати дејство решеног претходног питања.

VI Критика позитивноправног решења

Уколико би се ипак претпоставило да је законодавац и даље и поред овако широког опсега примене овог посебног парничног поступка као заједничку карактеристику узео мањи значај спора и идеју да поступак само треба „да се у свом развоју што мање задржава“³⁸, јер је реч о поступцима у којима се пруже онај опсег гаранција који је дат општим парничним поступком јер је реч о споровима у којима „према правнополитичкој оцени законодавца, тачност пресуде нема исти значај као у другим односима“³⁹, поставља се питање да ли су одступања од општих одредби ЗППа адекватна остваривању таквог циља.

36 Извештај Републичког завода за статистику за август 2019. године, доступан на адреси: <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/20191025-prosecne-zarade-po-zaposlenom-avgust-2019/?s=2403>, 7. 10. 2019.

37 Извештај Републичког завода за статистику о величини предузећа у Републици Србији за 2018. годину, доступан на адреси: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G201910108.pdf>, 7. 10. 2019.

38 Б. Познић, 1069.

39 Б. Познић, 1070.

Наиме, у спору мале вредности постоји неколико одступања од општег режима која су важила и нпр. по ЗППу 1976. године када расправно начело није у нашем правном систему било изражено као данас и када су важиле другачије разлике у односу на данашњи парнични поступак. Концепција поступка у спору мале вредности је остала иста.

Тако, у спору мале вредности се према одредби члана 472 тужба не доставља туженом на одговор; да се не заказује припремно рочиште што за последицу има значајно скраћивање припремног дела поступка у овом посебном парничном поступку у односу на општи режим. С друге стране, важећим ЗППом је управо у циљу убрзања поступка посебан значај дао припремној фази поступка.⁴⁰ Управо у циљу повећања ефикасности одговор на тужбу је у општем парничном поступку сада обавезан, а тужени је дужан да се изјасни и о основаности тужбеног захтева.

Поред тога, у поступку у спору мале вредности је ограничена садржина записника о главној расправи тако да садржи изјаве странака које су од битног значаја, а нарочито оне којима се, у целисти или делимично, признаје тужбени захтев, одриче од тужбеног захтева, преиначава или повлачи тужба, одриче од жалбе: битну садржину изведених доказа; одлуке против којих је дозвољена жалба и које су објављене на главној расправи; да ли су странке биле присутне објављивању пресуде и ако јесу да су поучене под којим условима да изјаве жалбу. Чланом 477 ЗПП је предвиђено да се пресуда у овој врсти поступка објављује одмах, а да писано израђена пресуда у образложењу садржи утврђено чињенично стање, навођење доказа на основу којих је оно утврђено и прописе на којима је суд засновао пресуду. Рок за жалбу против пресуде износи осам дана, а и парнициони рок је скраћен.

Сва ова поједностављења поступка су прикладнија поступку у коме суд има већа овлашћења него што је то случај у садашњој концепцији ЗППа. Изостанак обавезног одговора на тужбу је, посебно у поступку у коме преовладава расправно начело пре мера која утиче негативно како на брзину решавања поступка, ефикасност у припремању првог рочишта за главну расправу, тако и на квалитет одлуке. Наиме, у време када су креирана оваква правила посебног поступка у спору мале вредности, односно када су поново уведена у наш парнични поступак није постојало правило да странке могу до закључења главне расправе да износе нове чињенице и предлажу нове доказе само ако учине вероватним да без своје кривице нису могле да изнесу, односно предложе на припремном рочишту односно на првом рочишту за главну расправу. Странке су и у поступку у спору мале вредности могле да износе

40 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, 196.

чињенице и доказе до закључења рочишта за главну расправу.⁴¹ Дакле, припремна фаза поступка није имала такав значај какав има данас, а поступак у споровима мале вредности није суштински реформисан већ се чини да је опсег његове примене само прошириван без озбиљније анализе која би претходила таквом поступку.

VII Закључна разматрања

Налажење решење за побољшање поступка у споровима мале вредности није лако поготово с обзиром на јако широк опсег поступака на које се ова врста поступка примењује. С једне стране, потребно је остварити интересе странака, док се у литератури налазе и аргументи оптерећења судова великим бројем предмета. Даље измене постојећег поступак не би могле решити све проблеме који су се у пракси јавили у примени правила у спору мале вредности.

С једне стране, велики број спорова заиста мале вредности којима се оптерећују судови, а који према висини предмета спора најчешће не оправдавају високе трошкове поступка које њиховим вођењем настају. Иако би било реално очекивати да се у оваквим врстама спорова странке споразумеју о решавању спорног односа или да спор реше неким од алтернативних начина решавања спорова, то у нашем друштвеном окружењу није случај и странке се обраћају суду у парничном поступку.

Занимљиво решење за ове случајеве садржи немачко право. Према пар. 495а немачког закона који регулише парнични поступак (*dZPO*)⁴² у поступцима у којима вредност предмета спора не прелази износ од 600 евра, суд може *ex aequo et bono* да одреди правила поступка у ком ће бити решено о том захтеву. У наставку ове одредбе регулисано је и да ће се поступак водити усмено уколико нека од странака то захтева. Суд је за спорове овако ниске вредности овлашћен да одступи од одредби општег парничног поступка како би се остварили циљеви јевтинијег, бржег и једноставнијег поступка.⁴³ У литератури се наводи да се за ову врсту поступку тешко могу наћи правила с обзиром да је готово цео ток поступка у оцени судије. Скоро па да је суд овлашћен да одступи од било ког правила парничног поступка. Ипак, у литератури се наводи

41 Тако према члану 465 ст. 4 ЗПП 1976.

42 Немачки Закон о парничном поступку из 2005. године (*Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 5 Absatz 26 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846) geändert worden ist*).

43 Adolf Baumbach,[†] Wolfgang Lauterbach,[†] Jan Albers,[†] Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München, 2014, 1706.

да судије у пракси бојажљиво одступају од правила општег парничног поступку када примењују ову одредбу у багателним споровима.⁴⁴ Углавном се одступа од различитих врста форме, али се води рачуна о праву на правично суђење странака. Тако се као главно поједностављење у овом поступку види могућност извођења доказа у телефонском разговору, скраћење рокова, али је граница за сва одступања поштовање права на правично суђење странка.⁴⁵

Поред тога, суд је овлашћен да закаже усмену расправу, али није дужан да то учини, осим уколико странка то не захтева.⁴⁶ Поред тога, у поступку у багателним споровима првостепени суд може да одлучи о допуштености жалби против пресуде.⁴⁷ Ово је само један од примера који показује да већа улога судија и корекције расправног начела, односно некад чак и измена врсте поступка воде, управо бољој ефикасности у поступању.

Друга група проблема која се јавља у примени правила у спору мале вредности је одсуство неког од института колективне заштите права и интереса грађана којима би могло да се избегне вишеструко вођење поступака за истоврсне захтеве. Такав случај је био у споровима око дуговања родитељима због веће наплате вртића, као и бројних спорова које су војни пензионери водили против државе за наплату дуга за умањене пензије. Реч је о истоврсним споровима мале вредности чије решавање у класичном парничном поступку доводи до повећаних трошкова како за странке тако и за суд. У упоредном праву постоји низ института колективне заштите права и интереса грађана у парничном поступку којима се избегавају оваква трошења ресурса грађана и судова.⁴⁸

Најзад, проблем остваривања права на правично суђење у споровима мале вредности долази до изражаја посебно у поступку по правним лековима. Ревизија је у споровима мале вредности искључена, а према ставу Уставног суда тиме није повређено право на приступ суду грађана.⁴⁹ Међутим, у поступку по жалби, ограничења су прописана како у погледу жалбених разлога, тако и у погледу самог поступку у другом степену.⁵⁰

44 A. Baumbach et. al, 1708.

45 Kurt Herget, Richard Zöller, *Zivilprozessordnung*, Köln, 2014, 1346.

46 A. Baumbach et. al, 1708.

47 Пар. 511 *dZPO*.

48 Вид. Бранка Бабовић, „Захтев да се уклони опасност од штете– процесни аспекти“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 154–167.

49 Одлука Уставног суда Уж. 7147/2015 од 19. 7. 2015. године.

50 За критику вид. М. Кнежевић, 385–402.

Branka BABOVIĆ, PhD

Lecturer at the University of Belgrade, Faculty of Law

RIGHT TO THE FAIR TRIAL AND SMALL CLAIMS LITIGATION PROCEEDINGS

Summary

Small claims litigation proceedings constitute special rules for disputes for which efficiency of resolution is predominant in comparison to the other procedural guarantees. This is due to the small value of the claims and anticipated small importance of those disputes. However, current Serbian law encompasses large scale of disputes to which small claims proceedings apply, even though the importance of these disputes does not justify application of simplified proceedings. Therefore, many problems in application of those rules are identified in the case law. If one tries to find a resolution to those problems, it seems to be impossible without either the reform of those proceedings or change of scope of those proceedings. In order to improve application of right to the fair trial guarantees, several ways in which rules on small claims proceedings could be reformed, are analysed.

Key words: *small claims, organization judiciary, civil procedure law reform.*

Милош РАДОВАНОВИЋ, докторанд
Правни заступник у Удружењу осигуравача Србије

ВРАТА МОТОРНОГ ВОЗИЛА И ОСИГУРАВАЈУЋЕ ПОКРИЋЕ

Резиме

Суд правде Евројске уније и ујоредна судска пракса изјашњавали су се о питању да ли је штета проузрокована оштарањем и зашарањем врати на моторном возилу, покривена обавезним осигурањем од аутоодговорности. Аутор у овом раду закључује став да би штета проузрокована на овај начин и у Србији требало да буде покривена осигурањем од аутоодговорности. Чињеница да превозу моторним возилом по редовном поку ствари претходи оштарање и зашарање врати, и да након извршене превоза обично следи зашарање врати на возилу, јесте разлог на коме се ауторов став заснива. Оштарање и зашарање врати нераскидиво су повезани са употребом моторног возила.

Додатни аргументи за ауторов став јесте ујоредна судска пракса, а нарочито пракса Суда правде Евројске уније. Усклађивање домаће права са правом Евројске уније указује да би судови Републике Србије законске одредбе требало да тумаче на сличан начин као судови држава чланица и Суд правде Евројске уније.

Аутор указује да је, с обзиром на актуелну судску праксу домаћих судова и ставове правника из Србије, могуће да се домаћа судска пракса о овом питању усклади са евројском праксом, без драстичних измена.

Кључне речи: *осигурање, осигурање од аутоодговорности, употреба моторног возила, Суд правде Евројске уније.*

I Увод

Стручној јавности добро је познато да није свака штета настала у вези са моторним возилом покривена обавезним осигурањем од одговорности. Појам употребе моторног возила, тј. онога што се сматра употребом моторног возила, јесте од кључног значаја у осигурању од аутоодговорности.¹ Штета ће бити покривена тим осигурањем само ако је настала услед употребе моторног возила. Због овога је веома битно утврдити када је моторно возило у употреби.²

Одређени начин да се проузрокује штета учестало се јавља у пракси на нашим улицама, на паркинг местима, у гаражама и осталим просторима за паркирање. То је проузроковање штете отварањем и затварањем врата. Сасвим је могуће да се при отварању и затварању врата на моторном возилу некеме причини штета. Такви случајеви званично се не евидентирају, прецизна истраживања о њиховој учесталости не постоје, али наше непосредно искуство и огласи различитих ауто-сервиса и продаваца делова за аутомобиле, говоре нам да се такви штетни догађаји често дешавају.³

Такве штете, иако се дешавају фреквентно, не ликвидирају се често у пракси осигуравајућих друштава, о њима се ретко решава у парничним поступцима, а ни оштећена лица не траже накнаду по основу осигурања од аутоодговорности. Разлог за то је што оштећена лица и осигураници, углавном нису свесни да такве штете могу бити покривене обавезним осигурањем моторних возила.

Аутор ће у овом раду указати на упоредноправна решења, а нарочито на инострану судску праксу, по којима осигурање од аутоодговорности покрива штету проузроковану приликом отварања и затварања

1 Berislav Matejević, „Pojam motornog vozila i njegove uporabe – kroz povjest i aktualne tendencije“, *Zbornik radova: dani hrvatskog osiguranja 2018*, (ur. Marijan Ćurković, Jakša Krišto, Damir Zorić), Zagreb, 2018, 103.

2 Здравко Петровић, Вељко Кнежевић, *Накнада штете настале у саобраћајној незгоди*, Београд, 2009, 40–41.

3 Продавц ауто-делова „Silux“ д.о.о. на свом интернет сајту потрошачима даје савет како да уз, најмање трошкове, санирају оштећења у виду „дубоких или плитких, а видљивих, огреботина које на аутомобилу настану при отварању врата другог аутомобила поред, на препуном паркингу“. В. „Silux“ д.о.о. Доступно на адреси: <https://www.silux.rs/motorsport-vesti/32/ogrebali-su-vam-auto-na-parking-mestu-stasada>, 20. 4. 2019. На интернет сајту „Polovni automobili“ постављен је рекламни оглас за производ који би требало да спречи возача да приликом отварања врата на паркингу оштети врата аутомобила на суседном паркинг месту. Рекламна порука започиње реченицом: „Колико сте само пута отворили врата аутомобила и њима неконтролисано ударили ауто паркиран поред вашег?“, В. Polovni automobili. Доступно на адреси: <https://www.polvniautomobili.com/auto-vesti/aktuelno/2836/zaboravite-ogrebotine-na-vratima-auta>, 20. 4. 2019.

врата на моторном возилу. Аутор ће изнети разлоге због којих сматра да би домаћа судска пракса, штету насталу приликом отварања и затварања врата на моторном возилу, требало да квалификује као штету проузроковану употребом моторног возила и стога покривену обавезним осигурањем.

II Појам моторно возило

Европски пропис захтева од држава чланица да на националним нивоима установе обавезу осигурања од грађанскоправне одговорности за штету насталу услед употребе моторног возила.⁴ Домаћи Закон о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС⁵, такође прописује обавезу имаоца моторног возила да закључи уговор о осигурању од одговорности за штету коју употребом моторног возила причини трећим лицима.⁶

Моторно возило може се дефинисати с различитих аспеката: безбедности у саобраћају, одштетног права, обавезног осигурања од аутоодговорности итд.⁷ За потребе овог рада релевантна је дефиниција моторног возила у смислу обавезног осигурања од аутоодговорности.

На самом почетку комунитарног прописа о обавезном осигурању моторних возила, европски законодавац одредио је значење појма возило у смислу обавезног осигурања од одговорности.⁸ Прописи држава које су по правној традицији и степену друштвеног развоја сличне нашој земљи, такође дефинишу значење појма моторно возило.⁹

4 Чл. 3, ст. 1 важеће Директиве Скупштине и Савета 2009/103 од 16. септембра 2009. године која се односи на осигурање од грађанскоправне одговорности у вези са употребом моторних возила и установљивањем обавезе да се осигура од те одговорности, *Службени лист Европске уније* Л 263/11 (даље: Кодификована директива). Кодификована директива ову одредбу преузела је из чл. 3, ст. 1 Директиве Савета 72/166/ЕЕЗ од 24. априла 1972. године о усклађивању закона држава чланица у односу на осигурање од грађанске одговорности у погледу употребе моторних возила, *Службени лист Европске заједнице* Л 103/72 (даље: Прва директива), која је раније била на снази.

5 *Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012.

6 ЗООС, чл. 18 ст. 1.

7 В. Матејевић, 101–102.

8 Чл. 1, ст 1, тач. 1 Кодификоване директиве прописује да појам возило у смислу те директиве, значи: свако моторно возило намењено за копнени саобраћај, које покреће механичка снага, али које се не креће по шинама, и свако прикључно возило, било да је прикључено или не. Одредба чл. 1 ст. 1, тач. 1 Прве директиве била је потпуно идентична.

9 В. чл. 3 тач. 9 Закона о обавезним осигурањима у промету Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 151/2005, 36/2009, 75/2009, 76/2013, 152/2014, (даље: хрватски

ЗООС не садржи дефиницију моторног возила. Ипак, не може се рећи да је наш законодавац пропустио да дефинише овај правни појам. Одредба чл. 3, тач. 2 ЗООС предвиђа да појам „превозно средство обухвата моторно возило, ваздухоплов, чамац и друго превозно средство обухваћено овим законом, и да има значење утврђено законом којим се уређује одговарајућа врста саобраћаја, с тим што моторно возило обухвата и прикључно возило“. Цитирани закон Републике Србије не дефинише моторно возило с аспекта обавезног осигурања, него упућује на дефиницију моторног возила из прописа о безбедности друмског саобраћаја.¹⁰ Закон о безбедности саобраћаја на путевима-ЗОБС¹¹ дефинише моторно возило као возило које се покреће снагом сопственог мотора, које је по конструкцији, уређајима, склоповима и опреми намењено и оспособљено за превоз лица, односно ствари, за обављање радова, односно за вучу прикључног возила, осим шинских возила.¹²

III Појам употреба моторног возила

Термин употреба моторног возила готово је свуда прихваћен у упоредним законима који уређују обавезно осигурање у саобраћају. Одговорност осигуравајућег друштва свуда је условљена употребом моторног возила. Појам употребе моторног возила није дефинисан ни у једном закону.¹³ За разлику од појма моторног возила, директиве Европске уније не одређују значење појма употреба моторног возила.¹⁴

Обавезно осигурање моторних возила превасходно је инструмент за заштиту лица која су претрпела штету у саобраћајним незгодама.¹⁵

ЗООС) и чл. 481 ст. 1 Законика о осигурању Републике Бугарске, *Државни гласник*, бр. 102/2015.

10 Са становишта легислативне технике на сличан начин поступио је и словеначки законодавац. Закон о обавезним осигурањима у саобраћају Републике Словеније, *Службени лист Републике Словеније*, бр. 93/2007 – пречишћен текст, 40/2012, 33/2016, 43/2017 не садржи дефиницију моторног возила. Одредба чл. 1. ст. 1. тач. 3) овог закона упућује на дефиницију моторног возила из закона којим се уређује безбедност друмског саобраћаја.

11 *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013, 55/2014, 96/2015, 9/2016, 24/2018, 41/2018, 87/2018, 23/2019.

12 ЗОБС, чл. 7 ст. 1 тач. 33.

13 Предраг Шулејић, „Појам употребе моторног и прикључног возила у обавезном осигурању од одговорности“, *Привреда и право осигурања у транзицији* (ур. Јован Славнић, Предраг Шулејић), Палић, 2004, 281.

14 Данијела Шабан, „Појам управе моторног возила у праву осигурања од аутомобилске одговорности“, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 17/2016, 283.

15 Јасна Пак, *Право осигурања*, 2. издање, Београд, 2013, 247.

У савременом свету, саобраћајне незгоде су најчешће и најмасовнији штетни догађаји, који имају најзначајније последице на живот и здравље људи и на њихову имовину.¹⁶ Саобраћајне незгоде настале приликом вожње моторних возила јесу централни, жаришни и најзначајнији начин проузроковања штете употребом моторног возила. Међутим, употреба возила има шире значење од управљања возилом. Употреба не подразумева само вожњу, него укључује у себе и излажење и улажење у возило, укрцавање и искрцавање ствари, паркирање, итд.¹⁷

По неким схватањима, пропуст законодавца Европске уније да у комунитарном пропису о обавезном осигурању у саобраћају одреди значење појма употреба возила, довео је до различитих разумевања тог појма.¹⁸ По другим схватањима законодавац не може да се упушта у ближе објашњавање појма употребе моторног возила, зато што је очигледно да о том питању пракса треба да се одреди у сваком појединачном случају.¹⁹ У пракси се често долази до проблема у тумачењу појма употреба моторног возила у вези са покрићем обавезног осигурања од аутоодговорности.²⁰ Неспорно је да суд, полазећи од околности сваког појединачног случаја, треба да процењује значење појма употреба моторног возила.²¹

Опште правне норме некада се не могу језички разумети, а правне празнине нису инцидент, него суштина правног поретка. Зато је тумачење општих одредаба мање откривање, а више формирање њиховог значења.²² Појам употреба возила, који се користи и у европском праву и у упоредним националним правним системима, а и у домаћем закону, јесте пример правног појма чије се значење формира кроз судску праксу.

16 Маја Буковач Пувача, Звонимир Слакопер, Лорис Беланић, *Обвезно право – Посебни дио – Изван уговорни обвезни односи*, Загреб, 2015, 143.

17 Robert Koch, *International Encyclopaedia of Insurance Law – Germany*, Wolters Kluwer, 2018, 219.

18 Željka Primorac, „Normal Function of a Vehicle as a Means of Transportation or a Machine for Carrying Out Work in Motor Third Party Liability Insurance With Special Regard to the Latest Ruling of the Court of Justice of the European Union“, *EU Law in Context – Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement* (ed. Dunja Dujčić, Tunjica Petrašević), Osijek, 2018, 238.

19 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 5. издање, 2005, 440–441.

20 Милан Виршек, „Појам употребе моторног возила у осигурању од аутоодговорности – пресуда Суда правде ЕУ у предмету Внук – Заваровалница Триглав, д.д.“, *Право осигурања, ујрава и трансјаренјносћ – основе јравне сијурносћи* (ур. Слободан Јовановић, Јован Славнић, Пјерпаоло Марано Палић), 2015, 240.

21 Ž. Primorac, 238.

22 Саша Бован, „Contra legem јудииирање – Пандорина кутија правне херменеутике“, *Анали Правној факултетиа у Београду*, бр. 2/2012, 106.

IV Употреба моторног возила у пракси Суда правде Европске уније

Република Србија закључила је и законом потврдила Споразум о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије²³ – ССП. Земље са којима је закључен споразум о стабилизацији и придруживању требало би, између осталог, да ускладе своје право са правним тековинама Европске уније.²⁴

Србија је одредбом чл. 72, ст. 1 ССП преузела обавезу да усклади своје постојеће и будуће прописе са правним тековинама ЕУ, али и обавезу да усклађени прописи у Србији буду правилно примењени. Примена прописа који су хармонизовани са комунитарним правом, тешко би се могла сматрати правилном, ако је у супротности са схватањима Суда правде Европске уније. Могло би се рећи да правилна примена прописа у смислу чл. 72, ст. 1 ССП, подразумева да се прописи примењују на начин као у Европској унији.²⁵

Један од разлога доношења ЗООС јесте усклађивање права Републике Србије са директивама Европске уније које се односе на осигурање моторних возила.²⁶ Одредбе ЗООС хармонизоване са правом Европске уније, због тога би требало тумачити на начин на који правосудна институција Европске уније тумачи аналогне одредбе европског прописа. Требало би да домаћи судови, појам употребе моторног возила, који је идентичан и у нашем закону и у европском пропису,²⁷ схватају на сличан начин као правосудна институција Уније.

Суд правде Европске уније у последње време донео је серију одлука кроз које се формира значење појма употреба моторног возила.²⁸ Европски суд више пута је нагласио да утврђивање значење тог појма, не сме да се препусти националним правима држава чланица, јер је реч о аутономном појму права Европске уније. Суд правде Европске уније објаснио је да директиве о обавезном осигурању не предвиђају

23 Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 83/2008.

24 Јелена Вукадиновић, „Stabilization and Association Agreement as a special instrument of EU foreign policy“, *Страни правни животи*, бр. 4/2015, 96.

25 Маја Станивуковић, „Право Европске уније и судови у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2012, 216.

26 Наташа Петровић Томић, „Право осигурања“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2010, 190.

27 Упор. чл. 18 ст. 1 ЗООС и чл. 3 ст. 1 Кодификоване директиве.

28 Berislav Matejević, „Pojam upotrebe vozila i otvaranje vrata parkiranog vozila“, *Edusinfo tehnologija*, 2018. Доступно на адреси: <http://www.edusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=36327>, 20. 4. 2019.

да национални правни системи одреде значење наведеног појма. Према схватању тог суда, ради уједначене примене комунитарног права у целој Европској унији, појмови из комунитарних прописа, кад год ти прописи изричито не упућују на националне правне системе, тумаче се на аутономан и уједначен начин.²⁹

Проблем који постоји због тога што у пропису Европске уније није дефинисан појам употребе моторног возила, ескалирао је у предмету Суда правде Европске уније C-162/13 *Damijan Vnuk vs Zavarovalnica Triglav d.d.*³⁰ У том предмету сукобили су се уже и шире тумачење појма употреба моторног возила. По ужем схватању, које је заступало осигуравајуће друштво – *Zavarovalnica Triglav d.d.*, штета настала услед употребе моторног возила може бити само штета која је настала у саобраћајној незгоди. Последица ужег схватања је да осигуравач, на основу уговора о осигурању од аутоодговорности, може бити обавезан да накнади само штету насталу у саобраћајној незгоди. По ширем схватању, које више одговара оштећеном лицу, обавезно осигурање моторних возила покрива сваку штету насталу услед употребе или функционисања возила, без обзира на чињеницу да ли је штета проистекла из саобраћајне ситуације или не.³¹

Суд правде Европске уније још 1996. године у пресуди *Bernaldez* нагласио је да се приликом тумачења одредаба директива о обавезном осигурању моторних возила мора имати у виду да је циљ тих директива да омогуће накнаду штете које претрпе трећа лица.³² Европски суд, при-

29 Суд правде Европске уније, пресуда C-162/13 од 4. септембра 2014. године. Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0162&from=EN>, 19. 4. 2019. (даље: пресуда C-162/13) тач. 41–42, Суд правде Европске уније, пресуда C-514/16 од 28. новембра 2017. године. Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197180&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4327085>, 19. 4. 2019. (даље: пресуда C-514/16) тач. 31. Суд правде Европске уније, пресуда C-334/16 од 20. децембра 2017. године. Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198066&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=97861>, 19. 4. 2019. (даље: пресуда C-334/16), тач 35.

30 Nives Grubišić Đogić, „Direktive EU-a o obveznome osiguranju od građanske odgovornosti za štetu od motornih vozila u praksi suda EU-a“, *Zbornik radova: dani hrvatskog osiguranja 2015*, (ur. Marijan Ćurković i dr.), Zagreb, 2015, 76.

31 Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi, delivered on 26 February 2014, Case C-162/2013 *Damijan Vnuk vs Zavarovalnica Triglav d.d.* Доступно на адреси: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d50530e398f14249_dba-7b5a0113061ad65.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNqLe0?text=&docid=148241&pageIndex=0&doclanh=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=80709, 19. 4. 2018, тач. 26.

