



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
1

2020

Почасни главни и одговорни уредник

проф. др Мирко Васиљевић

Главни и одговорни уредник

проф. др Татјана Јевремовић Петровић

Редакција

Зоран Арсић, Никола Бодирога, Филип Бојић, Драган Вујисић, Радован Вукадиновић, Катарина Доловић Бојић, Милена Ђорђевић, Марко Ђурђевић, Гордана Илић Попов, Светислав Јанковић, Марко Јовановић, Небојша Јовановић, Марија Караникић Мирић, Љубинка Ковачевић, Јелена Лепетић, Слободан Марковић, Мирослав Пауновић, Јелена Перовић Вујачић, Наташа Петровић Томић, Душан Поповић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, Ненад Тешић, Наташа Томић Петровић, Александар Ћирић.

Међународни издавачки савет

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

Секретар

Маша Мишковић

Технички секретар

Милена Митровић

Рецензије радова – Редакција одређује два рецензента за радове.

Рецензија се обавља у анонимној форми.

Објављени радови – По правилу се не прихватају за објављивање.

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Телефон/факс: +381 11 3234 985

Електронска адреса удружења: office@pravniciuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravniciuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravniciuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Излази тромесечно

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
1
2020

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Мирко ВАСИЉЕВИЋ, Најана ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ Одговорност управе акционарског друштва за осигурање за спречавање незаконитог пословања.....	7
Небојша ЈОВАНОВИЋ Општи основ уговорне одговорности у српском праву.....	40
Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ Још једном о кредитима индексираним у швајцарским францима.....	64
Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ Интервентно законодавство на примеру Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.....	114
Зоран ВАСИЉЕВИЋ Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске	137
Милена МИТРОВИЋ Развој правног оквира ЕУ о нефинансијском извештавању ..	160

СТРУЧНИ РАДОВИ

Гордана МРДАК

Улога судских вештака у правосудном систему Србије 184

Стефан ПЕТРОВИЋ

Сајбер осигурање. 206

ПРИКАЗИ

Најаша УБОВИЋ

Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, *Право
свештске црквине организације – одабране теме у свешту
праксе цркви за решавање спорова СТО*, Универзитет у
Београду – Правни факултет, Београд, 2019 218

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

<i>Mirko VASILJEVIĆ, Nataša PETROVIĆ TOMIĆ</i> Liability of Company Management for Preventing Unlawful Business Operations of Insurance Company.	7
<i>Nebojša JOVANOVIĆ</i> General Basis of Contractual Liability in Serbian Law	40
<i>Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ</i> Once again on Loans Indexed in Swiss Francs.	64
<i>Marija KARANIKIĆ MIRIĆ</i> The Law on Conversion of Housing Loans Indexed to Swiss Francs as an Example of Emergency Legislation	114
<i>Zoran VASILJEVIĆ</i> Restructuring as a Measure of Recovery of the Debtor in the Legislation of the Republic of Srpska	137
<i>Milena MITROVIĆ</i> Development of the EU Legal Framework on Non-Financial Reporting	160

PROFESSIONAL PAPERS

Gordana MRDAK

The Role of Expert Witnesses in Judicial System in Serbia 184

Stefan PETROVIĆ

Cyber Insurance. 206

BOOK REVIEWS

Nataša UBOVIĆ

Milena Đorđević, Marko Jovanović, *Pravo svetske trgovinske organizacije – odabrane teme u svetlu prakse tela za rešavanje sporova STO*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2019. 218

ЧЛАНЦИ

UDK: 347.7

CERIF: S137, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др **Мирко** ВАСИЉЕВИЋ*
академик и редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др **Наташа** ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**
ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ УПРАВЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА ЗА ОСИГУРАЊЕ ЗА СПРЕЧАВАЊЕ НЕЗАКОНИТОГ ПОСЛОВАЊА¹

Сажетак

Аутори ошварају циљеве одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање за спречавање незаконитог пословања, као и непримерених радњи и ујицаја који могу угрозити најбољи интерес друштва или нанети штету друштву. Овај модалитет одговорности представља одступање од општег стањусног режима, који доприноси повећању стајаности личне одговорности чланова управе у сектору осигурања. Пошавши од тога да кандидати за чланове управе у области осигурања треба да испуне услове везане за познавање струке осигурања, професионално искуство и професионални и морални интегритет, аутори

* Електронска адреса аутора: vaske@ius.bg.ac.rs.

** Електронска адреса аутора: nataly@ius.bg.ac.rs.

1 Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2020. годину.

смањрају да се од њих основано очекује да идентификују, ираиће и сирече ризике који ујрожавају најбољи инџерес друшћива. Они у свом њословању иреба да се иридржавају иравила сиреке осииурања, да имџементаиу осииурања да се иридржавају иравила сиреке осииурања, да имџементаиу осииурања да се иридржавају иравила сиреке осииурања. Ауџори закључују да је секџорски законодавац обезбедио бољу зашћићу друшћивима у обласћи осииурања од незаконџићих и неџимерених уџићиања ирвенсџивено конџролних акционара.

Кључне речи: Члан уџаве. – Одџорности за незаконџићо џословање. – Сиречавање неџимерених уџићиаја и радњи. – Добро корџорайџивно уџављање.

I Чланови управе акционарског друшћва за осииурање – лица са посебним дужностима према друшћву

Статусно право осииурања садржано је у Закону о осииурању.² Иако овај *lex specialis* упућује на сходну примену Закона о привредним друшћвима³ у питањима која нису њиме регулисана,⁴ ЗО је поставио основе посебног статусног права осииурања. То посебно важи када је реч о одговорности управе акционарског друшћва за ре/осииурање за спречавање незаконџито и уопште пословања које наноси штету интересима друшћва. ЗО је прилично детаљно уредио ово питање. Поставља се питање да ли то значи да се њиме одступа (и у којој мери?) од регулативе ЗОПД? Какве то последице има по вођење пословања у сектору осииурања? Како се одражава на одговорност чланова управе у области осииурања?

Полазећи од ЗОПД чланови управе су лица са посебним дужностима према друшћву.⁵ Наиме, они су поменути већ у првом члану осмог одељка, који носи наслов Посебне дужности према друшћву. ЗОПД, при том, помиње директоре и чланове надзорног одбора, не користи *explicite* општепознати термин компанијског права управа друшћва. Тај термин је уведен ЗО, који каже да управу акционарског друшћва за осииурање чине извршни и надзорни одбор.⁶ ЗОПД по угледу на англосаксонско

2 Закон о осииурању – ЗО, Службени џласник РС, бр. 139/2014.

3 Закон о привредним друшћвима – ЗОПД, Службени џласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019.

4 ЗО, чл. 18 ст. 1.

5 ЗОПД, чл. 61 ст. 1 тач. 4.

6 ЗО, чл. 59 ст 1.

право и праксу уводи дужност директора и чланова управног одбора (као и осталих лица која су истим законом одређена као лица која имају посебне дужности према друштву!) да поступају *савесно и лојално према привредном друштву*.⁷ Они своје послове треба да извршавају савесно, са пажњом доброг привредника,⁸ у разумном уверењу да делују у најбољем интересу привредног друштва.⁹ Овим су уведене дужност пажње¹⁰ и фидуцијарна дужност чланова управе према компанији, које данас чине *кичмени стуб доброј корпоративној управљања у свим законодавствима*. Ове две дужности поменуте су у истом члану с разлогом. Наиме, добра пракса корпоративног управљања налаже да се чланови управе у сваком послу у коме иступају у име и за рачун компаније понашају дужном пажњом и руководећи се најбољим интересом компаније. Две дужности су, дакле, нераскидиво повезане.

Увођење дужности лојалности (иако важећи ЗОПД не користи изричито ову формулацију!) према друштву само по себи може бити проблем из угла правног система европскоконтиненталног права, који традиционално боље „сарађује“ са конкретним правилима него са стандардима.¹¹ Принцип најбољег интереса компаније тако постаје снагом закона *руководно начело у оснивању чланова управе*, што ће бити од

7 ЗОПД, чл. 63.

8 ЗОПД, чл. 63 ст. 1. Будући да у нашем праву постоје различити стандарди пажње (стандард „пажње доброг привредника“ и стандард „пажње доброг стручњака“ из чл. 18 ЗОО), опредељење ЗОПД индиректно говори о уверењу да код нас још увек није створена професија директора, коју обавезују посебна правила струке и обичаји. Сматрамо да је ово решење нашег права посве специфично, условљено обележјима тржишта и променама које су још у току. Како код нас још увек траје процес успостављања тржишног механизма, с једне стране, и како је професија директора у новом својинском окружењу још увек у фази формирања, с друге стране, то је усвојен став да није могуће пледирати за примену стандарда „пажње доброг стручњака“ у погледу понашања директора (тако и: Мирко Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни животи*, бр. 10/2010, 27). Али, по ЗО није тако. На основу онога што ћемо изнети у даљем излагању, ЗО пледира за пажњу доброг стручњака као референтни стандард за процену поступања чланова управе у области осигурања.

9 Детаљније о интересу привредног друштва као самосталном и посебном интересу, одвојеном од појединачних интереса различитих *stakeholders*: Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштва*, Једанаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 148–151.

10 Дужност пажње је била предмет нашег интересовања у више наврата. Вид. Наташа Петровић Томић, *Оснивање одговорности директора и чланова управног одбора акционарској друштва*, Правни факултет у Београду, Београд, 2011, 68–71.

11 Ова дужност је обележје правних система англосаксонског права, док европскоконтинентална породица права познаје институте који су функционални еквивалент. У англосаксонским државама дужност поступања у најбољем интересу је заштитни стандард карактеристичан за односе са елементима фидуције.

помоћи судској пракси приликом оцене да ли неки директор или члан одбора прибегава непоштеном пословању.¹² Наиме, чланови управе више неће бити одговорни само за кршење стриктних законских обавеза, већ и за поступање које носи обележја некоректног, односно непоштеног. Циљно посматрано, фидуцијарна дужност је уведена са циљем очувања поверења, које је разлог зашто је одређено лице изабрано за члана управе компаније.¹³ На тај начин се спречава да ова лица врше своја овлашћења на начин који може бити штетан по друштво и да злоупотребе поверење.^{14 15}

Циљним тумачењем оба закона – који се налазе у односу *lex specialis lex generalis* – дошли смо до закључка да чланови управе у сектору осигурања имају више ангазоване дужности према друштву у односу на остале привредне делатности. Заправо, њихова основна обавеза дефинисана је концептом дужности пажње, која служи остварењу најбољег интереса друштва као централне вредности савременог корпоративног управљања.¹⁶ Уз то, њихово деловање треба да буде проактивно и превентивно: од њих се очекује да спрече „незаконите и непримерене утицаје и радње“.¹⁷ Поставља се питање да ли је оваквим приступом српски секторски законодавац исправио концепцијски пропуст општег статусног прописа, који уводи дужност рада у најбољем интересу при-

12 Мирко Васиљевић, „The Serbian Law on Commercial Companies“, *Private Law in Eastern Europe* (eds. C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Mohr Siebeck, 2010, 281–286.

13 Фидуцијарна дужност прожима односе за чије успостављање је битно поверење (енг.: *trust-based relationships*). У: Andreas Sattler, Petter Jursch, Anna Pegels, *Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Die wichtigsten Haftungsrisiken von Vorstand und Aufsichtsrat – und wie man sie vermeiden kann*, VSRW-Verlag, Bonn, 2003, 37.

14 Hans Caspar von der Crone, „Haftungs und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“, *SZW/RSDA*, Heft 1, 2006, 7–8.

15 Аналогија се може уочити на примеру дистрибутера осигурања који, с једне стране, при вршењу послова могу доћи у сукоб интереса, а са друге стране, пружају савете потрошачима од којих зависи њихова одлука у вези са уговором о осигурању. Више: Н. Петровић Томић, „Начело поступања дистрибутера осигурања у најбољем интересу потрошача услуга осигурања – фидуцијарна дужност дистрибутера“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 501–505.

16 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање: правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 155–160.

17 Ефисакасан систем корпоративног управљања по Директиви Солвентност II подразумева проактиван приступ вођењу пословања и прејознавању ризика. То произлази из рецитала 29: „Неким се ризицима може адекватно управљати само захтевима у вези са управљањем, а не количинским захтевима који су исказани потребним солвентним капиталом. „Деловоран систем управљања стоја је кључан за адекватно управљање групама за осигурање и за регулаторни оквир.“ (подвукла Н. П. Т.) Вид. *Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II)*, OJ L 335, 2009.

вредног друштва и у исто време нормира претпоставке за одобрење правног посла закљученог повредом клаузуле забране сукоба интереса? И како се регулаторни оквир осигурања одражава на принцип ограничене одговорности чланова управе, који представља тековину модерног бизнис окружења?

II Дужност рада у најбољем интересу друштва – однос ЗОПД и ЗО

1. Функционална повезаност са професионалном оспособљеношћу за вођење пословања у сектору осигурања

Већ из језичког тумачења произлази да, за разлику од осталих модалитета конкретизације посебних дужности – који се односе на сва лица набројана у чл. 61 ЗОПД – дужност пажње односи се *rationae personae* само на чланове управе, прокуристе и заступнике, као и ликвидационог управника. Ово зато што је *дужности пажње* – схваћена као савесно поступање у професионалном својству – *функционално усмерена ка остварењу једној од најзначајнијих циљева савременој корпоративној управљања: остварењу и заштити најбољеј интереса друштва*. Као таква подразумева постојање одређених професионалних квалитета и одређеног професионалног искуства, што је у компанијском праву осигурања признато концептом *fit and proper*. Пошто су само чланови управе друштва компетентни за вођење пословања у области осигурања, од њих се с правом очекује да поступају у складу са дужношћу пажње. Чланови управе акционарског друштва за осигурање дужни су по ЗОПД да приликом доношења пословних одлука следе најбољи интерес друштва. Исти принцип прихвата и ЗО, само што поштрава одговорност чланова управе акционарског друштва за осигурање. Сама законска реторика оба закона у којој се помиње најбољи интерес друштва, а не само интерес друштва, *per se* довољно говори о томе колики степен пажње се очекује од чланова управе.

Специјалним статусним законом извршено је прецизирање обавеза чланова управе у сектору осигурања. То је учињено најпре у општим одредбама, а затим у одељку који уређује оснивање друштва за ре/осигурање. Пре него што анализирамо регулаторни оквир из угла дејства дужности пажње и дужности лојалности, потребно је скренути пажњу на корелацију дужности пажње схваћене као професионално поступање у најбољем интересу друштва и тражених компетенција чла-

нова управе.¹⁸ Овако високи стандарди вођења пословања повезани су са чињеницом да су и професионални стандарди које треба да испуне кандидати за чланове управе изузетно високи.¹⁹ У сектору осигурања они су законом уведени, а разрађени подзаконском регулативом Народне банке Србије (даље: НБС).²⁰ ЗО су прописани услови које треба да испуни кандидат за члана управе (чл. 62), док су они разрађени и конкретизовани подзаконским актом НБС.²¹ Идеја је да чланови управе треба да буду *fit and proper*, да имају одговарајуће образовање, професионално искуство и професионални и морални интегритет.²² Другим речима, они треба да поседују одређени облик менаџерског *know how*, који ће им омогућити да препознају незаконите поступке и радње. То је законски минимум компетентности и професионалног искуства који омогућава одређеном лицу да буде кандидат за члана управе компанија у сектору осигурања.²³ У даљем излагању ћемо показати да је у нашем регулаторном оквиру виши праг стручности и професионалне оспособљености у области осигурања довео до тога да се дужност пажње тумачи према строжем стандарду.²⁴ Наиме, поступање члана

18 Karin Madisson, *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analyses*, Riga Graduate School of Law, Riga, 2012, доступно на адреси: <https://www.rgs.l.edu.lv/uploads/research-papers-list/16/7-karin-madisson-final.pdf>, 7. 7. 2019, 3.

19 Директори су изабрани за одређене секторе управо због њихове стручности и професионалног искуства у тој струци. Од њих се с правом очекује да у току вођења пословања искористе професионалне капацитете за добробит компаније коју воде. Theodor Baums, *Personal Liability of Company Directors in German Law*, University of Osnabrueck, 1996, доступно на адреси: <https://core.ac.uk/download/pdf/14504645.pdf>, 6. 7. 2019, 10.

20 То је у складу са Директивом Солвентност II, чл. 42. У: Meinrad Dreher, Martin Lange, „Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen nach VAG und Solvency II“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 2/2011, 221.

21 У питању је Одлука о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозволе за обављање послова осигурања/реосигурања и појединих сагласности Народне банке Србије, *Службени гласник РС*, бр. 55/2015, исправка 69/2015, 36/2017 и 29/2018.

22 Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „О лиценцирању кандидата за чланове управе органа друштва осигурања – Осврт на одлуке Уставног суда“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, 91–112.

23 Јасно је да не могу сва лица која су чланови управе имати исти степен правних или техничких знања и стручности. Уосталом, диверзификација чланства управе је предуслов демократског одлучивања, уз уважавање различитих интереса и уз конструктивну размену мишљења.

24 Детаљније о овом питању и немогућности униформног тумачења дужности пажње: Edward Smerdon, *Directors' Liability and Indemnification: A Global Guide*, Globe Business Publishing, Ltd, 2007, 119, 122.

управе у сектору осигурања цениће се према објективном стандарду тј. према томе како би се у вођењу пословања држао опрезни члан управе акционарског друштва за осигурање идентичне величине и типа послова осигурања.²⁵ Објективизирани стандард дужности пажње зависи од конкретне позиције члана управе, као и његовог менаџерског *know-how* и особености саме компаније у чијој управи се налази.²⁶ Не ретко, исти облик повреде дужности пажње неће резултирати истим последицама по члана управе управо због особености бранше којој компанија припада.

2. Вођење пословања према Начелима пословања из ЗО

Према члану који носи наслов Начела пословања, пословање свих друштава на тржишту осигурања треба да буде у складу са законом, општим актима, актима пословне политике, правилима струке осигурања и актуарске струке, добрим пословним обичајима и пословном етиком.²⁷ Овим је извршено упућивање не само на одредбе ЗО, које уређују корпоративно управљање на секторски начин, већ и на одредбе осталих закона, а највише на одредбе ЗОПД који представља *lex generalis* пропис за сва статусна питања. Наиме, секторски законодавац не каже да пословање треба да буде усклађено са овим законом, већ са законом (подвукли коаутори), што имплицира узимање у обзир свих закона који чине регулаторни оквир осигурања. *У обзир долазе сви йройиси који чине реулаиорни оквир делайносйи осигурања*: ЗОПД, Закон о НБС, Закон о агенцији за осигурање депозита итд.

Начело законийосйи вођења йословања је једно од најбитнијих начела корпоративног управљања, иако се на основу теоријских радова то не би помислило. Заправо, више се истиче законитост као обавеза саме компаније као правног субјекта од обавезе чланова управе да воде пословање у границама закона и осталих прописа.²⁸ Као што ћемо ви-

25 Неће се, дакле, узимати у обзир како би се понашао члан управе било ког привредног друштва, већ упоредивог друштва, а то је акционарско друштво за осигурање.

26 „Ако има посебна знања, обвеза је члана управе да их примјени, што подиже разину позорности коју је дужан показати у свом раду. Члан управе не би се могао екскулпирати понашањем које би од тога одступило.“ Вид. Јакша Барбић, *Оговорносй чланова уйраве друшйва кайййала за шйеуу йричињену друшйву и члановима друшйва – йрађанскойравни асйекйи и зашйиййне мјере*, Фондација Центар за јавно право, 2010, доступно на адреси: http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Jaksa_Barbic.pdf, 11. 1. 2020, 2.

27 ЗО, чл. 19.

28 Michael Nietsch, „Corporate illegal conduct and directors' liability: An approach to personal accountability for violation of corporate legal compliance“, *Journal of Corporate Law Studies*, Nr. 1/2018, 20.

дети у даљем излагању, у сектору осигурања начело законитости има највиши ранг. Након усвајања новог регулаторног оквира осигурања оличеног у Директиви *Solvency II compliance* функција постаје једна од кључних функција. Усклађеност пословања са целокупним регулаторним оквиром у коме послује одређено привредно друштво за осигурање постаје једна од најбитнијих функција у друштвима за осигурање.²⁹ Осим помињања у општим одредбама, обавеза поступања по овом начелу произлази и из члана који уређује одговорност управе друштва. Начело законитости у сектору осигурања подразумева не само усклађивање пословања са законима, већ и обавезу да општи и појединачни акти свих субјеката који послују на тржишту осигурања буду усклађени са законом и правним актима више правне снаге. Начело пословања у складу са добрим пословним обичајима и пословном етиком може се посматрати као манифестација ширег начела савесности и поштења, које познају сви правни системи.³⁰ Уз то, ЗО обавезује и на уважавање начела опрезног и савесног поступања.

Члан 19 има изванредан значај. С обзиром на програмски карактер, конкретне одредбе које уређују пословање могу се посматрати као конкретизација начела из чл. 19. Уз то, пошто ЗО садржи наслов начела пословања, то је јасно да су у њему садржани руководни принципи пословања у области осигурања. Као такав овај принцип обликује *йословно йосйууање субјеката* који послују на тржишту осигурања бар на два начина. Прво, то је *йенерални сйандард* кога сви треба да се придржавају. Он у том смислу допуњује систем конкретних правила из ЗО. Друго, поред директне примене, принципи пословања имају и *инйерйрейшайивну улоју*. Бројна правила која се могу сматрати конкретизацијом овог принципа тумаче се у смислу који одсликава принципе пословања из чл. 19.

НБС врши надзор над вођењем пословања тј. над тим да ли се сви субјекти на тржишту осигурања придржавају начела пословања. Чланом 13 опредељено је ко врши надзор, сврха надзора и границе над-

29 У свим компанијама које се баве осигурањем оснивају се посебни одељци са задатком праћења регулативе и саветовања управљачког и надзорног кадра о усклађености за законима, подзаконским актима и *soft law* регулативом. Притом, само оснивање посебног одељка у компанији који је задужен за праћење усклађености пословања не искључује одговорност управе друштва за све пропусте у вођењу пословања. Другим речима, то што је једно друштво за осигурање основало одељак за контролу усклађености пословања не значи делегацију одговорности чланова управе за вођење пословања. У крајњој линији, управа је одговорна за имплементацију функције усклађености пословања са законодавством. Вид. Jürgen Bürkle, *Compliance in Versicherungsunternehmen – Rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung*, Verlag C. H. Beck, München, 2009, 4 и след.

30 P. Manes, „Corporate Governance, the Approach to Risk and the Insurance Industry under Solvency II“, *Solvency II: A Dynamic Challenge for the Insurance Market* (eds. M. Andenas, P. Manes, F. Vella, P. R. Wood), Mulino, 2017, 5.