32 Суд правде Европске уније, пресуда C-129/94 од 28. марта 1996. године. Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99719&pageIndex=0&d>

ликом решавања правног питања у предмету *Vnuk*, пошао је од наведеног става утврђеног у предмету *Bernaldez*. Тај суд указао је и да развој комунитарних прописа из области обавезног осигурања потврђује да они теже широкој заштити оштећених лица. Суд правде Европске уније због тога даље закључује да европски законодавац под појмом употреба возила подразумева „сваку употребу возила која је у складу са уобичајеном функцијом тог возила“.³³

Цитирана пресуда проширила је покриће обавезног осигурања моторних возила на европском нивоу. То осигурање сада покрива штету која настане на било ком месту и приликом било које употребе моторног возила, под условом да је реч о употреби у складу са уобичајеном функцијом возила.³⁴

Широко тумачење појма употреба моторног возила, из пресуде С-162/13 *Vnuk vs Triglav*, потврђено је и у пресуди С-334/16. Суд правде Европске уније у пресуди С-334/16 констатовао је да „чл. 3, ст. 1 Кодификоване директиве треба тумачити на начин да у њему садржан појам употреба возила није ограничен само на ситуације из друмског саобраћаја ... него се односи на сваку употребу возила која је у складу с његовом уобичајеном функцијом.“³⁵ Цитиране пресуде европске правосудне институције несумњиво нас воде до закључка да штета која није настала у саобраћајној незгоди, ипак може бити покривена обавезним осигурањем моторних возила.

Суд правде Европске уније одступио је у извесној мери од најширег схватања појма употреба моторног возила из пресуде С-162/13 *Vnuk*. Тај суд у пресуди С-514/16 оценио је да појам употреба возила обухвата сваку употребу возила као превозног средства.³⁶ Због такве оцене европски суд у предмету С-514/16 утврдио је да појам употребе возила не обухвата ситуацију када је моторно возило (у конкретном случају то је био трактор) коришћено као погонско средство – извор кинетичке енергије за неки други уређај (у конкретном случају пумпе за прскање винограда хербицидом).³⁷

Изгледа да је Суд правде Европске уније значење појма употреба возила, па самим тим и опсег покрића обавезног осигурања мотор-

oclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4546357, тач. 18.

33 Пресуда С-162/13, тач. 51–52, 56, 59.

34 Nicholas Beaven, „Vnuk: End of the Road?“, *The Personal Injury Brief Update Law Journal*, октобар 2014. Доступно на адреси: <http://www.pibriefupdate.com/content/pibulj-sec/2711-vnuk-end-of-the-road-nicholas-bevan-solicitor-mediator-con-sultant-and-trainer>, 15. 2. 2019.

35 Пресуда С-334/16, тач. 28.

36 Пресуда С-514/16, тач. 34.

37 Пресуда С-514/16, изрека пресуде.

них возила, одредио на донекле другачији начин у пресуди С-162/13 и у пресуди С-514/16. Разлика се састоји у томе што појам употреба моторног возила, по схватању из пресуде С-162/13 подразумева „сваку употребу возила која је у складу с уобичајеном функцијом тог возила“, а по схватању из пресуде С-514/16 „сваку употребу возила као превозног средства“.³⁸ Наведена разлика може бити од утицаја у ситуацији када је штета проузрокована приликом обављања радова трактором.³⁹ Међутим, та разлика не изгледа битна у случају када је штета проузрокована отварањем врата на аутомобилу. И „употреба возила која је у складу са уобичајеном функцијом возила“ и „употреба возила као превозног средства“ подједнако подразумевају отварање врата на моторном возилу.

V Отварање врата на моторном возилу и осигуравајуће покриће у пракси Суда правде Европске уније

Суд правде Европске уније у предмету С-648/17 *BTA Baltic Insurance Company AS vs Baltijas Apdrošināšanas Nams AS* одлучивао је поводом оштећења на путничком аутомобилу, која су настала приликом отварања врата на другом аутомобилу паркираном на суседном паркингу месту. Странке у том поступку била су два осигуравајућа друштва из Летоније.

Дана 24. октобра 2008. године на паркингу једног супермаркета у Летонији, путник из једног аутомобила, приликом отварања задњих десних врата ударио је и оштетио аутомобил паркиран поред. Пошто је међу присутним лицима било неспорно како је дошло до штете, возачи су на лицу места попунили и потписали образац европског извештаја о саобраћајној незгоди. Власник оштећеног аутомобила имао је закључен уговор о добровољном осигурању тог аутомобила – каско осигурање, са осигуравајућим друштвом *BTA Baltic Insurance Company AS* (даље: осигуравајуће друштво *Baltic*). Осигуравајуће друштво *Baltic* по том основу исплатило је свом осигуранику износ од око 67 евра у летонској националној валути. Осигуравајуће друштво *Baltic* тиме се суброгирао у право на одштету власника оштећеног аутомобила. Због тога се обратило осигуравајућем друштву *Baltijas Apdrošināšanas Nams AS* (даље: осигуравајуће друштво *Baltijas*), које је закључило уговор о обавезном осигурању од аутоодговорности за аутомобил из кога је критичном приликом излазио штетник. *Baltijas* осигуравајуће друштво одбило је

38 Упор. пресуда С-162/13, тач. 59 и пресуда С-514/16, тач. 38.

39 В. Милош Радовановић, „Употреба трактора и осигуравајуће покриће“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2018, 336–342.

суброгацијски захтев осигуравајућег друштва *Baltic*, с образложењем да предметна штета није покривена обавезним осигурањем од одговорности власника моторних возила.⁴⁰

Суд правде Европске уније надлежан је за доношење претходних одлука о тумачењу аката институција, органа, служби или агенција Уније. Кад се такво питање постави у поступку пред судом државе чланице против чијих одлука домаћим правом није предвиђен правни лек, тај суд је дужан да се обрати Суду правде Европске уније.⁴¹

У току парнице између наведених осигуравајућих друштава, која је покренута пред надлежним судом у Риги, летонски Врховни суд (*Augstākātiesa*), на основу чл. 267 Уговора о функционисању Европске уније, обратио се европској правосудној институцији. Највиша судска инстанца Летонске Републике европском суду поставила је питање: „представља ли радња отварања врата паркираног возила употребу возила која је у складу са уобичајеном функцијом тог возила у смислу пресуде *Vnuk C-162/13* и да ли је због тога обухваћена појмом употреба возила“. Летонски суд образложио је да широка дефиниција употребе возила из пресуде *C-162/13* указује да би на то питање требало потврдно одговорити. Врховни суд Летоније питао је још да ли појам употребе возила из директива обухвата и случајеве када путник употребљава то возило. Додао је да директиве прописују осигурање од одговорности за штету од употребе возила, а да нису ограничене само на одговорност возача.⁴²

Суд правде Европске уније у разлозима пресуде *C-648/17 Baltic vs Baltijas* позвао се на свој раније утврђени став да појам употреба возила није ограничен само на ситуације из друмског саобраћаја, него да се односи на сваку употребу возила која је у складу са његовом уобичајеном функцијом. Отварање врата на моторном возилу омогућава улазак и излазак особа, или укрцај и истрцај ствари које су предмет превоза. Отварање врата на аутомобилу, како је то констатовао Суд правде Европске уније, због тога представља употребу моторног возила која је у складу с његовом функцијом превозног средства.⁴³

Чињеница да су возила у случају *Baltic vs Baltijas* била заустављена није од утицаја на постојање осигуравајућег покрића, „јер се врата обич-

40 Суд правде Европске уније, пресуда *C-648/17* од 15 новембра 2018. године. Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207786&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4555854>, 19. 4. 2019. (даље: пресуда *C-648/17*), тач. 15–19.

41 Уговор о функционисању Европске уније – пречишћен текст, *Службени листић Европске уније*, бр. 2016/С 202/01. чл. 267, ст. 1 и 3.

42 Пресуда *C-648/17*, тач. 23–28.

43 Пресуда *C-648/17*, тач. 34, 36, 44.

но и отварају када је возило заустављено“. Није била битна ни чињеница да је до конкретне штете дошло на паркингу. Уколико до штете дође када се аутомобил користи у складу са његовом уобичајеном функцијом као превозно средство, сматраће се да је штета настала услед употребе аутомобила без обзира на ком месту је наступио штетни догађај.⁴⁴

Суд правде Европске уније имао је у виду чињеницу да у конкретном случају штету није проузроковао возач, него путник из аутомобила осигураног од аутоодговорности код осигуравајућег друштва *Baltijas*.

Према схватању које је тај суд утврдио у пресуди *Churchill Insurance Company Limited C-442/10* од 1. децембра 2011. године, околност да је штету возилом проузроковало лице коме осигуравач од аутоодговорности није дозволио да користи возило, не може утицати на постојање осигуравајућег покрића.⁴⁵ У складу с тим схватањем Суд правде Европске уније у пресуди *C-648/17 Baltic vs Baltijas*, констатовао је да одредбе директива „покриће обавезног осигурања моторних возила не ограничавају на грађанскоправну одговорност одређене категорије особа, попут возача“ и да се „то осигурање односи на грађанскоправну одговорност која је последица не само вожње возилима него и њихове друге употребе и њихове употребе од стране особа које нису возачи.“ Употреба возила, по схватању Суда правде Европске уније, укључује и радње које уобичајено обављају и путници у аутомобилу.⁴⁶

Европски суд правде изреком пресуде *C-648/17* утврдио је да чл. 3. ст. 1. Прве директиве (који је идентичан чл. 3. ст. 1. Кодификоване директиве) „треба тумачити на начин да је појмом употреба возила из те одредбе обухваћена и ситуација у којој је путник возила паркираног на паркиралишту, отворивши врата тог возила, ударио и оштетио возило које је било паркирано поред њега.“⁴⁷

VI Отварање и затварање врата на моторном возилу и осигуравајуће покриће у упоредној судској пракси

Судови држава чланица Европске уније, пре пресуде *C-648/17 Baltic vs Baltijas*, нису једногласно сматрали да штета проузрокована при непажљивом отварању врата на путничком аутомобилу, мора бити

44 Пресуда *C-648/17*, тач. 38, 40.

45 Суд правде Европске уније, пресуда *C-442/10* од 1. децембра 2011. године, Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115801&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=378590>, 19. 4. 2019, тач. 44.

46 Пресуда *C-648/17*, тач. 41, 43–45.

47 Пресуда *C-648/17*, изрека пресуде.

покривена обавезним осигурањем од аутоодговорности. У литератури објављеној у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске наводи се случај из британске судске праксе у коме је путник, приликом отварања аутомобилских врата ударио и повредио пешака. Суд је у том предмету сматрао да штета није проузрокована употребом моторног возила у законском смислу, те да не постоји осигуравајуће покриће.⁴⁸

Новија енглеска литература, полазећи од комунитарних прописа Европске уније и схватања Суда правде Европске уније, критикује овакву и сличну праксу британских судова. „Последњих година постало је очигледно да је осигуравајућа заштита коју пружа правни оквир Уједињеног Краљевства, недовољна по захтевима права Европске уније.“⁴⁹ Судови Велике Британије, приликом примене националних прописа о обавезном осигурању моторних возила, морају имати у виду директиве Европске уније али и тумачење директива које је дао Суд правде Европске уније.⁵⁰

Врховни суд Републике Словеније (*Vrhovno sodišče Republike Slovenije*) у ревизијском предмету II Ips 407/2008 одлучивао је о штети проузрокованој затварањем врата на возилу. Накнаду штете у том предмету тражила је тужиља, сувозач на предњем седишту аутомобила осигураном код туженог осигуравајућег друштва. Тужиља се повредила приликом изласка из путничког аутомобила. Она се у критичном тренутку руком придржала за стуб између предњих и задњих врата. Тужиљина ћерка је истовремено излазила из возила, па је нагло затворила врата и прикљештила тужиљину шаку. Тужиља је задобила тешке телесне повреде. Њој је касније морао бити ампутиран кажипрст десне руке.⁵¹

Међу парничним странкама било је спорно да ли је штета покривена обавезним осигурањем од одговорности власника моторних возила, односно да ли је штета настала услед употребе возила. Словеначки

48 John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, London, 2010, 398.

49 James Marson, Katy Ferris, Alex Nicholson, „Irreconcilable differences? The Road Traffic Act and the European Motor Vehicle Insurance Directives“, *The Journal of Business Law*, бр. 1/2017. Доступно на адреси: <http://shura.shu.ac.uk/11069/1/Marsonirreconcilable.pdf>, 19. 4. 2019, 1.

50 N. Beaven, *On the infringements associated with the United Kingdom's transposition of European Council Directive 2009/103/EC of 1 September 2009 on motor insurance*, Doctoral dissertation at University of Exeter, 2016. Доступно на адреси: <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/27591/On%20the%20infringements%20associated%20with%20the%20United%20Kingdom.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 19. 4. 2019, 316.

51 Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba II Ips 407/2008. Доступно на адреси: [http://www.sodnapraksa.si/?q=id:65066&database=\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDSS\]=VDSS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%20C5%A1%C4%8Di&page=0&id=65066](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:65066&database=[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDSS]=VDSS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%20C5%A1%C4%8Di&page=0&id=65066), 19. 4. 2019.

ревизијски суд у образложењу пресуде II Ips 407/2008 од 5. новембра 2009. године констатовао је да „затварање врата јесте последња радња сваког превоза и да је неодвојиво повезана са изласком из возила.“ Конкретна штета због тога је, по оцени највише словеначке правосудне институције, „очито настала у типичној ситуацији употребе возила.“⁵²

Штета настала приликом отварања и затварања врата на аутомобилу и по схватању других судова Републике Словеније, може се квалификовати као штета услед употребе моторног возила. Виши суд у Љубљани (*Višje sodišče v Ljubljani*) другостепеном пресудом II Ср 1752/2015 од 24. јуна 2015. године одлучио је о основаности одштетног захтева малолетне тужиље, којој је мајка прикљештила прст задњим вратима на аутомобилу. Тужиља је у време штетног догађаја била стара свега три године. Њена мајка ју је критичном приликом поставила у дечије седиште на задњој клупи путничког аутомобила, с намером да се након тога њих две превезу до бакалнице. Када је затварала врата, мајка није приметила да је тужиља уметнула руку у врата, па јој је прикљештила прсте и проузроковала телесну повреду. Повређено дете, преко свог законског заступника, поднело је тужбу против осигуравача са којим је закључен уговор о обавезном осигурању од одговорности за предметни аутомобил.⁵³

Виши суд у Љубљени оценио је да отварање и затварање врата при изласку и уласку у моторно возило јесу радње нераскидиво повезане са употребом возила. Због тога је закључио да је штета, коју је претрпела малолетна тужиља, покривена осигурањем од аутоодговорности. Виши суд у Љубљани, полазећи од тог закључка, одлучио је да тужбени захтев треба усвојити.⁵⁴

VII Отварање и затварање врата на моторном возилу и осигуравајуће покриће у Србији

Аутор је за потребе овог рада спровео испитивање међу правницима практичарима, који се у Србији баве грађанским правом. Испитивањем је било обухваћено 40 правника са положеним правосудним испитом, из адвокатуре, правосуђа и запослених у осигурању.⁵⁵

52 Vrhovno sodišče Republike Slovenije, sodba II Ips 407/2008.

53 Višje sodišče v Ljubljani, sodba II Ср 1752/2015. Доступно на адреси: [http://www.sodnapraksa.si/?q=zapiranje&database\[SOVS\]=SO_VS&database\[IESP\]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=201508111384059](http://www.sodnapraksa.si/?q=zapiranje&database[SOVS]=SO_VS&database[IESP]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=20&page=0&id=201508111384059), 19. 4. 2019.

54 Višje sodišče v Ljubljani, sodba II Ср 1752/2015.

55 Име, презиме, занимање и телефонски број сваког испитатника познати су аутору и евидентирани су у записнику о спровођењу испитивања од 2. маја 2019. године, који се чува у личној архиви аутора.

Форма испитивања била је структурирани интервју.⁵⁶ Аутор пре добијања одговора на постављена питања, ни једног испитаника није упознао са својим ставом, а ни са разлозима због којих би штета проузрокована отварањем и затварањем врата моторног возила требало да буде покривена обавезним осигурањем.

Интервју се састојао од два питања. Питања су била тако формулисана да омогућавају поређење схватања правника из Републике Србије са ставовима упоредне, односно европске судске праксе. Прво питање гласило је: „да ли је штета, проузрокована тако што врата једног аутомобила, приликом отварања ради уласка и изласка ударе у други аутомобил који је паркиран поред, покривена осигурањем од аутоодговорности“. Друго питање било је: „да ли је штета услед повреда, које настану тако што једној особи друга особа, приликом уласка или изласка из аутомобила, прикљешти руку аутомобилским вратима, покривена обавезним осигурањем од аутоодговорности“. Понуђени одговори били су „покривено је осигурањем од аутоодговорности“ и „није покривено осигурањем од аутоодговорности“.

Од 40 испитаника њих 16 сматрало је да обавезним осигурањем од аутоодговорности јесу покривене и штета проузрокована тако што врата једног аутомобила, приликом отварања ради уласка или изласка ударе у други аутомобил који је паркиран поред, и штета услед повреда које настану тако што једној особи друга особа, приликом уласка или изласка из аутомобила, прикљешти руку аутомобилским вратима. Десеторо испитаника одговорило је да штета на другом аутомобилу, проузрокована отварањем врата, јесте покривена обавезним осигурањем, али да штета која настане када се некоме рука прикљешти аутомобилским вратима, није покривена обавезним осигурањем. Десеторо испитаника сматра да штета проузрокована отварањем врата на аутомобилу у стању мировања, није покривена обавезним осигурањем, било да се ради о штети на другом аутомобилу који је такође паркиран, било да се ради о штети коју претрпи повређено лице из аутомобила коме су врата прикљештила руку. Четири испитаника је при ставу да штета на другом паркираном аутомобилу није покривена обавезним осигурањем, а да је штета нанета прикљештењем руке у врата путничког аутомобила покривена обавезним осигурањем.⁵⁷

Само једна четвртина правника обухваћених испитивањем сматра да се штета, проузрокована ударцем врата паркираног возила у друго

56 Структурирани интервју је техника усменог прикупљања података, код кога се унапред формулисана питања по истом редоследу и на исти начин постављају свим испитаницима. В. Саша Бован, *Основи социологије и социологије љубави*, Београд, 2008, 27.

57 Записник о прикупљању података испитивањем, спроведеним 2. маја 2019. године.

паркирано возило, и штета проузрокована прикљештењем руке у врата путничког аутомобила, никако не могу накнадити по основу осигурања од аутоодговорности. Знатно више њих сматра да је у оба случаја штета покривена обавезним осигурањем моторног возила. Ако узмемо у обзир и 14 испитаника који су на прво и друго питање дали различите одговоре, можемо констатовати да су правници, који искључују обавезу осигуравача од аутоодговорности да накнади штету проузроковану отварањем или затварањем врата на паркираном аутомобилу, у изразитој мањини.

Чињеница да се већина испитаника, које је аутор сам одабрао и интервјуисао, слаже са хипотезом коју аутор заступа, не потврђује истинитост те хипотезе. Међутим, резултати ауторовог испитивања путем структурираног интервјуа, указују да став Суда правде Европске уније и словеначке судске праксе, који су изложени у овом раду, нису сувише удаљени од схватања домаћих правника. Под претпоставком да је ауторов узорак репрезентативан, може се рећи да у већини случајева искусни домаћи правници сматрају да је штета проузрокована отварањем или затварањем врата на путничком аутомобилу, покривена обавезним осигурањем.

Штета проузрокована отварањем или затварањем врата на моторном возилу и по актуелној пракси судова Републике Србије, некада може бити покривена осигурањем од аутоодговорности. То је пре свега случај код аутобуса. Домаћа судска пракса сматра да штета, која настане тако што врата заустављеног аутобуса приликом отварања и затварања на стајалишту, повреде неког путника, јесте покривена осигурањем од аутоодговорности. Пример такве праксе је пресуда Апелационог суда у Београду Гж. 61/17 од 7. јуна 2017. године. Београдски апелациони суд наведеном пресудом потврдио је првостепену пресуду, којом је осигуравајућа организација обавезана на накнаду нематеријалне штете настале приликом отварања врата на аутобусу.

Лице из паркираног аутомобила отварањем врата може ометати кретање других учесника у саобраћају на коловозу. Та радња може и да угрози безбедност јавног саобраћаја. У ситуацији када се отварањем врата на возилу угрожава безбедност саобраћаја, по саобраћајном пропису није дозвољено да се врата отворе, без обзира што је возило заустављено или паркирано.⁵⁸ Отварањем врата у таквој ситуацији може се проузроковати саобраћајна незгода. Апелациони суд у Новом Саду пресудом Гж. 1191/18 од 13. септембра 2018. године, окончао је парнични поступак покренут поводом такве саобраћајне незгоде. У том поступку утврђено је да је лице из паркираног аутомобила отварањем

58 ЗОБС, чл. 65 ст. 2.

врата ометало кретање бициклисте по коловозу, што је даље проузроковало саобраћајну незгоду и повреде бициклисте – тужиоца у парници. Осигуравајућа организација, тужена у предметној парници, обавезана је да накнади тужиочеву штету, као штету насталу услед употребе наведеног паркираног аутомобила.

VIII Закључак

Појам употреба моторног возила, за разлику од појма моторног возила, није дефинисан ни у пропису Европске уније ни у домаћем закону. Значење појма употреба моторног возила формира се кроз судску праксу. Суд правде Европске уније донео је серију пресуда које имају велику важност за утврђивање значења појма употреба моторног возила, па тиме и за обима покрића обавезног осигурања од аутоодговорности. Према пресудама из те серије, обавезним осигурањем од одговорности требало би да буде покривена свака штета настала услед употребе возила која је у складу с његовом уобичајеном функцијом, односно штета настала услед употребе возила као превозног средства.

Отварање врата на моторном возилу неопходно је ради изласка и уласка особа, или укрцаја и искрцаја ствари које су предмет превоза. Сваком превозу моторним возилом, по природи ствари претходи отварање и затварање његових врата. Такође, након извршеног превоза обично следи затварање врата на моторном возилу. Отварање и затварање врата нераскидиво су повезани са уобичајеном функцијом моторног возила и употребом моторног возила као превозног средства. Суд правде Европске уније због тога је у пресуди *C-648/17 Baltic vs Baltijas* јасно одредио да је штета, која настане када врата једног паркираног аутомобила ударе у друго паркирано возило, покривена обавезним осигурањем од аутоодговорности.

Словеначки судови су и пре доношења наведене пресуде европске правосудне институције, сматрали да штета проузрокована приликом затварања врата на путничком аутомобилу јесте штета услед употребе моторног возила. По словеначкој судској пракси за такву штету одговара осигуравач од аутоодговорности.

Схватање на коме се заснива наведена пресуда Суда правде Европске уније и описана пракса словеначких судова, није неприхватљива за домаће правнике. Испитивање које је обавио аутор за потребе овог рада, указује да се искусни правници који се у Србији баве грађанским правом, углавном слажу са описаним ставовима упоредне и европске судске праксе.

Штетна последице, чији су узрок врата на возилу, у актуелној домаћој судској пракси некада може бити надокнађена по основу осигурања од аутоодговорности. То ће бити случај када су повреде настале при отварању и затварању аутобуских врата, а и када се отварањем врата на путничком аутомобилу изазове саобраћајна незгода.

Пракса наших судова није затворена за евентуална унапређења и усклађивања са европским правом, односно европском судском праксом. Напротив, актуелна судска пракса и схватања домаћих правника, могу представљати полазиште за даље унапређење.

Унапређење и усклађивање, бар о овом питању, може се постићи без драстичних измена и револуционарних промена. Кључни корак напред за нашу судску праксу јесте констатација да су отварање и затварање врата на моторном возилу пре намераваног превоза и након извршеног превоза, нераскидиво повезани са употребом моторног возила. Након те констатације нужно се долази до закључка да су отварање и затварање врата обухваћени појмом употреба моторног возила, па да је због тога и штета која настане при отварању и затварању врата покривена обавезним осигурањем од аутоодговорности.

Miloš RADOVANOVIĆ, Ph.D. Candidate
Legal Advisor in Association of Serbian Insurers

DOOR OF A MOTOR VEHICLE AND INSURANCE COVERAGE

Summary

Court of Justice of the European Union and comparative case law have declared their viewpoint on question does compulsory motor liability insurance cover damage caused by opening or closing a door of a motor vehicle. Author in this paper supports the standpoint that damage caused on that way in Serbia should be covered by compulsory motor liability insurance. The fact that opening and closing a door of a motor vehicle regularly precede transportation, and that after transportation normally succeed closing a door of the motor vehicle, is the basis for the author's standpoint. Opening and closing a door of a motor vehicle is firmly connected with the use of vehicle.

Additional argument for author's viewpoint is comparative case law and case law of the Court of the Justice of the European Union. Harmonization of domestic law with European Union law requires from Serbian courts to interpret provisions of law on similar way as member states' courts and Court of Justice of the European Union.

Author, bearing in mind actual practice of Serbian courts and opinion of the lawyers from Serbia, points out that it is possible to harmonize Serbian case law on this topic with European case law, without drastic changes.

Key words: *insurance, motor liability insurance, use of motor vehicle, Court of Justice of European Union.*

Амина КАЈЕВИЋ

студент докторских студија Правног факултета Универзитета
у Београду

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ РЕВИЗОРА – ГДЕ СУ ГРАНИЦЕ?*

Резиме

Једно од најконтираверзнијих питања у области грађанскоправне одговорности ревизора је питање ограничавања те одговорности. Актуелизовање овог питања је подстиакнуто одишејним захтевима који се упућују ревизорским кућама а који досижу цифре и од пар стотина милиона америчких долара. Овакви одишејни захтеви се упућују ревизорским кућама већ деценијама уназад, међушим, у последње две деценије су свечешћи и већи. Ово је разлој збој чеја постоји бојазан да ће неки од представника „велике четворке“ пресити да постоји, што би мојло да доведе до додатној моноолизовања ревизорској тржишћа. Поред анализирања појма ревизије као и указивања на њен значај у једном правном систему, у овом раду ће бити дејалније сајледани мојући начини ограничавања одговорности ревизора који се предлажу у правној теорији и који су имплементирани у ујоредном праву али и нејативне послице које би ограничавање одговорности ревизора мојло проузроковати на тржишту ревизорских услуга.

Кључне речи: ревизија, одговорности ревизора, ограничавање одговорности ревизора.

* Чланак представља део мастер рада писаног на тему „Одговорност ревизора за проузроковану штету“.

І Појам и значај ревизије

1. Појам ревизије

Упркос томе што се термин ревизија врло често употребљава у свакодневној комуникацији, чини се да је неопходно овај израз прецизно дефинисати и на тај начин спречити забуне до којих би могло да дође екстензивним тумачењем овог појма. Реч ревизија потиче од латинске речи *revisio*, *revidere* што на српском језику значи поновно виђење, поновно гледање, преглед. Стога, етимолошки посматрано, ревизија представља поступак поновног гледања. У енглеском језику се за означавање ревизије користи реч *audit* која је такође преузета из латинског језика (лат. *audio*, *audire*), а која на латинском језику значи слушање. Разлог за употребу овог термина у енглеском језику је то што су у старом Риму ревизори слушали пореске обвезнике када су давали јавне изјаве у вези са резултатима њиховог пословања приликом утврђивања пореске обавезе.¹

Најадекватнија и најшире прихваћена дефиниција ревизије је дефиниција Америчког савеза рачуновођа према којој поступак ревизије представља „систематски процес објективног прибављања и процењивања доказа у вези са тврдњама о пословним активностима и догађајима, да би се утврдио степен поклапања између тих тврдњи и установљених критеријума и да би се резултати саопштили заинтересованим корисницима.“² Из овакве дефиниције се може извести неколико закључака о процесу ревизије. Прво, ревизија представља систематски процес. Ревизија је систематски процес зато што је током спровођења ревизије неопходно држати се унапред осмишљеног и структурираног плана. План ревизије мора да садржи неопходне тестове и процедуре помоћу којих ће ревизор доћи до закључка да ли је финансијски извештај састављен у складу са општеприхваћеним рачуноводственим принципима. Ревизија треба да буде планирана и структурирана на такав начин да они који је врше могу у потпуности испитати и анализирати све важне доказе.³ Друго, суштину процеса ревизије представља објективно прибављање и процењивање доказа.⁴ Треће, предмет ревизије су тврдње о пословним активностима и догађајима али и сам рачуновод-

1 Rick Hayes *et al.*, *Principles of auditing: An Introduction to International Standards on Auditing*, 2nd edition, Pearson Education Limited, 2005, 2.

2 Auditing Concepts Committee, „Report of the Committee on Basic Auditing Concept“, *The Accounting Review*, Nr. 47/1972, 18.

3 R. Hayes *et al.*, 11.

4 Auditing Concepts Committee, 18.

ствени процес.⁵ Оно што повезује пословне активности и догађаје са тврдњама наведеним у финансијском извештају је рачуноводствени процес. Рачуноводствени процес представља начин на који су одређене пословне активности и догађаји изнети у финансијским извештајима. Процењивањем доказа ревизор треба да дође до закључка у којој мери се тврдње наведене у финансијским извештајима поклапају са установљеним рачуноводственим критеријумима. На крају, дефиниција садржи и циљ спровођења поступка ревизије – саопштавање резултата ревизије крајњим корисницима. Сврха поступка ревизије је да осигура да управа друштва поштено и истинито приказује стање друштва у финансијским извештајима и да се на тај начин финансијским извештајима повећа кредибилитет.

Одговорност ревизора може бити трострука: казненоправна одговорност (ова одговорност постоји уколико суд у кривичном поступку утврди да је ревизор приликом вршења своје делатности извршио кривично дело), професионална одговорност (ову одговорност утврђује Комора овлашћених ревизора у поступку стручног надзора) и грађанскоправна одговорност (ово је одговорност за проузроковану штету која настане вршењем ревизорске делатности и утврђује се у парничном поступку). С обзиром на то да је тема овог рада анализа ограничавања грађанскоправне одговорности ревизора, под одговорношћу у даљем тексту ће се подразумевати грађанскоправна одговорност.

2. Значај ревизије

Пре више од тридесет година истакнути амерички професор Роберт Мауц је приметио да „свет који познајемо не може да функционише без ревизора и ревизије, ништа више него што не може без доктора, адвоката, законодаваца или метеоролога“.⁶ Професор Мауц аргументује незаменљивост ревизора и рачуновођа у једном економском систему указујући на хаос који би се догодио у случају када би све рачуновође и ревизори одлучили да се једног дана не појаве на послу.⁷ Чини се да је од тада, услед додатног усложњавања економских односа, ревизија још више добила на значају и да би данас било незамисливо нормално функционисање привреде без ревизије. Данас је извештај ревизора од великог значаја за упознавање инвеститора са финансијским стањем

5 Auditing Concepts Committee, 18.

6 Robert Mautz, „Editorial: Expectations: Reasonable or Ridiculous?“, *Accounting Horizons*, Nr. 1-12/1987, 119.

7 R. Mautz, 119.

друштва, као и за омогућавање инвеститорима да донесу информисану одлуку о својим инвестицијама. Према томе, може се рећи да је ревизија један од носећих стубова поверења у финансијски систем.

Који су то разлози због којих је ревизија постала толико неопходна у пословању? Издваја се неколико разлога због којих ревидирање финансијских извештаја постаје неопходно.⁸ Пре свега, када корисник извештаја предвиђа постојање стварног или потенцијалног конфликта интереса између њега и лица које је тај извештај саставило, може да посумња да је лице приликом састављања извештаја било пристрасно, тј. да га је саставило тако да одговара његовом личном интересу а не у интересу корисника извештаја. Овај проблем представља само део много ширег проблема корпоративног управљања који се назива први агенцијски проблем.⁹ Када извршава послове у име и за рачун принципала, управа друштва се налази у предности у односу на власнике због феномена информационе асиметрије. При томе, управа ће бити заинтересована да свој рад представи у што бољем светлу у самом извештају јер ће на тај начин осигурати своју позицију у друштву. У таквој ситуацији се ревизија финансијских извештаја, односно спољни надзор, јавља као један од инструмената за решавање овог проблема.¹⁰

Затим, други разлог услед кога се увећава потреба за вршењем ревизије су економске последице одлука које корисници финансијских извештаја на основу тих извештаја доносе. Што су значајније одлуке које корисници доносе на основу финансијских извештаја, то су корисници спремнији да издвоје већа средства ради проверавања истинитости информација које финансијски извештаји садрже. Стога, корисници су спремни да издвоје додатна средства како би се уверили да комуникациони процес није био пристрасан, обмањујући или непотпун.

Трећи разлог који доприноси значају ревизије јесте комплексност информација које су садржане у финансијском извештају. За обичног корисника финансијских извештаја, који не поседује стручно знање, веома је тешко да процењује веродостојност информација наведених у финансијском извештају јер врло често није у стању ни да их разуме. Спровођење ревизије решава овај проблем јер се она спроводи од стране компетентног лица које је обучено да разуме све сложене трансакције и рачуноводствене поступке.

Удаљеност између извора информација и корисника финансијских извештаја је још један од разлога због чега расте потреба за ревидирањем

8 Auditing Concepts Committee, 26.

9 Више о првом агенцијском проблему вид.: Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – Избране теме*, Београд, 2013, 83–84.

10 О стратегијама за решавање првог агенцијског проблема вид.: М. Васиљевић, 85–90.

финансијских извештаја. Удаљеност може бити физичка (уколико је лице географски удаљено од извора), правна (када лице нема правних могућности да приступи извору информације) или до удаљености може доћи јер се кориснику не исплати да троши време и новац да сам проверава информације.

II Ограничавање грађанскоправне одговорности ревизора

1. Тренд ограничавања грађанскоправне одговорности ревизора

Једно од најакутелнијих питања у области грађанскоправне одговорности ревизора је ограничавање те одговорности. До акутелизовања овог питања је дошло због одштетних захтева који се упућују ревизорским кућама а који достижу цифре и од пар стотина милиона америчких долара. Овакви одштетни захтеви се упућују ревизорским кућама већ деценијама уназад, међутим, у последње две деценије су све чешћи и већи.¹¹ На пример, ревизорска кућа *Deloitte & Touche LLP* је у фебруару 2018. године пристала да плати 149,5 милиона долара Сједињим Америчким Државама због неуспешне ревизије финансијских извештаја компаније *Taylor, Bean & Whitaker Mortgage Corp.* којом је нанела штету пореским обвезницима те државе.¹² *Pricewaterhouse Coopers* се у марту 2019. године нагодио за чак 335 милиона долара са Федералном корпорацијом за осигурање депозита и на тај начин избегао плаћање 625,3 милиона долара, колико му је суд првобитно наложио да плати.¹³

Ово је разлог због чега постоји бојазан да ће неки од представника „велике четворке“ престати да постоји, што би довело до додатног монополизовања ревизорског тржишта.¹⁴ То не би био први пут да једна од великих ревизорских кућа престане да постоји. Наиме, од формирања

11 Више о акутелним судским поступцима за накнаду штете „велике четворке“ вид.: „Court actions against Deloitte, EY, KPMG and PwC“, *Financial Review*, 10. 7. 2019, доступно на адреси: <https://www.afr.com/business/accounting/court-actions-against-deloitte-ey-kpmg-and-pwc-20190404-p51avg> 3. 8. 2019.

12 „Deloitte & Touche Agrees to Pay \$149.5 Million to Settle Claims Arising From Its Audits of Failed Mortgage Lender Taylor, Bean & Whitaker“, *Department of Justice Office of Public Affairs*, 28.02.2018., доступно на адреси: <https://www.justice.gov/opa/pr/deloitte-touche-agrees-pay-1495-million-settle-claims-arising-its-audits-failed-mortgage> 3. 8. 2019.

13 „PwC to Pay \$335 Million in Settlement Over Audits of Failed Bank“, *Bloomberg*, 15.03.2019., доступно на адреси: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-15/pwc-to-pay-335-million-in-settlement-over-audits-of-failed-bank> 13. 8. 2019.

14 Спекулише се о настанку тзв. „велике тројке“. Више о томе вид.: Lee Roach, „Auditor liability: The case for limitation“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1754711 8. 8. 2019.

ревизорског тржишта број великих ревизорских кућа се константно смањивао што је резултирало стварањем тржишта које се може квалификовати као олигопол. До тога је дошло спајањем постојећих ревизорских кућа али и нестанком једне од њих. Од настанка тржишта оно је дуго времена било подељено између осам великих ревизорских кућа, тзв. „велика осмица“ (енгл. *Big Eight*).¹⁵ Међутим, „велика осмица“ је постала „велика шестица“ (енгл. *Big Six*) након што су 1989. године спроведена два спајања.¹⁶ Последње спајање је спроведено 1998. године и довело је до настанка „велике петице“ (енгл. *Big Five*).¹⁷ За разлику од претходних редукција, „велика четворка“ не нестаје спајањем већ банкротом једне од ревизорских кућа, *Arthur Andersen*-а. Због тога се покушава предупредити евентуални нестанак неког од представника „велике четворке“ јер би у том случају ревизорско тржиште дефинитивно попримило све карактеристике монополског тржишта.

Ограничавање одговорности ревизора се представља као инструмент за спречавање таквог развоја догађаја. Штавише, наводи се да ограничавање одговорности ревизора може бити корисно за демонополизацију ревизорског тржишта јер би се на тај начин охрабриле ревизорске куће мале и средње величине да уђу у трку за освајање тржишта. Такође, сматра се да би се повећањем конкуренције увођењем нових субјеката на тржиште побољшао и квалитет ревизорских услуга. Поред тога, као аргумент за увођење ограничења одговорности се наводи и то да, у окружењу већ поменутих одштетних захтева, професионално осигурање ревизора постаје све скупље.

Из ових разлога Европска комисија је 2008. године Препоруку о ограничавању грађанскоправне одговорности ревизора и ревизорских кућа (у даљем тексту: „*Прејорука*“)¹⁸ којом предлаже више метода ограничавања одговорности ревизора. Одредбе о ограничавању одговорности ревизора за штету већ постоје у немачком праву, у ком су усвојене Трговачким закоником 1931. године. У Великој Британији могућност ограничавања одговорности ревизора је уведена Компанијским законом из 2006. године.

15 *Arthur Andersen, Arthur Young, Coopers and Lybrand, Deloitte Haskins & Sells, Ernst & Whinney, Peat Marwick Mitchell* (садашњи КИМГ), *Price Waterhouse, Touche Ross*.

16 *Ernst & Whinney* се спојио са *Arthur Young*-ом чиме је настала ревизорска кућа *Ernst & Young*. *Deloitte, Haskins & Sells* се спојио са *Touche Ross*-ом формирајући тако ревизорску кућу *Deloitte & Touche*.

17 *Price Waterhouse* се спојио са *Coopers & Lybrand*-ом у *Price water house Coopers*.

18 EC Recommendation 2008/473/EC concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms, *Official Journal*, L 162/39, 21. 6. 2008.

2. Препорука Европске комисије о ограничавању грађанскоправне одговорности ревизора и ревизорских кућа

Европска комисија је, након спроведеног истраживања, 2008. године објавила Препоруку. Иако препорука као правни акт нема обавезујући карактер, политички значај ове конкретне Препоруке не треба занемарити.¹⁹ У Препоруци се наглашава значај ревизије за стабилно функционисање тржишта капитала. Констатује се постојање веома малог броја ревизорских кућа које су способне да спроводе ревизију финансијских извештаја друштава чијим се вредносницама тргује на регулисаним тржиштима држава чланица. Због све веће нестабилности тржишта увећавају се ризици одговорности, што поскупљује осигурање и чини га мање доступним ревизорским кућама средње и мале величине. Сматра се да би ограничавање одговорности ревизора и ревизорских кућа које спроводе ревизију јавних друштава решило ове проблеме. Стварање компетативнијег тржишта ревизорских услуга је основни циљ који би требало постићи ограничавањем одговорности ревизора. Уколико се одлуче да ограниче одговорност ревизора, државама чланицама се препушта да саме одлуче на који ће начин то урадити. Ограничавање одговорности ревизора се примењује како у односу на компанију чији су финансијски извештаји предмет ревизије, тако и у односу на било које треће лице које по националном праву има право подношења тужбе за накнаду штете.

Могући начини ограничавања одговорности ревизора који су предложени у Препоруци су: ограничавање одговорности ревизора путем максималног износа, прописивање пропорционалне одговорности уместо солидарне и ограничавање одговорности ревизора путем уговора са друштвом чији су финансијски извештаји предмет ревизије. Такође, ови модалитети ограничавања одговорности ревизора су предмет дискусије у правној теорији те ће стога бити детаљније анализирани у наставку.

19 Правни основ за објављивање Препоруке се налази у члану 31 Нове Осме директиве, што значи да она суштински употпуњава овај члан. Directive 2006/43/EC of The European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/ 660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC.

III Модалитети ограничавања одговорности

1. Ограничавање одговорности ревизора путем максималног износа

Постоји више модалитета ограничавања одговорности ревизора путем максималног износа.²⁰ Прво, могуће је ограничавање одређивањем једног фиксног износа. Овакав вид ограничавања постоји у Немачкој од 1931. године. Међутим, ограничавање одговорности ревизора у Немачкој је настало као последица специфичних околности немачког система корпоративног управљања.

У немачком систему корпоративног управљања фокус је на унутрашњој контроли коју врши надзорни одбор друштва. Извештај ревизора је значајан најпре за надзорни одбор, у коме се налазе представници свих интересних група. Неке информације о раду управе друштва је довољно да знају чланови надзорног одбора и врло често није потребно да се јавно саопштавају, самим тим је и одговорност ревизора према јавности значајно умањена.²¹ Затим, не треба занемарити улогу и утицај немачких банака. Немачка привреда је већински кредитирана од стране банака. Немачке банке врло често имају блиске односе са својим клијентима тако да приликом информисања о пословању друштва, извештај ревизора не фигурира као главни извор информисања већ постоје други начини на које банке долазе до поузданијих информација о пословању одређеног друштва. На пример, банке често имају свог представника у надзорном одбору друштва и на тај начин остварују непосреднију контролу над својим дужником него што то чине банке у другим правним системима. Осим што су кредитори, банке су неретко и власници компанија које кредитирају. Стога, јасно је да не постоји потреба заштите банака прописивањем неограничене одговорности ревизора. У немачком праву, када се испуне услови који су прописани за заснивање одговорности ревизора према друштву чији су финансијски извештаји били предмет ревизије, висина накнаде штете која се може пресудити је ограничена на милион евра односно на четири милиона евра уколико је клијент јавно друштво. Оваква ограничења производе правно дејство и уколико је ревизор поступао са грубом непажњом. Према томе, одредбе о ограничењу одговорности ће бити искључене само ако је ревизор поступао са намером да нанесе штету. Међутим,

20 Auditors' liability: Commission consults on possible reform of liability rules in the EU, Брисел, 18. 1. 2007, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-60_en.htm?locale=en 27. 3. 2019.

21 О разлозима увођења ограничења вид.: Reiner Quick, „The legal liability of auditors in Germany“, *The European Accounting Review*, Nr. 5-3/1996, 517.

како је доказивање намере ревизора изузетно тешко, скоро па немогуће, одредбе о ограничењу одговорности ће се примењивати у највећем броју случајева. Уколико је ревизор обављао више ревизија за једног клијента а нанео нову штету приликом сваке од њих, одредбе о ограничењу производе дејство за сваку појединачно.

Овај модалитет би био најпогоднији за постизање хармонизације на нивоу Европске уније јер би се на овај начин могао прописати један износ који би важио у свим државама чланицама. Међутим, унификован приступ не може одговорати свим државама чланицама.²² Грађанскоправна одговорност је различито уређена у државама чланицама и један износ не би био прикладан за велики број различитих правних и фактичких околности које постоје широм Европске уније. Поред тога, у многим државама чланицама једино законито ограничење одговорности представља висина штете која је учињена, без обзира на то ко је лице које је штету учинило. Уколико би се и постигао договор о једном фиксном износу на нивоу Европске уније, поставља се питање колико би такво ограничење могло да послужи постизању сврхе која се ограничавањем одговорности ревизора жели постићи, а то је смањивање концентрације тржишта и побољшање квалитета ревизије. Ако претпоставимо да је постављени фиксни износ низак, смањили би се подстицаји великим ревизорским кућама да пружају квалитетне услуге ревизије. Супротно, уколико је постављени фиксни износ висок, неће се заштити ревизорске куће средње величине од високих одштетних захтева и самим тим неће се остварити циљ, који се огледа у њиховом подстицању да уђу у трку за освајање тржишта. Приликом одређивања фиксног износа треба успоставити баланс између ова два интереса, што није нимало лак задатак.

Други начин одређивања максималног износа је ограничавање према величини друштва чији су финансијски извештаји предмет ревизије, рачунањем њене вредности на тржишту. Сматра се да је овај начин ограничавања супериорнији од претходног.²³ Ипак, примена овог метода

22 Комесар за унутрашње тржиште Чарли МекКрив (*Charlie McCreevy*) поводом отварања јавне расправе је изјавио: „Постоји тренд пораста судских спорова против ревизора, али они често не могу добити довољно осигурања за покриће ризика. Дакле, постоји реална опасност да се неко од представника „велике четворке“ суочи са тужбом која може да угрози њихово постојање. Постоје многи начини за побољшање ове ситуације: неке државе чланице су већ ограничиле одговорност ревизора, док друге уводе пропорционалну одговорност у комбинацији са неким ограничењима о томе ко може тужити ревизоре. Вероватно не постоји приступ који одговара свима. „Auditors’ liability: Commission consults on possible reform of liability rules in the EU“, Брисел, 18.01.2007., доступно на адреси: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-60_en.htm?locale=en 27. 3. 2019.

23 Walter Doralt *et al.*, „Auditors’ liability and its impact on the European financial markets“, *Cambridge Law Journal*, Nr. 67-1/2008, 64.

би несумњиво изродила проблеме друге врсте. За почетак, тржишна вредност друштва је детерминанта која је веома променљива. Вредност друштва се може драстично променити од момента када се ревизија врши до тренутка подизања тужбе.²⁴ Стога, било би неопходно одредити који тренутак је релевантан за одређивање ограничења. Потешкоће би настале код одређивања ограничења код компанија чијим се акцијама не тргује јавно.²⁵ У тим случајевима би морала бити установљена посебна правила путем којих би се утврдила вредност компаније, што би довело до постојања два паралелна система ограничавања одговорности.²⁶

Затим, трећи начин одређивања максималног износа је путем накнаде коју ревизор прими за обављање ревизије. Применом овог метода, ограничење би представљало одређени вишеструки износ накнаде коју ревизор наплати друштву чије финансијске извештаје ревидира. Ни овај модалитет није без мана. Уколико би се установило овакво правило, било би за очекивати да дође до вештачког снижавања цена ревизије. Снижавање цена ревизорских услуга би довело до пада квалитета ревизије, што би као крајњи резултат могло да има смањено поверење инвеститора на тржишту капитала. Као могуће решење је предложено да се приликом одређивања ограничења одговорности ревизора за мултиплицирање не користи накнада која је наплаћена за услуге ревизије, већ да се мултиплицира накнада коју је ревизор или организациона јединица у мрежи којој припада примио за све услуге које је пружио клијенту.²⁷ Међутим, имајући у виду да данас већина правних система забрањује ревизорским кућама истовремено пружање ревизорских и консултантских услуга, предложено решење не решава проблем.

2. Ограничавање одговорности ревизора путем уговора

Ограничавање одговорности ревизора путем уговора са друштвом чији су финансијски извештаји предмет ревизије је метод ограничавања који је усвојен у праву Велике Британије и то Компанијским законом из 2006. године.²⁸ Према британском Комапнијском закону, уговор о ограничавању одговорности ревизора мора одобрити скупштина друш-

24 Stephanie Spell, „Capping Auditor Liability: Unsuitable Fiscal Policy in Our Current Financial Crisis“, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, Nr. 4-2/2010, 346.

25 S. Spell, 346.

26 Овакав начин одређивања максималног износа је примењен у Аустрији. W. Doralt *et al.*, 65.

27 W. Doralt *et al.*, 65.

28 Британски Компанијски закон дефинише уговор о ограничавању одговорности ревизора на следећи начин:

тва²⁹ и њиме се не сме ограничити обештећење друштва више него што је то „фер и правично“. ³⁰ Странке су слободне да изаберу метод ограничавања, тако да одговорност ревизора може бити ограничена методом пропорционалне одговорности или путем максималног износа. Законом је прописана обавеза објављивања овог уговора. ³¹

Овакав вид ограничавања одговорности ревизора је прихватљив у Великој Британији јер је у складу са британским прецедентним правом. Наиме, одлуком у случају *Caparo*³² установљено је правило према ком ревизор може бити одговоран за штету само друштву али не и трећим лицима осим уколико се докаже постајање „специјалног односа“. С обзиром на то да су услови који су постављени за примену тог изузетка веома тешко доказиви, у већини случајева ревизор неће одговарати трећим лицима за штету. Самим тим је могуће ограничити одговорност ревизора уговором који ће закључити са друштвом тј. својим клијентом. Уговорно ограничавање одговорности ревизора не би било ефикасно решење за законодавства која не отежавају заснивање одговорности ревизора према трећим лицима тј. за оне правне системе у којима ревизори одговарају према трећим лицима у складу са општим правилима деликтног права. У таквим правним системима, чак и уколико ревизорска кућа ограничи своју одговорност према друштву које је субјект ревизије, она би остала неограничено одговорна свим трећим лицима којима би могла да проузрокује штету.

3. Прописивање принципа пропорционалне одговорности уместо солидарне

По правилу, осим ревизора за штету ће одговарати и нека друга лица (извршни директор, финансијски директор или друга лица која су учествовала у састављању извештаја – односно друштво као правно лице у њихово име). С обзиром на то да је њихова одговорност солидарна, оштећено лице има право да цео износ накнаде штете захтева само од једног лица. Управо због тога долази до појаве синдрома „дубоких џепова“ (енгл. „*deep pocket syndrome*“). Овај синдром је разлог због чега

„Уговор о ограничавању одговорности је споразум којим се жели ограничити износ обавезе коју ревизор дугује компанији због било ког немара, пропуста, кршења дужности или кршења поверења, који се десе током ревизије финансијских извештаја а за које ревизор може бити крив.“ британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*), чл. 534.

29 *Companies Act*, чл. 536.

30 *Companies Act*, чл. 537.

31 *Companies Act*, чл. 538.

32 *Caparo Industries PLC v. Dickman*, 1990, 2 AC 605 House of Lords.

ревизорске куће лобирају за прописивање пропорционалне одговорности ревизора.

С обзиром на то да оштећено лице има право да изабере од кога ће захтевати исплату накнаде штете, природно је да изабере оног дужника који је најликвиднији и који ће му је најбрже исплатити. Стога, не изненађује што су ревизорске куће увек први избор оштећених лица. Када треће лице упућује захтев за накнаду штете, оно може да бира између компаније чији су финансијски извештаји били предмет ревизије (која одговара по правилима одговорности правног лица за штету коју проузрокује његов орган) и ревизорске куће. Како је тада већ утврђена одговорност друштва за објављивање манљивих финансијских извештаја, врло је вероватно да се то друштво не налази у завидној финансијској ситуацији. Штавише, у великом броју случајева друштво ће се налазити пред стечајем или ће стечај већ бити отворен. У таквим ситуацијама, логично је да ће оштећено лице захтев за накнаду штете упутити ревизорској кући, као дужнику са „дубљим џеповима“. Након исплате целокупне накнаде штете, ревизорска кућа има право регреса према другом солидарном дужнику. Имајући у виду да је веома тешко утврдити колики је допринос настанку штете дао директор друштва и друга лица која су учествовала у састављању финансијских извештаја а колики је био допринос ревизора, у највећем броју случајева ће одговорност бити подељена на једнаке делове. То свакако не осликава најбоље стварне доприносе директора (и других лица која су учествовала у састављању финансијских извештаја) и ревизора настанку штете. Ревизори јесу последња линија одбране да манљиви финансијски извештаји угледају светлост дана али допринос лица која учествују у сачињавању финансијских извештаја је по правилу већи. Да ли ће до регреса уопште доћи и колико ће ревизорска кућа заиста успети да се регресира је фактичко питање које зависи од финансијског стања друштва.