зора. Законска формулација је прилично екстензивна, јер се односи на *надзор над обављањем делатности осигурања*, што превазилази границе ЗО. Уз то, обим надзорне функције није ограничен на контролу законитости обављања делатности осигурања, већ се односи и на примену система управљања у друштву и правила о управљању ризиком, као и примену правила струке осигурања и актуарске струке, добрих пословних обичаја и пословне етике. Надзорна функција регулатора је у српском праву *екстензивно* одређена, што смањује маневарски простор за субјекте надзора. Будући да у основним одредбама ЗО стоји да НБС одлучује по правилима закона који уређује општи управни поступак, то се поред поменутих прописа примењује и Закон о општем управном поступку.³¹ Уз све ово, у управном спору против решења НБС суд не може решити управну ствар за чије је решавање овим законом утврђена надлежност НБС.³² Искључен је, дакле, спор пуне јурисдикције против решења НБС, што потврђује наше становиште да су овлашћења надзорног тела недодирљива у извесној мери. *Концентралисана надзорна функција је најјача линија одбране у сектору осигурања од незаконитој и неопштености пословања.*

3. Начелно о дужности поступања у најбољем интересу друштва

Осим што је имао несумњиву намеру да подигне стандарде вођења пословања у сектору осигурања и да повећа степен заштите потрошача услуга осигурања, српски законодавац је истицањем најбољег интереса привредног друштва оставио отвореним како ће се утврђивати *in concreto* да ли је управа заиста радила у најбољем интересу друштва. Дакле, једно од најзначајнијих питања са практичном конотацијом биће како одредити ближу садржину овог стандарда. Оно што је сигурно је да ће се значење овог стандарда утврђивати од случаја до случаја.

Полазећи од компанијског права и ЗОПД, основна идеја је да се чланови управе руководе интересом самог привредног друштва, а не интересима појединачних и бројних *stakeholders*. Они имају фидуцијарну дужност према акционарском друштву, које их је ангажовало (дало им мандат за вођење пословања) и према коме носе одговорност.³³

31 Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

32 Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Овлашћења Народне банке Србије у спровођењу надзора над делатношћу осигурања“, *Актуелна ишћања савременог законодавства* (ур. Слободан Перовић), Удружење правника Србије и Републике Српске, Будва, 2016, 203–226.

33 Sarah Ciarrocchi, *Overview of Directors' and Officers' Duties and Liabilities*, Mandel Pinder, 2015, 4–5.

Историјски посматрано, овим је разјашњено да чланови управе не раде у интересу појединих акционара (или поверилаца или запослених).³⁴ Али, у финансијском сектору корпоративно управљање је тако структурисано да узима у обзир не само интересе *stakeholdera* којих нема у другим привредним делатностима, већ и интерес финансијске стабилности као примаран.³⁵ Типичан пример су потрошачи услуга осигурања, чија заштита је отишла тако далеко да је постављена као циљна функција надзора на тржишту осигурања.³⁶ Изричито је речено да се надзор врши ради заштите права и интереса осигураника и других корисника осигурања (чл. 13 ст 1 *in fine*). Стога чланови управе према ЗО имају обавезу не само да поступају у најбољем интересу друштва, већ и да обезбеде да приликом вођења пословања (управљања ризиком) интерес одређене групе *stakeholder*-а буде примаран.

Да пођемо од негативног одређења дужности лојалности. Оно што је сигурно је да ова дужност налаже *забрану рада њојивно инјересима друштва*.³⁷ Шта то у ствари значи? Чланови управе треба да избегавају сукоб интереса, јер члан управе који је у сукобу интереса неће моћи да ради у најбољем интересу друштва.³⁸ Суштина дужности лојалности је да *разјраничава инјересну сферу ојана ујраве од инјересне сфере друштва*, за које увек постоји опасност да се помешају и да то буде на штету друштва!³⁹ Сматраће се да је овај услов испуњен ако директори своје интересе нису претпоставили дужностима које имају према

34 У неким ситуацијама чланови управе ће радити само у интересу одређене групе *stakeholder*-а. Такав је случај када је покренут поступак реорганизације или стечаја, када интерес поверилаца постаје примарни. Поређења ради, у француској теорији и судској пракси заступа се становиште да су чланови управе дужни да раде с дужном пажњом, у доброј вери и лојално према другим акционарима. В.: Philippe Merlé, *Droit Commercial, Sociétés Commerciales*, Dalloz, Paris, 2003, 438.

35 Michaele Siri, *Corporate governance of insurance firms after Solvency II*, ICIR Working Paper, No. 27/17, Goethe University Frankfurt, International Center for Insurance Regulation, Frankfurt, 2017, 2.

36 Потрошачи су посебно издвојени у свим законодавствима, јер они заправо кумулирају два значајна својства. Прво је својство потрошача, што је данас свима добро познато. При том постоје приличне разлике између интереса различитих категорија потрошача. Велика је вештина помирити често колидирајуће интересе. У многим законодавствима је посебно издвојен ималац полиса животног осигурања. Друго је својство повериоца, чије потраживање је алеаторно. Алеаторни карактер уговора о осигурању чини позицију потрошача услуга осигурања крајње несигурном. Они, наиме, имају потраживање које: 1) доспева у будућности и 2) чија ће реализација зависити од финансијског стања осигуравача у тренутку настанка осигураног случаја.

37 Dimitri Iafaev, Sonja Maeder, „Switzerland“, *International Liability of Corporate Directors* (eds. Dennis Campbell, Christian Campbell), Second Edition, Juris, 2011, 12–13.

38 K. Madisson, 12–13; Erik Werlauff, *EU Company Law. Common Business Law of 28 States*, Second Edition, DJOF Publishing, 2003, 28.

39 Н. Петровић Томић (2011), 66.

компанији.⁴⁰ Дакле, сви чланови управе имају обавезу да идентификују, спрече и обелодане сукоб интереса. Заправо, шема из ЗО је таква да је акценат на спречавању сукоба интереса. Мера обелодањивања сукоба интереса је *ultima ratio*, идеја закона је да се предузму кораци како до сукоба интереса уопште не би долазило. Транспарентност у односу са друштвом налаже да члан управе обелодани сваку релацију са друштвом која утиче на његово тржишно поступање. Тако извршни одбор има обавезу да одмах писмено обавести надзорни одбор ако је угрожена ликвидност, односно солвентност друштва за ре/осигурање, као и ако друштво престане да испуњава услове који се односе на адекватност капитала прописане ЗО. Након пријема информације од извршног одбора, постоји аналогна обавеза надзорног одбора да о истим околностима одмах писмено обавести НБС (чл. 65).

Највећа погодност коју доноси комбиновање конкретних обавеза чланова управе са начелом рада у најбољем интересу компаније је да ће чланови управе у исто време имати стриктна и јасна правила о томе како треба да поступају у пословању и један општи стандард који може послужити за стварање недостајућих норми и правила за регулисање питања и односа према заинтересованим лицима приликом вођења пословања. Законодавац по природи ствари није могао предвидети правила за апсолутно све ситуације до којих може доћи у вођењу пословања компанија. За такве случајеве начело најбољег интереса привредног друштва је од непроцењиве користи.

III Одговорност за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја

1. Колективна одговорност чланова управе

Поред набрајања конкретних овлашћења и надовезујуће одговорности надзорног и извршног одбора, српски законодавац уводи и колективну одговорност управе друштва за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја који су штетни или нису у најбољем интересу друштва и његових акционара, а које врше лица која су блиско повезана са тим друштвом – ради заштите корисника услуге осигурања (чл. 59 ст. 2). Дакле, поред прописивања основа надлежности и одвојене одговорности извршног и надзорног одбора, ЗО уводи и основ колективне одговорности чланова управе какав не познаје ЗОПД. Одговорност чланова управе у сектору осигурања за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја представља оригиналност *lex specialis*

40 Наташа Петровић Томић, „Однос осигурања од одговорности директора и правила пословне процене“, *Правни животи*, бр. 11/2012, том III, 429–447.

прописа.⁴¹ Дакле, у овом делу привреде регулатива одговорности чланова управе је стриктнија у односу на општи компанијски пропис и не може да се ограничи само на правила о сукобу интереса између акционара и управе.⁴² Из овог члана неспорно произлази *одговорности управе контролисаног друштва у вези са спречавањем свих радњи и пословања која су штећина или нису у најбољем интересу тог друштва, а које врше контролисни акционар и са њим повезана лица.*

Одредбе којима се уводи посебан случај одговорности у сектору осигурања су *империјативне*. Статутом друштва се не могу мењати нити у корист чланова управе (ублажавање одговорности), нити на њихову штету (пооштравање одговорности). Одговорност која произлази из статусног права осигурања настаје *ex lege* и везана је за својство члана управе у друштву које се бави пословима осигурања. То, даље, значи да се ни уговором који члан управе закључује са друштвом не може модификовати законски режим одговорности. Одговорност члана управе за штету нанету друштву траје од његовог именовања на ту функцију до престанка мандата.

Да бисмо разумели карактер и циљ одступања уведеног ЗО, потребно је најпре до детаља језички анализирати чл. 59. Њиме се уводи колективна одговорност чланова управе друштва за осигурање. У питању је одговорност за спречавање незаконитих и непримерених утицаја и радњи. Одговорност за спречавање незаконитог пословања произлази већ из ЗОПД. Иако су у савременом корпоративном управљању дужност пажње и дужност лојалности у фокусу, већ смо указали на постојање још једне (имплицитне) дужности директора – дужности законитог поступања.⁴³ ЗО је оживео ову дужност. У вези са овом дужношћу наглашавамо да је она потенцијални основ огромне одговорности чланова управе. У модерној корпоративној реалности квантитет прописа често представља разлог зашто и изузетно компетентна лица нису спремна да се прихвате функције члана управе.⁴⁴ Уз то,

41 Полазећи од Директиве Солвентност II, нови секторски приступ дужностима директора и чланова управе комбинује флексибилно корпоративно управљање и подизање стандарда одговорности чланова управе. У: Michael Siri, *Corporate governance of insurance firms after Solvency II*, ICIR Working Paper, No. 27/17, Goethe University Frankfurt, International Center for Insurance Regulation, Frankfurt, 2017, 12.

42 M. Siri, 2–3.

43 Могло би се рећи да се она на подразумева, тј. да је обухваћена концептом дужности пажње. Али, ЗО је нагласио да чланови управе у сектору осигурања одговарају ако не спрече незаконито поступање повезаних лица. У: Melvin A. Eisenberg, „The Duty of Care of Corporate Directors and Officers“, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 51, 1990, 945.

44 Наспрам корпоративне реалности, лаици обично имају ниско мишљење о корпоративним менаџерима. Широко је распрострањено уверење да су они нестручни и преплаћени, посебно они у финансијском сектору.

променљивост и нестабилност пословноправног окружења чини да онај ко се ухвати у коштац са оваквим изазовом мора да рачуна на константно праћење прописа, а посебно стандарда одговорности. У области осигурања променљивост регулаторног оквира је утолико више изражена уколико се зна да је овај део тржишта и у Европској унији у сталном развоју и да се не може са сигурношћу предвидети у ком правцу ће се убудуће кретати европски законодавац.⁴⁵ Када се томе дода променљива и недовољно фундирана судска (и/или арбитражна) пракса – која је често иницијатор поштравања одговорности чланова управе – јасно је да чланови управе треба да воде пословање у нестабилном окружењу, које не ретко на њих делује одвраћајуће. Ризик одговорности због повреде дужности законитог пословања у посткризним периодима постаје енорман.⁴⁶ Увођењем одговорности чланова управе за спречавање незаконитог пословања – додуше у ограниченом облику тј. само за потребе незаконитог пословања у вези са повезаним лицима – ЗО је прилично повећао степен њихове изложености одговорности.⁴⁷

Поставља се питање шта подразумева одговорност за непримерене радње и утицаје. На шта је законодавац мислио када је употребио термин непримерени утицаји и радње? Ово је један од показатеља да се приликом нормирања дужности директора и уопште чланова управе користе две законодавне технике: једна подразумева прецизно дефинисање дужности, а друга почива на принципима и начелима којих чланови управе треба да се придржавају у вођењу пословања.⁴⁸ Док се у првом случају утврђивање одговорности своди на питање шта је директор требало да уради да би избегао одговорност, у другом случају се поставља питање како је требало да уради. Одговорност за спречавање непримерених утицаја и радњи је дефинитивно пример другопомеутог приступа.⁴⁹ Дакле, шта конкретно значи овај основ одговорности утврђивање се повезивањем дужности пажње и дужности лојалности

45 Elisabeth Spann, „Directors’ and Officers’ Liability from an Insurance Perspective“, *Directors’ and Officers’ (D&O) Liability* (eds. Simon Deakin, Helmut Koziol, Olaf Riss), De Gruyter, 2018, 845.

46 Он се најефикасније контролише осигурањем од одговорности директора, које финансира компанија. Ово осигурање ублажава законски режим одговорности. Вид: Roland Michael Beckmann, „D&O-Versicherung“, *Versicherungsrechtshandbuch* (Hrsg. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann), Verlag C. H. Beck, München, 2009, 1492–1497.

47 У поређењу са чланом управе компаније која послује у било којој привредној грани члан управе акционарског друштва за осигурање је значајно више изложен ризику одговорности.

48 K. Madisson, 3, 12–13.

49 Virginjus Bite, „Is the Limited Liability Doctrine Applicable to Company Directors?“, *European Scientific Journal*, Vol. 10, Nr. 16/2014, 109–111.

друштву.⁵⁰ Будући да се за чланове управе у сектору осигурања постављају само лица која поседују осведочена ускостручна знања и искуство, то је очекивати да препознају ситуације у којима постоји опасност од угрожавања интереса друштва.⁵¹

Тако дужност спречавања незаконитог пословања и непримерених утицаја и радњи по нашем мишљењу подразумева неке од следећих обавеза. Прво, дужност вођења пословања према начелима пословања из ЗО, а што се једноставно може назвати *дужности њосиуиња љрема љравилима стируке осиурања*.⁵² Посебно наглашавамо дужност чланова управе да својим поступцима промовишу *корљорайивну кулљурју љридржавања закона, љодзаконских акајџа, љословне ејџике и добрих обичаја*.⁵³ Поступање према правилима струке осигурања укључује и стриктно придржавање свих интерних аката друштва и процедура којима се уређују унутрашњи односи у друштву.⁵⁴ С обзиром на њихову позицију у друштву за осигурање и *корљорайивну верџикалу*, њихово поступање је модел за ниже директоре и остале запослене. Само таквим приступом својим дужностима, чланови управе доприносе *имљемениаџији корљорайивној љроцеса одлучивања љрема љравилима стируке осиурања*. То је сигуран пут обезбеђења контроле законитости пословања, који

- 50 Ако се пође од тога да је секторски законодавац поставио услов натпросечне способности и стручности кандидата за чланове управе, поставља се питање да ли то имплицира да се дужност пажње у осигурању тумачи према вишим стандардима. Такав став је заузет у једној одлуци из швајцарске судске праксе, где је наглашено да се садржина овог стандарда процењује имајући у виду да она служи извршењу одређене обавезе (у овом случају обавезе вођења пословања). Вид. Andrew M. Garbarski, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Schulthess Juristische Media Juridique SA, Genève, 2006, 114; D. Iafaev, S. Maeder, 11.
- 51 Ефикасна управа је она која препознаје околности и послове под којима компанија може бити суочена са неликвидношћу или чак угрожавањем солвентности! Таква управа води пословање и стално поставља питање „шта ако?“. Да би тако нешто било могуће неопходно је да управа разуме бизнис модел по коме се послује у одређеној грани привреде, да препознаје и идентификује ризике и предузима мере којима спречава да ти ризици угрозе здраво пословање. Вид. M. Siri, 20.
- 52 Ова дужност обухвата и имплицитну дужност вођења пословања у границама регистроване делатности компаније тј. у нашем случају делатности осигурања или реосигурања.
- 53 Слично и: Љиљана Стојковић, „О неким питањима одговорности за незаконитост пословања у друштву за осигурање“, *Право и љракса осиурања – џекућа љиљана и будући изазови* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Палић, 2019, 31.
- 54 Добра пракса корпоративног управљања налаже усвајање приручника за праћење усклађености пословања, интерних смерница о управљању ризиком или интерних кодекса понашања. Вид. Младенка Гргић, „Захтјеви Еуропског законодавца гледе успоставе кључних функција у сектору осигурања с посебним освртом на „функцију праћења усклађености“, *Зборник Правној факултетџа у Ријеци*, бр. 3(1)/2014, 41.

ће омогућити превентивно деловање и смањење потенцијала за настанак пропуста и грешака који би се могли одразити на интерес друштва. Друго, *дужности њридржавања законских овлашћења* тј. делокруга своје надлежности како би се избегао сукоб надлежности у систему дводомне управе коју уводи ЗО.⁵⁵ То из угла чланова управе у неким случајевима значи дужност прибављања потребних сагласности скупштине друштва, надзорног одбора или чак НБС.⁵⁶ Ако постоји пословник о раду управе, чланови управе су дужни да га се у свему придржавају. Дужност придржавања законских овлашћења такође налаже да се спречи примена ништавих одлука других органа друштва.⁵⁷ Имајући у виду дводомну управу, ово је најчешће задатак надзорног одбора. Треће, чланови управе имају *дужности коректне сарадње*, која укључује широк дијапазон обавеза: од дељења релевантних информација са осталим члановима управе преко спречавања блокаде рада органа управе (тј. обавезе присуствовања седницама органа управе)⁵⁸ до коректног спровођења и оних законитих одлука са којима се не слажу (тј. против којих су гласали).⁵⁹ Дужност доброг управљања као манифестација дужне пажње захтева да сви чланови одређеног органа управе буду активно укључени у његово одлучивање.⁶⁰ Члан управе чини повреду дужности ако остане пасиван или ако не учествује у раду управе довољно активно – *обавеза одлучивања*.⁶¹ Под тим мислимо на следеће облике повреде дужности: ако члан управе не предузима мере у циљу спречавања доношења или спровођења погрешне или штетне одлуке по друштво, ако не надзире усвајање или примену спорне одлуке, итд.⁶² Четврто, чланови управе имају *дужности избегавања ризичних њослова*, који излазе ван оквира разумног и прудентног пословања. Како је истакао академик Барбић *одлуке у вођењу њослова друштва морају бити њримерене њриликама*; не сме се разбацити средствима друштва; морају се оства-

55 М. Гргић, 41.

56 Јакша Барбић, *Право друштва, Књига друга, Друштва кайишала*, Треће измијењење и допуњено издање, Организатор, Загреб, 2005, 496 и след.

57 Ј. Барбић (2005), 496 и след.

58 У сектору осигурања НБС контролише и то да ли су седнице надзорног одбора редовно одржаване. То говори о намери законодавца да уведе обавезу чланова управе да уредно присуствују свим седницама органа чији су члан и чији кворум за рад и одлучивање чине.

59 Ј. Барбић (2005), 496 и след.

60 *Ibid.*

61 М. Васиљевић (2007), 159.

62 „При подјели послова у управи за исту ствар један члан управе може одговарати због тога што је подузео неку радњу или ју је пропустио подузети, други јер је то знао, али на то није реагирао, трећи јер је пропустио обавити потребан надзор, четврти јер се пасивно држао при одлучивању и сл.“ Вид. Ј. Барбић (2010), 9.

ривати сви захтеви које друштво има према трећим лицима, осим ако се то противи његовим интересима којима треба дати предност; не смеју се давати кредити, а да се претходно не испита кредитна способност примаоца кредита и без давања примереног обезбеђења потраживања; не сме се улазити у сумњива улагања.⁶³

Заправо, на основу системског тумачења ЗО и чињенице да је процес лиценцирања кандидата за чланове управе у сектору осигурања увелико заживео, закључујемо да *секторски законодавац инклинира ка њажњи доброј стручњака као идеалном стандарду и мерилу професионалној послоујања у осигурању* иако ЗОПД изричито помиње само пажњу доброг привредника.⁶⁴ Мерило према коме ће се ценити да ли је члан управе у једном друштву за осигурање поступао у свему према дужности пажње је генерално говорећи мерило поступања према правилима струке осигурања, које укључује уважавање свих начела пословања друштава за осигурање. Подвлачимо: „Члан управе се не би могао позивати на то да нема нека посебна стручна знања која се траже за посао који обавља, јер, примјерице, није припадник одговарајуће струке. Ако се прихватио посла за који се тражи потребна стручност одговара по правилима која се траже за припаднике одговарајуће струке, без обзира на то припада ли јој иначе, па је дужан поступати најмање с просјечном стручношћу која се захтијева за обављање таквог посла или затражити стручну помоћ. Но, члан управе који има већа знања од оних која се траже за просјечног припадника струке не би се могао успјешно позивати на просјечну стручност јер је дужан примјенити своје стручно знање које је веће од просјечног у струци.“⁶⁵

Дужност доброг управљања која подразумева информисани приступ вођењу пословања налаже да ће чланови управе препознати могуће непримерене утицаје, који би могли нашкодити интересима друштва, и одупрети им се приликом доношења пословних одлука. Циљним тумачењем ЗО долазимо до сазнања да је законодавац имао у виду могуће непримерене утицаје које врше лица блиско повезана са друштвом.⁶⁶ Стога је потребно укратко подсетити на режим повезаних лица у компанијском праву осигурања.

63 Ј. Барбић (2005), 496 и след.

64 То и не треба да чуди будући да Директива Solvency II поставља захтев пажње доброг стручњака за акционаре који стичу квалификовано учешће, за чланове управе и за носиоце кључних функција (чл. 24 ст. 2 у вези са чл. 41 ст. 1 и чл. 42 ст. 1 тач. а). Уосталом, такво разликовање већ постоји на основу ЗОО, који у чл. 18 ст. 1 и 2 помиње пажњу доброг привредника и пажњу доброг стручњака.

65 Ј. Барбић (2005), 496 и след.

66 Осим повезаних лица, непримерени утицаји могу бити и политичког или државног порекла. Тако и: Ј. Барбић (2005), 496 и след.

Концепт капитал учешћа и повезаних лица у осигурању је у посебном режиму тј. разликује се у односу на режим из ЗОПД.⁶⁷ Генерално посматрано, закон дефинише појам учешћа у акционарском друштву за ре/осигурање у складу са директивама ЕУ за животна и неживотна осигурања. Такође дефинише: квалификовано – које обухвата 10% или више, значајно – које обухвата 20% или више, као и контролно учешће – које обухвата 50% или више гласачких права, односно непосредно или посредно власништво над капиталом или могућност ефективног вршења утицаја на управљање или пословну политику одређеног лица. Посебно је значајна забрана узајамног учешћа у капиталу (чл. 29).

Контролни акционар је по природи ствари прво лице на које се може помислити када се помену непримерени утицаји и радње.⁶⁸ Он,

67 Сва лица која имају намеру да стекну или увећају квалификовано учешће у друштву за ре/осигурање имају обавезу да прибаве претходну сагласност НБС. Закон о осигурању посебним чланом (чл. 32) прописује услове чију испуњеност цени НБС при разматрању поменутог захтева, док је НБС подзаконским актом одредила доказе и документацију која се доставља уз захтев за добијање претходне сагласности за стицање или увећање квалификованог учешћа. У питању је Одлука о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозволе за обављање послова осигурања/реосигурања и појединих сагласности Народне банке Србије. НБС врши *прећходну процену поузданости лица која желе да стекну квалификовано и веће учешће*. Фокус те процене је да ли се може основано очекивати да ће ова лица *обезбедити стабилно и сигурно пословање друштва за осигурање*. Посебна регулатива је разрађена одредбама које уводе обавезу правних лица са квалификованим учешћем да достављају НБС податке и информације о новоименованим члановима органа управљања тих лица, о лицима која у тим правним лицима стекну квалификовано учешће или с њима постану блиско повезана, као и о свакој статусној промени најкасније у року од 30 дана (чл. 39). Ако поменуте информације и подаци нису довољни, НБС може тражити и додатне податке и информације ако су они значајни за разјашњење или тумачење података и информација о којима је прво било речи, као и када НБС треба да утврди да ли су се променили услови под којима је она одобрила стицање односно увећање квалификованог учешћа. Најзад, ако се квалификовани акционар оглуши о начела пословања из чл. 19 Закона о осигурању, НБС може предузети према том лицу привремену меру ради окончања таквог поступања, укључујући и ограничење остваривања права гласа по основу квалификованог учешћа. Ради јавности привремене мере о њој се доставља забележба регистру надлежног органа (чл. 40). Најзад, о поузданости квалификованих акционара води се рачуна и приликом оснивања друштва за ре/осигурање. Један од услова који НБС оцењује приликом одлучивања о издавању дозволе за рад друштву за ре/осигурање је да ли су акционари који стичу квалификовано учешће *fit and proper* (чл. 42 ст 3, тачка 7 и 8). НБС треба доставити списак акционара и податке о акционарима који стичу квалификовано учешће у друштву, као и о висини њиховог учешћа и о лицима која су блиско повезана с будућим квалификованим имаоцима, са описом начина повезаности из чл. 30. Такође, податке и доказе о испуњености услова из чл. 32 на основу којих се утврђује *поузданост лица које стичу квалификовано учешће у друштву и финансијска оправданост предложеног стицања*.

68 Одговорност управе за спречавање незаконитих радњи и утицаја утолико је значајнија што су акционари заштићени на основу принципа ограничене одговор-

иначе, по ЗОПД има низ дужности према друштву, међу којима је и дужност избегавања сукоба интереса. Из ЗО и подзаконских аката произлази да је њему издата сагласност НБС под прећутним условом да ће његов вероватни утицај на пословање друштва за осигурање бити у складу са правилима о управљању ризиком и уопште у складу са правилима струке осигурања, односно да ће обезбедити стабилно и сигурно пословање друштва за осигурање. За случај да се носилац квалификованог или већег капитал учешћа у сектору осигурања понаша противно начелима пословања из ЗО, НБС може изрећи одређене мере (чак и привремену меру!). То је једна линија одбране и заштите друштва за осигурање од непримерених утицаја контролних акционара и повезаних лица. Све ово по мишљењу секторског законодавца јесте нужно, али није довољно за заштиту интереса друштва. Стога другу линију одбране чини управа друштва, која по ЗО одговара за спречавање не само незаконитих, већ и непримерених радњи и утицаја које би могли резултирати закључењем правних послова који су штетни или нису у најбољем интересу друштва и његових акционара. Да нагласимо: регулаторни оквир осигурања не дозвољава управи компаније која је носилац већинског учешћа у капиталу друге компаније да доноси одлуке које су противне начелима пословања из ЗО, као и принципу поступања у најбољем интересу контролисаног друштва из ЗОПД. Такође, управа контролисаног друштва има одговорност у вези са спречавањем примене одлуке донете од стране контролног друштва противно интересима контролисаног друштва и начелима пословања из ЗО. Секторски законодавац је, дакле, осмислио превентивни и репресивни механизам који коегзистентним деловањем треба да пружи бољу заштиту друштвима у сектору осигурања од незаконитих и предаторских утицаја контролних акционара.

Треба приметити да секторски законодавац помиње *послове који су штетни или нису у најбољем интересу друштва и његових акционара* (подвукла Н. П. Т.). Пошто користи везник или језичко тумачење налаже закључак да није неопходно да ти послови заиста буду штетни по друштво. За одговорност чланова управе довољно је и да поменути послови нису у најбољем интересу друштва и његових акционара. Из угла

ности. Полазећи од правила да акционар одговара до висине свог улога (осим у изузетним ситуацијама попут пробијања правне личности) његово понашање којим повређује клаузулу сукоба интереса и наноси штету интересима компаније или осталих акционара најчешће не може бити санкционисано директном одговорношћу. Пошто је законодавац поверио члановима управе друштва вођење пословања, као и надзор, то они преузимају одговорност ако не спрече закључење правних послова злоупотребом позиције контролног или већинског акционара. У: Virginijus Bite, „Is the Limited Liability Doctrine Applicable to Company Directors?“, *European Scientific Journal*, Nr. 16/2014, 109–110.

одговорности чланова управе битно је нагласити да за било који облик повреде дужности лојалности они не могу бити екскулпирани на основу правила *business judgement rule*.⁶⁹ Ово правило које познаје и српски ЗОПД пружа директорима сигурну луку првенствено у погледу повреде дужности пажње. Нелојално поступање чланова управе не може се подвести под опсег овог правила.

Принцип рада у најбољем интересу друштва је на данашњем ступњу развоја доброг корпоративног управљања општеприхваћена вредност. Стога на први поглед може да зачуди што је ЗО у овом члану поменуо да послови нису у најбољем интересу друштва и његових акционара. Али, ако се има у виду да незаконити и непримерени утицаји долазе од повезаних лица, законодавац је намеравао да спречи да они својим утицајима нанесу штету интересима осталих акционара (који нису контролни или већински).⁷⁰ Дакле, ЗО није противно ЗОПД фаворизовао интерес акционара на штету носилаца осталих интереса у акционарском друштву. Самим помињањем најбољег интереса друштва ЗО је обезбедио уважавање интереса свих заинтересованих лица. Најзад, одговорност за спречавање незаконитих и непримерених утицаја и радњи уведена је ради заштите корисника услуге осигурања. Тиме је заокружена одредба којом се у сектору осигурања уводи повећана одговорности чланова управе и која представља најзначајнију линију одбране акционарског друштва за осигурање од незаконитог пословања услед утицаја повезаних лица.

2. Појединачна одговорност надзорног и извршног одбора

Од свих функција које се приписују надзорном одбору и које су распоређене у 23 тачке, за питање које обрађујемо највећи значај имају четири: 1) сноси одговорност за пословне циљеве, пословну стратегију и годишњи план пословања друштва и надзире њихово остварење;⁷¹ 2) надзире рад чланова извршног одбора; 3) обезбеђује да правни по-

69 *Business judgment rule* се не примењује ни у случају повреде закона или статута компаније. Вид. Gerhard Wagner, „Officers’ and Directors’ Liability Under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, 1/2015, 75.

70 То је типичан пример сукоба интереса на страни лица које има дужност према друштву. Тако већински или контролни акционар који закључи правни посао са друштвом којим стиче неку предност или корист у самој компанији наноси штету интересима других акционара.

71 Могло би се рећи – на основу циљног тумачења ЗО – да је избегавање сукоба интереса и закључења правних послова противно интересима друштва део стратегије друштва за осигурање. Свако друштво треба да развија стратегију управљања ризицима која има за циљ правовремено уочавање и спречавање пословања одступањем од тржишних услова.

слови закључени са акционарима, повезаним лицима и другим лицима која имају дужност према друштву не буду неповољнији по то друштво од истих послова закључених по тржишним условима и 4) обавештава НБС и друге надлежне органе о утврђеним неправилностима (чл. 55 ст. 1 тач. 1, 4 19 и 21). Ово је *прва линија одбране друштва за ре/осигурање од закључења нејовољних послова са повезаним лицима*. Надзорни одбор по ЗО има потпуну одговорност за успостављање система управљања ризицима у акционарском друштву за ре/осигурање и за надзор над тим системом, а дужан је и да обезбеди да извршни одбор идентификује ризике којима је то друштво изложено, као и да контролу тих ризика врши у складу са одобреним стратегијама и процедурама (чл. 55 ст. 2).⁷² Ове обавезе надзорног одбора директна су манифестација пословања према начелу законитости, савесности и опрезног поступања.

У корелацији са питањем одговорности за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја је одредба тачке 19, која изричито каже да *надзорни одбор обезбеђује да правни послови закључени са акционарима, повезаним лицима и другим лицима која имају дужности према друштву не буду нејовољнији по то друштво од истих послова закључених по тржишним условима*. Ово је изванредно значајна одредба са становишта указивања на карактер одступања уведеног посебним законодавством. По ЗО надзорни одбор треба да се постара да правни послови закључени не само са повезаним лицима, већ и са акционарима и другим лицима која имају дужности према друштву, не буду неповољнији по то друштво од тржишних услова. Да ли то значи да закључење правног посла са повезаним лицем по тржишним условима омогућава надзорном одбору миран сан? Чини се да је то била намера законодавца. Дакле, систематско тумачење чл. 55 ст. 1 тач. 19 и чл. 59 ст. 2 наводи на закључак да је једина могућност да се послови са акционарима, повезаним лицима и лицима које имају дужности према друштву сматрају допуштеним ако су закључени по уобичајеним (тржишним) условима. Овим је у статусном праву осигурања надограђен крупан недостатак ЗОПД.

Наиме, један од недостатака ЗОПД је некомплетност регулативе питања одобравања правних послова у којима постоји сукоб интереса. Наш компанијски пропис није уредио изузетак од правила о дужности одобравања правног посла у коме постоји сукоб интереса, а који већина упоредноправних извора познаје. Изузетак се односи на правне

72 Надзорни одбор је по новом регулаторном оквиру нека врста полицајца, који перманентно контролише ефикасност стратегије управљања ризицима у друштву за осигурање. Посебно је значајна његова дужност да контролише границе толеранције ризика, који свакако укључује и ризичне послове са повезаним лицима. Вид. М. Siri, 17.

послове закључене под уобичајеним (тржишним) условима.⁷³ Из онога што пише у ЗО произлази да би чланови управе акционарског друштва за осигурање – који иначе имају једну врсту генералне дужности неодобравања правних послова у којима постоји сукоб интереса са интересом друштва – могли да одобре правни посао закључен са повезаним лицима којим се не одступа од тржишних услова.⁷⁴

Што се тиче надлежности извршног одбора он најпре обезбеђује законитост рада друштва, што је повезано са чл. 19 (чл. 58 ст. 2 тач. 1). Извршни одбор одлучује *о инвестиционој политици, као и о задуживању друштва у границама које утврди надзорни одбор, у складу са прописима* (чл. 58 ст. 2 тач. 5). За разлику од ЗОПД, ЗО приписује забрану за друштво за осигурање да закључује правне послове са повезаним правним лицима, којима се посредно или непосредно обезбеђују средства тим лицима. Ту улазе залога, јемство, наменски депозит, позајмица, итд. Конкретне форме инвестирања и ограничења прописане су Одлуком о инвестирању средстава осигурања.⁷⁵ Извршни одбор такође усваја процедуре за идентификовање, мерење, праћење и процену ризика, као и за управљање ризицима, анализира ефикасност њихове примене и о тим активностима извештава надзорни одбор (чл. 58 ст. 2 тач. 7). Усвајање процедуре за идентификовање, мерење, праћење и процену ризика омогућава извршном одбору да благовремено дође до сазнања да ли су планирани послови са повезаним лицима за које постоји сумња да нису у најбољем интересу друштва. Овим је успостављен учинковит систем интерног деловања и обавештавања који би требало да омогући увид у *day-to-day* пословање друштва, правовремено учачавање било ког облика угрожавања интереса друштва и његово спречавање.⁷⁶ Извршни одбор такође *обавештава надзорни одбор о свим дојављенима која нису усклађена с прописима и другим акцијама друштва* (чл. 58 ст. 2 тач. 10). Дужност доброг управљања налаже да чланови извршног одбора проследе надзорном одбору без одлагања информације о поступањима која нису усклађена са начелима пословања. Унутрашњи живот у друштву

73 Philippe Cotta, Axel Goetz, Karl von Rumohr, *Corporate Governance, Board Structure and Directors' duties in 38 Jurisdictions worldwide*, Law Business Research Ltd, London, 2010, 84.

74 То је правично решење, јер се у поменутом случају правни посао ни по чему не разликује од сличних правних послова, осим по томе што се закључује са акционаром, повезаним лицем или лицем са посебним дужностима. Секторски законодавац није оставио ово питање неуређеним, што свакако олакшава позицију чланова управе.

75 Одлука о инвестирању средстава осигурања, *Службени гласник РС*, бр. 55/2015 и 111/2017.

76 Ј. Барбић (2010), 2–3.

за осигурање је тако устројен да се сваки случај угрожавања интереса друштва на време уочава и спречава његова ескалација.⁷⁷ Најзад, извршни одбор се стара о спровођењу одлука скупштине и надзорног одбора (чл. 58 ст. 2 тач. 12). Овим је заокружен систем одговорности у вези са спречавањем незаконитог и непримереног пословања.

Из свега што смо до сада рекли о личној одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање произлази да је ризик корпоративног управљања у овом сектору већи него у остатку привреде. Регулатива управљања је прилагођена концепту управљања ризицима и интерног надзора. Поставља се питање како ће се за потребе утврђивања личне одговорности процењивати да ли је члан управе успунио своје дужности. С обзиром на *implicite* уведен стандард пажње доброг стручњака наше је мишљење да се може применити резонување које је у једној одлуци истакао словеначки суд: „За професионално лице, које своје услуге обавља на њржишћу, дакле уз њлаћање, њређиосћавља се (као необорива њређиосћавка) да њоседује сћручна знања, њоћребна за њравилно обављање услуге. Њејови њосћуйци (чињења) или нечињења заћо се њросућују њрема ајсћиракћним мерилима, дакле њравилима оне сћруке из које обласћи су њоћребна сћручна знања како би услуга била њравилно извршена.“⁷⁸ Примењено на чланове управе друштва за осигурање то би значило да се њихова одговорност процењује према правилима струке осигурања, којима одлично владају и према којима иначе воде пословање и друга лица у овој области пословног промета.

IV Одобрење правног посла у случају постојања личног интереса – посебности секторског приступа

На основу онога што смо до сада анализирали тврдимо да су *њривредна друшћива у секћору осћурања боље зашћићена од сукоба личној инћереса конћролној акционара и уоћшће њовезаних лица са инћересом друшћива од њривредних друшћива у оћшћем комћанијском режиму*. Наиме, ЗО је увео режим за правне послове са повезаним лицима, којим се одступа од општег компанијског режима уведеног ЗОПД. Према правилима о одобрењу послова са личним интересом из ЗОПД вољом већине чланова надзорног одбора друштва који немају лични интерес могу се одобрити послови са личним интересом, без обзира на то да

77 J. Барбић (2010), 2–3.

78 Одлука Вишег суда Републике Словеније: ВСЛ Пресуда И Цпг 510/2010. За извод из одлуке вид. Наташа Петровић Томић, „Одговорност директора за штету по Закону о привредним друштвима“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2014, 130–147.

ли су они предузети по тржишним условима (чл. 66).⁷⁹ Одобрење правног посла у складу са одредбама општег статусног прописа обезбеђује његову валидност. Међутим, по ЗО таква могућност не постоји. Из онога што пише у чл. 59 произлази да су чланови управе дужни да се постарају да такав посао уопште не буде одобрен, чак и ако је за давање одобрења надлежна скупштина (sic!).⁸⁰ Они би, дакле, требало да спрече да такав посао постане валидан. Како другачије разумети одговорност за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја (подвукла Н. П. Т.), уз истовремену законску обавезу надзорног одбора да обезбеди да послови са акционарима и повезаним лицима не буду закључени под условима који су неповољнији од редовних тржишних услова?⁸¹

По ономе што пише у ЗО чим је неки уговор закљученим под условима који су другачији од тржишних, настаје обавеза чланова управе да спрече његову реализацију. Дакле, једини случај када би посао са повезаним лицима био пуноважан и када не би постојала одговорност чланова управе акционарског друштва за осигурање је ако је тај посао закључен по тржишним условима. Идеја која се крије иза овакве регулативе је по нашем дубоком уверењу потреба промовисања рада управе акционарског друштва за осигурање искључиво у најбољем интересу друштва, без могућности конвалидовања правних послова закључених повредом клаузуле забране сукоба интереса. Једини случај када се такав посао сматра пуноважним је када је закључен по редовним тржишним условима. Пуноважност му даје сам закон, док се надзорни одбор само стара о томе да ли је услов испуњен. Ако је посао закључен по условима којима се одступа од тржишних, секторски законодавац не жели да препусти управи друштва за осигурање да процењује да ли су испуњени услови из *lex generalis* прописа да он буде конвалидиран. Овакво тумачење се поклапа са фидуцијарном дужношћу чланова управе. Наше је мишљење да је одобравање правних послова по чл. 65 ЗОПД у извесној мери *contradictio in adiecto* у односу на дужност рада

79 Српском праву недостаје регулатива о томе шта се догађа када надлежни орган (у случају акционарског друштва за осигурање – надзорни одбор) одбије да изда сагласност за закључење правног посла. По угледу на немачко право, предлог је да се у том случају призна могућност извршног одбору да питање пребади на скупштину друштва.

80 Подсећања ради, оснивачким актом друштва са ограниченом одговорношћу или статутом акционарског друштва може се одредити да ове послове одобрава скупштина друштва.

81 Уосталом, из одредаба које уређују прекршаје произлази да ако члан управе не предузме мере ради спречавања незаконитих или непримерених радњи и утицаја лица која су блиско повезана са акционарским друштвом за осигурање, а ради заштите корисника услуге осигурања, казниће се за прекршај новчаном казном од 30.000 до 150.000 динара (чл. 266 ст. 1 тач. 7 у вези са чл. 59 ст. 2).

у најбољем интересу друштва. Српска корпоративна култура још увек није на том ступњу развоја да би се могао очекивати неки корисан учинак ове одредбе. Док се у остатку привреде (можда?) и може толерисати и одобрити закључење правних послова са повезаним лицима, у сектору осигурања то није дозвољено.

Осим потенцијално веће одговорности чланова управе у сектору осигурања за спречавање сукоба интереса, из језичког тумачења ЗО произлази одступање од регулативе ЗОПД.⁸² Одступање у специјалном пропису какав је ЗО од општег режима диктирано је потребом обезбеђења финансијске дисциплине на тржишту осигурања и обављања делатности осигурања у складу са правилима о управљању ризиком и интерним процедурама. То се, уосталом, уклапа у *јрокламовани јринциј вршења надзорне функције НБС и над јовезаним лицем*. Подсећања ради, НБС има *надзорна овлашћења и јрема јравним лицима која су јовезана имовинским, ујрављачким, односно јословним односима са субјектиом надзора* код кога се врши надзор и да оствари увид у пословне књиге свих учесника у послу који је предмет надзора, ако је то неопходно ради вршења надзора над обављањем делатности осигурања. Ово зато што се често на основу увида у пословање лица повезаних са субјектима надзора може стећи реална слика о пословању субјеката надзора. Ако је већ надзорна функција НБС тако екстензивно постављена да се односи и на повезана лица, за очекивати је да трансакције са тим лицима буду стриктно законом регулисане. Заправо, једини случај када се пословима са повезаним лицима може признати пуноважност и без уплитања НБС је када су закључени под редовним тржишним условима. *A contrario*, дозволити члановима управе да одобре правни посао којим се одступа од тржишних услова – без претходног одобрења НБС – је противно идеји свеобухватног надзора на финансијском тржишту.

Регулаторни оквир осигурања је до те мере детаљан и подређен надзорној улози регулатора да контролно друштво не може у већој мери да угрози пословање и солвентност контролисаног друштва. Контролно друштво не може да злоупотребљава правни субјективитет контролисаног друштва, нити да користи његова средства противно одредбама ЗО, ЗОПД и подзаконских аката НБС. Уосталом, по ЗОПД носилац значајног учешћа у друштву или контролни акционар има одређене дужности према компанији у којој има учешће (чл. 61 ст 1. тач. 3). Тако контролни акционар има следеће посебне дужности према компанији: 1) избегавање сукоба личног интереса са интересом привредног друштва

82 Заправо, могло би се тврдити да је *lex specialis* прописом уведена дужност лојалности друштву у случају сукоба интереса као генерална дужност. Оваква дужност као генерална не постоји у ЗОПД. Утолико је већи значај одступања које је усвојио ЗО.

(чл. 69 и следећи); 2) дужност чувања пословне тајне (чл. 72 и след.) и 3) дужност поштовања забране конкуренције (чл. 75 и след.).

V Осигурање од одговорности директора у улози инструмента балансираног корпоративног управљања

С обзиром на обележја корпоративног управљања у сектору осигурања и евидентно већу личну одговорност, поставља се питање како се осигурање од одговорности директора и чланова управе (енг.: *D&O insurance*) уклапа у постојећи систем. Сматрамо да управо овакав секторски правни амбијент – којим се одступа од генералног компанијског режима – представља погодно тле за развој ове врсте корпоративног осигурања. Под тим првенствено мислимо на покриће типа А, односно на осигурање које има за предмет потенцијалну одговорност чланова управе друштва за осигурање.⁸³

Осигурање од одговорности директора сматрамо драгоценим инструментом постојећег корпоративног управљања из најмање три разлога. Прво, његова *циљна функција се надовезује на циљну функцију режима одговорности*. Директори и чланови управе који се понашају савесно, према правилима струке осигурања и правилима о управљању ризиком, који доносе одлуке у складу са најбољим интересом друштва неће доћи у ситуацију да снесу личну одговорност. Таквим директорима – који су у принципу савесни и лојални друштву – треба прибавити покриће које ће деловати ако и поред уложене дужне пажње направе пропуст. Заправо, могло би се резоновати да законодавац охрабрује тржиште осигурања да понуди полису која пружа заштиту члановима управе у својству лица са посебним дужностима према друштву. Законодавац их обавезује да поступају дужном пажњом и да се руководе најбољим интересом привредног друштва, док им осигуравач пружа заштиту у границама законитог и савесног поступања. Дакле, добро осмишљено осигурање од одговорности директора представља још једно средство којим се подстиче предузимљивост чланова управе, преузимање разумљивог ризика приликом доношења пословних одлука, као и уопште неспутано вођење пословања. *A contrario*, ако се директори не придржавају својих корпоративних дужности, руководе се сопственим уместо интересом

83 Поред покрића које се односи на одговорност директора и чланова управе, на тржишту постоји и осигурање од одговорности компанија (покриће типа Ц), као и покриће које омогућава компанији да од осигуравача регресира износе које је исплатила по основу одговорности чланова својих корпоративних органа (покриће типа Б). Детаљније: Наташа Петровић Томић, „Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2008, 180–199, посебно 182–183.

друштва или чак (!) крше прописе, осигурање не делује! Као такво оно чини део доброг корпоративног управљања. Његова улога је, заправо, *усмеравајућа*. Одговоран и савестан директор који се у неком случају суочи са ситуацијом у погледу које има дилему како да поступи у одредбама овог осигурања може наћи значајан показатељ да ли би одређени пословни потез био *contra legem*. Ако је тако, такво поступање је скоро сигурно обухваћено клаузулом о искљученим штетама.⁸⁴ То је случај са свим облицима повреде дужности лојалности и дужности пажње.