Логика је иста када се као оштећено лице јавља друштво. Солидарни дужници друштва су директори и друга лица која су учествовала у састављању финансијских извештаја, као физичка лица и ревизорска кућа. С обзиром на то да је ревизорска кућа по правилу ликвиднија од физичких лица, она ће бити први избор и када је на страни оштећеног лица друштво. Према томе, може се закључити да ће, услед немогућности остваривања права регреса, у највећем броју случајева терет целокупног износа накнаде штете сносити ревизорска кућа, што није у складу са доприносом који је она имала у настанку штете.

Као корекција последица до којих доводи примена принципа солидарне одговорности, јављају се предлози за прописивање принципа пропорционалности. Према овом принципу, ревизор би био одговоран

искључиво за онај део накнаде штете који је једнак његовом доприносу настанку штете. У суштини, на овај начин би се одговорност поделила међу штетницима у оној сразмери колико су заиста и допринели настанку штете. Оштећено лице би имало право да захтева накнаду штете од ревизора али само до оног износа до ког је, према одлуци суда, ревизор дужан да га обештети. Остали износ накнаде штете би морао да захтева од других одговорних лица.

Принцип пропорционалности, као један од могућих метода ограничавања одговорности ревизора, предложен је и у Препоруци Европске комисије. Сврставање овог принципа у методе ограничавања одговорности ревизора није у потпуности исправно. Наиме, принцип пропорционалности је принцип путем ког се врши расподела одговорности а не њено ограничавање. Није исправно рећи да се одговорност ограничава јер ревизор и даље одговара за накнаду штете све до исцрпљења средстава којима располаже.³³

Слаба тачка овог принципа је његова примена. Одређивање колики је допринос сваке стране у настанку штете је веома тежак и сложен задатак. Радње које су довеле до проузроковања штете су бројне, комплексне и трају дужи временски период, због чега би за суд било изузетно тешко да одреди допринос сваког од субјеката који су учествовали у вршењу тих радњи. Временски и финансијски трошкови утврђивања доприноса у настанку штете сваког субјекта одговорности би били толико велики да би вођење парнице постало неисплативо.

На примеру одговорности ревизора се може уочити да доследна примена принципа солидарне одговорности може да доведе до неправичних решења, односно до тога да ревизорске куће исплате целокупан износ накнаде штете иако је њихов допринос настанку штете, по правилу, мањи од доприноса осталих штетника. До овога долази због инсолвентности или великвидности осталих субјеката одговорности. На први поглед пропорционална одговорност делује као одговарајуће решење овог проблема, међутим, треба имати у виду одређене околности. Пре свега, који је циљ који се жели постићи применом принципа солидарне одговорности? Сврха солидарне одговорности је побољшање позиције оштећеног лица, тачније омогућавање оштећеном лицу да се што лакше и брже обештети. Када се на страни одговорних лица налази множина субјеката, принцип солидарности се прописује ради заштите оштећених лица. Наиме, оштећено лице није заинтересовано за то ко је и у коликој мери допринео настанку штете. Једини интерес оштећеног лица је да буде обештешено а евентуални регрес је интерно

33 Cláudio Flores, „New Trends in Auditor Liability“, *European Business Organization Law Review*, Nr. 12–3/2011, 424.

питање штетника. Затим, примена принципа пропорционалне одговорности би неминовно довела до веома дугих парница за накнаду штете. Утврђивање макар приближно тачног доприноса сваког од лица који су учествовали у настанку штете би био изузетно сложен и дуг процес који би генерисао високе трошкове за све учеснике у поступку. У таквим околностима, право оштећеног на обештећење би могло да буде угрожено. Стога, може се рећи да принцип солидарне одговорности представља прагматичније решење. Услед немогућности да утврди доприносе штетника у настанку штете, суд ће одговорност међу штетницима поделити на једнаке делове. Иако ће остваривост права регреса солидарног дужника који исплати накнаду штете зависити од фактичких околности, солидарном одговорношћу се на најбољи начин штите интереси оштећених лица.

IV Разлози против ограничавања одговорности ревизора

Тенденција ограничавања одговорности ревизора је мотивисана страхом од додатне монополизације тржишта ревизорских услуга до које би дошло уколико би неки од представника „велике четворке“ престао да постоји. Такође, ограничавање одговорности ревизора је у интересу „велике четворке“, чију лобистичку моћ не треба занемарити. Међутим, може се довести у питање колико би се таквим ограничењем заиста постигао прокламовани циљ као и да ли би ограничавање одговорности донело више штете него користи, с обзиром на то да оно производи и одређене лоше последице. Може се издвојити неколико разлога против ограничавања одговорности ревизора.

Пре свега, ниједна велика ревизорска кућа до сада није банкротирала због немогућности да исплати одштетне захтеве. Тржиште ревизорских услуга је постало олигополно тржиште захваљујући спајању ревизорских кућа. Само једна велика ревизорска кућа је нестала са тржишта а да разлог томе није било спајање, *Arthur Andersen*. Важно је нагласити да до повлачења *Arthur Andersen*-а са тржишта није дошло због одштетних захтева са којима се ова ревизорска кућа суочила већ због оптужби за криминалне радње које су вршили њихови ревизори, што је имало катастрофалне последице на репутацију ове ревизорске куће. Иако је *Arthur Andersen* један од разлога због чега постоји страх од нестанка још једне ревизорске куће, може се рећи да је тај страх у одређеној мери неоправдан. *Arthur Andersen* се повукао са тржишта јер је остао без најдрагоценијег средства једне ревизорске куће – репутације. Репутација ове ревизорске куће је уништена због криминалних радњи у којима су учествовали њени ревизори. Са друге стране, када се реви-

зорска кућа суочи са великим одштетним захтевом то често не оставља велике последице на њену репутацију. Разлог томе је то што су одштетни захтеви покривени осигурањем, тако да ће на терет ревизорске куће пасти само онај део накнаде штете који осигурање не покрива. Ово рађа другу врсту проблема – поскупљење осигурања, али репутација ревизорске куће у великој мери остаје очувана. У том смислу, важно је повући црту између ситуације када је ревизорска кућа саучесник у вршењу кривичног дела и када се суочава са одштетним захтевом због лоше спроведене ревизије.

Затим, може се поставити питање какве подстицаје ограничавање одговорности ствара ревизорима? Ограничавање одговорности би могло негативно да утиче на квалитет спровођења ревизије. Када се законом или неким другим прописом ограничи одговорност ревизора неминовно је да ће током спровођења ревизије ревизор бити у одређеној мери лежернији, да ће бити склонији пречицама и да ће указивати мању пажњу од оне коју би указивао када такво ограничење не би постојало.³⁴ Уколико се одговорност ревизора ограничи, очекивано је да дође до смањења квалитета ревизије. При томе, чини се да се заборавља да уколико ревизор заиста указује дужну пажњу приликом вршења ревизије, шансе да направи грешке су веома мале. Наравно да увек постоји одређени ризик који је инхерентан овој делатности али он се своди на минимум уколико ревизор обавља свој посао савесно, са пажњом која се од њега очекује. Уместо стварања комфорне зоне за ревизорске куће, чини се да би требало заузети прогресивнији став и радити на откривању нових подстицаја који би утицали на ревизоре да своју делатност обављају што је боље могуће као и на истраживању нових техника ревизије које би биле у складу са новонасталим друштвеним околностима.

Главни аргумент за увођење ограничења одговорности је да се на тај начин мотивишу ревизорске куће мале и средње величине да уђу у трку за освајање тржишта са „великом четворком“. Овај аргумент је погрешан и то из најмање два разлога. Прво, једини начин да ревизорске куће мале и средње величине постану конкурентне на тржишту ревизорских услуга је њиховим умрежавањем и спајањем у велику ревизорску кућу. То видимо и на примеру „велике четворке“. Сваки од представника „велике четворке“ је настао спајањем мањих ревизорских кућа. Такође, може се приметити да је ревизорска кућа која се није спојила са неком другом била принуђена да преда своју лиценцу и да се повуче са тржишта. Према томе, једини начин да ове ревизорске куће конкуришу „великој четворци“ је да спроведу сложен процес спајања већег броја малих у једну ревизорску кућу.

34 S. Spell, 345.

Друго, ограничавањем се на вештачки начин омогућава ревизорским кућама које нису довољно квалификоване, кадровски опремљене и компетентне да конкуришу „великој четворци“. У највећем броју случајева такве ревизорске куће нису способне да обављају ревизију великих друштава (нарочито јавних) а штета која би том приликом могла да настане је несагледива. Наиме, велику предност „велике четворке“ у односу на остале ревизорске куће мале и средње величине представља строг систем унутрашње контроле. За разлику од њих, ревизорске куће мале и средње величине углавном послују путем уговора о лиценци, без икакве обавезе подвргавања додатним унутрашњим контролама од стране даваоца лиценце. Ово се најбоље осликава на примеру ревизорске куће *Baker Tilly International*.

Baker Tilly Discordia D.O.O. је ревидирала финансијске извештаје једног од највећих хрватских друштава, Агрокор, за 2013, 2014 и 2015. годину. С обзиром на то да је постојала сумња у тачност финансијских извештаја Агрокора, ванредна управа овог концерна је за спровођење ревизије финансијских извештаја из 2016. године ангажовала ревизорску кућу *Price Waterhouse Coopers*. Та ревизија је показала да је губитак у 2015. години износио 479,8 милиона евра док је у финансијском извештају била приказана добит од око 160 милиона евра. Такође, утврђено је да је имовина друштва у пословним књигама значајно прецењена.³⁵ Показало се да су за сачињавање финансијских извештаја кориштени рачуноводствени принципи који нису у складу са Међународним стандардима извештавања, што је околност која није могла да промакне савесном и пажљивом ревизору. Само неколико дана након објављивања мишљења ревизорске куће *Price Waterhouse Coopers*, почела је акција Агрокор.³⁶ Међу лицима за чије је хапшење издат налог су били ревизор запослен у *Baker Tilly Discordia D.O.O.* као и директор те ревизорске куће. *Baker Tilly International* је реаговао на то што је друштво које је пословало под њиховим пословним именом осумњичено за саучествовање у извршењу кривичних дела издавањем кратког саопштења којим обавештавају јавност да *Baker Tilly Discordia D.O.O.* више није члан њихове групе. Стога, логично је поставити питање каква је унутрашња контрола унутар

35 На захтев хрватског јавног тужилаштва ревизорска кућа *KPMG* је спровела форензичко финансијско вештачење пословања концерна Агрокор за период од 2006. до 2016. године. Резултати вештачења, који су објављени у јуну 2019. године, су показали да је Агрокор користио рачуноводствене принципе који нису у складу са Међународним стандардима финансијског извештавања и да су такве активности биле изузетно комплексне и непрекидно кориштене у дугом временском периоду.

36 У акцији Агрокор која је спроведена 16. октобра 2017. године ухапшено је 12 особа због одобравања спорних финансијских извештаја. Ухапшени су углавном бивши чланови руководства Агрокора али и ревизор запослен у *Baker Tilly Discordia D.O.O.* као и директор те ревизорске куће.

ове групе и да ли она уопште постоји као и да ли постоје стандарди којих се мора придржавати сваки члан групе приликом вршења делатности, као што је то случај у ревизорским кућама „велике четворке“. Из веома кратког и концизног саопштења које је објављено из седишта *Baker Tilly International*-а у Великој Британији, а које не помиње било какву контролу чланова, може се закључити да таква контрола уопште и не постоји. Такође, може се поставити питање како је мала ревизорска кућа која је запошљавала свега 25 запослених могла да буде квалификована да спроводи ревизију финансијских извештаја економског гиганта као што је Агрокор, чија је криза из корена потресла привреду не само Хрватске већ и држава у окружењу.

Према томе, овај пример показује шта се дешава када ревизију великих јавних друштава, за чије пословање постоји и интерес државе и шире јавности, спроводи недовољно квалификована ревизорска кућа. Уместо охрабривања ревизорских кућа мале и средње величине да као такве конкуришу „великој четворци“, чини се да би требало размишљати у правцу стварања подстицаја за њих да се умреже у једну ревизорску кућу која би по својој величини, компетентности али и системима унутрашње контроле, могла да парира „великој четворци“.

На крају, још један разлог због чега треба преиспитати ограничавање одговорности ревизора као решења за тренутне проблеме на тржишту ревизорских услуга су сами методи ограничавања. Примена сваког од могућих метода ограничавања неминовно ствара нове проблеме због чега се може поставити питање колико би ограничавање одговорности заиста решило тренутне проблеме који постоје на тржишту ревизорских услуга.

V Закључак

Ограничавање одговорности ревизора се јавља као решење неких од проблема које тренутно постоје на тржишту ревизорских услуга. Чињеница је да је тржиште ревизорских услуга веома монополизовано и да то утиче на квалитет и цену услуга које ревизори пружају. На цену ревизорских услуга додатно утичу и све већи износи премија осигурања. Велике ревизорске куће су изложене високим ризицима и њихово постојање може бити угрожено уколико се суоче са одштетним захтевима које нису у стању да исплате. Због ових околности се ситуација на тржишту ревизорских услуга може оценити као неповољна. Међутим, спорно је да ли су ове околности заиста толико неповољне да је потребно у тој мери одступити од општих принципа грађанскоправне одговорности и ограничити одговорност ревизора. Чини се да би такво решење

било оправдано једино у случају несумњивог јавног интереса, док у свим другим случајевима не би било оправдано да лица која проузрокују штету буду ослобођена од одговорности, па макар и делимично.³⁷ Да би се направио такав искорак у односу на општа правила грађанскоправне одговорности неопходно је да постоји велики и несумњив јавни интерес јер се на тај начин лица која проузрокују штету ослобађају обавезе да је у потпуности надокнаде. Поред тога, постоји и велики број проблема које би ограничавање грађанскоправне одговорности ревизора могло да произведе.

Ако претпоставимо да се ограничавањем одговорности може умањити монополизваност ревизорског тржишта, поставља се питање колико је висока цена која би за то морала да се плати. Увођење у трку за освајање тржишта малих и средњих ревизорских кућа би могло додатно да умањи квалитет ревизорских услуга, с обзиром на то да су оне углавном лоше кадровски опремљене и да нису компетентне да врше ревизију великих друштава, нарочито јавних. Спровођење ревизије великих друштава од стране таквих ревизорских кућа може да доведе до озбиљних последица, што се показало и на примеру Агрокора. Стога, иако се против тренутног олигополског стања на тржишту ревизорских услуга треба борити, требало би размислити да ли је демонополизација циљ који се жели постићи по сваку цену, без обзира на последице које из тога могу произићи. Уместо тога, требало би радити на стварању подстицаја за умрежавање малих и средњих ревизорских кућа, чиме би се на ревизорском тржишту појавили нови субјекти који су довољно велики и економски моћни да заиста конкуришу „великој четворци“. Чини се да би уједињавање великог броја малих ревизорских кућа у мањи број великих група ефикасније могло да реши проблеме који тренутно постоје на ревизорском тржишту. Међутим, ово представља веома сложен процес за који је потребно доста времена, за разлику од ограничавања одговорности које релативно брзо може бити имплементирано у законодавство државе која одлучи да прибегне оваквом решењу.

Ограничавање одговорности ревизора нарочито не би било прикладно решење за српско право. Наиме, због неразвијености домаћег тржишта капитала иако *de iure* постоји, одговорност ревизора још увек није добила потврду у судској пракси. Чини се да би у таквим околностима, када овај институт није развијен у домаћој судској пракси, ограничавање одговорности додатно одвратило оштећена лица од покретања парнице против ревизора и успорило развој овог института.

Грађанскоправна одговорност ревизора није једина грађанскоправна одговорност стручњака која није афирмисана у домаћој судској

37 C. Flores, 435.

пракси. Наиме, у нашем праву професионална и грађанскоправна одговорност стручних лица који се налазе на важним функцијама као што су примера ради, директори друштва, је веома слабо развијена. Када се ради о овим лицима, најчешће се поставља питање њихове казеноправне одговорности онда када учествују у извршењу кривичних дела док се професионална и грађанскоправна одговорност занемарују. Чини се да су овакве околности данак вишедеценијског социјалистичког правно-политичког уређења. Наиме, развијене државе са дугом традицијом капиталистичког правно-политичког уређења имају битно другачији приступ овом питању. То се огледа у њиховом законодавству и у судској пракси, у којима се грађанскоправној и професионалној одговорности стручњака као што су директори друштва, стечајни управници, ревизори, рачуновође, поклања много више пажње. Ово је значајно зато што постоји велики дијапазон понашања ових лица које се не могу квалификовати као кривична дела и самим тим не захтевају казеноправне санкције али исто тако нису у складу са правилима струке, етичким захтевима или могу проузроковати имовинску штету. Управо у тим случајевима је важно да постоје ефикасне санкције грађанскоправне или статусноправне природе које су једнако применљиве као казеноправне санкције. Једнака развијеност све три врсте одговорности ових лица је изузетно значајна за развој корпоративног управљања у једном правном систему.

Amina KAJEVIĆ

PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

CIVIL LIABILITY OF AN AUDITOR – WHERE ARE THE LIMITS?

Summary

One of the most controversial issues in the area of civil liability of an auditor is the issue of limiting that liability. Actualization of this issue is induced by the indemnity claims which reach as high as hundreds of millions of US dollars. Such claims have been made to audit firms for decades, however, in the last two decades they have become bigger and more frequent. For this reason, there is a concern that some of the Big Four representatives will cease to exist, which could lead to further monopolization of the audit market. Besides analyzing the notion of auditing and pointing out its importance in a legal system, in this paper methods of limiting the auditor's liability, which are proposed in legal theory and implemented in comparative law, will be examined as well as the negative consequences which limiting the auditors' liability could cause in the audit services market.

Key words: *audit, liability of an auditor, limiting auditors' liability.*

Никола МИЛОСАВЉЕВИЋ
мастер правних наука

УДЕЛИ И АКЦИЈЕ У БРАЧНОМ ИМОВИНСКОМ РЕЖИМУ И РЕЖИМУ БРАЧНОГ УГОВОРА*

Резиме

Развој контрактиуализације породичној права и обнова капиталистичке свести у српском друштву доводе до интересантних промена на пољу породичној и привредној права. У том смислу, у раду који следи разматра се промена могућности преноса удела и акција путем брачној уговора. Поред тога, испитује се позиција коју заузимају удели и акције у оквирима законској имовинској режима, као прелиходни услов за постојање потребе за располажењем путем брачној уговора. У последњем делу рада разматрају се услови под којима је могуће вршити промену удела и акција путем брачној уговора.

Кључне речи: брачни уговор, удели, законски имовински режим, промена удела, ограничења промена.

I Увод

Имовински односи брачних другова су спадали у домен оних односа у којима је држава ограничавала могућност уговарања. Тако ће брачни уговор остати забрањен све до 2005. године, када се враћа у наше позитивно право. У том смислу, када је реч о располагању удела и

* Више о наведеној теми: Никола Милосављевић *Промени удела и акција путем брачној уговора*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2018.

акција путем брачног уговора, потребно је указати на ограничења која у овом домену постављају правила привредног права. Такође, поред динамике ових имовинскоправних односа, потребно је претходно указати и на статистику тих односа, односно на позицију коју удели и акције имају у имовинским односима између супружника. Циљ овог рада би био презентовање постојећих решења везаних за режим удела и акција у оквиру правила породичног права и бацање светла на једну граничну област породичног и привредног права, за сада не толико истражену ни у иностраној нити у домаћој теорији.

II Дефиниција брачног уговора

Уговори породичног права се разликују по својој природи од класичних уговора облигационог права. Разлика се очитује у томе што су права и обавезе које се одређују уговором узајамна – терете и овлашћују подједнако обе уговорне стране истовремено (за разлику рецимо од трампе као уговора, код које су обавезе уговорних страна потенцијално истоветне, али не и узајамне). Они представљају посебну врсту уговора којима се не врши трансакција, већ се уређују међусобни односи учесника.¹

Можемо констатовати да постоји разлика у дефиницији брачног уговора између англосаксонских и континентално-европских правних система. Разлог разликовања јесте у ширини значења постављеног појма брачног уговора. Заправо, далеко већи број уговорних односа се подводи под појам брачног уговора у англосаксонским системима него што је то случај са континентално-европском правном породицом, код које се под овим уговором подразумева само уговор којим се уређује брачно – имовински режим.²

Поставља се оправдано питање, које место у овој подели заузима српско право. Породични закон³ у члану 188 став 1 одређује да: „Супружници односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор).“⁴

1 Зоран Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, научна конференција „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. април 2006, 163–168.

2 Margaret Ryznar, Anna Stepien Sporek, „To Have and to Hold, for Richer or Richer: Premarital Agreements in the Comparative Context“, *13 Chap. L. Rev.*, Nr. 27/2009, доступно на адреси: <https://heinonline.org/>, 28–29.

3 Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

4 Исто решење садржи и *Obiteljski zakon Hrvatske, Narodne novine*, бр. 103/2015 и Породични закон Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 1/2007.

Овако широка дефиниција на први поглед подсећа на дефиниције које срећемо у америчком праву. Међутим, уколико поред простог језичког, применимо и системско тумачење законског текста, уочићемо да су у делу који се односи на уговоре који супружници могу закључити предвиђена још два уговора, и то: уговор о управљању и располагању заједничком имовином, као и уговор о поклону. Како је уговарање у области законског издржавања по закону искључено, ово све нас наводи на закључак да се брачни уговор управо бави регулисањем брачноимовинског режима, на начин на који се то чини у континенталним системима. Остатак материје који се регулише у англосаксонском праву путем брачног уговора је заправо обухваћен другим уговорима, или је пак забрањено уговарање те материје. Једино што преостаје је управо регулисање брачноимовинског режима, иако режими у закону нису поменути.

Следеће питање на које треба дати одговор тиче се могућности да уопште дође до промета односно трансфера имовинских вредности путем брачног уговора. У покушају да дамо одговор на наведено питање, полазимо од претходних премиса да се уговорима породичног права за разлику од уговора облигационог права не врши пренос вредности. Њима се уређују односи између субјеката породичног права, односно када је реч о брачном уговору супружника. Даље, утврдили смо да је и у нашем праву прихваћен модел брачног уговора по коме супружници путем наведеног уговора мењају брачноимовински режим. Ако је ово тако, позитиван одговор на постављено питање се озбиљно доводи у сумњу.

И поред тога, мишљења смо да би то било могуће. Чак и у системима у којима су одређени унапред потенцијални имовински режими могуће је да дође до промета права. На пример, уколико се неко имовинско право налазило у заједничкој имовини супружника, а брачним уговором се одреди да оно припадне у искључиву својину једног од њих, тиме је дошло до промета права из заједничке у посебну имовину супружника. На тај начин је дошло до увећања имовине једног од супружника, без обзира на то што је он имао поједина овлашћења и када се право налазило у заједничкој својини, јер је поред тих добио нова. Такође, ако се једно право налазило у посебној имовини једног од супружника, па се уговори заједница свих добара супружника, исто право је изашло из имовине једног од супружника и прешло у заједничку имовину.

III Позиција удела и акција у оквиру брачноимовинског режима

Пошто смо установили да се у нашем систему под брачним уговором подразумева уговор којим супружници одређују свој брачно-имовински режим, постоји потреба да одредимо положај удела и акција у односу на законски имовински режим. Прецизније, потребно је утврдити да ли право својине на уделима и акцијама у нашем праву спада у заједничку или посебну имовину супружника.⁵

Треба нагласити да Породични закон у овом домену не садржи посебну одредбу, што отвара поље за теоријску расправу, али и правну несигурност. Оно што се одмах може констатовати јесте да уколико је право својине на уделима и акцијама стечено наслеђем или поклоном или је настало улагањем посебне имовине једног од супружника, исто дефинитивно припада посебној имовини оног супружника који га је стекао на наведени начин што није спорно. Спорна је, међутим, правна судбина својине на уделима и акцијама стечена по основу улога из заједничке имовине супружника.

Проучавајући ово питање на кратко смо се осврнули на нама сродне правне системе, словеначки и хрватски, чија се регулатива у области породичног права, бар у овом домену, суштински не разликује од наше. У оба система је, као законски, признат систем заједничке и посебне имовине. Ни у овим системима, као ни у нашем, не постоји посебна одредба која би регулисала питање правне судбине удела и акција у односу на брачно имовински режим. Међутим, на овом простору постоји једногласан став теорије и праксе да удели и акције представљају заједничку имовину супружника.⁶

Када је реч о уделима и акцијама као делу заједничке имовине, наша теорија и пракса стоје на дијааметрално супротном становишту у односу на хрватске и словеначке колеге. Наиме, домаћа теорија сматра да у случају када је у привредно друштво извршено улагање средстава која су била део заједничке имовине не треба сматрати да су удели и акције део заједничке имовине. По деоби заједничке имовине не треба другом супружнику, који није уписан као члан друштва, признати право на својину на уделима и акцијама привредног друштва. Њему би требало признати само право на накнаду вредности имовине уложене

5 Постоји схватање у нашој теорији по којој и законски имовински режим представља облик прећутно закљученог уговора: З. Поњавић, 169.

6 G. Dugar, „Division of an Equity Stake in a Company Due to Division of Common Property of the spouses“, *Zbornik PFZ*, 64 (2)/2014, 201 и даље, доступно на адреси: <https://hrcak.srce.hr/>. V. Cikač, „Podjela bračne stečevine s osvrtnom na poslovne udjele u d.o.o.-u“, *Financije, pravo i porezi*, Nr. 6/2015, 182.