Друго, финансирано осигурање од одговорности директора има *корективну улогу у погледу одговорности*. Кључно за разумевање огромног значаја осигурања од одговорности директора у систему корпоративног управљања је да оно покрива обичну непажњу (као и било које друго осигурање од одговорности). То га чини пожељним корективним инструментом. Само осигурање од одговорности директора које покрива последице обичне непажње омогућава миран сан директорима. Оно у исто време ублажава одвраћајуће дејство стриктног режима одговорности у сектору осигурања и спречава да он постане сметња прихватања менаџерских позиција у компанијама.⁸⁵ Ово поготово долази до изражаја када је систем одговорности чланова управе строг у оној мери у којој је то случај у нашем компанијском праву осигурања.

Треће, осигурање од одговорности директора има бар двоструку заштитну улогу. Осим заштите чланова управе од финансијских последица личне одговорности, ово осигурање штити и интерес компаније. То највише долази до изражаја када се сама компанија нађе у улози оштећеног и подносиоца одштетног захтева против члана управе. Али, заштита коју пружа ово осигурање је и посредна. Наиме, како по нашем праву за пропусте чланова управе одговара сама компанија, то она има интерес да подржи прибављање осигурања од одговорности директора захваљујући чијем деловању ће она бити мање изложена тужбама које се заснивају на одговорности „њених“ чланова управе.

Да закључимо: осигурање од одговорности чланова управе је производ будућности, без кога корпоративно управљање у сектору осигурања неће моћи да прати европску динамику развоја. Високи стандарди одговорности чланова управе у делатности осигурања захтевају адекватан механизам који треба да обезбеди фину равнотежу између екстензивно постављене одговорности и подстицања успешног вођења пословања.

84 Заштита коју пружа ово осигурање није апсолутна и неограничена. Другим речима, осигурањем од одговорности директора нису обухваћени сви пропусти директора. То се посебно односи на кривичноправне захтеве усмерене против њих. У мери у којој незаконите активности директора остају изван покрића они остају мотивисани да се придржавају правила струке осигурања и уопште да законито воде пословање.

85 Н. Петровић Томић (2011), 113–116.

VI Закључно о режиму одговорности чланова управе у сектору осигурања

Регулаторни оквир одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање садржан је првенствено у ЗО. Међутим, за бројна питања остаје актуелан и ЗОПД. На основу познавања Директиве Солвентност II тврдимо да је српски законодавац увео низ одступања од општег статусног режима, од којих ће примена неких решења бити крајње изазовна за осигуравајућу и судску праксу. То се можда најбоље доказује на примеру одговорности чланова управе за спречавање незаконитих и непримерених утицаја и радњи које врше повезана лица, а које наносе штету или нису у најбољем интересу друштва. На основу анализе секторског прописа и његовог повезивања са општих статусним режимом дошли смо до следећих закључака.

Прво, у области осигурања кандидати за чланове управе треба да испуне низ услова који се односе на компетентност, професионално искуство у области осигурања, као и професионални и лични интегритет. У поређењу са условима из ЗОПД стиче се утисак да чланови управе у осигурању треба да буду квалификованији и да нису инволвирани у активности које утичу на њихов професионални и морални интегритет. Друго, повећани стандарди приступа и обављања функције члана управе у сектору осигурања директно се одражавају на садржину њихових дужности. Осим дужности пажње и дужности поступања у најбољем интересу друштва, ЗО је увео низ додатних дужности чланова управе којима се манифестује принцип управљања ризицима према захтевима Директиве *Solvency II*. Одговорност за спречавање незаконитог пословања и непримерених утицаја и радњи је пример специфичног регулисања стутусног права осигурања. Треће, из системског тумачења ЗО произлази да је секторски законодавац присталица пажње доброг стручњака, а не доброг домаћина како налаже ЗОПД. Сматрамо да за таквав приступ постоји оправдање, не само у захтевима Директиве *Solvency II*. Ако се пође од повећаних стандарда професионалности које треба перманентно да испуњавају чланови управе друштва за осигурање, логично је да за њих важи повећано и специјализовано мерило пажње.

Четврто, одговорност чланова управе процењује се имајући у виду повећани степен пажње и струку осигурања. Да ли се члан управе друштва за осигурање понашао дужном пажњом процењује се на основу поређења са поступањем члана управе упоредиве компаније која се бави пословима осигурања. У обзир се узима бизнис осигурања, величина компаније, позиција на којој је одређени члана управе, итд. Њихово

поступање цени се, дакле, према апстрактним мерилима правила струке осигурања. Тако се од члана управе друштва за осигурање основано очекује да лојално и савесно воде пословање друштва, што укључује и препознавање правних послова који су незаконити или су плод непримерених утицаја и радњи контролног акционара или повезаних лица, и којима се може нанети штета интересу друштва или који просто нису у најбољем интересу друштва. Од њих се очекује да примене *тесис толеранције на ризик* и да процене да ли неки утицај и радња могу угрозити здраво пословање друштва за осигурање. Следећи законску реторику чланови управе треба да спрече закључење таквих послова. Они треба да претпоставе интерес друштва било ком личном интересу, те стога немају генерални мандат да одобравају правне послове закључене повредом клаузуле сукоба интереса. Изузетак постоји једино ако се ради о правном послу којим се не одступа од уобичајених тржишних услова. Осим што надомешћује недостатак ЗОПД, овим решењем ЗО уважава се принцип правичности. Нема разлога да посао закључен са акционарима или повезаним лицима подлеже конвалидацији ако је закључен по тржишним условима. Секторски законодавац је, дакле, одступио од правног режима који важи за послове закључене повредом клаузуле сукоба интереса на два очигледна начина. Увођењем одговорности за спречавање незаконитог пословања и непримерених утицаја и радњи искључио је могућност накнадне конвалидације таквог правног посла. У исто време – за разлику од ЗОПД – изричито је нормирао општепознати изузетак у упоредном компанијским праву који се тиче закључења правних послова са повезаним лицем по тржишним условима. Али, по слову ЗО такви послови су законити *ex lege*, а надзорни одбор има мандат само да то констатује.

Пето, ризик личне одговорности чланова управе у сектору осигурања прилично је пооштрен у односу на исти ризик по ЗОПД. Заправо, описани режим одговорности прати овлашћења чланова управе у сектору осигурања, која су евидентно шира и сложенија за разумевање у односу на општи статусни режим. Описани режим одговорности може постати сметња даљем развоју добре корпоративне праксе ако га осигуравачи који послују на овом простору бар делимично не неутралишу инвестирањем у осигурање од одговорности чланова управе. Ризик корпоративног управљања у сектору осигурања произлази из детаљне законске регулативе, конкретизоване подзаконским прописима НБС. Развојем осигурања од одговорности директора које пружа оптимално покриће врши се ефикасна алокација ризика корпоративног управљања у области осигурања.

Да закључимо: специјалним законодавством осигурања уведена су одступања од општег статусног режима, од којих је за праксу најзначајније искључење могућности конвалидације правног посла закљученог повредом клаузуле сукоба интереса. Тиме се шаље јасна порука да у области осигурања чланови управе треба да се постарају да се сви послови које закључује то друштво могу подвести под оквир редовног тржишног пословања. Ако то није случај, управа нема мандат да оснажи такве трансакције. Поздрављамо бројне разлике и одступања уведена ЗО које чине регулаторни оквир осигурања заштитнички настројеним према интересима контролисаних компанија и уопште одступања којима се онемогућавају повезана лица да утичу на законитост пословања у сектору осигурања. Под утицајем Директиве *Solvency II* управа друштва је учињена одговорном не само за усвајање и имплементацију стратегије управљања ризицима, већ и за спречавање незаконитих и непримерених радњи и утицаја који би могли, макар посредно, да доведу у питање интерес друштва.

Коришћена литература

- Барбић Јакша, *Одговорности чланова управе друштва књижица за истраживање истраживања и члановима друштва - истраживања истраживања - истраживања истраживања*, Фондација Центар за јавно право, 2010, доступно на адреси: http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Jaksa_Barbic.pdf, 11. 1. 2020.
- Барбић Јакша, *Право друштва, Књижица друштва, Друштва књижица*, Треће измијењено и допуњено издање, Организатор, Загреб, 2005.
- Baums Theodor, *Personal Liability of Company Directors in German Law*, University of Osnabrueck, 1996. Доступно на: <https://core.ac.uk/download/pdf/14504645.pdf>, 6. 7. 2019.
- Beckmann Roland Michael, „D&O-Versicherung“, *Versicherungsrechts Handbuch* (Hrsg. Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche-Beckmann), Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- Bite Virginjus, „Is the Limited Liability Doctrine Applicable to Company Directors?“, *European Scientific Journal*, Vol. 10, Nr. 16/2014.
- Bürkle Jürgen, *Compliance in Versicherungsunternehmen – Rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung*, Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- Wagner Gerhard, „Officers’ and Directors’ Liability Under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, 1/2015.
- Васиљевић Мирко „The Serbian Law on Commercial Companies“ *Private Law in Eastern Europe*, (eds. C. Jessel-Holst, R. Kulms, A. Trunk), Mohr Siebeck, 2010.

- Васиљевић Мирко, „Развој регулативе управљања компанијама у упоредном праву и позитивно право Србије“, *Правни животи*, бр. 10/2010.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право, Право привредних друштва*, Једанаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, 2019.
- Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање, правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.
- Werlauff Erik, *EU Company Law. Common Business Law of 28 States*, Second Edition, DJOF Publishing, 2003.
- Garbarski Andrew M., *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Schulthess Juristische Media Juridique SA, Genève, 2006.
- Гргић Младенка, „Захтеви Еуропског законодавца гледе успоставе кључних функција у сектору осигурања с посебним освртом на „функцију праћења усклађености“, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, бр. 3(1)/2014.
- Dreher Meinrad, Martin Lange, „Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen nach VAG und Solvency II“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 2/2011.
- Eisenberg Melvin A., „The Duty of Care of Corporate Directors and Officers“, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 51, 1990.
- Iafaev Dimitri, Maeder Sonja, „Switzerland“, *International Liability of Corporate Directors* (eds. Dennis Campbell, Christian Campbell), Second Edition, Juris, 2011.
- Madisson Karin, *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analyses*, Riga Graduate School of Law, Riga, 2012, доступно на адреси: <https://www.rgsl.edu.lv/uploads/research-papers-list/16/7-karin-madisson-final.pdf>, 7. 7. 2019.
- Manes P., „Corporate Governance, the Approach to Risk and the Insurance Industry under Solvency II“, *Solvency II: A Dynamic Challenge for the Insurance Market* (eds. M. Andenas, P. Manes, F. Vella, P. R. Wood), Il Mulino, 2017.
- Merlé Philippe, *Droit Commercial, Sociétés Commerciales*, Dalloz, Paris, 2003.
- Nietsch Michael, „Corporate illegal conduct and directors' liability: An approach to personal accountability for violation of corporate legal compliance“, *Journal of Corporate Law Studies*, 2017.

- Петровић Томић Наташа, „Начело поступања дистрибутера осигурања у најбољем интересу потрошача услуга осигурања – фидуцијарна дужност дистрибутера“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2019.
- Петровић Томић Наташа, „Одговорност директора за штету по Закону о привредним друштвима“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014.
- Петровић Томић Наташа, „Однос осигурања од одговорности директора и правила пословне процене“, *Правни живоић*, бр. 11/2012, том III.
- Петровић Томић Наташа, *Осиурање од одговорности директјора и чланова ујравној одбора акционарској друштјива*, Правни факултет у Београду, Београд, 2011.
- Петровић Томић Наташа, „Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија“, *Анали Правној факултјетјна у Беојраду*, бр. 2/2008.
- Sattler Andreas, Jursch Petter, Pegels Anna, *Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Die wichtigsten Haftungsrisiken von Vorstand und Aufsichtsrat – und wie man sie vermeiden kann*, VSRW-Verlag, Bonn, 2003.
- Siri Michael, *Corporate governance of insurance firms after Solvency II*, ICIR Working Paper, Nr. 27/17, Goethe University Frankfurt, International Center for Insurance Regulation, Frankfurt, 2017.
- Smerdon Edward, *Directors' Liability and Indemnification: A Global Guide*, Globe Business Publishing, Ltd, 2007.
- Spann Elisabeth, „Directors' and Officers' Liability from an Insurance Perspective“, *Directors' and Officers' (D&O) Liability* (eds. Simon Deakin, Helmut Koziol, Olaf Riss), De Gruyter, 2018.
- Стојковић Љиљана, „О неким питањима одговорности за незаконитост пословања у друштву за осигурање“, у: *Право и њракса осииурања – ѡекућа ѡијтања и будући изазови* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Палић, 2019.
- Томић Зоран, Петровић Томић Наташа, „О лиценцирању кандидата за чланове управе органа друштја осигурања – Осврт на одлуке Уставног суда“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2011.
- Томић Зоран, Петровић Томић Наташа, „Овлашћења Народне банке Србије у спровођењу надзора над делатношћу осигурања“, *Актуелна ѡијтања савременој законодавстјива* (ур. Слободан Перовић), Удружење правника Србије и Републике Српске, Будва, 2016.
- Caspar von der Crone Hans, „Haftungs und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“, *SZW/RSDA*, Heft 1, 2006.

Ciarrocchi Sarah, *Overview of Directors' and Officers' Duties and Liabilities*, Mandel Pinder, 2015.

Cotta Philippe, Goetz Axel, Rumohr Karl von, *Corporate Governance, Board Structure and Directors' duties in 38 Jurisdictions worldwide*, Law Business Research Ltd, London, 2010.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

**Academician and Full-time Professor at the University of Belgrade
Faculty of Law**

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

LIABILITY OF COMPANY MANAGEMENT FOR PREVENTING UNLAWFUL BUSINESS OPERATIONS OF INSURANCE COMPANY

Summary

Authors open the issue of liability of the insurance company management (the supervisory and the executive board) for the prevention of unlawful and inappropriate actions and influences which are harmful for or are not in the best interest of the company and its shareholders, and which are performed by persons who are closely related to the company – in order to protect consumers of insurance services. In this context, the authors point out the main issues addressed in this work: the Insurance Law has introduced a special regime for transactions with related persons, which deviates from the general company regime stipulated by the Company Law and has contributed to an excessive level of personal liability of the board members in the sector of insurance. However, laws cannot regulate all the different situations that might be encountered in the course of business, and they do not need to. For that purpose, certain “core” principles to be followed in all management situations have been established for board members. These are related to the fact that reliability of candidates for board directors in the sector of insurance shall be verified when deciding about the license to work as a director. For that reason, a management board member can be expected to be aware of all risks that could affect the best interest of the company, to identify it rightly and to prevent unlawful business operations. What they need to do is to comply with the insurance rules of profession, to

implement an appropriate risk management strategy and to prevent all transactions contrary to the conflict of interest clause. Authors conclude that companies in the insurance sector are better protected against conflict of interest of the controlling shareholder with the company interest than companies in general company law regime.

Key words: *Members of the Board. – Liability for unlawful business operations. – Preventing of inappropriate influences and operations. – Good corporate governance.*

Датум пријема рада: 22. 1. 2020.

Датум прихватања рада: 26. 2. 2020.

UDK: 347.447.52/.54(497.11)

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др *Небојша* ЈОВАНОВИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОПШТИ ОСНОВ УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак

У овом раду писац разматра питање да ли је уговорна одговорност по Закону о облигационим односима начелно субјективна или објективна. Разлој овој разматрања је такај што су се у скорије време јавила уверења да је она објективна, насупрот старијим схватањима да је она субјективна. Након крајкој разматрања разлоја на којим се заснивају старија и новија схватања, писац закључује да је уговорна одговорност у Србији законом уређена као субјективна, заснивајући такво схватање на историјском, систематском и прагматичком тумачењу одредаба Закона о облигационим односима. То значи да сматра да је кривица штећника оштри основ на којем се заснива уговорна одговорност у Србији, ако у поједином случају посебним правилима није предвиђено неко одступање (посебан основ одговорности). Писац се не упушта у питање економске и правне полиптике о оправданости таквој законској решења.

Кључне речи: Грађанскојравна одговорност. – Уговорна одговорност. – Основ одговорности.

* Електронска адреса аутора: nebojsaj@ius.bg.ac.rs.

1 Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2020. годину.

I Увод

У Србији постоји недоумица о томе каква је правна природа уговорне одговорности, као врсте грађанскоправне одговорности. Разлог је тај што Закон о облигационим односима (даље у тексту: Закон) јасно уређује основ деликтне (вануговорне) одговорности, али не и уговорне одговорности. Јасно је да је деликтна одговорност субјективна, јер је одређено да је штетник обавезан да надокнади штету коју је проузроковао оштећенику, ако не докаже да за њу није крив. Пошто се заснива на кривици штетника, као субјективној чињеници која служи као основ (разлог) и услов њеног наступања, закључује се да је субјективна.² За разлику од тога, основ уговорне одговорности није Законом изричито уређен, те се правници споре о томе да ли је то кривица или нека објективна чињеница (нпр. повећан ризик или узрочна веза). Њиме су уређени само начин и разлог на који дужник може да се ослободи одговорности, те се на основу тога разматра да ли мора да буде крив да би био одговоран.³ Законом је одређено да се дужник „ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности које су настале после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи“ (чл. 263 ЗОО).

Разлог спорења српских правника управо је различито тумачење правила Закона којим су уређени начин и разлог на који се дужник, као штетник, може ослободити одговорности за штету коју проузрокује повериоцу, као оштећенику, неиспуњењем или лошим испуњењем обавезе у облигационом односу у којем са њим учествује у часу предузимања штетне радње (нпр. продавац не преда ствар купцу, закупац не плати закупнину закуподавцу). Ако се из цитираног правила закључи да је околност коју дужник није могао спречити, избећи или отклонити само виша сила, онда он објективно уговорно одговара за штету повериоцу. Ако се закључи да је та околност и случај, онда дужник субјективно уговорно одговара повериоцу.

2 *Найомена* – То се закључује читањем члана 154. Закона о облигационим односима – ЗОО, који гласи: „Ко другоме проузрокује штету дужан је надокнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице“. О појму кривице више вид. Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 27–30, 311–313; Димитар Поп-Георгиев, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет у Крагујевцу, 1980, 486.

3 *Ивица Јанковец, Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд, 1993, 115; Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 45.

II Појам општег основа грађанскоправне одговорности

Основ грађанскоправне одговорности је идеја (став или уверење) којом се оправдава разлог због којег правни поредак намеће једном лицу, као одговорном, обавезу да надокнади штету коју је претрпело друго лице, као оштећено.⁴ Од прихватања те идеје у позитивном праву зависи умногоне на који начин се расподељује ризик од штете између учесника у једној друштвеној средини (нпр. земљи), односно између штетника или за њих одговорних лица (нпр. родитеља за децу), с једне стране, и оштећеника, с друге стране.⁵ Оправдање мора да буде убедљиво, јер је наметање обавезе једном лицу да накнади штету коју је претрпело друго лице изузетак од општег правила да штету сноси оштећеник (*Res perit domino*, Случај шкоди оног кога згоди). Због тога је њено разматрање предмет пре свега правне политике и филозофије, па и економске политике, а не позитивно-правних наука. Док се у правној политици и филозофији настоји да се одређивањем основа грађанскоправне одговорности оствари што правичнија расподела ризика у једној друштвеној средини, дотле се у економској политици настоји да се постигне што већа уштеда како би економски токови били што ефикаснији, а пословање јефтиније.⁶

Основ одговорности може да буде општи и посебан, зависно како га уређује важеће право. Ако се законом предвиђа за све штетне случајеве кад год није изричито одређено што друго, реч је о општем основу. У супротном, реч је о посебном основу. Значи, општи основ важи у свим случајевима штете кад законом изричито није за неки случај предвиђен посебан основ, као изузетак.⁷

4 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2018, 210; Петар Кларић, *Правна основа одговорности за штету* (необјављени докторат), Загреб, 1981, 274.

5 И. Јанковец, 17–19.

6 Géorgy Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, L.G.D.J., Paris, 2005, 32–33, 52–54, 57–59; Бранко Јакаша, „Неколико погледа на темељ имовинско-правне одговорности“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, Загреб, 1977, 109–112, 129–130.

7 О непрактичности једног основа за све случајеве имовинске одговорности (деликтне и уговорне) вид. Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, Београд, 1979, 35, 36.

III Супротстављена тумачења

1. Тумачење о субјективној одговорности

Старији правници, а и домаћа судска пракса, већином тумаче да је кривица, и то претпостављена, основ уговорне одговорности, ако Законом није у поједином случају предвиђено нешто друго (нпр. објективна одговорност превозиоца за штету на роби или за смрт путника).⁸ То значи да се Законом претпоставља кривица дужника чим поверилац докаже да је претрпео штету због тога што је овај повредио своју обавезу у постојећем облигационом односу у којем се налазе. Претпоставком се пребацује на дужника терет доказивања да је штета настала без његове кривице, чиме се олакшава положај повериоца у односу на систем уговорне одговорности у коме он сноси терет доказивања дужникове кривице (одговорност по основу доказане кривице). Успе ли дужник да докаже да је штета настала услед околности настале „после закључења уговора“ са повериоцем, те да је „није могао спречити, отклонити или избећи“, ослобађа се обавезе накнаде штете, упркос томе што је повредио обавезу. Исто важи и кад је дужник, као штетник, у облигационом односу са оштећеним повериоцем, као оштећеником, који потиче из другог извора облигација који није уговор, јер се правила Закона о уговорима сходно примењују и на друге правне послове и односе (чл. 25). Да би успео да се ослободи уговорне одговорности, дужник не мора да докаже да је штета настала услед више силе, као чињенице која прекида узрочну везу између радње повреде постојеће обавезе (нпр. из уговора) и настале штете. Довољно је да докаже да је штета настала услед случаја, као чињенице која не прекида узрочну везу, већ само уклања његову

8 Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни животић*, бр. 3–4/2004, 21–23; Живомир Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет у Крагујевцу, 1980, 759; Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Савремена администрација, Београд, 1986, 290; Ј. Радишић (2018), 204; И. Јанковец, 119; Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 112, 113. Иако се залаже да уговорна одговорност буде објективна, Бранко Јакаша сматра да је њен основ у ЗОО претпостављена кривица дужника (Б. Јакаша, 129–131). Борис Визнер је изгледа збуњен у тумачењу чл. 263 ЗОО, јер су му ставови противречни. У истом делу најпре тврди да само виша сила искључује уговорну одговорност, а потом да је у ЗОО усвојен „објективно-субјективни критериј“ искључења уговорне одговорности, јер се она искључује не само доказом више силе, као објективне чињенице, већ и доказом субјективних чињеница које искључују дужникову кривицу за повреду обавезе. Најзад, он закључује да се у ЗОО ради о „уговорној одговорности за штету по критеријуму презумиране, претпостављене дужникове кривње“ (*Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, 1076–1078).

кривицу за насталу штету. Значи, накнадна околност због које дужник није или је лоше испунио своју обавезу, а коју није могао спречити, отклонити или избећи, обухвата и вишу силу и случај.⁹

Присталице тумачења о кривици, као општем основу уговорне одговорности у нашем праву, оправдавају свој став већим бројем разлога.

Прво, општа је обавеза сваког учесника облигационог односа да своје обавезе извршава оном пажњом која се у промету захтева с обзиром на врсту односа (ЗОО, чл. 18). Из тога проистиче да је непажљиво понашање у испуњавању обавеза, у ствари, скривљена радња којом се она повређује, а тиме је и основ уговорне одговорности дужника.

Друго, кад дужник својом кривицом падне у доцњу, поштрено одговара за штету повериоцу, јер одговара и за немогућност испуњења своје обавезе коју није скривио (тзв. накнадна објективна немогућност испуњења). Пошто дужник у својој доцњи одговара објективно, значи да, обрнуто, до њеног наступања одговара субјективно, односно само ако је скривљено повредио обавезу и нанео штету повериоцу (ЗОО, чл. 262 ст. 4).

Треће, одговорност за штету заснована на претпостављеној кривици је законом установљена као начело, јер се примењује у свим случајевима кад Законом није предвиђен други основ одговорности, било да је поштрава (нпр. објективна одговорност за опасне ствари) или да је ублажава (нпр. доказана кривица за повреду обавезе нечињења; ЗОО, чл. 154). То важи и деликтну и за уговорну одговорност.¹⁰

Четврто, правила о деликтној одговорности су општа у односу на правила о уговорној одговорности. Због тога се примењују на уговорну одговорност кад год Закон о њој нема посебних правила (чл. 269). Како је деликтна одговорност начелно субјективна, а Закон не уређује основ уговорне одговорности, онда је претпостављена кривица и њен основ.

Пето, по Закону, ималац опасне ствари искључује објективну одговорност „ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налази ван ствари, а чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити“ (чл. 177). Реч је о вишој сили, при чему се њене особине спољне

9 Ж. Ђорђевић, 761. Тодор Ачански, међутим, прихвата шире схватање више силе из француског права, по којем је она свака околност која искључује кривицу штетника. То значи да она обухвата и чињенице које се у праву обично сматрају случајем. Вид. Тодор Ачански, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској љрава и љрава удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), Том III, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, 732, 738.

10 И. Јанковец, 119; Д. Поп-Георгиев, 488; Б. Визнер, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књ. 2: *И Ойћи дио – Основе обвезних односа*, Загреб, 1978, 644, 645; С. Перовић, 21; Б. Јакаша, 130, 131.

околности и непредвидивости не захтевају правилом о искључењу дужникове уговорне одговорности (чл. 263). Напротив, захтева се само да је околност која је узрок штете настала после закључења уговора и да је за њега несавладава у датим околностима. То значи да може да буде и околност у оквиру његовог понашања (унутрашња околност), што је особина случаја.¹¹

Најзад, шесто, Законом је дужнику ограничена уговорна одговорност само на предвидиву штету. То значи да је он, кад је уговорно одговоран, дужан да повериоцу надокнади само штету коју је морао да предвиди у часу настанка обавезе (нпр. закључења уговора), као могућу последицу њене повреде. За остатак штете преко тога (непредвидива штета) не одговара, јер ризик за њу у уговорној одговорности сноси поверилац. Ипак, ако је дужник тешком кривицом, као што је намера или груба непажња, повредио обавезу и тиме проузроковао штету повериоцу, дужан је да је надокнади у целости, а то значи и непредвидиву штету. Из тога се закључује да је уговорна одговорност за предвидиву штету, такође, субјективна, јер се заснива на обичној, а понекад и на лакој непажњи дужника.¹²

2. Тумачење о објективној одговорности

У скорије време се у Србији појавило тумачење да је уговорна одговорност по Закону објективна, односно да се не заснива на кривици дужника за штету коју је повериоцу нанео неиспуњењем или рђавим (нпр. задоцнелим) испуњењем постојеће обавезе.¹³ Неке присталице овог тумачења сужавају објективизацију уговорне одговорности на уговоре у привреди, који у себи садрже обавезе циља. Тиме признају да је у општем грађанском праву уговорна одговорност заснована на претпостављеној кривици, као и да је на њој заснована и у уговорима у привреди који садрже обавезу средства (труда, настојања; нпр. трговинско заступање или комисион).¹⁴ По овом тумачењу, да би дужник био одговоран довољно је да поверилац докаже да је штету претрпео због тога што му потраживање није уопште намирено или је лоше намирено. Дужник нема право да се ослободи обавезе накнаде штете доказом да није крив, јер је једини законски разлог њеног искључења виша сила, за

11 И. Јанковец, 119, 120. О филозофско-правном оправдању субјективне одговорности за штету вид. Б. Јакаша, 129, 130; Ј. Радишић (1979), 36–40.

12 М. Караникић Мирић (2013), 46, 47.

13 М. Караникић (2013), 45, 59–61; Милена Ђорђевић, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Хармониус*, Београд, 2015, 42–44.

14 М. Ђорђевић, 42.

чије доказивање по Закону дужник сноси терет. Отуда је основ његове одговорности узрочна веза између радње повреде обавезе и настале штете или повећан ризик од штете у испуњавању постојеће обавезе.¹⁵

Присталице објективног тумачења свој став оправдавају већим бројем разлога.

Прво, у Закону се нигде не спомиње изричито да је кривица основ уговорне одговорности. Напротив, кривица се само изузетно спомиње у два случаја. Најпре се одређује да дужник у доцњи одговара и за нескривљену штету, а потом да он одговара и за непредвиђену штету ако је тешком кривицом повредио своју обавезу према повериоцу (преваром, намером или грубом непажњом; чл. 262 и 266). Реч је о случајевима субјективне, и то поштрене, уговорне одговорности у односу на редовне случајеве, наметнуте дужнику због врло лошег скривљеног понашања. У редовним случајевима, напротив, дужник одговара и кад није крив, јер је довољна објективна чињеница да је повредио своју обавезу и тиме изазвао штету повериоцу.¹⁶

Друго, по мишљењу присталица објективне уговорне одговорности, присталице њене субјективне природе су противречне, јер мешају накнадну нескривљену немогућност испуњења обавезе са разлогом искључења уговорне одговорности. Објективна (нескривљена) немогућност испуњења обавезе је разлог престанка обавезе (чл. 354), а не разлог ослобођења дужника од одговорности за штету (чл. 263). Због повреде дужникове обавезе, међутим, не престаје облигациони однос са повериоцем, већ се мења његова садржина у смислу да се његова првобитна обавеза претвара у обавезу накнаде штете због неиспуњења, или уз њу настаје обавеза накнаде штете због лошег испуњења. Отуда само виша сила, као узрок повреде обавезе дужника, искључује његову одговорност за штету повериоцу.¹⁷

Треће, уговорна одговорност је у Закону објективизована и поштрена у више случајева. Тако, терет доказа ослобађајућих разлога је на дужнику; ти разлози морају да буду објективне чињенице, које спречавају дужника да ваљано испуни своју обавезу; дужникова уговорна одговорност је додатно поштрена чињеницом да одговара и за случајну (нескривљену) штету кад западне у доцњу у испуњењу обавезе; одговорност дужника за манљиво испуњење обавезе је објективна;

15 О филозофско-правном оправдању објективне одговорности вид. Б. Јакаша, 133; Ј. Радишић (1979), 40–46.

16 М. Караникић Мирић (2013), 45, 47, 55 и 61. О супротном тумачењу ст. 4 и 5 чл. 262 о поштреној одговорности за немогућност испуњења током дужничке доцње вид. Ж. Ђорђевић, 759.

17 М. Караникић Мирић (2013), 61.

објективна је и одговорност за испуњење обавезе чији су предмет ствари одређене по роду; дужник новчане обавезе дугује затезну камату и кад падне у доцњу без своје кривице; најзад, у многим именованим уговорима дужникова уговорна одговорност је објективна (нпр. одговорност превозиоца, складиштара или угоститеља).¹⁸

Четврто, прихватањем става о објективној природи уговорне одговорности у Закону изједначава се српско право у овом питању са правилима Бечке конвенције о уговору о међународној продаји робе. Већинско је тумачење да ова конвенција успоставља објективну уговорну одговорност за штету коју један уговорник (продавац или купац) проузрокује повредом своје обавезе другом уговорнику.¹⁹

IV Страна права

Страна права су подељена између објективног и субјективног схватања општег основа уговорне одговорности.

У Француској је уговорна одговорност по закону објективна, јер је дужник обавезан да накнади штету повериоцу ако не докаже да обавезу није испунио или да је закаснио у њеном испуњењу због више силе. Тамо се, међутим, виша сила дуго схватала широко, у смислу да обухвата сваку околност која искључује кривицу дужника (штетника). То значи да њен појам обухвата и случај, што значи да се дужник ослобађа и кад докаже да је штету проузроковао повериоцу случајном повредом своје постојеће обавезе. На тај начин се законом предвиђена објективна природа уговорне одговорности у пракси сводила на субјективну одговорност која се заснива на претпостављеној кривици дужника, с тим што он сноси терет доказивања узрока штете и да за њега није крив. Након измена Грађанског законика у 2016. години заузео се став, и у пракси, и у науци, да је уговорна одговорност дужника објективна. Он је може искључити доказом да је повредио обавезу и штету нанео услед више силе, радње трећег лица са особинама више силе или радње (кривице) оштећеника. То, међутим, важи само за штету услед повреде обавезе циља, док је одговорност за штету због повреде обавезе средства и даље субјективна, при чему поверилац сноси терет доказивања дужникове кривице.²⁰

18 М. Ђорђевић, 43–44.

19 Yeşim M. Atamer, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary*, Ed. 2 (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. P. Viscalsillas), C. H. Beck, München, 2018, 1041; М. Ђорђевић, 33.

20 Француски грађански законик из 1804. године са изменама из 2016. године, чл. 1231, доступно на адреси: https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/

Енглеско право, такође, одређује да је уговорна одговорност објективна, јер се не захтева да дужник буде крив за повреду обавезе и штету коју је тиме узроковао повериоцу (*strict liability*). Она се, ипак, ублажава у неколико случајева у којим се заснива на претпостављеној кривици дужника. Они су: 1) кад је дужнику онемогућено или битно отежано испуњење обавезе наступањем промењених околности за које није крив; 2) кад дужник у уговору има обавезу средства, а не циља; и 3) кад је уговор закључен под условом, а услов се не оствари без кривице дужника.²¹

Немачко право заснива уговорну одговорност дужника на његовој кривици, с тим што се она законом претпоставља. Кривицом се сматра намера и непажња, осим ако је у појединим случајевима предвиђено одступање у смислу поштравања или ублажавања дужникове одговорности.²²

Швајцарско право одређује да је уговорна одговорност субјективна. Оно обавезује дужника да повериоцу накнади штету коју претрпи због тога што није испунио своју обавезу или што је није испунио онако како је захтевано, осим ако докаже да није крив.²³

#head_35, 14. 11. 2019; Т. Ачански, 32. У француској правној науци се до измена Грађанског законика у 2016. години сматрало да је скривљено неиспуњење обавезе (*inexécution fautive*) услов да дужник буде обавезан да повериоцу надокнади проузроковану штету. Он је сносио терет доказивања узрока штете, било да ју је узроковала виша сила (*force majeure*) или случај (*cas fortuit*). Након тих измена, и француска наука сматра да је дужникова одговорност објективна, те је не може искључити доказом случаја, као њеног узрока. Он је може искључити само доказом да је штета настала вишом силом, радњом трећег лица са особинама више силе или радњом оштећеника. Вид. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, Paris, 2018, 809–817, 907–910.

21 Treitel Guenter, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 314, 315.

Напомена – И у Француској, где је такође прописана објективна уговорна одговорност, дужник обавезе средства за штету услед њене повреде одговара субјективно, односно по основу кривице, с тим што поверилац сноси терет њеног доказивања (F. Terre et al., 906, 907). Неки правници, међутим, сматрају да се дужникова одговорност за повреду обавезе средства заснива на његовој претпостављеној кривици (Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 1969, 130–141).

22 Немачки грађански законик из 1900. године са изменама из 2013. године, пар. 276 и 285; доступно на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, 23. 8. 2019, 14. 11. 2019. Вид. И. Јанковец, 96.

23 Швајцарски законик о облигацијама из 1911. године са изменама из 2017. године, чл. 97; доступно на адреси: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>, 23. 8. 2019. Вид. Luc Thévenoz, *Code des obligations I: Commentaire Roman* (ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2006, 559, 565; И. Јанковец, 96.

Руско право одређује да је уговорна одговорност дужника у начелу субјективна, јер се заснива на претпостављеној кривици. У трговинским односима, међутим, она је објективна, јер је се дужник може ослободити само ако докаже да је настала услед више силе.²⁴

V Побијање тумачења о објективној одговорности

1. Методи тумачења ради побијања

Тумачење да је уговорна одговорност у Закону уређена као објективна може се преиспитати и оспорити применом закона правне логике. У том циљу могу да се примене три метода тумачења одредаба Закона, који се односе на општи основ уговорне одговорности. То су историјски, систематски и језички метод.

2. Историјско тумачење

Историјским методом се уочава да је у Закону прихваћено друкчије правило о ослобођењу дужника од уговорне одговорности у односу на оно из Скице за Законик о облигацијама и уговорима, која је послужила као основ за његово доношење (даље у тексту: Скица). Наиме, Скицом је Михајло Константиновић, као њен писац, одредио да је уговорна одговорност објективна, јер је виша сила одређена као једини разлог њеног искључења. Њено правило у чл. 208, под насловом „Ослобођење дужника од одговорности“, гласи: „Дужник се ослобађа обавезе да накнади штету ако докаже да је био спречен да испуни своју обавезу неким случајем више силе, или којим другим страним узроком за који не одговара“.²⁵ За разлику од тога, Законом се у одредби члана 263, под истим насловом одређује на шири начин ослобађајући разлог. Он је шири, јер обухвата не само вишу силу, већ и друге околности које настану након закључења уговора, а које дужник није могао спречити, отклонити или избећи. Пошто је битна особина више силе да је спољна (страна) чињеница у односу на понашање дужника, као штетника, а цитираним правилом Закона се она нигде не спомиње, значи да дужник може да се ослободи и доказом да је штета настала услед унутрашње околности, као што је случај. Случај је „унутрашња“ околност, јер наступа у оквиру понашања односно делатности штетника упркос томе што је пажљиво

24 Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности у руском праву“, Зборник радова *Увод у право Русије*, Институт за упоредно право, Београд, 2017, 317, 318.

25 Михаило Константиновић, *Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, 1969, чл. 208 на стр. 72.

поступао (нпр. квар машине у фабрици произвођача, као продавца, због чије оправке је задоцнио са испоруком робе купцу). Значи, да би се дужник, као штетник, ослободио одговорности по основу случаја, услов је да за околност у свом понашању није крив односно да је у датим околностима поступао пажњом која се од њега захтевала, те да упркос томе није успео да је савлада. Да је законодавац „хтео“ да уговорна одговорност буде објективна, свакако би у Закону задржао правило из Скице, одређујући да ослобађајући разлог мора да буде „страни узрок“. Пошто то није учинио, закључује се да је „хтео“ да она буде субјективна. Тиме се Закон ускладио са владајућим ставом у овом питању у континентално-европским правним системима, одступивши од енглеског уговорног права, под чијим је утицајем био Михаило Константиновић у писању Скице у неким њеним деловима.²⁶

3. Систематско тумачење

Систематско тумачење се састоји у упоређивању и повезивању разних правила Закона, којим се уређује питање одговорности за штету, као и друга повезана питања. Његовом применом се долази до закључка да би законска правила о посебним основима пооштрене уговорне одговорности дужника изгубила смисао (нпр. у дужничкој доцњи, за мане испуњења обавезе или у појединим именованим уговорима), ако би се прихватило да је њен општи основ нека објективна чињеница (нпр. узрочна веза повреде обавезе са штетом). Она би изгубила смисао, јер у Закону не би била потребна. Она не би била потребна, јер би било бесмислено да се понавља да је уговорна одговорност дужника у сваком поједином случају објективна, кад се то иначе подразумева на основу општег правила о њеном основу. У Закону је, међутим, баш то случај. Због тога треба да се размотри да ли је разлог за то неумешност законписца, или је реч о различитим посебним основима уговорне одговорности у односу на њен општи основ. Има више случајева у којим се Законом пооштрава или ублажава општи правни основ уговорне одговорности, чиме се успостављају њени посебни основи.

Прво, дужник који падне у *доцњу* у испуњењу обавезе због разлога за које одговара (нпр. крив је или сноси ризик), па током ње наступи немогућност њеног испуњења, дужан је да повериоцу надокнади штету коју услед немогућности претрпи, и у случају кад је није скривио (чл. 262). Ако дужник одговара за немогућност испуњења током дужнич-

26 *Објашњење* – Утицај енглеског уговорног права на Михаила Константиновића у писању Скице се уочава у више случајева. Пример је правило о објективној уговорној одговорности у Скици (чл. 208), као и о разумном року за предају ствари у уговору о продаји (чл. 399).

ке доцње и кад је није скривио, несумњиво је да је његова одговорност објективна. Ако је и до падања у доцњу била објективна, онда се њен основ ни у чему не мења падањем у доцњу, те не би било потребе да се Законом посебно наглашава да након њеног наступања дужник одговара и кад није крив, односно да одговара објективно (нпр. и за случајну штету).

Друго, одговорност дужника за *мане испуњења* обавезе, било да су оне физичке или правне, јесте објективна, јер тада одговара и кад за њих није знао. Ако је за њих знао или морао да зна (несавесност дужника), онда одговара поштрено, чиме се санкционише за своју несавесност. То значи да одговара за мане испуњења и кад није крив, па и кад поверилац није претрпео штету у осталој имовини ван предмета испуњења (тзв. даљња или посредна штета). Ако је поверилац претрпео штету услед мана испуњења на предмету испуњења (нпр. купцу власник одузме ствар, или му она пропадне због своје физичке мане), онда несавесни дужник одговара, за цео износ штете, а не само до њене предвидиве висине. Дужник тада поштрено одговара не само за штету на ствари са маном, већ и за даљњу штету, јер његова несавесност указује на намеру или крајњу непажњу. За теже облике кривице дужник неограничено одговара, а то значи и за непредвидиву даљњу штету.²⁷ Несавесни дужник одговара и кад поверилац, као оштећеник, није благовремено проверио испуњење (нпр. купац није прегледао ствар коју му је продавац предао) или му није приговорио ману испуњења, укључујући и случај кад се она појавила после истека рока до којег за њу сноси ризик (нпр. после шест месеци од предаје ствари продавца купцу; чл. 121, 266, 478, 485, 486, 508, 510, 513). Најзад, дужник који је уговорним углавком искључио или ограничио своју одговорност за мане испуњења, нема право да се на њега позива, ако је у часу испуњења обавезе знао за ману (нпр. предаје ствари купцу), а није је саопштио повериоцу. Разлог је тај што је такав углавком ништав због његове несавесности, те он остаје поштрено одговоран. Из ових правила се закључује да је одговорност дужника за мане испуњења објективна. Да је по општем правилу одговорност објективна, не би било потребе да се она поштрава због његове несавесности у наведеним случајевима. Она се поштрава баш због тога што је иначе уговорна одговорност субјективна, те се њеним поштрењем дужнику онемогућава или отежава да се доказом непостојања своје кривице ослободи обавезе накнаде штете (нпр. продавац је само препродавац који је купцу само несвесно „проследио“ ствар са маном коју је купио од другог лица).

27 Дужник иначе одговара за даљњу штету по општим правилима деликтне одговорности, макар да ју је изазвала мана ствари. То значи да одговара само ако је за њу крив, при чему му се кривица законом претпоставља. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 108, 109.

Правило о поштреној, односно објективној одговорности дужника за мане испуњења јесте опште (чл. 121), с тим што је детаљно Законом уређена одговорност за физичке и правне мане ствари продавца према купцу.²⁸ Правила о њој сходно важе и за мане испуњења сличних обавеза у другим именованим уговорима, као што је одговорност закуподавца за мане закупљене ствари дате закупцу (чл. 573–575 и 580), одговорност посленика за мане ствари коју је наручиоцу израдио од свог материјала (чл. 601, 602), те за мане посла који је обавио за наручиоца (чл. 615), као и одговорност грађевинара за мане грађевине, земљишта и пројекта према наручиоцу (чл. 641, 644 и 646).²⁹

Треће, у уговору о превозу Законом се одређује више посебних основа одговорности, различитих од општег основа.³⁰ Најпре, превозиочева одговорност је објективна за штету услед губитка, оштећења и закашњења ствари, као и за смрт, болест и повреду путника, које наступе током превоза. Она је објективна, јер се Законом исцрпно набрајају узроци штете чијим доказом се превозилац ослобађа од одговорности. Он нема право да искључи уговорну одговорност доказом да је штета настала услед ненабројаног узрока, макар да за њега није крив. Отуда мора да сноси ризик штете услед наступања ненабројаног узрока, те је дужан да је надокнади кориснику. У превозу ствари их има три, а то су: 1) радња корисника превоза, као оштећеника; 2) својства изгубљене или оштећене ствари (нпр. њене мане, претерана природна осетљивост на превоз); и 3) страни узрок који се није могао предвидети, отклонити или избећи (у ствари, виша сила; чл. 671, 675). У превозу путника има два ослобађајућа разлога за штету услед његове смрти, болести или повреде, а то су: 1) радња путника, као оштећеника (у ствари, његова кривица); и 2) страни узрок који се није могао предвидети, избећи или отклонити (тј. виша сила; чл. 684). За штету коју путник претрпи закашњењем у превозу превозилац одговара поштрено субјективно, јер може да обори претпоставку своје кривице ако докаже да је закашњење изазвано узроком који се није могао отклонити пажњом доброг стручњака (чл. 683). Из законског набрајања ослобађајућих разлога закључује се да је законодавац наметнуо превозиоцу посебне основе одговорности за штету у односу на општи основ, којег дужник може да уклони доказом да је штету изазвала било која накнадна околност коју није могао да савлада, а не само набројана околност. Да Законом нису набројани по-

28 И. Јанковец, 150–152.

29 Слично И. Јанковец, 155–157.

30 *Найомена* – У раду се не разматрају правила посебних закона у појединим грама саобраћаја, којим се детаљније, али често и различито од ЗОО-а уређује одговорност гранских превозилаца, јер би се тиме изашло ван оквира систематског тумачења и „унутрашње“ логике ЗОО-а.

себни разлози ослобођења превозиоца од одговорности, важио би општи основ и општи начин његовог искључења (чл. 154 и 263).

Четврто, оставопримац одговара у начелу субјективно за пропаст или оштећење оставодавчеве ствари, јер Закон не предвиђа посебан основ за њу, те му се кривица претпоставља по основу правила о општем основу. Ипак, ако оставопримац без нужде или сагласности оставодавца промени њено место или уговорени начин чувања, ако је употребљава или преда другом на чување, одговара и кад је пропала или оштећена услед случаја (чл. 714–717). Значи, у набројаним случајевима тешких повреда своје обавезе чувања поверене ствари, оставопримац одговара објективно, јер може да се ослободи своје одговорности само ако докаже вишу силу или да је ствар пропала услед радње оставодавца (тј. кривицом оштећеника; нпр. није оставопримцу саопштио посебна својства ствари). Прописивање строже одговорности оставопримца због тешке повреде обавезе чувања ствари не би имало смисла да је она објективна по општим правилима Закона.