у основни капитал друштва, с обзиром на то да је уписани супружник располагао заједничком имовином без сагласности другог супружника. Аргументи за овај став се налазе у томе да је према „класичној теорији“ трговачког права за постојање привредног друштва потребно четири елемента: 1) уговор, 2) улог, 3) учешће члана друштва у добити, као и 4) воља за стварањем привредног друштва. Према томе, само улог као један од елемената није довољан за стицање својства члана у привредном друштву. За стицање удела је потребно да члан буде потписник уговора, односно уписан као власник удела, док за све остале овај уговор представља *res inter alios acta*. Како супружник који није уписан као власник није део уговора, то он нема ни изражену вољу за стварање привредног друштва, која мора постојати код члана. Пошто за обавезе друштва може евентуално одговорати само уписани супружник и то само својим делом заједничке имовине, неуписаном супружнику не треба признати ни учешће у добити привредног друштва и све то без обзира на улог који је унет и који потиче из заједничке имовине.⁷

Наведени став је у потпуности усвојила и судска пракса па се тако у једној од одлука наводи да: „Наиме, брачни друг који није странка у оснивачком уговору или учесник одлуке о оснивању не може стећи ни управљачка ни имовинска права према друштву. Међутим, он може бити титулар права заједничке својине на имовини коју је као свој улог унео у друштво његов брачни друг. Тужиља не може истицати стварноправни захтев поводом овог оснивачког улога, али може истицати облигационоправни захтев како то правилно налази и првостепени суд. Наиме, новац из заједничке имовине унет у друштво као оснивачки улог једног брачног друга постаје власништво друштва. Због тога се према другом брачном другу улагачу – члану друштва конституише облигациони захтев другог супруга у висини адекватне вредности те имовине“.⁸

По нашем мишљењу, ово би се се само делимично могло прихватити. Овакво становиште нема довољно утемељења у позитивном праву, односно у тумачењу. Наведено тврдимо из више разлога. Најпре, претерано инсистирање на томе да члан друштва мора бити потписник уговора да би био сматран чланом, због статусних својстава уговора, би апсолутно анулирало могућност преноса удела на било које треће лице. То је наравно далеко од интенције законодавца и самог текста Закона о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД)⁹ којим је опредељено

7 Драгиша Слијепчевић, „Брачна тековина као основ заснивања права и обавеза према привредном друштву и предузетнику“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/2001, 233–237.

8 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж-242/16 од 9. 12. 2016. године, доступно на адреси: <http://www.kg.ap.sud.rs/>, фебруар 2018.

9 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018), у време када је заузет предходни став важио

да су чланови друштва лица која оснивају друштво или му накнадно приступе.¹⁰ Такође, заснивање својства члана само на чињеници да је исти уписан као члан у регистру, нема довољно оправдања уколико се аналогно примени чл. 176 Породичног закона, којим је предвиђено да се сматра да је упис извршен у регистру непокретности на име оба супружника и када је извршен на име само једног од њих. Уколико је устаљен став у нашем праву да непокретности, уколико су стечене радом у току заједнице живота, спадају у заједничку имовину, поставља се питање зашто се исти третман не пружи и капиталу? Ово зато што, економски гледано, и непокретности као и капитал представљају основ за обављање привредне делатности, те их у правном смислу, по нашем мишљењу, не треба третирати различито. Сматрамо да постоји довољно оправдања за аналогну примену наведеног члана Породичног закона, а исти став је прихваћен и у упоредном праву.¹¹

Испитивање заузетог става судске праксе можемо предузети и са становишта различитих правних форми привредних друштава. Тако, када је реч о ортачком и командитном друштву (на које се према чл. 1293 ПД сходно примењују правила која важе за ортачко друштво), према ставу усвојеном у судској пракси наводи се да због посебног односа поверења (*intuit personae*) које влада међу члановима, није могуће да супружник стекне удео у привредном друштву.¹² Код ових друштава је ЗПД-ом прописано ограничење (које је диспозитивног карактера) по коме није могуће вршити пријем нових и промену чланова друштва уколико се сви ортаци не сагласе.¹³ У овом делу, када је реч о друштвима лица, није оправдано, ни по нашем мишљењу, да се супружнику који није уписан као члан призна удео и својство члана. Ово отуда што ортаци имају могућност вођења управе друштва. С тим да би ово било спорно када је реч о положају командитора, за који би требало да важе правила која важе за члана друштва са ограниченом одговорношћу.

Са друге стране, када је реч о друштвима капитала, наведено решење би се тешко могло прихватити. Када говоримо о друштву с ограниченом одговорношћу (у даљем тексту д.о.о.) по наведеном ставу исто има делом својства друштва лица и оснива се између лица код којих постоји однос поверења (*intuit personae*). На другој страни постоје и типична својства друштва капитала која се огледају у ограниченој одговорности чланова до висине уложених средстава. Наводи се као аргу-

је Закон о предузећима, *Сл. лист ЦРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99 и 9/01), али је и овим законом била предвиђена могућност преноса удела.

10 ЗПД, чл. 9.

11 G. Dugar, 205–206; I. Majstorović, 196, V. Cikač, 182.

12 Д. Слијепчевић, 238–239.

13 ЗПД, чл. 99.

мент и да чланови друштва могу да предвиде оснивачким уговором да се пренос удела д.о.о. на треће лице може ограничити одобрењем осталих чланова. Уз све то, наводи се да чланови друштва, по правилу, чине и његову управу, па због овога мора постојати посебан однос поверења међу члановима. Из наведених разлога сматра се да неуписаном супружнику не треба признати право на удео у друштву. Исти став важи и када је реч о једночланом д.о.о. с тим да се тада оправдање за овакав став налази у томе да у случају примене института побиијања правне личности супружник који је уписан као власник друштва одговара само својим делом заједничке имовине за обавезе друштва.¹⁴

Наведене аргументе сматрамо недовољно основаним. Најпре, дефиниција д.о.о-а у Закону о привредним друштвима гласи: „Друштво с ограниченом одговорношћу је друштво у коме један или више чланова друштва имају уделе у основном капиталу друштва, с тим да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва осим у случајевима предвиђеним чланом 18 овог закона“. Из дефиниције се види да приоритетно место код д.о.о.-а има удео, а не сам члан друштва. Ово је својство друштва капитала да услед ограничене одговорности капитал има већи значај, док се чланови друштва могу слободније мењати. Као аргумент наводимо став америчке теорије¹⁵ у коме се истиче да чланове друштва капитала не везује однос поверења („*are not fiduciaries*“) према другим члановима друштва. Напротив, члан друштва, као власник удела приликом вршења чланских права, апсолутно није дужан да води рачуна о интересима других чланова нити самог друштва, већ само о сопственим интересима.¹⁶ Тачно је да обавеза вођења рачуна о интересима друштва и чланова постоји на страни управе друштва, али је управа одвојена од власника удела у друштвима капитала, што је једна од есенцијалних особина ове групе привредних друштава, сходно законском решењу, иако је у пракси најчешће другачије. И у случају када је један од чланова друштва део управе друштва, он однос поверења и обавезе које отуда проистичу стиче из чињенице да је он члан управе, што нема везе са његовим својством члана друштва и власника удела.¹⁷ Када је реч о могућности да чланови друштва оснивачким уговором ограниче пренос удела, треба рећи да је реч о изузетку предвиђеном ЗПД-ом, а изузеци

14 Д. Слијепчевић, 239–240.

15 Позивамо се на америчку теорију, јер су законска решења из ЗПД-а већим делом преузета из законодавства САД, па је са становишта историјског тумачења потребно анализирати и прекоокеанску теорију.

16 Thomas E. Ruthledge, „Shareholders Are Not Fiduciaries: A Positive and Normative Analysis of Kentucky Law“, 51 *U. Louisville L. Rev.*, бр. 535/2013, доступно на адреси: <https://heinonline.org/538>.

17 Т. Е. Ruthledge, 546–547.

се уско тумаче. Основно правило (које се у наведеном ставу не помиње) је предвиђено чл. 160 ЗПД-а и оно опредељује да је пренос удела слободан, уколико законом или оснивачким уговором није нешто друго предвиђено, па сматрамо и овај аргумент неоснованим. Када је реч о једночланом друштву, наведени аргумент да уписани супружник одговара само уделом у заједничкој имовини у случају примене института пробијања нема довољно упориште у закону. Прво, институт пробијања представља још један изузетак у Закону о привредним друштвима, те је редовна ситуација да у д.о.о. чланови одговарају до висине уложених средстава (на крају и сам назив овог привредног облика упућује на то). Додатно, до пробијања може доћи само у изузетној ситуацији. Нелогично је из једног изузетка изводити опште правило да супружник нема право на удео у том друштву. Такође, неприхватљиво је мишљење да би овде само уписани супружник одговарао својом посебном имовином и уделом у заједничкој имовини. Напротив, ако је улог у привредно друштво унет из заједничке имовине и исти представља извор прихода од кога се супружници издржавају, онда имамо ситуацију из члана 187 Породичног закона. Реч је о заједничкој обавези за коју супружници одговарају солидарно целокупном заједничком имовином, а не о посебној обавези из чл. 186 Породичног закона. Тако, и у случају да дође до примене института пробијања (за које је потребно да се стекну посебни услови), овакав став нема оправдања.

Када је реч о акционарском друштву, разматрани став има следеће аргументе. Капитал акционарског друштва је подељен на акције, као хартије од вредности, за разлику од удела, управо са циљем да се повећа прометљивост капитала. На овом месту се истиче да је пренос могуће ограничити уговором о оснивању, уколико се предвиди право прече куповине акција у оснивачком уговору. Такође, како се средства уложена у акционарско друштво не могу повући, долази до дерогирања правила породичног права да се забрањује самостално располагање делом у неопредељеној заједничкој имовини. Наводи се и да су права из акција по правилу недељива, те акција увек и по правилу има само једног имаоца, а како се акције не могу делити на акције мање номиналне вредности, све то заједно доводи до закључка да ни у овом случају други супружник нема право на акције привредног друштва. Додатно, сматра се да би ово било немогуће и због вршења управљачких права приликом гласања и одлучивања.¹⁸

Супротан став о овоме темељимо на следећим разлозима. Прво, ситуација са ограничењем промета акција правом прече куповине важиће само у случају отуђења и располагања правом, што у кон-

18 Д. Слијепчевић, 240-241.

кретном није случај. Супружник и овде стиче акције по основу судске одлуке којом би се поделила брачна тековина, а стицање овим путем није ограничено правом прече куповине, чак и када би било уговорено, будући да у основи представља изузетак. Даље, чињеница да се уложена средства не могу повући важи за сва друштва капитала и иста не утиче на право супружника чија је заједничка имовина унета и практично замењена за акције, да добије акције. Овде се разматра право супружника на акције, а не на повраћај улога. Надаље, тачно је да су лична права која проистичу из акција недељива (не и имовинска, дивиденде и др.) и тачно је да се акције не могу делити на акције мање вредности, за разлику од удела. Међутим, у случају када се деси да акције буду у сувласништву на основу чл. 256 Закона о привредним друштвима, сувласници акције остварују право гласа и право на приступ актима и документима друштва из члана 464 овог закона само преко заједничког пуномоћника који се одређује споразумом свих сувласника. Ово може бити и супружник који је уписан као члан. То би било у складу и са чл. 174 ст. 2 Породичног закона где се наводи да један од супружника послове редовног управљања заједничком имовином предузима уз претпостављену сагласност другог супружника. Ово, међутим, не утиче на право супружника на дивиденде и остала имовинска права (нпр. ликвидациони остатак). Додатно, са изузетком друштва са једном акцијом, акцијама се углавном располаже у пакетима (сто, двеста акција, зависно од случаја). Ово значи да аргумент о недељивости акција не стоји, јер, премда сама акција није дељива, основни капитал друштва јесте. Отуда би било могуће по основу брачне тековине признати супружнику право на половину акција, а не право на половину сваке акције појединачно, како се то у наведеном ставу представља.

Из свега наведеног не види се разлог због кога би супружнику који није уписан као члан друштва требало признати само право на новчану вредност улога. Наиме, чл. 174 Породичног закона предвиђа да супружници располажу имовином заједнички и споразумно. Уколико би један од супружника располагао заједничком имовином без сагласности другог супружника, а није реч о пословима редовног располагања, сматра се да би други супружник имао право на накнаду вредности отуђених средстава. Међутим, када је реч о улогу унетом у привредно друштво из заједничке имовине, уопште не мора бити реч о самовољном располагању једног од супружника. Напротив, могуће је, чак и редовна ситуација, да супружници својом заједничком одлуком оснивају или инвестирају у привредна друштва. Поред тога, овакво решење би могло бити и грубо неправично из више разлога. Сходно члану 145 Закона о привредним друштвима, минимални оснивачки капитал код друштва са ограниченом одговорношћу је 100 динара. Није потребно много маш-

те, па схватити да уколико би се наведени став применио, супружник би могао да прими тек симболичну вредност од 50 динара по основу улога у основни капитал, иако је имовина друштва неупоредиво већа.¹⁹ Није тешко замислити ни ситуацију у којој би супружници заједнички својим радом створили привредно друштво које би било уписано само на једног од њих, а да се након тога разведу. Након тога, супружник који је задржао све уделе закључује брак са другом особом и непосредно после тога умире. Супружник из другог брака, под претпоставком да није било других наследника, наслеђује удео у привредном друштву у које је супружник из првог брака улагао, што је по нашем ставу очигледно неправично.

De lege ferenda, залажемо се за допуну закона којом би изричито било признато да удели и акције настали по основу улога који потиче из заједничке имовине супружника као и приходи од ових права представљају њихову заједничку имовину. Наравно, супружници би имали право да брачним уговором на други начин уреде ово питање, али би на овај начин слабија уговорна страна била у довољној мери заштићена диспозитивним решењем закона.

IV Ограничења промета удела и акција путем брачног уговора

Постоји потреба да одредимо начине и услове под којима је могуће вршити промет акција и удела путем брачног уговора. Како је брачни уговор поднормиран у породичном праву, то ће нам, када је реч о ограничењима, примаран извор бити Закон о привредним друштвима, који садржи општа ограничења за пренос удела и акција, као и Закон о тржишту капитала, којим се уређује промет акција које се котирају на берзи.

1. Ортачко друштво

Ортачко друштво сходно ЗПД-у је друштво два или више ортака који су неограничено солидарно одговорни целокупном својом имовином за обавезе друштва.²⁰ Такође, опредељује се чл. 101 ЗПД-а да сваки ортак има овлашћење за обављање радњи у редовном пословању, док се радње које не спадају у редовно пословање могу предузети само сагласношћу свих ортака. Наведена неограничена солидарна одговор-

19 У цитираној пресуди Апелационог суда у Крагујевцу Гж 242/16 супружнику је применом наведеног става додељена вредност од 2.000,00 динара.

20 ЗПД, чл. 93.

ност и ограничење да о пословима ванредног пословања одлучују сви ортаци, доводи до тога да се између ортака ствара један затворени однос личног поверења (*intuitu personae*).²¹ Ово неизоставно врши утицај на правила према којима се врши пренос удела у оквирима ортачког друштва. Наиме, чл. 97 ЗПД-а опредељује да се удео у ортачком друштву преноси уговором у писаној форми на коме потписи морају бити оверени у складу са законом који уређује оверу потписа. Стицалац удео стиче даном регистрације преноса у Агенцији за привредне регистре. Даље, члан 98 ЗПД-а дефинише да је пренос удела између ортака слободан, ако оснивачким уговором није шта друго прописано. Коначно чл. 99 ЗПД-а се одређује да, ако уговором о оснивању није другачије уређено, ортак не може без сагласности осталих ортака пренети (што укључује и улагање удела у друго привредно друштво), а ни дати у залогу свој удео трећем лицу.

Дакле, уколико би супружници желели да брачним уговором обухвате уделе, они би најпре морали да то учине у писаној форми са овером потписа. Овера потписа по својој природи представља потврду идентитета странака које уговор закључују од стране органа јавне вере, али не и проверу садржине уговора који се закључује. Породичним законом као форма брачног уговора прописана је солемнизација уговора. Поступак солемнизовања укључује и проверу идентитета странака, те је јавни бележник дужан да констатује идентитете странака у солемнизационој клаузули (чл. 167 Закона о ванпарничном поступку²² и чл. 936 Закона о јавном бележничтву²³). Отуда можемо сматрати да је услов постављен Законом о привредним друштвима у погледу форме уговора, у којој се пренос врши, испуњен.

У практичном смислу, с обзиром на обавезу коју јавни бележник има на основу чл. 93ђ Закона о јавном бележничтву, у конкретном случају исти би требало да одбије да солемнизује брачни уговор којим би се располагало уделом ортачког друштва уколико супружници не приложе било оснивачки уговор ортачког друштва, којим се искључује правило из чл. 99 ЗПД-а, или одлуку ортака којом би се дозволио пренос удела путем брачног уговора. Фотокопију наведених докумената у складу са чл. 107 Закона о јавном бележничтву, јавни бележник би морао као прилоге чувати уз солемнизовани брачни уговор. Додатно, у солем-

21 Додатно, чланом 110 ЗПД-а се одређује да се све одлуке ортачког друштва доносе једногласно.

22 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. Закон.

23 Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

низациону клаузулу би морао унети да је странке упознао са значајем наведених одредби и ограничења. Наравно, указујемо и на обавезу да би супружници морали јавном бележнику приложити и исправу којом би доказали својство власника на наведним уделима.

2. Командитно друштво

Командитно друштво је по чл. 1253 ПД-а привредно друштво које има најмање два члана, од којих најмање један за обавезе одговара неограничено солидарно (комплементар), а најмање један одговара ограничено до висине свог неуплаћеног, односно неунетог удела. Командитно друштво се по својој природи налази на граници између друштава лица и друштава капитала. За разлику од ортачког друштва, у оквиру командитног постоје лица која ограничено одговарају за обавезе друштва. Зато је потребно размотрити питање преноса удела комплементара и преноса удела командитора понаособ, јер се правила преноса код њих разликују. Законодавац нас управо на то и упућује. Чланом 129 ст. 2 Закона о привредним друштвима се предвиђа да се на пренос удела комплементара сходно примењују правила која се односе на пренос удела код ортачког друштва из чл. 97 до 100 ЗПД-а. Ово заправо значи да се на пренос удела комплементара примењују правила која смо претходно навели. Једини изузетак који се овде намеће јесу правила по којима се врши пренос удела између командитора и комплементара, с обзиром на различит облик одговорности (ограничена и неограничена) који је везан за ове уделе. У том смислу, правило о слободном преносу удела између ортака овде мора бити модификовано. Даље, ставом 3 члана 129 ЗПД-а се изричито прописује да командитор може слободно пренети свој удео или део удела на другог командитора или на треће лице. Јавни бележник, у случају да је брачним уговором обухваћен улог комадитора, не би имао обавезу да упозорава супружнике на ограничења. Такође, ни супружници не би имали обавезу да достављају прилоге уз свој састављени уговор, сем оних којим би супружници доказали својство власника на уделу.

3. Друштво са ограниченом одговорношћу

Друштво са ограниченом одговорношћу је друштво у коме један или више чланова друштва имају уделе у основном капиталу друштва, с тим да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва осим у случају примене института пробијања правне личности.²⁴ Као што смо раније разматрали, друштво са ограниченом одговорношћу представља

24 ЗПД, чл. 139.

друштво капитала и у том смислу приоритет у друштву у односу на члана има безлични капитал. Иако удео д.о.о. нема својство хартије од вредности,²⁵ из наведеног би проистицало да је промет удела у начелу слободан. Ово изричито стипулише и чл. 160 ЗПД-а, али само у оквирима ограничења постављених законом и оснивачким уговором. Чињеница је да је законодавац предвидео бројне могућности за ограничење преноса удела на трећа лица. Најважније ограничење, с обзиром на третман који му је дао законодавац, јесте ограничење које се односи на право прече куповине удела, регулисано чл. 161–169 ЗПД, које уживају узајамно чланови друштва. Једино ово ограничење је успостављено као позитивна законска претпоставка.

Поставља се питање како би право прече куповине могло утицати на пренос удела који би био вршен путем брачног уговора. Он по својој природи није класичан уговор – трансакција, о чему смо раније говорили. Стога се не би могао подвести под појам продаје. С друге стране, закон не говори искључиво о куповини, већ о „преносу“ удела, што је шири појам. Мишљења смо да би брачни уговор дошао под удар правила о праву прече куповине. Сматрамо, такође, да би у конкретном случају морало доћи до извесне модификације ових правила. Члан друштва који се користи правом прече куповине би био дужан да положи правичну цену удела у имовину (зајдничку или посебну, или већ режим који би супружници успоставили) у коју би удео био пренет. У поступку преноса пред нотаром, супружници би поред јавне исправе о власништву над уделом, јавном бележнику морали приложити доказе о испуњености услова које предвиђа право прече куповине. Они би, дакле, морали поднети или оснивачки уговор којим се искључује право прече куповине или, пак, изјаве чланова друштва којим се одричу права прече куповине за конкретну трансакцију. У обзир би дошли и докази (нпр. повратнице) да су чланови били понуђени и да је протекао рок у коме су могли истицати своје право прече куповине. Уколико неки од услова предвиђених Законом о привредним друштвима не би био испуњен, јавни бележник би био дужан да одбије да солемнизује брачни уговор.

Законом о привредним друштвима је предвиђен и *exempli causa* каталог могућих ограничења које чланови друштва могу предвидети у оснивачком уговору. Тако се као могућност предвиђа пренос удела само уз претходну сагласност чланова друштва (чл. 167 ЗПД-а). Постоји могућност да се пренос ограничи на тај начин што ће скупштина друштва одредити лице коме преносилац мора понудити пренос удела (чл. 168 ЗПД-а). Коначно чл. 170 ЗПД-а даје се изричито могућност да се осни-

25 Упоредити чл. 150 ЗПД.

вачким уговором предвиде и друга аутономна ограничења. У свим овим случајевима, ако би јавни бележник из достављеног уговора утврдио да постоји неко од наведених или друго уговорно ограничење, био би дужан да о њима супружнике поучи.

4. Акционарско друштво

Акционарско друштво се у Закону о привредним друштвима дефинише као привредно друштво чији је капитал подељен на акције.²⁶ Акције, стога, представљају хартије од вредности којима се потврђује да је њихов ималац унео (уплатио) одређени улог у основни капитал акционарског друштва, као и да има одређена права у том друштву.²⁷ Акције су серијске хартије од вредности и као такве дематеријализоване сходно законској одредби бившег Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената²⁸ (заменен Законом о тржишту капитала²⁹). Оне се воде на рачунима Централног регистра хартија од вредности (у даљем тексту Централни регистар).

Када је реч о преносу акција, исти је уређен чланом 261 ЗПД-а. Закон је стипулисао да је пренос акција слободан уколико статуом акционарског друштва пренос није ограничен правом прече куповине или претходном сагласношћу друштва. Међутим, када је реч о преносу акција и права из акција јавног акционарског друштва,³⁰ исти се не може ограничити,³¹ односно слобода промета акција важи у потпуности за јавна акционарска друштва.³² Стога, ограничења могу постојати само када је реч о акцијама нејавног акционарског друштва. Разлог за ово јесте да су акције као капитал у облику хартије од вредности предвиђене као такве да би се што је могуће више повећала њихова прометљивост. Када је реч о нејавним акционарским друштвима, ограничавање права преноса је могуће путем права прече куповине или претходног одобрења друштва уколико је то предвиђено статутом, на шта се сходно примењују правила

26 ЗПД, чл. 245.

27 Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2016, 632.

28 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, *Сл. гласник РС*, бр. 47/06.

29 Закон о тржишту капитала, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

30 Јавна акционарска друштва су она која су успешно извршила јавну понуду хартија од вредности у складу са одобреним проспектом, односно акције оних друштва која се тргује на регулисаном тржишту и мултилатералној трговачкој платформи. Сва остала акционарска друштва чије акције нису јавно емитоване су тзв. нејавна акционарска друштва.

31 ЗПД, чл. 261 ст. 6.

32 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2013, 320.

која важе за друштво са ограниченом одговорношћу.³³ Међутим, за разлику од д.о.о.-а, код акционарског друштва право прече куповине мора се посебно предвидети статутом, те не постоји диспозитивно правило о његовом постојању.

С друге стране, за промет акција јавног акционарског друштва важе правила Закона о тржишту капитала.³⁴ Трговина, односно купопродаја и пренос ових акција се врши на берзи или на мултилатералној трговачкој платформи (ванберзанско организовано тржиште). Међутим, када је реч о преносу који се врши путем брачног уговора, исти је далеко ближи бес-теретном уступању, него трговини и теретном уступању. У том смислу, за нас је од посебног значаја одредба чл. 229 ст. 3 Закона о тржишту капитала, којом се прописује да се пренос финансијских инструмената (значи и акција) по основу уговора о поклону и уговора о уступању хартија од вредности без накнаде врши путем писаног уговора овереног од стране надлежног органа, што значи да није неопходно промет вршити преко берзе.

Дакле, практично гледано, приликом солемнизовања уговора сугружници би најпре били дужни да приложе извод из Централног регистра хартија од вредности, којим доказују постојање права својине на акцијама. Поред тога би, уколико је реч о нејавном акционарском друштву, морали доставити статут, као и друге доказе којима би се утврдило да су сва ограничења преноса испоштована или да не постоје, исто као и код друштва са ограниченом одговорношћу. Ослањајући се на раније наведено, уколико би се брачним уговором располагало акцијама јавног акционарског друштва, довољно би било доставити извод из Централног регистра хартија од вредности, с обзиром на утврђену слободу уступања ових акција. Тек након што се увери да су сва ограничења искључена, јавни бележник треба да пристане да солемнизује брачни уговор. Сва упозорења која јавни бележник упућује, неопходно је да унесе и у солемнизациону клаузулу.

V Закључак

Након спроведене анализе потребно је да изведемо неколико закључака. Можемо констатовати да је могуће да се промет права (између осталих и права својине на уделима и акцијама) врши путем брачног уговора. Поред тога, концепт усвојен у нашој правној теорији и пракси, по коме удели и акције настали по основу улога пореклом из заједничке имовине не спадају у заједничку, већ посебну имовину

33 ЗПД, чл. 261 ст. 7.

34 ЗПД, чл. 261 ст. 3.

супружника који је уписан као члан друштва, сматрамо неправичним и неоправданим, како са становишта тенденција у упоредном праву, тако и са становишта домаћих законских решења. У том смислу предлажемо супротно решење по коме би удели и акције требало да буду сврстани у заједничку имовину супружника. Коначно, промет удела и акција се како обичним тако и брачним уговором мора вршити у оквирима ограничења која су постављена правилима привредног права за сваку правну форму понаособ.

Nikola MILOSAVLJEVIĆ, LL.M.

SHARES AND STOCKS IN THE MARITAL PROPERTY REGIME AND MARITAL AGREEMENT REGIME

Summary

Development of family law contractualization, and restoration of capitalism in Serbian society, has brought us to some interesting crossovers between family law and commercial law. In this regard, in this paper, the author has analyzed the possibility of transferring of company shares by the marital (prenuptial/postnuptial) contract. Furthermore, there is an analysis regarding position of company shares in Serbian law marital property regime, since it is one of preconditions for transferring the shares by the marital contract. The last part of the paper deals with the conditions under which it is possible to transfer company shares by the marital contract.

Key words: *Marital contract, company shares, marital property regime, transferring of the shares, transference conditions.*

Марко ТОМИЋ
јавни бележник у Ваљеву

ЈАВНО БЕЛЕЖНИШТВО У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ОДАБРАНА ПИТАЊА

„...захваљујући таксеним маркама и печатима он је у своје време био арбитар истине.“¹

Резиме

Раг се бави одабраним питањима из јавног бележничтва која, по мишљењу аутора, завређују дискусију. Први део рада бави се једним аспектом статуса јавних бележника – неосвојеном јавнобележничкој имунитету. Други део рада разматра правни третман бесправно израђених објеката из ула промета неокрећности. Трећи део рада наглашава неколико предности и недостатака Закона о пословању уписа у катастар неокрећности и водова. На крају, у четвртом делу се изводи закључак.

Кључне речи: јавни бележници, имунитет, грађевинска дозвола, заједничка имовина сујужника.

1 Салман Рушди, *Деца ноћи*, Београд, 1987. године, 482. Главни јунак овог монументалног романа, Салем Синај, лута ратом разрушеном Даком (данашњи Бангладеш) и наилази на напуштenu канцеларију јавног бележника. На столу су остале „наочаре са половичним оквирима, напуштени печати и таксене марке“. Аутор овог рада везу теме рада са уводним цитатом проналази у крхкошћу положаја јавног бележника у нашем праву наспрам велике одговорности коју ова јавна делатност собом носи.

I Положај јавног бележника у правном поретку Републике Србије, уз осврт на непостојање јавнобележничког имунитета

Положај јавног бележника у домаћем правном систему је своје-врстан. Иако га бира министар надлежан за послове правосуђа, он није део извршне власти, јер је, по закону, самосталан и независан.² Суд му може поверити спровођење појединих ванпарничних поступака, али то јавног бележника не чини делом судске власти, јер није судија.³ У домаћој теорији је изнет став да јавни бележник „не обавља ни адвокатску, ни државну, већ особену и издвојену јавну делатност, специфичну јавну службу.“⁴ Још је речено да је „данашњем јавном бележнику држава пренела јавно овлашћење да издаје јавне исправе.“⁵

Јавни бележник је од државе добио зрно власти, ипак, држава не стоји иза њега: за штету коју причини трећим лицима у обављању јавнобележничке делатности одговара искључиво он.⁶ Јавни бележник одговара за штету коју проузрокује у обављању своје професије, ако се није понашао „онако како је требало“, посматрано из угла пооштрене професионалне одговорности.⁷ Једна од одлика латинског нотаријата је лична одговорност јавног бележника за проузроковану штету.⁸ У погледу врсте одговорности, реч је о субјективној одговорности, по основу претпостављене кривице.⁹ Степен кривице није релевантан, јавни бележник одговара и за штету коју причини обичном непажњом, како следи из законских прописа.¹⁰

2 Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2012 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 2 ст. 3.

3 Илија Бабић, „Јавни бележник и јавнобележничке исправе – записници органа привредних друштава и овере њихових оснивачких аката“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014, 81.

4 Зоран Томић, „Општа јавноправна обележја нотаријата (јавног бележничтва)“, *Јавнобележничко право* (уредник Драгор Хибер), Београд, 2006, 196.

5 Марко Ђурђевић, „Одговорност јавног бележника за штету проузроковану сопственом радњом (према Закону о јавном бележничтву)“, *Усклађивање њословној права Србије са правом Европске уније – 2011*, (уредник Вук Радовић), Београд, 2011, 472.

6 Закон о јавном бележничтву, чл. 58.

7 М. Ђурђевић, 476.

8 Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014, 16.

9 Енес Бикић, Мелиха Повлакић, Сефедин Суљевић, Маринко Плавшић, *Нотарско право*, Сарајево, 2012, 80.

10 Модел закона о јавном бележничтву из 2002. године је предвиђао да јавни бележник за штету коју проузрокује трећим лицима у обављању делатности одговара само у случају намере или крајње непажње. М. Ђурђевић, 483.

Осим по основу грађанскоправне одговорности, јавни бележник подлеже и дисциплинској и кривичној одговорности у вези са обављањем јавнобележничке делатности. Овог пута се нећемо бавити дисциплинском одговорношћу, па долазимо до теме овог дела рада: јавнобележничког имунитета. Јавни бележник се често назива „превентивним судијом“, јер је, у складу са начелом поучавања странака, његова мисија да спречи појављивање спорова.¹¹ У тој улози јавни бележник поучава и саветује странке, па изражава своје *мишљење* и износи *йравне сйавове*, уносећи их потом у поуке и упозорења јавнобележничке исправе. Али, он нема тзв. материјално-правни имунитет за изражено мишљење,¹² као што га имају судије.¹³ То може довести до аутоцензуре у поступању јавног бележника. Проблем је израженији при поступању јавног бележника као повереника суда, јер он тада заиста поступа као судија, само што није заштићен од одговорности за изнето мишљење у одлукама донетим у вршењу поверених овлашћења. У теорији је примећено да, за разлику од судије „нотар када користи свој став у вршењу нотарске службе може кривично одговарати.“¹⁴ Верујемо да законско регулисање материјално-правног јавнобележничког имунитета не би шкодило квалитету јавнобележничке професије, већ би јавне бележнике „ослободило притиска код обављања службене дужности“.¹⁵

II Располагање објектима који су изграђени без грађевинске дозволе

1. Постављање проблема

При уређењу санкција за бесправну градњу објеката законодавац вага између два вечита интереса: јавног и приватног. Тако се, ради заштите јавног интереса санкционишу садашњи и будући бесправни градитељи, који, градећи непокретности без одобрења за изградњу, чине кривично дело.¹⁶ Али, јавни интерес се штити и потрагом за решењем

11 И. Бабић, 82.

12 Ратко Марковић, *Уставно йраво и йолийичке инсйийиуције*, Београд, 2006, 626.

13 Закон о судијама, *Службени йласник 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. 5.

14 Е. Бикић, М. Повлакић, С. Суљевић, М. Плавшић, 64.

15 Е. Бикић, М. Повлакић, С. Суљевић, М. Плавшић, 64.

16 Кривични законик, *Службени йласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019, чл. 219а. У питању је кривично дело грађења без грађевинске дозволе, које је уведено Законом

статуса безброј непокретности које су бесправно изграђене у времену које је за нама, када такво понашање није било санкционирано кривичном одговорношћу, већ је било устаљено понашање српских градитеља, такође део фолклора. Насупрот јавном интересу стоји приватни интерес у виду заштите права приватне својине на бесправно изграђеним објектима, као најшире власти на ствари.¹⁷

Пред јавне бележнике се свакодневно постављају захтеви за солемнизацију уговора о промету непокретности које су изграђене без одобрења за изградњу. Разлог за то је једноставан: таквих објеката је много, а аутономија воље странака се, као начело облигационог права, мора поштовати. Према том начелу, стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.¹⁸ Зато је потребно да јавни бележници заузму законит став у погледу ове важне теме, како би се сачували од одговорности за изнето мишљење (пошто немају имунитет) и како би вољу странака уобличили у законити правни посао. Уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.¹⁹ У правној теорији је изнет став да се тај уговор може закључити и у строжој форми, форми јавног бележничког записа, што је касније изражено и у правном ставу Врховног касационог суда.²⁰

2. Три закона о истој теми

Три закона уређују ову тему, што је лоше решење јер умањује снагу владавине права и повећава могућности за арбитрерност. То су Закон о промету непокретности, Закон о планирању и изградњи²¹ и Закон о

о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009. Та новела Кривичног законика ступила је на снагу 11. септембра 2009. године.

- 17 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, 9. неизмењено издање, Београд, 1999, 56.
- 18 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, чл. 10.
- 19 Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.
- 20 Предраг Трифуновић, „Три спорна питања (конвалидација, солемнизација, објективни рок застарелости потраживања по чл. 376 ст. 2 ЗОО)“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2016, 119–120; Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 25. октобра 2016. године, објављен у: *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2017, 320.
- 21 *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014,

озакоњењу објеката.²² Пошто је првопоменути закон *sedes materiae* за промет непокретности,²³ логично је било да се у њему нађе одредба која забрањује промет бесправно изграђених објеката (ако је то била намера законодавца). Уместо таквог решења, законодавац се определио за три одредбе у три различита закона, које тек када се, попут слагалице, споје у јединствену целину, дају одговор на тако важно питање.

Прво, чл. 4а Закона о промету непокретности прописује следеће: „Ако јавни бележник, на основу извршеног увида у регистар непокретности или на други начин, утврди да је предмет уговора о промету непокретности објекат или посебан део зграде за који није издата употребна дозвола или у погледу кога је у току поступак легализације, дужан је да о томе упозори уговорнике и да о томе унесе упозорење у складу са правилима којима је уређена јавнобележничка делатност, а ако се уговорници противе уношењу упозорења, јавни бележник одбија да предузме тражену службену радњу.“ Ова одредба решава један део проблема јер се односи на две врсте објеката: оне за које је издата грађевинска дозвола, али није издата употребна дозвола, и оне у погледу којих је поступак легализације у току. Само потоњи припадају категорији бесправно изграђених објеката. Ако јавни бележник утврди да је у погледу њих поступак легализације у току, уговор се може солемнизовати, уз уношење одговарајућег упозорења у солемнизациону клаузулу.²⁴ Међутим, ова одредба се не односи на случај када је објекат бесправно изграђен, а поступак легализације није у току, о чему ће бити речи касније.

Друго, чланом 106 ст. 2 Закона о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи²⁵ прописано је следеће: „Забрањује се располагање свим објектима или деловима објекта изграђених после ступања на снагу закона којим се уређује озакоњење објеката, без издате грађевинске дозволе или решења из члана 145. овог закона.“ Закон који уређује озакоњење објеката јесте Закон о озакоњењу објеката, који је ступио на снагу 27. новембра 2015. године. Дакле, забрањено је располагање објектима који су бесправно изграђени после поменутог датума. Они не могу бити предмет озакоњења.²⁶ Објектима који су пре тога бесправно изграђени дозвољено је располагање. Забележба о

145/2014, 83/2018, 31/2019 и 37/2019 – др. закон)

22 Службени гласник РС, бр. 96/2015 и 83/2018.

23 „Промет непокретности, у смислу овог закона, јесте пренос права својине на непокретности правним послом, уз накнаду или без накнаде“. Закон о промету непокретности, чл. 2 ст. 1.

24 Д. Ђурђевић, 85; Закон о јавном бележничству, чл. 93б ст. 1 тач. 10.

25 Службени гласник РС, бр. 83/2018.

26 Закон о озакоњењу, чл. 6 ст. 9.

забрани располагања непокретностима која се у том случају уписује у катастар непокретности, деклараторне је природе, будући да је забрана располагања, као ограничење права својине, установљена *ex lege*.²⁷

Треће, новелама Закона о озакоњењу објеката²⁸ уведена је обавеза надлежне градске управе да Служби за катастар непокретности достави потврду да је објекат у поступку озакоњења, у циљу уписа забележбе забране отуђења објекта.²⁹ Међутим, самим законом није забрањено располагање објектима који су у поступку озакоњења. То даље значи да је забележба забране отуђења објекта у овом случају *констийишувної карактера*, имајући у виду да забрана располагања не наступа по сили закона. Та забележба, једнако као и она прописана Законом о планирању и изградњи, спречава промет бесправно изграђених објеката за које је у току поступак озакоњења.³⁰

3. Како се одредити приликом солемнизације?

Можемо извући три закључка у вези располагања непокретностима бесправно изграђених објеката. Прво, нема дилеме да је забрањено располагање објектима који су бесправно изграђени пре 27. новембра 2015. године, без обзира на то да ли је у катастру непокретности уписана забележба забране располагања или не. Друго, ако је за бесправно изграђени објекат у току поступак озакоњења (легализације), дозвољен је његов промет (ужи појам од располагања), једино што је јавни бележник у том случају дужан да у солемнизациону клаузулу унесе прописано упозорење. Треће, јавни бележник ни уз поменуто упозорење не сме да солемнизује уговор о промету бесправно изграђеног објекта ако је у катастру непокретности уписана забележба забране отуђења, у складу са законом који уређује озакоњење објеката, јер је тај закон у односу на

27 Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи, чл. 106 ст. 4.

28 Закон о изменама и допунама Закона о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС*, 83/2018, чл. 28.

29 „Надлежни орган за озакоњење је дужан да за све објекте који су у поступку озакоњења по службеној дужности достави органу надлежном за послове државног премера и катастра потврду да је објекат у поступку озакоњења, у циљу уписа забране отуђења за те објекте у виду забележбе, у року од шест месеци од дана ступања на снагу овог закона.“ (Закон о изменама и допунама Закона о озакоњењу објеката, чл. 28) Овај рок је истекао 6. априла 2019. године, али је разумно претпоставити да је реч о инструктивном року, будући да није прописана никаква санкција за његово пропуштање.

30 Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, *Службени гласник РС*, бр. 41/2018, 45/2018 и 31/2019, чл. 14 ст. 3; „Забележба забране отуђења и оптерећења има за сврху да упозори прибавиоца да сопственик не може слободно располагати непокретношћу.“ О. Станковић, М. Орлић, 355.

Закон о промету непокретности *lex specialis* у погледу материје озакоњења објеката. У случају описаном у првом и трећем закључку овог пакуса, такав уговор о промету непокретности био би ништав, јер је његов предмет недопуштен.³¹

Према Уставу Републике Србије, законом се може ограничити начин коришћења имовине.³² Таква законска ограничења морају бити јасно дефинисана, како би се удовољило захтевима владавине права.³³ Поред тога, потребно је правити разлику између правних послова *располагања* непокретностима и правних послова *прометта* непокретностима. И једни и други су манифестација овлашћења власника на правно располагање ствари (*ius disponendi*).³⁴ Међутим, појам промета непокретности је ужи, јер значи само пренос права својине са преносиоца на стицаоца. Појам располагања непокретностима је шири, обухвата промет непокретности, али и облике располагања којима се не преноси право својине, већ се у корист трећег заснива стварно право уже од права својине (службеност, залога итд).³⁵ У вези са тим, важно је истаћи да Закон о промету непокретности и Закон о озакоњењу ограничавају само промет непокретности, а Закон о планирању и изградњи ограничава целокупно располагање непокретностима.

III Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова: предности и недостаци

1. Најзначајније предности закона

Несумњиво највећи значај новог Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова (у даљем тексту и фуснотама: Закон о поступку уписа) у томе је што је грађанима омогућено да на једном месту испуне и грађанскоправне и порескоправне формалности у вези са располагањем непокретности. То се огледа у две битне новине које се њиме уводе. Прво, пошто солемнизује уговор о располагању непокретностима или о томе састави јавнобележнички запис, јавни бележник је дужан да Служби за катастар непокретности (у даљем тексту: служба) посредством електронског шалтера достави тако сачињену

31 Закон о облигационим односима, чл. 47 у вези са чл. 103 ст. 1.

32 *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 58 ст. 3.

33 „Ако је интервенција закона у области уставом проглашених људских права допуштена, она се мора свести само на прописивање начина њиховог остваривања“. Р. Марковић, 611.

34 О. Станковић, М. Орлић, 57.

35 О. Станковић, М. Орлић, 57

јавнобележничку исправу.³⁶ Друго, грађани имају могућност (не и обавезу) да јавном бележнику предају пореске пријаве ради утврђења пореске обавезе по основу пореза на имовину и пореза на пренос апсолутних права, односно пореза на поклон и наслеђе, чиме се сматра да су удовољили законској обавези подношења пореске пријаве.³⁷ На тај начин се остварује „делотворност и економичност правних поступака, што је и у интересу грађана“.³⁸

Такође, значајна новина у нашем правном систему је предбележба која се односи на објекте и посебне делове објеката у изградњи (у даљем тексту: објекти у изградњи).³⁹ У земљишно-књижном праву, предбележба је упис којим се условно прибављају или губе земљишно-књижна права, и њен смисао је у задобијању првенственог реда.⁴⁰ Предбележба постаје коначан упис након оправдања „на тај начин што се уклањају недостаци због којих исправа није била погодна за укњижбу“.⁴¹ Поменута предбележба објеката у изградњи садржи битна својства предбележбе земљишно-књижног права, јер у тренутку њеног уписа објекат у изградњи, као будућа ствар, не постоји. Дакле, не постоје услови за упис непокретности и права својине на њој. Та предбележба ће бити оправдана уписом објекта у катастар непокретности на основу правноснажне употребне дозволе.⁴² Посебно је значајно то што орган који је издао грађевинску дозволу, по службеној дужности, доставља служби, по пријему уредне пријаве радова, правноснажно решење о грађевинској дозволи, заједно са другом прописаном документацијом, ради уписа предбележбе објекта у изградњи.⁴³ Улога јавног бележника у примени ове врсте предбележбе огледа се у томе што доставља служби уговор о промету објекта у изградњи, ради уписа те исте предбележбе.⁴⁴

36 Закон о поступку уписа, чл. 21 ст. 1 тач. 2 и ст. 2, и чл. 22 ст. 1–5.

37 Закон о поступку уписа, чл. 22 ст. 6.

38 З. Томић, 189.

39 Закон о поступку уписа познаје четири врсте уписа у катастар непокретности: упис непокретности, упис права, предбележбу и забележбу (чл. 4). Укњижба, као институт земљишно-књижног права, раздвојена је на упис непокретности и упис права. Предбележба и забележба и термилошки и садржински задржале су својства која су имала у време важења земљишних књига. Предбележба је условни упис стварних права на непокретностима, која оправдавањем постаје коначни упис (чл. 11–13). Забележба је упис одређених чињеница које су од значаја за стварна права на непокретностима (чл. 14 и 15).

40 О. Станковић, М. Орлић, 351.

41 О. Станковић, М. Орлић, 352.

42 Закон о поступку уписа, чл. 12 ст. 4.

43 Закон о планирању и изградњи, чл. 148 ст. 3.

44 Закон о поступку уписа, чл. 22 ст. 2 тач. 2.

Системским тумачењем ових законских одредаба, долази се до закључка да је за иницирање уписа предбележбе објекта у изградњи надлежан орган који је издао грађевинску дозволу, а јавни бележник је за то надлежан у случају преноса права својине на таквом објекту, у току његове изградње.

2. Недостаци закона

Закон о поступку уписа доноси нам новине у погледу уписа у катастар непокретности посебне и заједничке имовине супружника. Основни проблем је у томе што један управно-процесни закон уређује материјалноправно питање које је већ на одговарајући начин уређено Породичним законом.⁴⁵ Наиме, као правило је прописано да ће, ако је стицалац у браку, у случају када јавни бележник служби доставља исправу за упис, у којој је садржан теретни правни посао, у катастру непокретности бити уписана заједничка својина на име стицаоца и његовог супружника. Три су изузетка: ако у исправи нема података о браку, ако су оба супружника изјавила да је реч о посебној имовини једног супружника или ако супружници стичу сусвојину.⁴⁶ У Породичном закону, досадашњој судској пракси и правној теорији сасвим су јасно постављени критеријуми шта представља заједничку, а шта посебну имовину супружника.⁴⁷

Ова одредба је посебно спорна имајући у виду да Породични закон већ уређује правни домашај ситуације у којој су супружници уписани као сувласници, с једне стране, и када је упис извршен само на име једног од њих – тада се претпоставља да је упис извршен на име оба

45 *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

46 Закон о поступку уписа, чл. 7 ст. 5, ст. 7 и ст. 8. Заједничка изјава супружника којом потврђују да је реч о посебној имовини једног супружника заправо значи деобу заједничке имовине супружника, и то реалну деобу, јер ће непокретност припасти у искључиву својину једном супружнику. О врстама деобе заједничке имовине супружника, видети код: Марија Драшкић, *Породично право и права деце*, Београд, 2007, 358–362. Пошто та изјава може бити саставни део у уговор о промету непокретности, а може бити и дата одвојено, у форми јавнобележнички потврђене исправе, испуњени су услови за њену пуноважност у погледу форме, с обзиром на то да је за споразум о деоби заједничке имовине супружника предвиђена иста форма. Породични закон, чл. 179 ст. 2.

47 Породични закон, чл. 168, чл. 171 ст. 1; „Имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку представља њихову заједничку имовину“. Породични закон, чл. 171 ст. 1. Посебна имовина јесте целокупна имовина сваког супружника која није обухваћена режимом заједничке имовине. М. Драшкић, 362. Детаљно о овој теми: Слободан Панов, *Породично право*, Београд, 2018, 323–350; М. Драшкић, 351–367.

супружника, уз прописане изузетке – с друге стране.⁴⁸ Према мишљењу правне теорије, та правила „представљају начин да се осигура ефективна заштита законског режима заједничке имовине и предупреду евентуални скупи и дуготрајни спорови о постојању заједничке имовине“⁴⁹ Закон о поступку уписа само прописује још једну обориву претпоставку: да је непокретност у заједничкој својини ако су оба супружника уписана као власници са неодређеним уделима. Та претпоставка се може оборити доказом да је супружник-стицалац у стицање непокретности уложио своју посебну имовину (на пример: новац стечен продајом наслеђене имовине).

Такође, разматрана одредба уопште не помиње заједничку имовину ванбрачних партнера, чиме се долази до парадокса: на стицање заједничке имовине ванбрачних партнера се примењује само Породични закон, а на стицање и упис заједничке имовине супружника оба поменута закона, што је нелогично ако знамо да су брачни и ванбрачни партнери изједначени у погледу имовинских односа. Како је речено у правној теорији, „ванбрачни партнери имају право да се на њихове имовинске односе примењују законске одредбе о имовинским односима супружника под условом да је њихова заједница живота трајнија“.⁵⁰ Дакле, поменута законска одредба дискриминише ванбрачне у односу на брачне партнере.

Најзад, упућујемо критику једној законској одредби која уређује однос службе и јавних бележника. Наиме, правило је да када служба од јавног бележника посредством електронског шалтера прими јавнобележничку исправу која је основ за промену у катастру непокретности, не проверава законитост промене која се спроводи у складу са достављеном исправом, већ спроводи промену.⁵¹ Изузетно, ако је

48 Два су изузетка: ако је након уписа закључен писмени споразум супружника о деоби заједничке имовине односно брачни уговор, или ако је о правима супружника на непокретности одлучивао суд. Породични закон, чл. 176.

49 Марија Драшкић, *Коментар Породичног закона*, Београд, 2016, 437.

50 М. Драшкић (2007), 369.

51 Закон о поступку уписа, чл. 32 ст. 3. Тиме се ублажава празнина настала укидањем земљишних књига, које је водио суд, и увођењем јединственог катастра непокретности, које води Служба за катастар непокретности, која је орган управе. У време важења земљишних књига, суд је испитивао испуњеност и формалних и материјалних услова за упис. О. Станковић, М. Орлић, 340.

Јавни бележници су преузели део улоге земљишно-књижног суда јер испитују материјалне услове пуноважности исправе која је основ уписа, док је у надлежности катастра непокретности да испитује формалне услове. У теорији је изнет став да је „напуштање земљишних књига у корист јединственог катастра непокретности“ била странпутица Републике Србије. Милош Живковић, Весна Живковић, „О увођењу јавног бележництва у Србији“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*,

законом прописана забрана уписа, служба ће одбити спровођење уписа у катастар непокретности.⁵² Катастар непокретности само проверава испуњеност формалних услова за упис (да ли је достављена исправа и потребна документација, и да ли су чињенице о непокретностима и лицима у складу са стањем у катастру непокретности), а ако ти услови нису испуњени, обуставља поступак.⁵³ Међутим, катастар непокретности је овлашћен да, пошто спроведе упис, обавести јавног тужиоца и „орган који је надлежан да по службеној дужности покрене одговарајући поступак за поништавање“, ако нађе да је располагање непокретношћу у исправи која је основ за упис очигледно противно принудним прописима.⁵⁴ Ова злоупотреба одредба ставља у надлежност катастру непокретности, као управном органу, да испитује да ли је јавни бележник повредио принудни пропис, што је искључива надлежност суда. Осим тога, она је супротстављена начелу законитости, према којем служба не врши проверу законитости промене у катастру непокретности која се врши на темељу јавнобележничке исправе.⁵⁵ Још један аргумент у прилог тези о увођењу јавнобележничког имунитета за мишљење изражено у јавнобележничким исправама.

IV Уместо закључка

Преглед одабраних питања из области јавног бележништва, који је изнет у раду, за циљ има подстицање научне расправе о њима. У том смислу, испитана је потреба за увођењем јавнобележничког имунитета за изражено мишљење у јавнобележничким исправама и у одлукама донетим у повереним ванпарничним поступцима. Јавни бележници врше изузетно одговорну јавну службу, па би требало да буду заштићени имунитетом. Затим, разматран је третман објеката изграђених без

бр. 63/2013, 437. Аутор овог рада се приклања том ставу из разлога што сматра да о настанку, преносу и гашењу стварних права на непокретностима треба да одлучује суд, а не орган управе.

52 У закону не стоји изричито да ће катастар непокретности одбити упис, али сходном применом Закона о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење, на који упућује одредба чл. 20 Закона о поступку уписа, долази се до таквог закључка. Пошто орган управе (катастар непокретности) у том случају не спроводи промену у катастру непокретности, следи да ће донети негативни управни акт којим се „издавалац изјашњава за опстајање једне правне ситуације, за њено немењање“. Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд, 2009, 200.

53 Закон о поступку уписа, чл. 32 ст. 1 тач. 2, 3 и 5.

54 Закон о поступку уписа, чл. 32 ст. 3.

55 Закон о поступку уписа, чл. 3 тач. 5.

грађевинске дозволе, имајући у виду разуђено уређење овог питања у три закона са различитом тематиком. Најзад, похваљен је али и критикован Закон о поступку уписа. Добре његове стране се односе на поједностављање формалности у вези са уговорима о располагању непокретности, и на увођење предбележбе објеката у изградњи. Мане су му „дуплирање“ уређења материјалноправних питања из породичног права, али и непотребно стављање у надлежност служби за катастар непокретности да испитује да ли је уговор који је солемнизовао или саставио јавни бележник у складу са принудним прописима. Како би јавни бележник заиста био „превентивни судија“ или, како је рекао писац, „арбитар истине“, сматрамо да би правна наука и пракса требало да потраже одговоре на питања која су постављена у овом раду.