Посебна врста оставе је угоститељска остава. Угоститељ је дужан да сачува ствари које је гост донео са собом и унео у собе у којим је смештен. Ако оне нестану, пропадну или се оштете, одговара оштећеном госту за штету, осим ако докаже да се то десило услед околности које се нису могле избећи или отклонити (у ствари – виша сила), узрока у самој ствари, понашања госта или лица које је гост довео или су му дошла у посету (чл. 724). Због набрајања разлога искључења одговорности угоститеља, закључује се да је она објективна, јер не може да се ослободи доказом да није крив, он лично или његово особље. Исто правило важи и у случају оставе ствари које болесници донесу у болнице током свог лечења, кола које возачи оставе у јавним гаражама, путници у железничким колима за спавање или гости у организованим камповима (чл. 729).³¹

Најзад, пето, складиштар одговара за штету на роби коју је примио на чување увек, осим ако докаже да је она „проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, маном или природним својствима робе, као и неисправном амбалажом“ (чл. 731). Иако се у цитираном правилу Закона не спомиње страни, непредвидив и несавладив узрок, како се иначе у њему дефинише виша сила, треба закључити да је реч о објективној одговорности складиштара, те да му не треба опростити случајну ште-

31 *Найомена* – Нажалост, домаћа судска пракса је заузела став да јавне гараже одговарају по основу претпостављене кривице за нестанак возила које корисници оставе у њима, чиме очигледно повређује јасно правило ЗОО-а у чл. 729. Вид. Светислав Јанковић, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и њивреда*, бр. 10–12/2011, 198–200.

ту. Разлог је тај што је он професионалац (трговац, привредни субјект), да мора да буде стручан за чување робе у складишту и да ради за накнаду. Због тога треба да одговара строже од обичног грађанскоправног оставопримца, као „аматера“, који одговара субјективно. Осим тога, Законом се исцрпно набрајају разлози искључења одговорности складиштара, за разлику од уговора о остави где се на општи начин не уређује начин на који је оставопримац може искључити. Због тога се закључује да за оставопримчеву уговорну одговорност важи општи основ, односно претпостављена кривица, а да би за складиштарову требало да важи строжи – објективан основ.³² Зашто онда у Закону није одређено да ослобађајући разлог за складиштара мора да буде „страни узрок“, како се иначе у њему дефинише виша сила? Чини се да је овде реч о омашци у писању Закона, те да треба заузети став да он одговара и за случајну штету на роби у складишту, а не само за скривљену штету.³³

Из свега реченог о систематском тумачењу закључује се да разлог уређивања посебних основа одговорности у Закону, било да су строжи или блажи од општег основа, није неумешност законописца. Отуда, он

32 О ставу да је одговорност складиштара за штету на роби субјективна вид. Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 210.

33 На закључак да је одговорност складишта по ЗОО-у објективна упућује и историјско тумачење законских правила о његовој одговорности у Србији. Наиме, Законом о јавним складиштима Краљевине Југославије из 1930. год. (*Службене новине*, бр. 200/1930) било је одређено да јавно складиште одговара за штету субјективно, при чему се његова кривица претпоставља. Наиме, његово правило у овом питању гласи да јавно складиште „одговара за сву штету која настане услед тога што у складиштом пословању није поступало *марљивошћу уредној трговца*“ (пар. 22). Осим тога, истим параграфом је одређено: „Доказивање да је предузеће поступило као уредан трговац пада на његов терет“. Помињање марљивости уредног трговца свакако упућује на то да се захтевала складиштарова кривица за повреду обавезе чувања робе, а тиме и за његову одговорност за штету. Осим тога, јавна складишта су била обавезна да сву робу коју чувају осигурају од пожара у корист оставодавца (пар. 28). Ако би роба изгорела, осигурач би морао уместо складишта да исплати накнаду штете оштећеном оставодавцу. У одредби ЗОО-а о одговорности складиштара нема помена о „марљивости“ (пажњи) коју мора да улажу у чување робе у складишту, нити о обавези да је осигура. Писци ЗОО-а су свакако знали за законска правила из доба Краљевине, те су могли да их само преузму, да су хтели да задрже субјективну одговорност складиштара. Из тога се закључује да се складиштару ЗОО-ом наметнула објективна одговорност за штету на роби у складишту, због чега није било ни потребе да му се законом намеће и обавеза да је осигура у корист оставодавца. Исти закључак би требало извести и за одговорност угоститеља за штету на стварима које је донео у собу у коју је смештен.

Има мишљења да правила Закона о јавним складиштима наше Краљевине још важе на основу Закона о неважности правних прописа из 1946. године, ако нису у супротности са важећим прописима (вид. Вук Радовић, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, 77). Правило о одговорности јавног складишта свакако више не важи, јер се коси у истом питању са ЗОО-ом.

није непотребно понављао у бројним случајевима правила о општем основу уговорне одговорности, што би могло да се закључи ако би се прихватило тумачење о објективној уговорној одговорности. Реч је о смишљеном писању Закона, како би се јасно одредило да се одговорност дужника у посебним ситуацијама или у појединим врстама именованих уговора заснива на правном основу који је различит од општег.

4. Језичко (граматичко) тумачење

а) Терет доказа и ризик за неизнај узрок штеће

Присталице објективног схватања уговорне одговорности могу да приговоре да је схватање о њеној начелно субјективној природи заснованој на претпостављеној кривици нелогично, јер је исти основ и деликтне одговорности (чл. 154). Разлог нелогичности је чињеница да се Законом посебно уређује начин искључења само уговорне одговорности, а не и деликтне. Зашто је тако учињено, ако не из разлога што је уговорна одговорност, у ствари, објективна, те је било нужно да се Законом посебно уреди разлог њеног искључења? Насупрот томе, деликтна одговорност је начелно субјективна, осим кад је Законом одређена као објективна (нпр. за опасне ствари или одговорност за другог). У случајевима кад је деликтна одговорност одређена као објективна, онда се Законом уређује начин њеног искључења (нпр. набрајањем разлога искључења; чл. 165, 165, 167 и 177), као што се то чини и код уговорне одговорности.

Чини се да ова тврдња ипак није довољно чврсто утемељена у правилима Закона, односно да уговорна одговорност начелно није објективна, већ субјективна, као што је то начелно и деликтна одговорност. Разлика од деликтне одговорности, међутим, лежи у различитом терету доказивања ради обарања претпоставке кривице штетника, а самим тим и различитом начину искључења одговорности. Та различитост се утврђује методом језичког тумачења одредбе Закона којом се уређује општи (начелан) основ деликтне одговорности (чл. 154) и одредбе којом се уређује начин ослобођења дужника од уговорне одговорности, а тиме и њен основ (чл. 263).

Штетник се може начелно ослободити деликтне одговорности на два начина. Први је да докаже околност која је узрок штете и да за њу није крив, јер је она наступила упркос томе што је уложио пажњу која се од њега захтевала у датим околностима (нпр. доброг домаћина, привредника или стручњака). Други начин штетник може да примени кад није у стању да докаже околност која је узрок штете, али је у стању

да докаже да је у датим околностима поступао пажњом која се од њега захтевала. Иако тада узрок штете остаје непознат (недоказан), штетник обара претпоставку своје кривице, чиме искључује субјективну деликтну одговорност. На тај начин може да је искључи, јер му се Законом не захтева да докаже узрок штете да би остварио тај циљ. Захтева му се само да на било који начин докаже да није крив („...дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице“), а то може и само доказом да је пажљиво поступао у датим околностима. Тиме пребацује терет доказивања своје кривице на оштећеника. Овај тада може да докаже узрок штете и да га је штетник скривио, или да га не докаже, али да докаже пропуст у пажњи штетника (нпр. да продавац није имао чувара у свом магацину, те је нестала роба за купца). Значи, у законском режиму деликтне одговорности ризик за штету услед непознатог узрока сноси оштећеник, као поверилац.

За разлику од штетника, као дужника накнаде штете у деликтној одговорности, дужник у уговорној одговорности може по Закону да је се ослободи само на један начин, због чега му је тежи доказни терет. Наиме, да би се ослободио уговорне одговорности није довољно да докаже да је уложио пажњу која се од њега захтевала у датим околностима, без доказа узрока штете, као што то може штетник у деликтној одговорности. Напротив, он мора да докаже околност која је узрок штете и да је није скривио, јер је испуњавао обавезу ваљаном пажњом. Он то мора, јер му Закон захтева да „докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због *околности* насталих *после* закључења уговора које *није могао спречити, отклонити или избећи*“ (чл. 263). Значи, дужник у законском режиму уговорне одговорности не може да је искључи, а да не докаже узрок штете и да за њега није крив. Отуда он, а не оштећеник, сноси ризик за непознат узрок штете, због чега сноси већи ризик и доказни терет него штетник у деликтној одговорности.

б) Виша сила или/и случај

Остаје још да се протумачи да ли је накнадна и за дужника несавадана околност, коју мора да докаже да би се ослободио уговорне одговорности, искључиво виша сила, како то тврде присталице објективног тумачења, или може да буде и случај, како то тврде присталице субјективног тумачења. Одговор на ово питање даје језичко и систематско тумачење одредаба Закона које се тичу искључења одговорности. Иако Закон не садржи израз „виша сила“, у српској науци је углавном прихваћено да се она у њему одређује као *сиољна* околност коју штетник није могао спречити, избећи или отклонити. Значи, њено

порекло мора да је ван штетника и његовог понашања, те да буде не-савладива. На пример, ималац опасне ствари се ослобађа деликтне одговорности за штету која је настала у вези са њом, ако докаже да она „... потиче од неког узрока који се налазио *ван ствари*, а чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити“ (чл. 177). Такође, превозилац се ослобађа уговорне одговорности за губитак или оштећење пошиљке, ако докаже да је оно проузроковано „...страним узроцима који се нису могли предвидети, ни избећи или отклонити“ (чл. 671). Како се у законском правилу о начину ослобођења дужника од уговорне одговорности не захтева да узрок повреде његове обавезе буде не-савладива спољна околност или страни узрок, значи да може да буде и унутрашњи. То је она околност која је наступила у понашању дужника, а коју није могао да предвиди, избегне или отклони (чл. 263). Порекло узрока штете је кључно мерило за разликовање више силе од случаја.³⁴ Због тога би требало да се прихвати да је и случај разлог ослобођења дужника од уговорне одговорности, а не само виша сила. Ако је и случај разлог ослобођења од уговорне одговорности, онда је њен општи основ кривица дужника, а не нека објективна чињеница, као што је узрочна веза, повећан ризик дужниковог понашања у испуњењу обавезе (нпр. превоз или грађење) или добит коју остварује испуњавањем обавеза у својој делатности. Због тога су старији правници нејасно објашњавали да је код нас прихваћен објективно-субјективан критеријум искључења уговорне одговорности дужника, вероватно мислећи на вишу силу, као објективну чињеницу, и на случај, као субјективну чињеницу.³⁵

VI Замишљени штетни догађаји

Да би се појаснила тврдња да је претпостављена кривица дужника општи основ уговорне одговорности у српском праву, замислиће се два штетна догађаја у испуњењу уговора о купопродаји и размотрити која уговорна страна сноси ризик за штету.

Први догађај: Произвођач уговори да прода уникатну машину, како би је купац употребљавао у производњи своје робе. Он произведе машину и утовари је на камион превозиоца, како би је благовремено испоручио купцу, јер је уговорена испорука у купчевом седишту. Током превоза се деси саобраћајна несрећа услед квара камиона, те се машина оштети (нпр. пукне гума услед удара у рупу на путу, те се камион преврне).

34 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1987, 165, 166, 168–171, 173–176; Т. Ачански, 730, 732; И. Јанковец, 100, 124–126; Ј. Радишић (2018), 258–260.

35 Ж. Ђорђевић, 762; И. Јанковец, 121, 122.

Продавац у накнадном року, који му је оставио купац, поправи машину и испоручи је купцу. Упркос томе купац претрпи стварну штету, јер је морао да плаћа уговорне казне због доцње у испоруци робе коју је требало машином да произведе за своје купце, са којима је од раније уговорио продају. Осим тога, претрпи и измаклу корист, јер није могао да зарађује због одлагања почетка своје производње. Због тога захтева накнаду штете од произвођача, као продавца. Ако би се прихватило да је одговорност продавца у Закону објективна, био би дужан да купцу у овом случају надокнади штету, јер саобраћајна несрећа није виша сила кад је изазвана кваром возила. Ако би се прихватило да је основ уговорне одговорности произвођача, као дужника, његова претпостављена кривица, лако би је искључио, јер би доказао да је штета настала случајно (нпр. увидом у записник полиције са увиђаја). Његова обавеза предаје исправне машине из уговора о продаји у овом догађају не престаје услед наступања случаја, али није дужан да купцу надокнади штету.

Дрући догађај: Нека чињенично стање буде исто као у претходно описаном догађају, с тим да је машина оштећена услед пожара у складишту продавца, који је узрокован варничењем електричних водова. Зависно од узрока варничења, постоје четири могућности за одговорност продавца. Прво, могуће је да се утврди да су варничење изазвале веверице или пацови који су се попели на кров складишта и изгризли каблове за струју, услед чега је избио пожар. Продавац тада одговара за штету купцу, јер је крив што није ваљано заштитио каблове за струју у свом складишту. Друго, могуће је да се утврди да је варничење изазвао продавац струје, јер је испоручио струју превисоког напона, што изолација каблова није могла да издржи, те је настао пожар. Реч је о кривици трећег лица, што је случај за уговорнике у уговору о продаји машине, те продавац не би требало да одговара за штету купцу. Треће, могуће је да узрок варничења није утврђен, у ком случају продавац одговара, јер није у стању да докаже узрок штете и да за њега није крив. Он сноси ризик штете од непознатог узрока. Најзад, четврто, могуће је да се утврди да је варничење настало услед удара грома у складиште, упркос томе што је имало прописне громобране. Реч је о вишој сили, за коју продавац не одговара. Да није имао на складишту громобране, одговарао би за штету, јер би био крив.

VII Уговорна одговорност по Бечкој конвенцији

Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године уређује начин на који уговорник може да се ослободи уговорне одговорности за штету коју нанесе саговорнику неиспуњењем

обавезе. Њом се одређује: „Ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице“ (чл. 79).³⁶ Већина правника тврди да је реч о објективној одговорности, а усамљена су мишљења да је она субјективна, те да се заснива на претпостављеној кривици.³⁷

Већинско тумачење је вероватно оправданије од мањинског. Оно се заснива на томе да само виша сила и радња саговорника, као оштећеника, ослобађа дужника од одговорности. Разлог је тај што се Конвенцијом захтева да дужник докаже да је штету узроковала *сметња ван његове контроле*, да је било неразумно да се од њега очекује да је предвиди у време закључења уговора, као и да је савлада у часу њеног наступања или да отклони последице (тј. штету) након њеног наступања. Тврди се да се на тај начин Конвенцијом дефинише виша сила, те да се у процесу њеног писања инсистирало да се дужнику ускрати могућност да се ослободи доказом да није крив. Најзад, Конвенцијом се налаже њено једнообразно тумачење, што значи да се у питању уговорне одговорности мора прихватити већински став о њеној природи.

Несумњиво да је одговорност купца за штету продавцу услед неплаћања цене објективна по Конвенцији, јер је реч о новчаној обавези, за чије се испуњење и у српском праву одговара објективно. Неспорно је да и продавац по Конвенцији одговара објективно кад је предмет обавезе испоруке роба одређена по роду, јер је начело да род никад не пропада. Ако продавац нема више робе одређеног рода, мора да је набави од другог лица, како би је испоручио купцу.³⁸ Кад је, међутим, предмет продавчеве обавезе јединствена ствар, која је незамењива, утицај је да одредба Бечке конвенције о начину искључења одговорности за повреду уговорне обавезе није јасна. Због тога може да се тумачи и да је околност ван контроле дужника, која му је била разумно непредвидива и несавладива, у ствари, случај, а не виша сила. Отуда би могло да се сматра да је она субјективна, те да се заснива на претпостављеној кривици дужника, бар са становишта националних права у којим случај искључује уговорну одговорност. Такво тумачење је могуће из два разлога.

Први је тај што израз „сметња ван контроле“ дужника не мора да се тумачи у складу са већинским мишљењем, а то је да је она спољна окол-

36 Закон о ратификацији Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84.

37 У. Ататер, 1041, 1042; И. Јанковец, 113; М. Ђорђевић, 33–35, 37, 38.

38 И. Јанковец, 181 и 186.

ност, те да наступа ван његовог понашања односно делатности којом се бави. Отуда израз „ван контроле“ може да се схвати да околност може да се деси и у оквиру његове делатности, али да није у датој ситуацији могао да је исконтролише, јер му је била изненадна и неочекивана. Да ју је предвидео, савладао би је, те штету не би нанео. То су битне особине случаја, а не више силе, коју дужник не може да савлада и кад је предвиди (нпр. олуја се може предвидети, али не и савладати). Други разлог се тиче предвидивости и савладивости узрока неиспуњења обавезе продавца. Конвенцијом се захтева да је сметња разумно непредвидива само за дужника, те да је само за њега несавладива. Чим се помиње „разумна“ предвидивост, свакако се мисли на пажњу коју дужник у датим околностима мора да улаже у испуњење обавезе. Ако се захтева пажња, онда се тиме указује и на кривицу. Најзад, није потребно да је узрок штете несавладив за било које лице у датој ситуацији, што је особина више силе, већ само за конкретног дужника, што је особина случаја.

Мирослав Крлежа у драми „На ивици разума“ каже: „Човек у гомили смрди, али му је топло. У самоћи је празно“. Значи, лако је галамити у гомили, али врло је тешко бити сам и борити се за своја уверења, маколико усамљеник био у праву. И у тумачењу цитираног правила Бечке конвенције не мора да значи да је већина у праву и да је апсолутна истина на њеној страни.

VIII Закључак

Домаћа судска пракса прихвата субјективно тумачење општег основа уговорне одговорности у Закону, при чему инсистира да дужник докаже узрок штете који га је спречио да ваљано испуни своју обавезу.³⁹ Такав став домаћих судова треба похвалити, јер је у складу са Законом. Због тога су правно неосноване критике, по којим је домаћа судска пракса под утицајем погрешне научне мисли у овом питању.⁴⁰ Ипак, не ваља да се прешироко тумачи ослобађајући разлог, јер би таквим пресуђењем судови кршили закон. Тако је у свом одговору на постављено питање суд заузео став да купац у приватизацији није одговоран, ако га дуготрајна болест услед саобраћајне несреће спречи да благовремено плати куповну цену продавцу, јер се то може сматрати

39 Вид. пресуде Апелационог суда у Нишу, Гж. 1141/2013 од 11. 6. 2013; пресуду Вишег суда у Крагујевцу 590/2011 од 14. 11. 2011; и пресуду Врховног касационог суда, Прев. 173/2011 од 9. 2. 2012. год., у којој се каже: „Околности настале након закључења уговора, које искључују одговорност за штету због неизвршења уговора, не морају имати карактер више силе, већ само морају бити такве да их дужник није могао спречити, отклонити или избећи“.

40 М. Караникић Мирић (2013), 56–59.

вишом силом.⁴¹ Овакво пресуђење би било очигледно противзаконито и врло сумњиве моралности, јер уговор о куповини у приватизацији ствара за купца неличну обавезу. То значи да купац у овом случају не мора лично да испуни обавезу (нпр. да плати цену), већ то може да учини и друго лице уместо њега. Да је реч о обавези везаној за личност дужника (нпр. угледни глумац у представи, или адвокат у заступању на суду), коју није могао да испуни због болести, свакако да би искључење одговорности било оправдано. Осим тога, тешко да се болест може сматрати вишом силом, јер није спољна, већ унутрашња околност, што је случај. Пошто дужник одговара објективно за новчану обавезу, случај га не ослобађа одговорности.

Разлози у одбрану субјективне природе уговорне одговорности, који су изнети у овом раду, само су додатни у односу на разлоге којим су је оправдавали старији правници. Тиме се не тврди да је субјективна природа уговорне одговорности у Закону боља или лошија од објективне природе. То је питање за филозофију права, те правну и економску политику, за шта је потребно озбиљније истраживање деловања разних законских основа одговорности у пракси.

Коришћена литература

- Антонијевић Зоран, *Привредно право*, Београд, 1986.
- Atamer Yeşim M., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Commentary*, Ed. 2 (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. P. Viscalsillas), München, 2018.
- Ачански Тодор, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), Том III, Београд, 1978.
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облијационим) односима*, Загреб, 1978.
- Визнер Борис, *Коментар Закона о облијационим односима*, Књ. 2: *I Ойћи дио – Основе обвезних односа*, Загреб, 1978.
- Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford, 2004.
- Ђорђевић Живомир, *Коментар Закона о облијационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, 1980.

41 Одговор Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда са седнице 28. 10. и 24. 11. 2009. год.; нав. према: М. Караникић Мирић (2013), 58.

- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облијационо право*, Београд, 1987.
- Ђорђевић Милена, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Хармониус*, Београд, 2015.
- Јакаша Бранко, „Неколико погледа на темељ имовинско-правне одговорности“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, Загреб, 1977.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993.
- Јанковић Светислав, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2011.
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015.
- Караникић Мирић Марија, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009.
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013.
- Кларић Петар, *Правна основа одговорности за штету* (необјављени докторат), Загреб, 1981.
- Константиновић Михаило, *Скица за Законик о облијацијама и уговорима*, Београд, 1969.
- Maitre Géorgy, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, 2005.
- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015.
- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности у руском праву“, *Зборник радова Увод у право Русије*, Институт за упоредно право, Београд 2017.
- Перовић Слободан, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни животи*, бр. 3–4/2004.
- Поп-Георгиев Димитар, *Коментар Закона о облијационим односима* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), Крагујевац, 1980.
- Радишић Јаков, *Имовинска одговорност и њен досеј*, Београд, 1979.
- Радишић Јаков, *Облијационо право*, Ниш, 2018.
- Радовић Вук, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012.
- Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, Chénéde François, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2018.
- Thévenoz Luc, *Code des obligations I: Commentaire Roman* (ed. Luc Thévenoz, Franz Werro), Genève, 2006.
- Honorat Jean, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Paris, 1969.

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

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

GENERAL BASIS OF CONTRACTUAL LIABILITY IN SERBIAN LAW

Summary

This contribution is an analysis of the question if the contractual liability under the Obligation Relationships Act is subjective or objective one, in principle. There are some recent convictions that its legal nature is objective, contrary to the older apprehensions that its nature is subjective, and that is the reason for this analysis. After a brief explanation of the reasons for older and newer apprehensions, the author concludes that the contractual liability in Serbia is legally regulated as subjective one. He bases his opinion on the historical, systematic and linguistic interpretation of the provisions of the Obligation Relationships Act. It means that he thinks that the general basis for the contractual liability in Serbia is debtor's fault, unless there is special provision providing for some exception (special ground of liability). The author does not involve himself in question of economic and legal policy justification of this statutory solution.