Marko TOMIĆ
Notary public in Valjevo

NOTARY PUBLIC SERVICE IN REPUBLIC OF SERBIA – SELECTED ISSUES

Summary

The paper deals with selected issues of notary public service which, by author's opinion, deserve a discussion. First part of the paper deals with one aspect of notaries public status – absence of the immunity of a notary public. Second part of the paper considers legal treatment of objects built without building permit, from the view of real estate's transfer. Third part of the paper emphasizes several advantages and disadvantages of Law on the Registration Procedure in the Real Estate Cadastre and Plans. At last, the conclusion is made in fourth part.

Key words: *notaries public, immunity, building permit, marital property.*

Јована РАЈИЋ ЂАЛИЋ

истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд

ЖЕНСКО ПРЕДУЗЕТНИШТВО У СРБИЈИ

Резиме

Женско предузетништво представља битну тему у савременом свету, као део привреде једној друштва. Како је развој ове врсте предузетништва у овоју, тема није довољно изражена. Проблемадика развоја условљена је бројним факторима. Један од њих је изражена неравноправност између мушкараца и жена која постоји у Србији. Она условљава проблем усклађивања приватној и професионалној животи, неравномерну поделу кућних послова, примарну улогу жене у одизању деце. У раду је представљен моћни утицај дискриминације приликом запошљавања и на раду на женско предузетништво. Економска независност, неоседавање каријерала, неадекватна помоћ државе јесу сфере које треба унапредити, како би се број женских предузетница повећао. Проучен је и профил оних жена које су се одлучиле на корак предузетништва, који је разлој њиховој уласка и које кораке прави држава како би се проценају предузећа у власништву жена повећао у њихову користи.

Кључне речи: *предузетништво, дискриминација, родна равноправност, једнакост.*

I Уводна разматрања

Проблематика женског предузетништва је сложена и као таква треба бити детаљно проучена. Како се све више пише о равноправ-

ности мушкараца и жена као уставном начелу, питање развоја женског предузетништва у великој је повезаности са поменутиим начелом. Пошло се од хипотезе да родна неравноправност представља један од разлога зашто се жене не одлучују у великом броју на предузетнички подухват. У том смислу, женско предузетништво условљено је бројним факторима. Родна неравноправност доводи до неједнаког положаја мушкарца и жене на тржишту рада, недовољну партиципацију жене, неједнаку поделу у сфери приватних обавеза што се рефлектује и на економску неједнакост.¹ Поред родне неравноправности мушкарца и жене, један од фактора који утиче на предузетништво жена је и једнакост шанси. Да би се жена професионално остварила као предузетник, потребно јој је пружити једнаке шансе као и мушкарцу.² Под тим подразумевамо уважавање жене као особе са каријером, једнаких способности и интелектуалних потенцијала као мушкарац, признавањем једнаких могућности за напредовање, једнаку плаћеност а онда и једнак потенцијал за предузетништво. Ипак, главна препрека српском предузетништву јесу патријархалне стеге. Српским друштвом још увек доминира патријархат, јер постоји свест о томе да је жени место у кући. Жена се посматра као особа која ће водити домаћинство и имати главну улогу у одрастању деце, док је мушкарац тај који може имати запослење или самосталан посао који ће породици обезбедити извор прихода. Са тако постављеним стандардима, жени је теже ускладити професионални и приватни живот. Непостојање законских норми које би олакшале *life work balance*, као термина који се користи у страниој литератури, управо обесхрабрује жену да постане предузетник, у жељи да више времена имају за васпитање деце.³ У таквим условима, жена има проблем да се посвети предузетничком послу, који изискује више радног времена него рад за другог, породичном животу, као и сопственој доколицы и пријатељима, јер је човек друштвено биће. То може да доведе до незадовољства, фрустрације и повлачења из предузетништва. Патријархалност утиче и на неједнаку доступност образовања женама и мушкарцима. Велики број жена који није стекао потребно образовање и знање не могу ни конкурисати за самосталан пословни подухват и финансијски зависи од свог партнера. Дакле, позиција мушкарца и жене у друштву није иста. У томе вероватно лежи разлог уласка у предузетничке воде једног и другог пола. Жене то углавном чине да би обезбе-

1 Francine Blau, Marianne Ferber, Anne Winkler, *The economics of women, men, and work*, Pearson, 5th ed, 2006, 57.

2 Andrea Grgić A., et al., *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009, 56.

3 Јелена Вемић Ђурковић, „Улога и значај женског предузетништва у развоју новог приватног сектора у Србији“, *Пословна економија*, бр. 1/ 2012, 23.

диле себи егзистенцију, док мушкарци предузетништво посматрају као професионални изазов и шансу за напредак, а не опстанак.⁴ Тиме долазимо до препреке за покретање сопственог посла код жена, сопственог капитала. Мали је проценат жена у Србији које су власнице станова, земљишта, пословних простора и самим тим им је теже да уложе у сопствену визију. Незапосленост жена такође је један од фактора у вези са женским предузетништвом. Стање на тржишту рада и економски раст у земљи могу побољшати ситуацију у смислу подстицаја жена да се отисну у предузетничке воде кроз помоћ државе у виду различитих програма за *start up*.

Истраживање је започето освртом на појам женског предузетништва и покушаја дефиниције истог. Потом је истражен законски оквир за развој ове гране предузетништва и друштвене околности које у савременом свету не мотивишу жене да се отисну у предузетничке воде, да бисмо на крају истраживања приказали тренутну ситуацију женског предузетништва у Србији.

II Појам женског предузетништва

Да бисмо схватили значај женског предузетништва, потребно је поћи од самог појма. У теорији не постоји заузет став о дефиницији предузетништва. Како не постоји јединствена сагласност економиста и социолога, слагање постоји о томе да се под термином предузетништво подразумева „комбиновање фактора и других ресурса на иновативан начин, преузимање ризика и искоришћавање шанси“.⁵ Један од аутора наводи да је предузетништво делатност усмерена на покретање, организовање и иновирање послова предузећа са основним циљем стварања новог тржишта и остваривања добити.⁶ Европска комисија дала је своје виђење предузетништва као процеса стварања и развоја економске активности путем комбиновања активности преузимања ризика, креативности и иновација са снажним управљањем у оквиру нове или постојеће организације.⁷ Као што је приказано, дефиниција предузетништва зависи од више фактора. Неки аутори истичу да треба узети у обзир пре свега иновативност, други преузимање ризика.⁸ Појам је

4 Сања Пантић-Поповић, „Женско предузетништво у Србији – еволуција од социјалне ка економској категорији“, *Пословна економија*, бр. 2/2014, 34.

5 Марија Бабовић, *Полазна студија о предузетништву жена у Србији*, Београд, 2012, 16.

6 Ненад Д. Пенезић, *Како постићи предузетник*, Београд, 2003, 15.

7 М. Бабовић (2012), 18.

8 Peter F. Drucker, *Innovation and Entrepreneurship, practice and principles*, Bristol, 2006, 14.

сложен јер на њега утичу запосленост, економски раст. Неспорно је да предузетништво представља једну привредну делатност, подухват која са собом носи ризик, потребно је знање и свежа идеја.

Ако покушамо да дамо дефиницију предузетнице, она би, по ставу исказаном у једној студији, представљала „економског актера који комбинује факторе производње и друге релевантне ресурсе на иновативан начин и тако их премештају из сектора ниже у сектор више продуктивности и вишег дохотка, користећи шансу и процењујући ризик“.⁹ Тако посматрано, долазимо до закључка да је предузетница особа која поседује одређено знање и вештине, преузима ризик, користећи одређене ресурсе не би ли створила нову вредност. То чини у сектору производње и иновативна је.¹⁰

III Нормативни оквир за развој женског предузетништва

Један од фактора који утиче на женско предузетништво јесу и норме законодавне власти које могу бити подстицај за развој. Ваља поменути документа која су извршила утицај приликом уређивања домаћих одредби. Пекиншка декларација дала је велики допринос у области рада жена.¹¹ Донета 1995. године, имала је циљ да унапреди положај жена, успостави једнакост и потврди принципе постављене Повељом Уједињених нација и Општом декларацијом о људским правима. Важност ове декларације препознаје се кроз покушај да се реши незапосленост жена и побољша њихов положај на глобалном нивоу. Полазећи од аксиома да су женска права људска права, документ усвојен у Пекингу имао је циљ да уклони препреке у партиципацији жена у свим сферама живота.

Стандарди Међународне организације рада поставили су савремени оквир равноправности у оквиру Европске уније. Не можемо а да не поменемо Конвенцију бр. 111 која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, а која дефинише дискриминацију, основе дискриминације, позитивну дискриминацију, као и Конвенцију бр. 100 о једнаком плаћању мушкараца и жена за исти рад или рад исте вредности. На темељима тих конвенција донета је Директива Савета Европе 2000/78 која успоставља нормативни оквир за равноправни третман мушкараца и жена у сфери рада. Директива је имала посебног

9 М. Бабовић (2012), 17.

10 United Nations Economic Commission for Europe, *Women's entrepreneurship in Eastern Europe and CIS Countries*, Geneva, 2002, 55.

11 Доступно на адреси: http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinska_deklaracija.pdf, 9. 2. 2019.

значаја у промовисању забране директне и индиректне дискриминације по било ком основу. Прокламована је забрана дискриминације приликом запошљавања и напредовања, али и у samozapoшљавању.

Основу домаћег законодавног оквира чини Закон о привредним друштвима,¹² који уређује правни положај предузетника. Разликујући форме привредних друштава, закон посвећује једну целину предузетницима, које дефинише као пословно способна физичка лица која обављају делатност у циљу остваривања прихода, уз одговорност целокупном имовином, као ортаци.

У контексту овог рада, један од битних домаћих прописа јесте Закон о равноправности полова. Донет 2009. године, успоставио је једнаку доступност пословима и једнакост за оба пола у процесу запошљавања.¹³ Прокламује забрану непосредне и посредне дискриминације, уз јасан став да се не сматрају дикриминацијом мере које се предузимају ради отклањања и спречавања неједнаког положаја жена и мушкараца у циљу успостављања једнаких могућности полова. Закон садржи конкретну обавезу за послодавца који запошљава више од 50 запослених на неодређено време да донесе план за отклањање или ублажавње неравномерне заступљености полова. Одредба није без значаја јер тиме приморава послодавца да води рачуна приликом пријема у радни однос. Закон афирмише запошљавање мање заступљеног пола предвиђајући додатно усавршавање и образовање, једнаке могућности на тржишту рада, а промовише и samozapoшљавање.

За разлику од поменутог закона, најновије измене Закона о финансијској подршци породице са децом¹⁴ заслужује критику. За децу рођену од 1. јула 2018. године, члан 17 закона предвиђа право на накнаду по основу рођења и неге детета и посебне неге детета и мајка која је остваривала приход од обављања самосталне делатности. Разрађујући њено право на накнаду, закон у члану 18 ставу 1 предвиђа да се основица за остале накнаде по основу рођења детета и неге детета утврђује сразмерно збиру месечних основица за које су плаћени доприноси за последњих 18 месеци који претходе месецу отпочињања породилског одсуства односно одсуства ради одржавања трудноће. Међутим, ово право жена породила које самостално обављају делатност допуњује се ставом 8 којим се предвиђа да се месечна основица дели коефицијентом од 1,5. Нејасно је зашто је изменама законодавац предвидео овакво умањење само за жене које обављају самосталну делатност, јер се овим

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

13 Закон о равноправности полова, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

14 Закон о финансијској подршци породице са децом, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017, 50/2018.

не подстиче наталитет ове категорије породиља. Како су законом сврстане у категорију „осталих накнада“, предузетницама није дозвољено да користе одсуство ради неге детета за треће и свако наредно дете, јер сходно наведеном пропису, ова категорија има право на исплату накнаде у року од 12 месеци.¹⁵ Претходно законско решење пружало је иста права и за предузетнице и за запослене жене. Стога и не чуди да се због бројних нелогичности закона он нашао пред Уставним судом ради контроле уставности.¹⁶

IV Друштвене околности као подстицај односно препрека женском предузетништву

Положај жене у српском друштву је специфичан. Да би се сагледао, потребно је имати у виду културне обичаје везане за традицију и свеprisутне родне стереотипе. Према истраживању које је спроведено у оквиру канцеларије Повереника за заштиту равноправности о односу грађана према дискриминацији, трећина испитаника сматра да руководећа места у пословном свету треба да заузму мушкарци, као и да је врлина сваке жене да буде добра домаћица.¹⁷ Отуда је и подређена улога жене у породици свакодневна појава у Србији, поготово у руралним срединама. Посебан изазов у развоју женског предузетништва јесте усклађивање професионалних и приватних обавеза.¹⁸ Приватни живот представља интимну сферу сваког човека, одвојену од професионалног живота, који подразумева радно ангажовање запосленог и повиновање нормативној, управљачкој и дисциплинској власти. Институту радног права теже да заштите запослене са породичним обавезама са циљем да дође до помирења породичног и приватног живота. Недовољно разрађени, институти се свде на накнаду за време породилског одсуства, накнаде за негу детета и посебну негу, једнократне помоћи, дечији додатак. Они штите најбољи интерес детета, те је заштита загарантована мајци, оцу, старатељу, усвојитељу односно лицу које се стара о детету. Ипак, репродуктивна улога жене као природна и јединствена условила је њен примат у приватном животу сваке породице. Отуда, усклађивање обавеза на послу и у приватном животу од кључног је значаја за успех женског предузетништва. Иако по закону родитељско

15 Закон о финансијској подршци породице са децом, чл. 17 ст. 4.

16 Доступно на адреси: <http://www.politika.rs/scc/clanak/411081/Zakon-o-podrsци-porodice-sa-decom-pred-Ustavnim-sudom>, 13. 2. 2019.

17 Доступно на адреси: http://www.mc.rs/upload/documents/saopštenja_izvestaji/2012/121012_Poverenik_za_zastitu_ravnopravnosti-istrazivanje.pdf, 7. 2. 2019.

18 Ruta Aidis, „Why less?: The gendered aspects of small- and medium-sized enterprise ownership under economic transition“, *Working paper*, no. 2002–055/2, 83.

право врше заједнички, равноправности у васпитању и образовању деце између оца и мајке нема. Патријархални модел друштвених односа довео је до схватања да је женина примарна обавеза да се стара о деци. Било да је запослена или самозапослена, жена свој посао мора прилагодити активностима везаним за одгајање деце. Иако је улога оца подједнако битна као и улога мајке у подизању деце, жене често одустају од запослења како би се посветиле деци. Од лица која су напустила посао из породичних разлога 80% су жене, а 98% њих јесу жене којима је рад у домаћинству једини рад.¹⁹ С друге стране, запослене мајке сусрећу се са дискриминацијом већ приликом заснивања радног односа када им се постави питање о планирању породице. Иако је питање о брачном статусу и планирању породице сходно Закону о раду забрањено,²⁰ често се поставља и одговор на то питање је одлучујући за послодавца приликом одлучивања за пријем у радни однос. Управо због могућности коришћења породилског одсуства и одсуства ради неге детета, жене спадају у теже запошљиве категорије.²¹ Уколико се ради о запосленим женама које искористе своје законско право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета, оне нису поштеђене дискриминације, те их након повратка на посао неретко сачека премештај на ниже радно место, мања плата или чак отказ уговора о раду.²² То може довести до другог проблема, одлагање или одустајање жене да се оствари у улози мајке због посла. Због патријархалних схватања, мајка је готово увек та која користи право на породилско одсуство, које траје до три месеца од дана порођаја, и одсуство ради неге детета, које траје до 365 дана од дана отпочињања породилског одсуства, иако оно припада и оцу детета.²³ У посебним случајевима, отац може користити породилско одсуство.²⁴ Сматрамо да би обавезно коришћење одсуства ради неге детета и мајке и оца могло да допринесе смањењу дискриминације жена.

Жене дискриминацију трпе и у току радног односа. Термин „стаклени плафон“ први пут употребљен крајем прошлог века користи се и присутан је и данас. Означава ситуацију у којој запослени не могу

19 *Посебан извештај Поверенка за заштити равноправности о дискриминацији жена*, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2015, 88.

20 Закон о раду – ЗОР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017, чл. 26.

21 Наталија Перишић, „Положај жена на тржишту рада, родна перспектива на ‘државе благостања’“, *Социјална мисао*, бр. 1/2010, 8.

22 *Посебан извештај повереника за заштиту равноправности о дискриминацији жена*, 28.

23 ЗОР, чл. 94 ст. 6.

24 Сходно члану 94 ст. 5 Закона о раду, ово право отац може користити када мајка детета умре, напусти дете или из других разлога не врши право. Закон чак наводи и те друге разлоге: издржавање казне затвора, тежа болест и др.

да напредују иако поседују квалификације због дискриминације која се сликовито представља као невидљива препрека. Према подацима наведене стратегије, у Србији се са ефектом стакленог плафона сусрећу највише жене, с обзиром на врло низак проценат жена које се налазе на управљачким позицијама. Уз то, стереотипи средине довели су до поделе послова на „мушке“ и „женске“. Феминизација одређених занимања углавном је концентрисана на мање плаћене послове (учитељица, васпитачица, кондуктерка, касирка), док су у важнијим областима рада заступљени мушкарци (директор, инжењер). Према подацима Националне стратегије за побољшање положаја жене и унапређивање равноправности полова, жене су за исти рад плаћене 16% мање. Сходно изложеним подацима, жена ће приходовати мању пензију.²⁵

Родни стереотипи условили су неједнаку поделу обавеза код куће у корист мушкарца. Таква дискриминација на основу пола довела је до неплаћеног женског посла код куће, због које она не може да се више посвети реализацији приватног посла. За жену која је запослена послови код куће представљају „другу смену“.²⁶ Тиме се отежава њена економска аутономија јер такав рад није плаћен и не може се исказати у оквиру заједничке имовине супружника. Истраживање Републичког завода за статистику указало је на податак да жена дневно проведе више од четири сата дневно радећи кућне послове.²⁷ На тај начин, скраћује се и време њене доколице, што свеукупно представља узроке због чега жене и не размишљају о самосталном подухвату.

Подређена улога жене у породици традиција је српског друштва. Део ње је и забрана наслеђивања имовине женског детета све до средине двадесетог века. Ипак, и када је дошло до законског изједначавања у наследном праву, многе жене су се свог наследног дела одрицале у корист браће, што је случај и данас у руралним деловима Србије. Следствено томе, жене су у много мањем проценту власнице непокретне имовине која им може послужити као почетни капитал у остваривању предузетничке визије. Власништво над стамбеним објектом у чак 93% у Србији поседује мушкарац.²⁸ Истраживање је показало да жене за сопствени бизнис користе породични новац, сопствену уштеђевину или, пак, новац позајмљен од пријатеља, док се ретко за свој пословни подухват

25 Ivana Grgurev, „Jednaka plaća za jednak rad ili rad jednake vrednosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 56(4), 2006, 73.

26 *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017, 97.

27 Посебан извештај повереника за заштиту равноправности о дискриминацији жена, 29.

28 Посебан извештај повереника за заштиту равноправности о дискриминацији жена, 28.

задужују код банака.²⁹ Патријархални модел друштвених односа у коме је мушкарац глава породице доводи и до родног насиља и стокхолмског синдрома. Жене, девојчице су у таквим породицама изложене насиљу од стране мушких чланова породице, оца или брата, или посматрају насиље које се врши над њиховим мајкама, сестрама, теткама. Тако одрастајући, усваја се пример живота у коме је насиље над женама у породици нормална ствар, те су девојчице које су живе у таквим породицама када се удају и саме жртве насиља од стране свог партнера. У таквом окружењу, самопоуздање жене је пољуљано и она није охрабрена да уђе у предузетничке воде.

V Женско предузетништво у Србији

И поред стереотипа и родног јаза који постоји између мушкараца и жена, женско предузетништво почело је са развојем почетком двадесет првог века, скоро деценију касније од развоја предузетништва на челу са мушкарцима. Разлог уласка у предузетничке воде мушкараца и жена је различит. Жене то најчешће чине из нужде, због незапослености и ради обезбеђивања сопствене егзистенције. Иако постоји жеља да се осамостале у пословном смислу, запослене жене се ретко на то одлучују због финансијских разлога. Мушкарци, с друге стране, предузетништво посматрају као степену у личном развоју, шансу за напредак и вишу зараду.³⁰

У Србији има више мушкараца предузетника него жена предузетница. Оне чине тек трећину укупног броја предузетника. Занимљиво је да жене предузетничке идеје остварују углавном у делатностима трговине и услуга, док мушкарци то чине у области грађевине и транспорта, те је и на терену сектора привређивања присутан родни јаз. Жене углавном оснивају микропредузећа, са малим бројем запослених. Најчешће се жене баве истом делатношћу којом су се бавиле пре оснивања своје фирме, тако да им је раније запослење дало ветар у леђа за самосталан посао. Мали је број предузетница у Србији који се одлучио да оснује своју фирму а да претходно нису имале запослење, и ако то чине, то је посао из нужде. Према истраживању Повереника за заштиту равноправности, типичан модел жене предузетнице у Србији јесте она у раним четрдесетим годинама, са средњом школом, удата и из урбане средине.³¹

29 Марија Бабић, *Положај жена у бизнис сектору у Србији*, Београд, 2014, 63.

30 Friederike Welter, David Smallbone, „Women entrepreneurship in transition economies: Necessity or opportunity driven?“, *Feminist Economics*, no. 13(2)/2003, 97.

31 Посебан извештај повереника за заштиту равноправности о дискриминацији жена, 116.

Да би се женско предузетништво унапредило, потребно је предузети мере на државном нивоу. Влада Републике Србије је 2015. године донела Стратегију развоја и акциони план за стратегију спровођења подршке развоја малих и средњих предузећа. Иако жене углавном оснивају и послују у оквиру малих предузећа, стратегија јесте значајна али недостаје план подстицања конкретно жена у предузетништву. Такав програм подстицаја би сигурно утицао на унапређење равноправности и економско оснаживање жена. Потребно је на нивоу државе утврдити статистичке податке који се односе на самостално пословање жена и радити на недостацима, уз координацију органа за стално праћење стања. Помак видимо у оснивању Савета за женско предузетништво Привредне коморе Србије, чије су чланице и саме власнице предузећа. Циљ оснивања овог савета јесте управо умрежавање и размена података како би значај женског предузетништва био препознат међу носиоцима законодавне и извршне власти. Идеја Савета је одржавање већ постојећих женских предузећа, с обзиром на тенденцију гашења истих у много већем проценту него код мушараца. Афирмишући вредности предузетништва, Савет жели да оснажи све жене које имају недоумицу да ли да се упусте у самостални бизнис, пружајући им подршку у раду. Како је почетни капитал најчешће препрека да жене оснују своје предузеће, оснивање поменутог Савета има визију да охрабри спонзоре, најчешће банке, за финансирање женског предузетништва. У том смислу, основне активности Савета за женско предузетништво су представљање и заступање женског предузетништва, пружање стручне помоћи женама, разматрање питања од значаја за женско предузетништво и предлагање активности за унаређење женског предузетништва, подстицање женског предузетништва.³²

VI Закључна разматрања

Предузетништво жена у Србији условљено је бројним факторима. Жене се ретко одлучују на самостални пословни подухват, иако поседују знање и квалификације као мушкарци. Оптерећеност кућним пословима, посвећеност деци, економска зависност, родна неравноправност, недовољно развијена помоћ државе утичу на слабу развијеност женског предузетништва. Жене које су ипак оствариле своју предузетничку идеју су у једном истраживању истакле као главне проблеме компликовану административну процедуру, неповољан положај малих предузећа, велику конкуренцију, слабу наплату потраживања, недоступност капитала и државне помоћи. Јасно је да је потребно утврдити промену на државном нивоу. Да би се стање поправило, потребно је идентифико-

32 Доступно на адреси: <http://www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx?id=1137&p=0&>, 8. 2. 2019.

вати узроке који ометају предузетништво на државном нивоу и донети стратегију која ће помоћи женама да развију своје предузетничке идеје. У ту сврху треба успоставити систем прикупљања и праћења података који се тичу предузетништва жена. Потребно је утврдити законске мере за ширу партиципацију жена у свим сегментима живота и донети неопходна подзаконска акта. Држава би морала да успостави систем финансијске помоћи који би био доступнији женама и да омогући знање и вештине које би женама олакшале покретање сопственог бизниса.

Како су у Србији предузетнице углавном жене са средњом школом, систем формалног образовања не едукује их довољно да би биле спремне да успеју као предузетнице на тржишту рада. Ипак, предуслов за развој предузетничког подухвата код жена јесте успостављање родне равноправности и пружање једнаких шанси за оба пола. Без промене свести о томе да жене завређују једнак положај као мушкарци приликом запошљавања али и у самозапошљавању и без ефикасне примене већ донетих закона, нема ни развоја ове врсте предузетништва.

Jovana RAJIĆ ĆALIĆ

Research Fellow, Institute for Comparative Law Belgrade

FEMALE ENTREPRENEURSHIP

Summary

Female Entrepreneurship represents an important topic in today's commercial world. The topic isn't explored as it should be due to its importance. There are numerous factors that have an effect on this part of economy. One of those is presence of unequal treatment for men and women in Serbia. Therefore, there is a problem for women to manage working on their career and house holding, including raising children. The following paper shows an impact on female entrepreneurship by discrimination between women and men during employment. Financial dependancy of women, lack of money to open a company and state support program must be improved in order to encourage women to go for entrepreneurship. The author analyzed the profile of the women entrepreneurs in Serbia, the reason why they opted for entrepreneurship and what are the programs for start up that the Government shares to increase the number of women entrepreneurs.

Key words: *entrepreneurship, discrimination, gender equality, equality.*

Никола КОМШИЋ

Самостални саветник за иновације, Привредна комора Србије

ДРЖАВНА ПОМОЋ И ЈАВНА НАБАВКА – ДВА ПРИСТУПА ПОДСТИЦАЊА ИНОВАЦИЈА

Резиме

Иновације као постојан напредак производа, услуга или радова представљају један од кључних елемената економског развоја, али и конкурентности привреде једне земље. Један од начина подстицања иновације јесте програм државне помоћи. Европска комисија је 2014. године усвојила правила која се односе на који начин државе чланице могу преко државне помоћи да подрже активности усмерене на истраживање, развој и иновације. С друге стране подстицање иновација се може остварити и преко јавних набавки. У конкретном случају примењује се иновациона јавна набавка односно како је у Директиви 2014/24/EУ прописано – партнерство за иновацију (innovation partnership) који представља нови начин спровођења поступка јавне набавке. Оба приступа су подједнако значајна, али постоје предности и мане за сваки приступ. Ова анализа има задатак да се стекне бољи увид у прописе Европске уније који се односе на државну помоћ за истраживање, развој и иновације и како партнерство за иновације доприноси развоју иновације и на које аспекте треба обратити пажњу приликом примене у пракси.

Кључне речи: иновације, државна помоћ, јавна набавка, право ЕУ, Србија.

I Увод

Водеће развијене земље без обзира на географски положај или политичку уређеност имају једну заједничку особину, а то је развијено окружење у којем се подстиче развој иновација. Европска унија у односу на друге земље света као што су Сједињене Америчке Државе, Кина, Јапан, Јужна Кореја касни када је у питању подстицање иновација. Како би постала конкурентна на светском тржишту, усвојена је стратегија Европа 2020 у оквиру којег је формиран финансијски документ Хоризонт 2020 чији је циљ да са буџетом од скоро 80 милијарди евра допринесе истраживању и развоју.¹ О значају и вредности иновација потврђује податак да Сједињене Америчке Државе издвајају 476,5 милијарди долара на истраживање и развој, Кина 370,5 милијарди долара и Јапан 170,5 милијарди долара, док са друге стране у део бруто друштвеног производа (у даљем тексту: БДП) који се издваја за истраживање и развој на врху се налази Јужна Кореја са 4,3%, Израел 4,2% и Јапан са 3,4%.²

Како би се остварио циљ Европске уније да се повећа удео БДП-а који се издваја за истраживање и развој на 3%, неопходно је било изменити правила која се односе на државну помоћ за истраживање, развој и иновације. Ипак, требало би навести да Европска комисија није увек видела државну помоћ као главно средство за унапређење иновације у Европској унији.³ Европска комисија је више била усмерена на модел слободног тржишта понуде и потражње, док је питање о државној помоћи било изван дискусије о иновацијама у Европској унији. Нови Оквир за државну помоћ за истраживање и развој и иновације Европска комисија је усвојила 21. маја 2014. године.⁴ Истовремено Општа правила о изузећима (*General Block Exemption Regulation – GBER*)⁵ су измењена како би се смањиле бирократске баријере и допринеле развоју иновација. Као додатна мера у новој директиви о јавним набавкама 2014/24/EУ уведен је нови поступак – партнерство за иновацију који

1 European Commission, What is Horizon 2020? доступно на адреси: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020>, 7. 4. 2019.

2 Jeff Desjardins, World Economic Forum, Innovators wanted: these countries spend the most on R&D, 2018, доступно на адреси: <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/how-much-countries-spend-on-r-d>, 7. 4. 2019.

3 Adam Ambroziak, „Recent Changes and Developments in State Aid for Research, Development and Innovation in the European Union“, *Studia Europejskie*, Nr. 4/2016, 75.

4 Оквиру за државну помоћ за истраживање и развој и иновације из 2014. године (*Framework for state aid for research and development and innovation*, даље у фуснотама – Framework).

5 Општа правила о изузећима из 2014. године (*Commission Regulation declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty*, даље у фуснотама – GBER).

има циљ да подстакне развој иновације преко јавних набавки. У даљем делу текста анализа ће бити усмерена на ове прописе и конкретне ефекте у пракси, као и на прописе који регулишу доделу државне помоћи за иновације, односно јавне набавке у Србији како би се дефинисао најбољи модел за подстицање иновација.

II Државна помоћ – Оквир за државну помоћ за истраживање и развој и иновације и Општа правила о изузећима

Правила и процедуре на основу којих се уређује државна помоћ произилази из одредби члана 107, 108 и 109 Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: Уговор).⁶ У члану 107 прописано је која државна помоћ се сматра дозвољеном односно недозвољеном, док је у члану 108 и 109 прописан поступак за доделу дозвољене државне помоћи који подразумева да држава чланица пре доделе државне помоћи обавести Европску комисију како би се размотрило да ли је конкретна државна помоћ дозвољена или не. Бројним правним актима који се ослањају на претходне одредбе Уговора се прописују изузећа и подстиче додела државне помоћи под условом да је усмерено ка реализацији заједничких циљева, што је и случај са активностима за истраживање, развој и иновације.⁷

У новом Оквиру за државну помоћ за истраживање и развој и иновације, прописане су врсте државне помоћи које државе чланице могу да користе ради подстицања истраживања и развоја, а то су: помоћ за пројекте истраживања и развоја (*R&D*) који потпадају под категорије фундаменталних истраживања и примењеног истраживања, помоћ за студије изводљивости у вези са пројектом истраживања и развоја, помоћ за изградњу и унапређење истраживачке инфраструктуре, помоћ за иновативне активности и помоћ за иновационе кластере.⁸

Износ државне помоћи који могу да добију привредна друштва зависи од величине привредног друштва и за коју врсту помоћи се пријаве. За фундаментална истраживања помоћ износи 100% без обзира да ли се ради о малом, средњем или великом привредном друштву,

6 Уговор о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union*).

7 Ивана Родић, „Државна помоћ за истраживање, развој и иновације у праву Европске уније“, *Контрола државне помоћи у Србији и Европској унији*, (ур. Стеван Илић), Београд, 2011, 132.

8 Framework, пар. 1.2.

док за експериментални развој мала привредна друштва могу да добију 45%, средња 35% и велика 25%.⁹

Европска комисија ће сматрати да је државна помоћ компатибилна са Уговором уколико задовољи следеће критеријуме: допринос добро дефинисаном циљу од заједничког интереса – државна помоћ мора да буде усмерена ка циљу од заједничког интереса у складу са Чланом 107(3) Уговора; потреба за државном интервенцијом – државна помоћ мора бити примењена у ситуацији када тржиште не може само да оствари материјални напредак; одговарајућа државна помоћ; подстицајни ефекат – државна помоћ мора да промени понашање предузећа на такав начин да их укључи у додатне активности, које иначе се не би одвијале без државне помоћи или би се одвијале ограничено или другачије; пропорционалност помоћи (минимална помоћ) – износ и интензитет државне помоћи мора бити ограничен на минимум који је потребан да подстакне додатна улагања или активности предузећа; избегавање неприкладног негативног ефекта на конкуренцију и трговину између држава чланица – негативни ефекти државне помоћи морају бити довољно ограничени, тако да је баланс мере позитиван; транспарентност државне помоћи – државе чланице, Комисија, понуђачи и јавност морају имати лак приступ свим значајним актима и информације о додељеној државној помоћи.

Како би се остварио задати циљ, државама чланицама је дата могућност да примењују нова Општа правила о изузећима. У члану 4 је прописано да правила уредбе се неће примењивати на државну помоћ која премашује дефинисане прагове. Прагови за државну помоћ за истраживање и развој су следећи: за пројекат који је предоминантно фундаментално истраживање – 40 милиона евра по предузећу; за пројекат који је предоминантно индустријско истраживање – 20 милиона евра по предузећу; за пројекат који је предоминантно експериментални развој – 15 милиона евра по предузећу; помоћ за студије изводљивости у припреми истраживачких активности – 7,5 милиона евра по студији; инвестициона подршка за истраживачке инфраструктуре – 20 милиона евра по инфраструктури; помоћ за иновационе кластере – 7,5 милиона евра по кластеру; иновациона помоћ за мала и средња предузећа – 5 милиона по предузећу; помоћ за процес и организациону иновацију – 7,5 милиона евра по предузећу по пројекту.¹⁰

Практични ефекти након протека 5 година су да око 95% државне помоћи које додељују државе чланице су изузета од обавезе

9 Framework, Анекс II.

10 GBER, чл. 4.

пријављивања Европској комисији.¹¹ У случају државне помоћи за истраживање и развој и иновације која потпада под Општа правила о изузећима дошло је до пораста. У 2014. години удео средстава потрошених за истраживање и развој и иновације је износио 40%, док у 2017. години је износило преко 80%.¹²

Када су у питању иновације тј. иновациони екосистеми, према извештају Европске комисије (*European Innovation Scoreboard 2018*) иновациони лидери у Европској унији су Данска, Финска, Луксембург, Холандија и Уједињено Краљевство, док се Шведска позиционирала као иновациони лидер на нивоу целе Европске Уније.¹³ Има укупно 27 параметара на основу који се оцењује иновациони екосистем државе чланице.

III Јавне набавке – подстицање иновација кроз иновациону јавну набавку

Јавне набавке подразумевају набавку добара, услуга или радова од стране наручиоца са циљем да успешно и несметано обавља своје редовне активности у оквиру својих надлежности. На нивоу Европске уније, ова област је регулисана директивама 2014/24/EУ и 2014/25/EУ, док директива 2014/23/EУ регулише доделу концесија. Једна од новина која је уведена новим директивама јесте партнерство за иновације. Мало је позната чињеница да и јавне набавке могу утицати на развој иновација. Циљ сваког наручиоца јесте да набави што квалитетнија добра, услуге или радове по одговарајућој цени. Временом се установило схватање да свакодневне активности наручиоца се могу унапредити уколико се понуђачи подстакну да унапреде своје понуде односно да створе иновације. Пре него што је уведено партнерство за иновације, примењивао се, а и данас се примењује предкомерцијална набавка (*pre-commercial procurement*). Овај термин се и спомиње у Оквиру за државну помоћ за истраживање и развој и иновације. У том документу је прописано да предкомерцијална набавка је јавна набавка услуга истраживања и развоја где наручилац не резервише све резултате и користи уговора

11 European Commission – Fact Sheet, State aid: Commission widens scope of the General Block Exemption Regulation – frequently asked questions, доступно на адреси: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1342_en.htm, 14. 4. 2019.

12 European Commission, State Aid Scoreboard 2018, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html, 14. 4. 2019.

13 European Commission, European Innovation Scoreboard 2018, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/growth/industry/innovation/facts-figures/scoreboards_en, 14. 4. 2019, 13.

искључиво за себе ради коришћења за сопствене потребе, већ их дели са дистрибутерима по тржишним условима. Уговор, предмет који потпада под једну или више категорија истраживања и развоја дефинисан овим оквиром, мора бити ограниченог трајања и може садржати развој прототипа или ограничене количине првих производа или услуга у форми тест серије. Куповина комерцијалне количине производа или услуга не сме бити предмет самог уговора.¹⁴

Европска комисија је појаснила је употребу предкомерцијалне набавке још 2007. године.¹⁵ Поред елемената предкомерцијалне набавке који су наведени у Оквиру за државну помоћ за истраживање и развој и комуникације, битно је напоменути да се предкомерцијална набавка одвија у неколико фаза. Почетна фаза је дизајн решења. Након тога следи развој прототипа и на крају развој ограничене серије производа. Европска комисија подржава овај модел набавке због могућности развоја иновативних решења која нису доступна на тржишту, а неопходна су ради решавања проблема од јавног значаја. Додатно, овим моделом подстиче се оснивање нових предузећа, смањује се тржишна фрагментација, стварају се услови за комерцијализацију резултата истраживања и развоја, отварају се нова радна места и врши се подела ризика и добити у вези са дизајнирањем, развојем прототипа и тестирањем производа и услуга између наручиоца и добављача.¹⁶

Партнерство за иновације има неколико заједничких карактеристика са предкомерцијалном набавком. Примењује се када постојећа решења на тржишту не могу да задовоље потребе наручиоца. Одвија се у три фазе: прва фаза се односи за избор понуђача који поседују капацитете да развију иновативни производ, услугу или радове; друга фаза представља истраживање и развој који се може поделити на неколико делова оцењивање концепата/решења, развој прототипа и тестирање (напомињемо да се у свакој наредном делу може смањити број понуђача који учествују); трећа фаза је комерцијална у којој понуђачи представљају коначни производ/услугу или радове.¹⁷ Наручилац може да поништи уговор уколико дефинисани технички, оперативни или

14 Framework, пар. 1.3.

15 Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0799:FIN:EN:PDF>, 16. 4. 2019.

16 European Commission, Digital Single Market – Pre-commercial Procurement доступно на адреси: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/pre-commercial-procurement>, 16. 4. 2019.

17 European Commission, Guidance on Innovation Procurement, доступно на адреси: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/EN/C-2018-3051-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, 16. 4. 2019, 45.

економски циљеви нису остварени или ако тржиште понуди алтернативно решење под условом да партнерство за иновацију постане сувишно.

У партнерству за иновацију наручилац је у обавези да обрати посебну пажњу да структура партнерства је тако дефинисана да дужина трајања поступка и вредност су сразмерни степену иновације.

У циљу подстицања иновационе јавне набавке Европска комисија је основала иницијативу под називом Европска подршка за иновациону набавку (*European Assistance For Innovation Procurement – EAFIP*). Ова платформа даје бесплатне правне и техничке савете свим наручиоцима у вези припреме, организовања и спровођења иновационе набавке. Као успешне примере иновационе набавке треба навести да захваљујући овом поступку је створен иновативни начин транспортовања пацијената унутар болнице, нови вид заштите ватрогасаца током акције гашења пожара, смањење саобраћајних гужви током радова на путу.¹⁸

IV Потешкоће у вези развоја иновација

Мере које је предузела Европска комисија да подстакне развој иновације помоћу државне помоћи, као и преко новог поступка јавне набавке (партнерство за иновације) су свакако корисне и неопходне. Међутим, подаци из праксе показују да развој иновација не иде очекиваним темпом. Наиме, ради се о следећем.

У извештају у којем се оцењује иновациони екосистем у Европској унији се наводи да државна потрошња на истраживање и развој као удео БДП-а (*R&D expenditure in the public sector*) се налази испод нивоа у 2010. години.¹⁹ С обзиром на то да овај елемент спада у један од параметара на основу којих се оцењује иновациони екосистем, као и да се ради процена да ли ће доћи до раста у наредном периоду, у овом извештају је процењено да овај параметар неће имати позитиван раст. Навешћемо само податак да од 2010. године у 18 земаља Европске уније је дошло до унапређења иновационог екосистема, док је у 10 земаља дошло до назадовања. Постоји неколико фактора које треба узети у обзир.

Први фактор јесте фрагментација која постоји у Европској унији. Она се огледа у томе што међу 28 чланица постоје различити систем правила када су у питању порези, администрација, пријава патента, стандарди, оснивање фирми итд.

18 European Assistance for Innovation Procurement, доступно на адреси: <http://eafip.eu/>, 16. 4. 2019.

19 European Commission, European Innovation Scoreboard 2018, 7.

На носиоцима власти је како ће да уреде систем да допринесе развоју иновационог екосистема. Поједини фирме реализују своје иновације у другим државама чланицама јер су олакшане процедуре за оснивање фирме, али и постоје повољни програми који финансирају развој иновација. Навешћемо само податак да Франкфурт, који представља финансијски центар Европске уније и седиште Европске Централне Банке, је град у којем је сконцентрисан највећи број стартапа из области финансијских технологија.²⁰

Други фактор се односи на то да развој иновације је поступак који захтева доста финансијских средстава и садржи изванредан ризик од неуспеха. У конкретном примеру, у Европској унији компаније ће пре да инвестирају да усвоје постојеће иновације, док само 8% је спремно да представи нове производе на тржишту.²¹

Упркос томе што постоје програми државне помоћи за истраживање, развој и иновације само одређен број предузећа ће успети да развије нови иновативан производ или услугу, као и да тај производ/услугу комерцијализује на више тржишта. Уз то, треба додати да за развој иновативног производа/услуге је неопходно да прође одређен временски период што у неким случајевима може да траје више и од годину дана.

Приликом примене јавне набавке, односно примене партнерства за иновацију постоји неколико елемента који утичу на његову примену.

Први елемент се односи на чињеницу да у Европској унији и даље постоје земље у којим је критеријум најниже цене доминантан за доделу уговора. Према извештају Европске комисије у чак 11 држава чланица је најнижа понуђена цена била једини критеријум у преко 75% случајева.²² Овај податак говори да примена партнерства за иновацију у пракси била отежана. За успешну примену овог поступка неопходно је примењивати критеријум економски најповољније понуде. Иако се овај критеријум наводи у директивама Европске уније, очигледно није установљена довољна пракса у којем цена није главни критеријум за доделу уговора. Када је у питању партнерство за иновације наручилац

20 Startup Genome, Global Ecosystem Report 2018, доступно на адреси: <https://startupgenome.com/reports>, 17. 4. 2019, 11.

21 European Investment Bank, EIB Investment Report 2018/2019: Retooling Europe's economy, доступно на адреси: https://www.eib.org/attachments/efs/economic_investment_report_2018_en.pdf, 17. 4. 2019, 109.

22 European Commission, The EU Single Market, Single Market Scoreboard Performance per Policy Area, Public Procurement, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm, 17. 4. 2019.

мора да узме све критеријуме у обзир као што су укупни трошкови животног циклуса, стандардни, утицај на животну средину итд.

Поред тога, наручилац мора да обрати нарочито пажњу када регулише право интелектуалне својине. Уколико у држави не постоји одговарајући систем заштите права интелектуалне својине односно заштите права патената мала је вероватноћа да ће понуђачи хтети да узму учешће у овом поступку. Такође, наручилац мора да буде свестан да партнерство за иновацију носи ризик да понуђачи не успеју да направе иновативни производ/услугу, као и да овај поступак може да траје дуже него што је уобичајено за друге поступке јавне набавке.

Према мишљењу неких аутора, када је у питању партнерство за иновације постоји сумња у капацитете наручиоца да закључе да постоји потреба за иновативним производом, услугом или радовима која не може да се задовољи куповином производа, услуга или радова који су доступни на тржишту.²³ Као друга негативна особина се наводи да партнерство за иновацију није компатибилно са правилима дефинисаним Оквиром за државну помоћ за истраживање и развој и иновације.²⁴ Наиме, у самом оквиру се наводи да докле год је поступак јавне набавке отворен и у складу са директивама, Комисија неће сматрати да је додељена државна помоћ у складу са чланом 107 Уговора.²⁵ Чињеница је да је партнерство за иновацију рестриктиван поступак који садржи преговарање са понуђачима који поседују капацитете да развију иновативни производ, услугу или радове, као и да током трајања поступка постепено се искључују понуђачи који не испуне дефинисане захтеве.

Други случај у којем партнерство за иновацију није компатибилно се односи на одредбу у вези примене поступка јавне набавке у којој је прописано да у свим другим случајевима, укључујући предкомерцијалну набавку, Комисија ће сматрати да није додељена државна помоћ предузећима где је цена која је плаћена за релевантне услуге у потпуности одражава тржишну вредност користи које је добио наручилац и ризика који су преузети од стране добављача који учествују, у случајевима где су сви следећи услови испуњени.²⁶ Наиме, један од услова који мора да се испуни јесте да набавка не даје преференцијални третман добављачима који учествују у набављању комерцијалне серије финалног производа или услуга за наручиоца у државама чланицама. С обзиром

23 Stefan Martinić, Ana Kozina, „‘Europe 2020’ and the EU Public Procurement and State Aid Rules: Good Intentions That Pave a Road to Hell?“, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, 12(1), 243.

24 S. Martinić, A. Kozina, 244.

25 Framework, пар. 32.

26 Framework, пар. 33.

на искуства из праксе фирме које су успешно развиле коначни производ односно услугу за наручиоца су у већини случајева ушла на нова тржишта, проширили пословање и остварили значајан профит. Из тог угла оправдано је сматрати да фирме које добију уговор у овом поступку имају преференцијални третман. Ипак, морамо овде навести да приликом спровођења овог поступка постоји оправдан ризик да понуђачи који учествују не успеју да реализују тражену иновацију.

Поред наведеног постоји и изузетак у вези примене поступка јавне набавке. Уколико нису испуњени услови који су прописани у Оквиру за државну помоћ за истраживање и развој и иновације у вези примене поступка јавне набавке, државе чланице могу да се ослоне на индивидуалну процену услова уговора између наручиоца и предузећа, без предрасуда на основну обавезу да обавести поводом државне помоћи за истраживање и развој и иновације у складу са чланом 108 Уговора.²⁷

У Систем подстицаја иновација у Србији

Када је у питању додела државне помоћи за истраживање, развој и иновације у Србији, кључни документ који то регулише је Уредба о правилима за доделу државне помоћи. У овом документу државна помоћ за истраживање, развој и иновације спада под хоризонталну државну помоћ која се утврђује према примарним циљевима. Врсте државне помоћи за истраживање и развој које се могу доделити су: државна помоћ за истраживање и развој који обухвата основна истраживања, индустријска истраживања и експериментални развој; државна помоћ за израду студије о техничкој изводљивости; државна помоћ малим и средњим привредним субјектима за стицање права индустријске својине; државна помоћ за новоосноване иновативне привредне субјекте; државна помоћ за иновације процеса и организације пословања; државна помоћ малим и средњим привредним субјектима за услуге саветовања и подстицања иновација; државна помоћ за унајмљивање висококвалификованог особља; државна помоћ за иновативне кластере.²⁸

У пракси, постоји неколико државних програма за подстицање иновација. На првом месту су програми Фонда за иновациону делатност: Програм за иновационе ваучере, Програм раног развоја, Програм суфинансирања иновација, Програм сарадње науке и привреде и Програм трансфер технологија. Следе програми које спроводи Кабинет министра без портфеља задуженог за иновације и технолошки развој:

27 Framework, пар. 34.

28 Уредба о правилима за доделу државне помоћи, *Службени гласник РС*, бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013, 97/2013, 119/2014.чл. 62–80.

Програм подршке развоју и промоцији женског иновационог предузетништва, Програм за промоцију и популаризацију иновација и иновационог предузетништва и Програм подршке отварању регионалних иновационих стартап центара. На крају ту је и такмичење за Најбољу технолошку иновацију које спроводи Министарство просвете, науке и технолошког развоја. Поред ових програма, други вид подршке се може пронаћи у програмима Развојне агенције Србије као што је Програм подршке малим предузећима за набавку опреме и програми Фонда за развој као што су start-up кредити, подстицање предузетништва кроз развојне пројекте итд. Недавном изменом и допуном Закона о порезу на добит правних лица уведен је порески кредит за улагање у капитал новооснованог привредног друштва које обавља иновациону делатност.

Србија је по питању развоја иновација рангирана као умерена, према извештају Европске комисије (*European Innovation Scoreboard*).²⁹ Међутим, постоји један проблем у вези спровођења програма државне помоћи у Србији. Наиме, у Закону о контроли државне помоћи не постоје санкције за руководиоце због доделе државне помоћи мимо закона или уколико се игноришу захтеви Комисије за контролу државне помоћи. У извештају Европске комисије о напретку Србије за 2018. годину, када је у питању област државне помоћи, се наводи да мора да се уложи напор да Комисију за контролу државне помоћи буде више независна и ефективнија.³⁰

По питању подстицања иновација преко јавних набавки, према важећем закону та могућност не постоји. У припреми је Нацрт Закона о јавним набавкама који је у потпуности усклађен са директивама Европске уније и његово усвајање се очекује током 2019. године.

VI Закључак

Програми државне помоћи за подстицање развој, истраживање и иновације, као и партнерство за иновацију су неопходне мере како би се развио иновациони екосистем. На основу искустава из Европске уније и тренутног стања у Србији предлог да се унапреди систем подстицања иновације у Србији је следећи.

Први корак се састоји од повећања броја програма државне помоћи за истраживање, развој и иновације. У самој Уредби о правилима

29 European Commission, *European Innovation Scoreboard 2018*, 26.

30 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Serbia 2018 Report*, доступан на адреси: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-serbia-report.pdf>, 17. 4. 2018, 59.

за доделу државне помоћи постоји довољан број врста државне помоћи који би омогућили да се иновациони екосистем развија много брже. Емпиријски подаци показују да су веће шансе да се оснује већи број иновативних фирми уколико постоји већи број извора финансирања. После сваког реализованог програма државне помоћи корисно је спровести анализу како би се утврдило како се може унапредити постојећи програм.

Други корак се састоји од јачање контроле доделе државне помоћи тј. измене постојеће регулативе. Комисија за контролу државне помоћи мора имати јасан увид како се троше додељена средства, али и могућност да санкционише одговорна лица која нису поштовала одредбе закона односно мере које спроводи Комисија за контролу државне помоћи.

По питању партнерства за иновацију, неопходна је одговарајућа припрема службеника за јавне набавке. Без одговарајућег знања за спровођење студије изводљивости, прикупљање неопходних података ради примене критеријума економски најповољнија понуда успешност примене партнерства за иновацију је на ниском нивоу. С тим у вези, неопходно је унапредити систем права интелектуалне својине, али и поступак заштите јер у супротном биће отежано укључити предузећа да учествују у партнерству за иновацију.

Nikola KOMŠIĆ

Independent Advisor for Innovations, Chamber of Commerce and Industry of Serbia

STATE AID AND PUBLIC PROCUREMENT- TWO APPROACHES FOR FOSTERING INNOVATION

Summary

Innovation as a procedure for upgrading a product, service or works represents one of the key elements for economic growth, but also for competitiveness of state's economy. One way for fostering innovation is state aid program. European Commission in 2014 has adopted rules which define how Member States can through state aid support activities focused on research, development and innovation. On other hand, fostering innovation can be also achieved through public procurement. In that particular case innovative public procurement is implemented, or as it is in the Directive 2014/24/EU defined – innovation partnership which represents a new way of conducting public procurement procedure. Both approaches are equally important, but there are advantages and disadvantages for each approach. This analysis has the task of better understanding of the EU regulation on state aid for research, development and innovation as well as how innovation partnership contributes to development of innovation and on which aspects attention should be during the implementation in practice.

Key words: *innovation, state aid, public procurement, EU law, Serbia.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико а остала мала.

Пример:

<p>I Појам</p> <p>1. Терминологија</p> <p><i>а) Терминологија у ујоредном љраву</i></p> <p>1) Немачко право</p>

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трјовинско љраво*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коменљар Закона о сљечажном љосљуйку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушљива, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

- в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“),

„редактор“, и сл. и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушѝва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени ѝласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени ѝласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.

ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

- а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курсивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343

Претплата за 2020. годину

- правна лица 9.100 динара
- физичка лица . . . 4.550 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун
Удружења правника у привреди Србије
број: 205-174837-56, Комерцијална банка, уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“