Key words: *Civil liability. – Contractual liability. – Basis of liability.*

Датум пријема рада: 2. 2. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 2. 2020.

UDK: 336.717.061(497.11) ; 347.455

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др **Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ**^{*}
редовни професор Правног факултета Универзитета
у Источном Сарајеву

ЈОШ ЈЕДНОМ О КРЕДИТИМА ИНДЕКСИРАНИМ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА

Сажетак

Проблем кредитима индексираних у швајцарским францима подсти- као је стручну расправу у вези са законитиошћу тих кредити и ойрав- даности и нтервенције законодавца и судске власти у циљу заштити корисника кредити. Проблем се може посматрати као још један израз ширеј проблеме промене вредности новца и његовој утицаја на сад- ржину дужничко-оверилачких односа, који је од давнина заокуљао најњу теорије и судске праксе. Теорија монетарној номинализма је оштити прихваћена у ујоредном праву као присиуи за решење пробле- ма, при чему теорија монетарној валоризма служи као њен коректив. Поставља се питање од којим условима је доуштитено одстиуити од теорије монетарној номинализма и применити валористичку теорију приликом уређења новчаних обавеза? Тражећи одговор на то питање, ау- тор анализира развој инстиуити променених околности у ујоредном праву, уочавајући савремену тенденцију да се изненадне и најле промене економских прилика и последично осујећење сврхе уговора признају као околности које ойравдавају раскид или измену уговора судским иушем, уз право суда да сам дефинише нове услове уговора. Проблем кредити

* Електронска адреса аутора: dijana.markovicbajalovic@pravni.ues.rs.ba.

индексираних у швајцарским францима је у евројским земљама решаван мерама законодавца и судским њуиџем – њониииџењем уџвора збоџ џроуиуиџања банака да у џредуџворној фази кориснике кредитиџа информиишу о ризицима закључења уџвора са клаузулом о индексацији у сџраној валуџи. Ауџор анализира Закон о конверзији сџамбених кредитиџа у швајцарским францима и џравно схватиџање Врховној касационој суда у свеџлу уџредноџравних схватиџања о џроблему џромене вредности новчане обавезе, инсџиџиуџу џромењених околности и обавези информисања у џредуџворној фази.

Кључне речи: *Монетџарни номинализам. – Монетџарни валоризам. – Променењене околности. – Обавеза информисања у џредуџворној фази. – Валуџина клаузула.*

Сага о кредитима индексираним у швајцарским францима траје већ годинама, без изгледа да ће се скоро окончати. Након доношења Закона о конверзији стамбених кредита у швајцарским францима¹ и правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима,² расправа о правној судбини уговора о тим кредитима додатно је подстакнута. Према схватању ВКС, уговори о кредиту са клаузулом о индексацији у швајцарским францима су делимично ништави. Клаузула о индексацији у ЦХФ је ништава, док уговор о кредиту остаје на снази. Ради очувања једнаке вредности давања врши се конверзија тако што се динарски износ добијеног кредита изражава у еврима, према званичном средњем курсу динара у односу на евро на дан закључења уговора о кредиту и на тај износ обрачунава камата коју је банка давалац кредита зарачунавала на кредите исте врсте и трајања индексиране у еврима. Законом о конверзији одређено је да су банке дужне да корисницима стамбених кредита са клаузулом о индексацији у ЦХФ понуде конверзију кредита у евро, тако што је основ за конверзију износ преосталог дуга на дан ступања закона на снагу, који се умањује за 38%. Законом је одређен максималан износ камате које банка може наплаћивати на конвертоване кредите.

Циљ овог чланка је да се анализирају правно схватање ВКС и Закон о конверзији у светлу упоредноправних решења о институтима који, по

1 Закон о конверзији стамбених кредита у швајцарским францима, *Службени џласник РС*, бр. 31/2019.

2 Правно схватање Врховног касационог суда од 2. 4. 2019, доступно на адреси: https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Valutna%20klauzula_1.pdf, 10. 2. 2020.

нашем мишљењу, имају посебан значај за правилно решење проблема кредита индексираних у ЦХФ – то су институти промењених околности и одговорности за информисање у предуговорној фази. У првом делу чланка објашњавају се начела монитарног номинализма и валоризма. У другом делу чланка бавимо се институтима промењених околности и одговорности за информисање у предуговорној фази. Последњи део чланка посвећен је хронологији дешавања у вези са кредитима индексираним у ЦХФ у другим државама Европе и код нас и анализирају се правно схватање ВКС и Закон о конверзији у светлу претходно изнетих сазнања. У закључку указујемо на могући смер у коначном решавању спора о правној допуштености уговора о кредитима са валутном клаузулом у швајцарским францима.

I Монетарни номинализам

Начело монитарног номинализма је општеприхваћено начело уговорног права, како у континентално-европским, тако и у англосаксонским правним системима. Према том начелу, дужник новчане обавезе се ослобађа обавезе када повериоцу плати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи. Теорија монитарног номинализма у први план истиче функцију новца као средства размене, тј. обрачунске вредности. Она се јавила у тренутку када је право требало да реши проблеме изазване падом вредности кованог новца, до чега је долазило због тога што су средњовековни владоци, у недостатку злата и сребра за ковање новца, почели да кују новац од легура племенитих метала. Творцем теорије у континентално-европском праву сматра се француски правник Димулен. Он је бранио став да је спољна, номинална вредност новца, коју одређује владалац, једино меродавна у односима између приватних лица. Уколико се актом државе промени стварна вредност новца, грађани не могу у својим међусобним односима да се позивају на ту чињеницу и да траже измену садржине уговорне обавезе.³

Англосаксонски судови су ишли сличним путем. Енглески суд у случају *Gilber v. Brett (Case of Mixt Monies)* из 1604, решавајући спор о садржини новчане обавезе изазван снижавањем стварне вредности фунте на територији Ирске, на основу акта краљице Елизабете I, заузео је став да дужник измирује новчану обавезу у новчаним јединицама које су на снази као званично средство плаћања у време доспећа уговорне обавезе. Суд се у образложењу одлуке ослонио на Димуленове ставове и пресуде континентално-европских судова.⁴

3 Врлета Круљ, *Монетарно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1976.

4 Остало је спорно да ли је позивање на континентално-европску теорију и судску праксу заиста постојало у образложењу одлуке или је касније додато од стране

Врховни суд САД се позабавио сличним питањем пред крај 19. века, када је одлучивао у спору изазваном наглим падом вредности долара након Грађанског рата. Суд је истакао да се вредност новца одређује законом, будући да то питање спада у државне прерогативе, те да пад стварне вредности новца не мења садржину дужникове обавезе.⁵

Теорија номинализма има свој основ у правном принципу *pacta sunt servanda*, потеклом још из римског права. Странке уговарају да обавеза буде измирена предајом одређеног броја новчаних јединица у валути у којој обавеза гласи. Приликом закључења уговора, странке полазе од претпоставке да ће валута обавезе очувати своју вредност, или, барем, да се та вредност неће значајније мењати. Када у пракси ипак дође до битне промене у стварној вредности валуте обавезе, у одсуству уговорних одредби које би то посебно уређивале то питање, изричито изражена воља странака се мора поштовати.⁶ Теорија одговара интересу правне сигурности, штитећи, изнад свега, предвидивост уговорних обавеза. Треба приметити да је теорија настала да би заштитила дужнике. Она је понудила решење за спорове у којима поверилац тражи од дужника да му испуни новчану обавезу према вредности коју је уговорена валута имала када је уговор био закључен, због тога што је у међувремену дошло до пада реалне вредности новца. Теорија номинализма је у исто време штитила и интерес државе, којој је одговарало да своје обавезе према повериоцима измирује у депресираној валути. Да би тај циљ био постигнут, било је неопходно и да повериоци државе могу обавезе према својим повериоцима да измирују у истој, депресираној валути.⁷

Теорија номинализма је добила законско важење усвајањем француског Грађанског законика: „Обавеза која произлази из зајма у новцу је увек у номиналном износу наведеном у уговору. Ако дође до раста или пада валуте пре рока плаћања, дужник мора да врати номинални позајмљени износ, и мора да то учини само у средству плаћања које има законско важење у време плаћања.“⁸

њеног коментатора. David Fox, „The Case of Mixed Monies: Confirming Nominalism in the Common Law of Monetary Obligations“, *Cambridge Law Journal*, март 2011, 144–174.

5 *Knox v. Lee, Parker v. Davies*, 79 US 457. Према општеприхваћеном теоријском становишту монетарни прерогативи једне државе обухватају следећа суверена права: право да издаје новац, право да утврђује и мења вредност новца и право да уређује употребу свог и страног новца на својој територији. François Gianviti, *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*, International Monetary Fund, 2004, доступно на адреси: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmfl/eng/gianvi.p>, 10. 2. 2020.

6 Fritz Alexander Mann, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1954, 66.

7 Felix Eckstein, *Geldschuld und Geldwert*, Berlin, 1932, 90.

8 Француски Грађански законик (*Code Civil*) – ФГЗ, чл. 1895.

Теорија монетарног номинализма пати од озбиљних ограничења, утолико што признаје једино номиналну вредност новца, ону коју је држава одредила, као релевантну. Теорија номинализма, консеквентно примењена, није правична.⁹ Она игнорише промене у стварној вредности новца до којих долази током времена и које умањују његову корисност као средства размене. То игнорисање се свесно чини, јер, прво, трансакције које за основ имају исту, номиналну вредност новца, једноставније су за извршавање и, друго, промене стварне вредности новца у пракси редовно нису толико значајне. У изузетним околности, када дође до нагле и/или велике промене вредности новца, теорија монетарног номинализма постаје несврсисходна. Управо те околности навеле су једног француског аутора да примети да номинализам, који намеће фикцију константне вредности, није ништа друго него лаж.¹⁰

Више је метода којима право прибегава да би превазишло мањкавости теорије монетарног номинализма. У области јавног права, држава може својим законима на императиван начин уредити правне односе поремећене наглом или великом променом вредности домаће валуте. У сфери приватног права, проблем се решава уговарањем заштитних клаузула или позивањем страна у облигационом односу на институт промењених околности (*rebus sic stantibus*).

Допуштеност уговарања златних, валутних и различитих индексних клаузула, којима се штити вредност уговорене обавезе, редовно се посматра кроз призму принципа монетарне суверености државе. Држава ограничава свој монетарни суверенитет ако допушта да се на њеној територији или између њених држављана новчане обавезе уговарају и/или извршавају у злату или некој страниој валути. Клаузуле којима се вредност новчане обавезе одређује према злату биле су забрањене у многим земљама, након велике светске економске кризе тридесетих година прошлог века, када су многе државе напустиле стандард конвертибилности домаће валуте за злато.¹¹ Деценијама касније, када је злато постало роба као и свака друга, забрана је повучена.¹²

Другачије стоји ствар са клаузулама којима се вредност новчане обавезе одређује према вредности неке стране валуте – валутне клаузуле. Оне никада нису могле бити сасвим забрањене, јер ниједна држа-

9 Eliyahu Hirshberg, „Modern Problems of Monetary Law“, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, Nr. 2/1973, 278.

10 В. Круљ, 54.

11 В. Круљ, 56 и даље.

12 Тако су САД увеле забрану уговарања златне клаузуле после Велике светске економске кризе. Забрана је укинута 1977, када је Конгрес усвојио закон којим је дозволио америчким грађанима да поседују злато и тргују њиме. Keith S Rosenn, „Protecting Contracts from Inflation“, *The Business Lawyer*, јануар 1978, 736.

ва није могла наметнути монопол своје валуте у међународној трговини.¹³ Француски судови, крећући се између ограничења постављених одредбом о монетарном номинализму из чл. 1895 ФГЗ, с једне стране, и реалних проблема изазваних падом вредности француског франка након II светског рата, с друге стране, направили су дистинкцију између индексних клаузула које су имале за циљ очување једнаке вредности узајамних давања и монетарних клаузула, којима су стране исказивале неповерење у француску монету. Само су индексне клаузуле економске природе биле допуштене, док су монетарне клаузуле проглашене ништавим. Карактер клаузуле одређивао се према врсти уговора. Индексне клаузуле у уговорима о зајму су сматране монетарним клаузулама, и стога су проглашаване ништавим. Француска правна теорија критиковала је ову поделу као вештачку.¹⁴

Наш законодавац је приликом формулисања оригиналних одредаба у ЗОО о новчаним обавезама био сасвим извесно под великим утицајем француског права, јер је експлицитно стао на позиције начела монетарног номинализма: „Кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго.“¹⁵ Обавеза која је била уговорена у злату или некој другој валути, могла се потраживати само у домаћем новцу.¹⁶ Обавезе уговорене у злату или некој другој валути су биле ништаве, а по сили закона вршена је њихова конверзија у домаћу валуту, али према паритету који је постојао у тренутку настанка обавезе. Уговорне обавезе у другој валути биле су пуноважне у трговини са иностранством, јер је прописима у области девизног пословања било омогућено плаћање и наплаћивање у девизама.¹⁷ Третман осталих индексних клаузула је био сличан. Забрањене су биле клаузуле којима се висина новчане обавезе у домаћем новцу везивала за промене у ценама одређених добара, робе и услуга израженим индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације. Такве клаузуле су биле пуноважне

13 В. Круљ, 111.

14 В. Круљ, 145.

15 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 394. Треба приметити да је законодавац допустио могућност да се питање новчаних обавеза уреди законом на другачији начин.

16 ЗОО, чл. 395. Чланом 317 Скице за Законик о облигацијама и уговорима била је изричито предвиђена ништавост златних и валутних клаузула. Михаило Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969.

17 Рајко Буквић, „Девизна политика Југославије 1945–1990: Искуства и поуке“, *13th International Multidisciplinary Scientific Conference Eurobrand*, Крагујевац, 18–20. новембар 2016, 40–60; MPRA Paper No. 76211, 15. 1. 2017.

искључиво уколико је изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла, тако да немају спекулативан значај или је клаузула уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране.¹⁸ Међутим, у уговорима у којима цена није одређена у моменту настанка обавезе, допуштено је било уговорити индекс према коме ће се цена одредити у моменту испуњења (клизна скала): „У уговорима у којима се једна страна обавезује да изради и испоручи одређене предмете, дозвољено је уговорити да ће цена зависити од цена материјала и од рада, као и других елемената који утичу на висину трошкова производње, у одређено време на одређеном тржишту.“¹⁹ Законодавац је првобитно ограничио употребу индексних клаузула на ситуације у којима је то економски или социјално оправдано – онда када је вредност обавезе једне стране непосредно одређена трошковима испоруке робе или пружања услуге, или када је неопходно заштити животи стандард једне стране (нпр. када је предмет обавезе издржавање у новцу).

Показало се да је такав приступ неадекватан у условима велике инфлације почетком 90-тих година прошлог века. Југословенске банке, као највећи повериоци новчаних обавеза, претрпеле су тада велику штету, јер су од својих дужника могле да наплате само номинални износ новчане суме које су позајмиле. Због тога је изменама ЗОО из 1993. допуштено уговарање заштитних клаузула. Сувереност домаће валуте, динара, номинално је очувана, јер се и даље потраживање у новцу може захтевати само у домаћој валути, изузев када посебним законима није предвиђено другачије. Према новој редакцији члана 395 ЗОО, ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути или у злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења. Одредба члана 396, којом је било забрањено везивање висине новчане обавезе за промене у ценама одређених добара, робе и услуга, брисана је. Идеја законских измена из 1993. године била је да се омогући очување равнотеже узајамних давања у односима повериоца и дужника, на основу искуства о драстичном поремећају те равнотеже због хиперинфлације.²⁰

18 ЗОО из 1978, чл. 396.

19 ЗОО, чл. 397.

20 „За облигације данас је настало неко неразумно време: боље је бити дужник него поверилац, што је апсолутна инверзија ноторних правила, по којима је поверилац тај који својим манусом држи дужника у смислу имовинске егзекуције. У условима енормне инфлације ситуација се у том погледу мења у корист дужника. Наиме, у таквим условима, и поред свих настојања права и правних инструмената, поверилац новчане обавезе не може никад бити интегрално обештећен, јер му сваки дан одуговлачења у наплати његове новчане тражбине проузрокује знатну штету, без обзира на затезну камату коју је дужник у доцњи у обавези да плати.“ Слободан Перовић, *Закон о облигационим односима*, Београд, 1995, 103.

II Начело валоризма

Заступници валористичке теорије сматрају да се код испуњења новчаних обавеза мора узети у обзир стварна вредност новца, тј. његова куповна моћ. Отуда, промене до којих долази у стварној вредности новца између настанка обавезе и њеног испуњења, морају се одразити и на новчану суму коју дужник треба да плати да би измирио свој дуг. Дужник новчане обавезе измирује дуг предајом јединица куповне моћи, а не номиналних јединица валуте обавезе. Иако правична, јер у једнакој мери води рачуна о интересима повериоца и дужника, валористичка теорија је тешко примењива у пракси.²¹ Она води правној несигурности, јер стране у облигационом односу не могу знати колики је износ дуга који ће дужник морати да плати у време испуњења. Из тог разлога, монетарни валоризам је у савременом праву прихваћен искључиво као коректив општеприхваћеног принципа монетарног номинализма.

Начело валоризма посебно долази до изражаја у области накнаде штете: „Хумани и правичан циљ права у свим временима је да пружи правичну накнаду ономе ко је претрпео неправду. Накнада значи накнада у вредности. Није довољно рећи да иста сума новца пружа исту накнаду када је новац јефтин, као и када је скуп. Вредност новца лежи не у томе што јесте, већ у томе шта ће купити.“²²

Приликом одлучивања о висини накнаде штете у новцу, амерички судови узимају у обзир опадајућу куповну моћ новца и инфлаторне трендове.²³ Енглески судови приликом одмеравања штете због неизвршења уговора узимају као релевантан моменат када је уговор требало да буде извршен, али и околности које су утицале на повећање или смањење штете у међувремену до доношења судске одлуке.²⁴ Овакав приступ се правда тиме да се материјална штета одмерава према тржишним вредностима, које се изражавају у новцу.²⁵

У континентално-европском праву, основни принцип у области накнаде штете је пуна компензација (интегрална накнада штете). Када је штета имовинска, накнада штете има за циљ да се имовина оштећеног

21 E. Hirschberg, 279.

22 *Hurst v. Chicago, B.Q.R.Co*, 280 Mo 566, 219, 1920. Phanor J. Eder, „Legal Theories of Money“, *Cornell Law Review*, Nr. 1/1964, 66.

23 *Birmingham Electric Co. v. Howard*, 250 Ala 421, Ala 1948.

24 *Golden Strait Corporation v. Nippon Yusen Kubishika Kaisha, The Golden Victory*, 2007, UKHL 12 (2007) 2 AC 353.

25 Harry Zavos, „Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1/2009, 242.

доведе у стање у ком би била да штетни догађај није наступио. Ако натурална реституција није могућа, штета се надокнађује у новцу тако да се стање имовине оштећеног враћа у равнотежу.²⁶ Европски принципи уговорног права, у области уговорне одговорности за штету, одређују да је општа мера штете износ који би оштећену страну ставио колико је то могуће у положај у коме би била да је уговор уредно извршен (позитивни уговорни интерес).²⁷ У члану 249 немачког Грађанског законика принцип пуне компензације је дефинисан на следећи начин: „Лице које је одговорно за штету мора успоставити стање које би постојало да се околности које га обавезују на надокнаду штете нису догодиле. Поверилац накнаде штете проузроковане лицима или стварима, може захтевати новчану накнаду уместо повраћаја у пређашње стање.“ ЗОО експлицитно прописује да се висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго.²⁸

Према ставу наше судске праксе, ако је штета настала у новцу, умањењем имовине оштећеног одређеним бројем новчаних јединица, висина накнаде се утврђује на дан настанка штете, и сагласно начелу монетарног номинализма представља исти број новчаних јединица за који се имовина оштећеног умањила.²⁹ Међутим, у таквом случају, дужник накнаде штете дугује осим главног дуга и затезну камату за период од настанка штете до тренутка њене исплате. То произлази из правила да се обавеза накнаде штете сматра доспелом од тренутка настанка штете³⁰ и правила о обавези дужника који задоцни са плаћањем новчане обавезе да, поред главног дуга, плати и затезну камату.³¹ Ако је штета коју је поверилац претрпео због дужниковог задоцњења већа од износа који би добио на име затезне камате, он има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете. По том основу судови су досуђивали тзв. инфлаторну штету у споровима који су имали за предмет новчане обавезе обезвређене услед хиперинфлације почетком деведесетих година прошлог века.³² Институти затезне камате и инфлаторне штете, у случају

26 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, 517.

27 Чл. 9:502.

28 ЗОО, чл. 189 ст. 2.

29 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 3351/2010(3) од 29. 4. 2010.

30 ЗОО, чл. 186.

31 ЗОО, чл. 277 ст. 1.

32 Види нпр. пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 5899/10 од 23. 9. 2010. Поверилац је у том спору тражио потпуну накнаду штете изазвану доцњом у плаћању уговорне казне и неоснованим обогаћењем. Повериочева потраживања су била правноснажно утврђена одлуком Трећег општинског суда у Београду 1991. године. Апелациони суд констатује у својој пресуди: „Због хиперинфлације и про-

када износ затезне камате не надокнађује насталу штету у потпуности, изрази су начела валоризма у нашем праву.³³

Још један пример примене начела валоризма у нашем праву постоји код уговора о зајму. Ако у зајам није дат новац, а уговорено је да ће зајмопримац вратити зајам у новцу, зајмопримац је ипак овлашћен да по свом избору врати позајмљене ствари или износ новца који одговара вредности тих ствари у време и у место који су уговором одређени за враћање.³⁴

III Промењене околности

Институт промењених околности представља важно ограничење начела *pacta sunt servanda*. Уговор обавезује странке, али под условом да се околности под којима је уговор закључен битно не промене након тога, тако да испуњење уговора постане знатно отежано. Теоријско оправдање за примену института налази се у претпостављеној имплицитној сагласности сауговорача да ће уговор обавезивати док ствари тако стоје (*sic stantes*). Иако је институт настао још у римско доба и развијан у радовима средњовековних теоретичара, он није нашао своје место у грађанским кодификацијама из 19. века, првенствено због утицаја доктрине либерализма и природног права на њихове ауторе.³⁵ Тако се чланом 1134 ставом 1 француског Грађанског законика прописује: „Уговори који су законито закључени имају снагу закона за оне који су их закључили.“ Светост уговора као извора облигација негирала је сваку могућност ослобађања уговорних страна од преузетих обавеза, а још мање право судова да уговором утврђене обавезе редефинишу. Потребне праксе нагнале су судове да већ на прелазу из 19. у 20. век одшкрину врата примени института промењених околности.

мене вредности динара тужиоци су претрпели инфлаторну штету, па на основу чл. 190 ЗОО имају право да захтевају потпуну накнаду штете, односно накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у којем би се налазила да није било туженикове (штетникове) радње, односно пропуштања. Ово стога што је потраживање по основу уговорне казне и неоснованог обогаћења настало пре 3. 7. 1993. године и у међувремену су досуђени износи по правоснажној пресуди Трећег општинског суда у Београду П бр. 1622/90 од 26. 12. 1991. због енормне инфлације потпуно обезвређени. И по оцени Апелационог суда на горе описани начин обезбеђује се начело узајамних давања из члана 15 Закона о облигационим односима“.

33 Право на затезну камату од дана доспелости новчане обавезе и разлику до пуне накнаде штете предвиђају и Европска начела уговорног права у члану 9:508.

34 ЗОО, чл. 561 ст. 1.

35 Rodrigo A. Momber Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, C. J. Wiarda Institute for Legal Research, Utrecht University, 2011, 26.

Реформе кодификација грађанског права Француске и Немачке које су извршене у 21. веку уредиле су, између осталих, институт промењених околности. У англосаксонском праву, институт промењених околности нашао је своје место унутар ширег института осујећења уговора (*frustration of contract*).

Француски судови континуирано су, почев од доношења ФГЗ, одбијали да интервенишу у приватноправне уговорне односе са ослонцем на институт промењених околности. У случају *Canal de Craponne*, Касациони суд је укинуо одлуке нижестепених судова које су дозволиле измену уговора о праву становника једног француског села да се снабдевају водом из канала. Уговорена накнада за воду, након три века примене уговора, постала је безначајна. Нижестепени судови су изменили уговорену накнаду, ослањајући се на начело једнакости и равнотеже узајамних давања, али је највиши француски суд нашао да се начелу *pacta sunt servanda* мора дати примат: „Судови неће, ни под каквим околностима, чак и ако би се одлука чинила правичном, узимати у обзир време и околности да измене уговоре закључене између страна и замене одредбе слободно прихваћене од уговорних страна.“³⁶ Ослањајући се на тај став, француски судови у 20. веку наставили су да одбијају позивање странака на промењене околности, чак и у периодима велике инфлације након Првог и Другог светског рата. Изузетак је одлука највишег француског управног суда, Државног савета, у случају *Gaz de Bordeaux*.³⁷ Случај је имао за предмет висину накнаде за испоруку енергената граду Бордоу. Због ратних околности, снабдевање сировинама је постало веома отежано, па је компанија која је уговором преузела обавезу да град снабдева гасом и електричном енергијом на период од 30 година за фиксну цену тражила од суда да се уговорена накнада измени. Државни савет је сматрао да јавни интерес налаже да компанија настави са испорукама енергената и дозволио је измену уговора, али на начин да и компанија тужилац правично учествује у сношењу трошкова изазваних непредвиђеним околностима (*indemnité d'imprévision*). На основу те одлуке, доктрина непредвиђених околности (*imprévision*) уведена је у француско право, са важењем само за управне уговоре.

У области приватноправних уговора, интервенисао је француски законодавац, доносећи посебне законе којима је уређивао новчане обавезе обезвређене инфлацијом. Такви закони донети су након Првог и Другог светског рата.³⁸ Они су дозвољавали раскид уговора закључених

36 6. 3. 1986, DP 76.1.195, наведено према: Alain Pietrancosta, „Introduction of the hardship doctrine („théorie de l'imprévision“) into French contract law: A mere revolution on the books?“, *German-French Symposium of Company Law and Capital Market Law*, Max Planck Institute, 2016, 2.

37 CE 30. 3. 1916, D.P 1916, 3:25.

38 *Loi Falliot*, 21. 1. 2018. и Закон од 22. 4. 1949. Наведено према: R. Momber Uribe, 49.

пре 1. августа 1914, односно 2. септембра 1939. и, под одређеним условима, обештећење за уговорну страну која је претрпела штету или јој је извршење уговора постало знатно отежано. Изменама ФГЗ из 1991. дато је овлашћење суду да одложи исплату дуга, или да дозволи исплату у ратама, на период од најдуже две године, узимајући у обзир положај дужника и потребе повериоца.³⁹ Најзад, последњим изменама ФГЗ из 2016. године,⁴⁰ француско право прихватило је могућност судске измене уговора због промењених околности. Уколико се околности које су биле непредвидиве у време закључења уговора измене након тога, што има за последицу да је извршење уговора постало нарочито отежано за једну страну, при чему та страна није уговором преузела тај ризик, она може затражити од друге стране да преговарају око измене уговора. Уколико преговори буду неуспешни, суд може, на захтев једне стране, изменити уговор или га раскинути, на дан и под условима које сам утврди.⁴¹

Немачко право је ишло другим путем. Немачки судови су трансирани пут озакоњењу института промењених околности још почетком 20. века, ослањајући се на начело савесности и поштења (*Treu und Glauben*)⁴² и институт основа уговора (каузе), развијен у немачкој правној теорији.⁴³ У складу са тим, овај институт је у немачком праву познат под називом *Wegfalle der Geschäftsgrundlage* (нестанак основа посла).⁴⁴ Под притиском хиперинфлације која је погодила Немачку након Првог светског рата, немачки судови су дефинисали основ уговора као „веру уговорних страна у постојање одређених битних околности које су очигледне у моменту закључења уговора“. У каснијој пракси утврдили су елементе који морају бити испуњени да би се институт применио: 1) промена околности; 2) странке не би закључиле уговор да су биле свесне промењених околности; и 3) не би било правично да једна страна одбије захтев друге стране за измену уговора. Нестанак основа уговора ослобађа обавезе страну којој је испуњење уговора постало знатно отежано, осим уколико друга страна не прихвати да се уговор измени. И немачки судови, као и француски, доследно су одбијали сваку могућност да сами мењају уговор. Ако странке нису могле постићи споразум о измени уговора, судови су раскидали уговор.⁴⁵

39 Закон бр. 91–650 од 9. 7. 1991, чл. 1244–1.

40 Ордонанс 2016–131, 10. 2. 2016.

41 ФГЗ, чл. 1195.

42 Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – НГЗ, пар. 151 и 242.

43 Види О. Антић, 259 и даље.

44 Tobias Lutz, „Introducing Imprévision into French Contract Law“, *Ius Commune Workshop on Contract Law 2015*, доступно на адреси: http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop_1_Lutzi.pdf, 10. 2. 2020, 10.

45 T. Lutz, 10.

Као резултат реформе немачког облигационог права извршене 2001. године,⁴⁶ ставови немачке судске праксе у погледу института не-станка основа посла уграђени су у немачки Грађански законик.⁴⁷ Немачки законодавац је предвидео право суда да измени уговор на захтев једне уговорне стране, уколико суд закључи, узимањем у обзир свих околности појединачног случаја, а нарочито уговорне и законске расподеле ризика, да одржање неизмењеног уговора на снази не би било разумно.

Извесно је да су измене уведене у француско и немачко облигационо право након 2000. резултат утицаја међународних извора права, међу којима су најзначајнији Начела европског уговорног права (даље: НЕУП)⁴⁸ и UNIDROIT принципи међународних трговинских уговора. НЕУП уређују институт промењених околности у члану 6:111, наглашавајући обавезу уговорних страна да изврше уговор, чак и када је његово извршење постало отежано, било због тога што су се трошкови извршења повећали, било због тога што се вредност чинидбе смањила. Уколико је извршење постало изузетно отежано, стране имају обавезу да преговарају око измене или раскида уговора, ако су испуњена три услова: 1) околности су се промениле након закључења уговора; 2) могућност промене околности се није разумно могла узети у обзир у време закључења уговора; и 3) страна која је оштећена промењеним околностима не сноси ризик промене околности сагласно уговору. Уколико странке не постигну споразум у разумном времену, суд може раскинути уговор у време и под условима које одреди или изменити уговор са циљем да распореди на уговорне стране једнако и правично губитке и добит који су резултат промењених околности.

UNIDROIT принципи институт промењених околности уређују под називом *hardship* (тешкоћа) у чл. 6.2.1 – 6.2.3. *Hardship* је дефинисан као наступање догађаја који суштински мења уговорну равнотежу, било зато што су се трошкови извршења једне стране повећали, било зато што је чинидба коју прима једна страна умањена. Услови за примену института су да су ти догађаји наступили или постали познати оштећеној страни након закључења уговора, да их оштећена страна није могла разумно узети у обзир у време закључења уговора, нити да их може контролисати и да оштећена страна није преузела на себе ризик наступања

46 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 6. 11. 2001, BGBl I, 3138. Вид. Thomas Meyer, „Die Schuldrechtreform in Deutschland“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/2003, 354–380.

47 НГЗ, пар. 313.

48 Jan Smits, „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005, 570.

догађаја.⁴⁹ Последице наступања *hardship* су уређене на сличан начин као у НЕУП. Оштећена страна је овлашћена да тражи преговоре. Уколико преговори не уроде плодом у разумном року, било која уговорна страна може се обратити суду. Суд може раскинути уговор у време и под условима које утврди или изменити уговор са циљем да се поново успостави уговорна равнотежа.⁵⁰

Институт англосаксонског права под називом *frustration* обухвата како ситуације немогућности извршења уговорне обавезе, тако и случајеве када је извршење могуће али је веома отежано или неизводљиво, обухваћене појмом *impracticability*. Начелно, енглески судови стоје на становишту да промена тржишних околности не ослобађа уговорне стране њихових обавеза. Према *frustration* доктрини, потребно је да околности које су наступиле након закључења уговора мењају природу уговорне обавезе. У преовлађујућој доктрини се сматра да тај услов није испуњен у случају раста цена или трошкова испуњења обавезе.⁵¹ Међутим, постоје судске одлуке које остављају могућност да се изванредни економски догађаји, као што су нагли раст или пад цена или пад вредности валуте, подведу под категорију *frustration*. У случају *Movietowns Ltd. v London & District Cinemas Ltd*,⁵² суд констатује да се уговорне стране у току извршења уговора често суочавају са догађајима које уопште нису предвиделе – потпуно абнормалан раст цена, изненадна депресијација валуте, неочекивана препрека извршењу и сл, али да то нема утицаја на њихову погодбу. Суд, ипак, даље примећује: „Ако, с друге стране, разматрање услова уговора, у светлу околности које су постојале у време када је уговор био закључен, покаже да се оне никад не би сагласиле да буду обавезане у суштински другачијој ситуацији која је неочекивано искрсла, уговор престаје да обавезује у тој тачки.“ Поједини енглески аутори сматрају да овим ставом суд изражава опрез у примени института *frustration* на ситуације промене економских околности, како би се избегло да он постане средство за избегавање уговорне обавезе.⁵³ У случају *Wates Ltd v GLC*,⁵⁴ суд је указао да околност као што је галопирајућа инфлација може бити разлог да се уговорне стране ослободе обавеза.

Категорија *impracticability* у енглеском праву обухвата и ситуације када је испуњење уговора изгубило своју сврху због околности које су наступиле након закључења уговора. У енглеској судској пракси позна-

49 Чл. 6.2.2.

50 Чл. 6.2.3.

51 Небојша Јовановић, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015, 98–99; R. Momber Uribe, 146.

52 1952, AC 166.

53 Jill Poole, *Contract Law*, Oxford, 2016, 484.

54 1987, 25 Build. L.R; наведено према: R. Momber Uribe, 143.

ти су тзв. *corronation cases*, везани са догађаје поводом крунисања краља Едварда VII. Због краљеве болести, крунисање је одложено и многи уговори који су закључени са циљем да се присуствује догађајима у славу тог чина изгубили су своју сврху. У случају *Krell v. Henry*,⁵⁵ тужени је закупио тужиочев стан на пар дана, с намером да из њега посматра краљеву поворку приликом одласка на крунисање. У самом уговору није било речи о разлозима изнајмљивања стана, али је тужени у огласу за изнајмљивање стана нагласио да прозори стана гледају на улицу куда ће проћи крунидбена поворка. Тужени је платио капару, али до реализације уговора није дошло, јер је крунисање било одложено. Закуподавац је тужио за остатак дуга. Суд је одбио тужиочев захтев, сматрајући да је посматрање краљеве поворке током крунисања био суштински услов закључења уговора о закупу, око кога су се стране имплицитно сагласиле. Пошто тај услов није био испуњен, тужени се мора ослободити обавезе. У једном другом случају, непостојање доказа да су се странке сагласиле око сврхе уговора, престављао је чинилац због кога суд није сматрао да су испуњени услови за престанак уговора због осујећења његове сврхе. Реч је о случају *Amalgamated Investment and Property Co v John Walker & Sons Ltd*.⁵⁶ Две компаније закључиле су уговор о продаји складишта. Некретнина је била оглашена као погодна за пословање или за реконструкцију. Два дана након што је уговор закључен, енглеске власти су некретнину ставиле на списак добара од посебног архитектонског или историјског значаја и забраниле било какву реконструкцију. Тржишна вредност некретнине је након тога опала за више од осам пута. Енглески суд није ослободио купца уговорне обавезе, сматрајући да је у питању ризик који сноси сваки власник некретнине. Суд је констатовао да је продавац био свестан намере купца да некретнину реконструише, али да није гарантовао уговором купцу да ће добити дозволу за реконструкцију.

Уколико су испуњени услови за примену института *frustration*, уговор престаје да важи по самом закону и то од момента када је околност која осујећује извршење уговора наступила. То значи да се уговорне стране ослобађају обавеза које доспевају након наступања промењене околности.⁵⁷ Енглески судови признају да овакав ефекат промењених околности може бити неправичан за уговорне стране, али је њихово становиште да не могу да мењају садржину уговорних односа, изузев ако нису законом овлашћени на то. Ово правило измењено је законом из 1943.⁵⁸ Тим законом је предвиђено да све што је плаћено по основу

55 1903, 2 K.B, 740.

56 1977, 1 WLR 164.

57 Н. Јовановић, 99; R. Momber Uribe, 151.

58 *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*.

уговора који је престао да важи треба да буде враћено, уз право стране која враћа плаћено да задржи износ неопходан за покриће трошкова насталих због припрема за извршење уговора. Висину износа који треба вратити или задржати одређује суд, узимајући у обзир све околности случаја. На тај начин, онемогућава се неосновано обогаћење једне стране због наступања промењених околности и престанка уговора као последица тога.⁵⁹

Доктрина о фрустрацији уговора због комерцијалне неизводљивости прихваћена је и у праву САД, где је добила и законско утемељење у Јединственом трговачком законнику.⁶⁰ Одељак 2–615 ЈТЗ носи назив ослобађање због недостатка претпостављених услова (*Excuse by Failure of Presupposed Conditions*). У складу са том одредбом, продавац неће бити одговоран за потпуно или делимично неизвршење или доцњу у извршењу, уколико је извршење постало неизводљиво због тога што је након закључења уговора наступио случај, чији је изостанак био основна претпоставка на којој је уговор заснован. Продавац се ослобађа обавезе изузев ако језик уговора или околности указују на супротно. На сличан начин, *Restatement (2nd) of Contracts* уређује у члану 261 институт ослобађања од уговорне обавезе због неизводљивости која је уследила (*Discharge by Supervening Impracticability*). Ако након закључења уговора извршење обавезе једне стране постане неизводљиво без њене кривице, због наступања догађаја чији изостанак је био основна претпоставка на којој је уговор заснован, та страна се ослобађа обавезе, изузев ако језик уговора или околности случаја указују на супротно.

Оба наведена правна извора не дају дефиницију неизводљивости. У коментарима тих извора објашњава се да је извршење уговора неизводљиво уколико се може пружити само уз изузетне, неразумне и непредвидиве тешкоће због догађаја или појаве који се нису могли избећи. Наведено тумачење је прихваћено у судској пракси САД тако да критеријум неизводљивости подразумева, као прво, анализу објективне предвидивости догађаја или појаве. Ако догађај није био разумно предвидив, не може се сматрати да су стране у уговору преузеле тај ризик. У следећој фази, утврђује се да ли је извршење изводљиво. У споровима пред америчким судовима приговор комерцијалне неизводљивости се често истиче, али ретко прихвата. Судови тај појам врло рестриктивно тумаче, практично га изједначавајући са фактичком немогућношћу извршења.⁶¹ Тако су амерички судови у време блокаде Суецког канала

59 R. Momber Uribe, 154.

60 Јединствени трговачки законик (US Uniform Commercial Code) – ЈТЗ.

61 У случају *Mineral Park Land Co v. Howard*, 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916), суд дословце каже: „Ствар је правно немогућа када није изводљива; а ствар је неизводљива када се једино може урадити уз прекомерне и неразумне трошкове.“

одбијали да ослободе бродарске компаније обавезе извршења превоза, иако је алтернативни пут око Рта Добре наде енормно повећавао њихове трошкове превоза. У време нафтне кризе седамдесетих, која је узроковала скок цена сирове нафте за 400%, амерички судови су били на становишту да је тај догађај био предвидив. Овакав приступ је критикован у америчкој литератури, јер се у наведеним одредбама ЈТЗ и Ристејтмента фактор (не)предвидивости догађаја уопште не помиње.⁶² Уместо њега, говори се о основној претпоставци на којој је уговор заснован, што би захтевало истраживање заједничке намере саговорача, односно шта су уговорне стране предвиделе.⁶³ Последњи талас случајева у америчкој пракси био је изазван светском финансијском кризом из 2008. године. Судови су одбили да прихвате тај догађај као околност која оправдава ослобађање од обавезе. Овако рестриктиван став америчких судова објашњава се тиме да коментари ЈТЗ и Ристејтмента експлицитно искључују могућност позивања на (не)стабилност тржишних прилика и финансијску (не)способност уговорних страна.

Треба указати да судска пракса САД није јединствена у примени института *impracticability*. У случају *Alcoa*,⁶⁴ који припада групи случајева решаваних након нафтне кризе седамдесетих година прошлог века, суд је пребацио фокус анализе на тешкоћу извршења уговора због догађаја који је уследио након његовог закључења. Компанија је са својим уговорним партнером уговорила примену ценовног индекса који је омогућавао флукуацију уговорене цене. Међутим, уговорени индекс није на добар начин одражавао трошкове превоза који су енормно порасли због наглог скока цене сирове нафте на светском тржишту. У периоду од 10 година, колико је уговор извршаван, трошкови компаније, без трошкова радне снаге, порасли су за 600%, а само у 1978. порасли су за 270% преко процента који је био предвиђен уговореним индексом. Компанија је због тога претрпела губитке у износу од 75 милиона долара. За суд су ово биле околности које се оправдавале одступања од прецедентних случајева: „Фокус доктрина о неизводљивости и о фрустрацији је јасно на тешкоћи... Извршење може бити неизводљиво због тога што укључује екстреман и неразумни напор, трошкове, повреду или губитак за једну уговорну страну.“⁶⁵ Суд је одбио да прихвати да је предвиди-

62 Jennifer Camero, „Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability“, *The University of Hampshire Law Review*, Nr. 1/2015; Sheldon W Halpen, „Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘the Wisdom of Solomon’“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 5/1987, 1123–1178.

63 S. Halpen, 147.

64 *Aluminium Company of America (ALCOA) v. Essex Group Inc*, 449 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

65 *ALCOA*, пар. 74.

вост догађаја од значаја за примену института неизводљивости, већ се позвао на правичност, трговачку праксу и обичаје: „Јединствени трговачки законик тежи да прилагоди право здравом трговачком разуму и пракси. Судови морају одлучити у којој тачки ће интерес заједнице за предвидивим извршењем уговора уступити пред чињеницом да би извршење појединог уговора било комерцијално бесмислено и неправично. Дух Законика је да такве одлуке не могу произаћи из правних апстракција. Оне морају доћи од судова осетљивих на обичаје, праксу и уобичајене ставове у уваженом трговачком свету.“⁶⁶

Велики финансијски губитак је био одлучујући за суд и у случају *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*⁶⁷ У неким другим случајевима, судска анализа је квалитативне природе. Ако догађај који је наступио након закључења уговора суштински мења природу обавезе, дужник треба да буде ослобођен обавезе.⁶⁸

Америчко уговорно право такође познаје могућност ослобађања дужника обавезе због неиспуњења сврхе уговора. Ристејтмент уређује у члану 265 да ће дужник бити ослобођен будућих обавеза, ако, након што је уговор закључен, главна сврха уговора за једну уговорну страну буде суштински осујећена без њене кривице, због наступања догађаја чији изостанак је био основна претпоставка на којој је уговор заснован, изузев ако језик уговора или околности случаја указују на супротно. У судској пракси је примена овог института ограничена на ситуације када догађај који је потпуно непредвидив учини уговор безвредним за једну уговорну страну. Тако је у једном случају суд ослободио хотел обавезе да плаћа уговорену месечну накнаду суседном голф терену, на бази уговора који је омогућавао да хотелски гости користе голф терен, због тога што је хотел у међувремену изгорео и није могао да прима госте. Суд је нашао да је уговор био заснован на имплицитном услову да ће хотел наставити да прима госте.⁶⁹

Одредбе ЗОО посвећене раскиду или измени уговора због промјени околности у великој мери одржавају ставове прихваћене у упоредном законодавству и судској пракси. Одредбом члана 133 предвиђено је право стране којој је отежано испуњење обавезе или не може остварити сврху уговора, због околности наступелих након закључења уговора, да тражи да се уговор раскине. Страна која се пози-

66 ALCOA, пар. 76.

67 826 F. 2nd 239 (1987). Губитак је износио 80 милиона долара наспрам очекиваних 20 милиона профита.

68 R. Momber Uribe, 170.

69 *La Cumbre Golf & Country Club v. Santa Barbara Hotel Co*, 205 Cal 422, 271 P. 476 (1928).

ва на промењене околности не може тражити раскид: 1) уколико је била дужна да узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати; 2) ако су околности наступиле након истека рока за испуњење њене обавезе. ЗОО не обавезује уговорне стране да воде преговоре око измене уговора пре него што се уговор раскине, али дозвољава могућност измене уговора одлуком суда, на основу понуде једне или друге стране. Уговор се неће раскинути уколико друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.⁷⁰ Суд се приликом одлучивања о захтеву за раскид руководи начелима поштеног промета и дужан је да води рачуна о циљу уговора, нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.⁷¹ У нашем праву суд не може одредити време и услове раскида. Видели смо да се у међународним изворима права и упоредном законодавству у новије време изричито предвиђа право суда да одреди време и услове раскида уговора. У пракси, овај пропуст законодавца Србије изазива значајне практичне последице, јер је дејство раскида уговора у нашем праву везано за правноснажност судске одлуке којом се усваја захтев за раскид. Када се има у виду неефикасност наших судова, јасно је да институт раскида или измене уговора због промењених околности не обезбеђује у пуној мери заштиту стране којој је испуњење уговора отежано. Она је принуђена да испуњава уговорне обавезе све док суд правноснажно не одлучи по њеном захтеву. Није од значаја то да се суду обратила у нужди, јер јој је испуњење постало отежано или не остварује сврху уговора.

IV Обавеза обавештавања у предуговорној фази

Учесници преговора за закључење уговора имају дужности засноване на општим начелима облигационог права или законским одредбама којима се посебно уређује фаза преговора. Опште је прихваћено начело у упоредном законодавству да су стране у преговорима дужне да се понашају савесно и поштено. Једна од обавеза учесника преговора која се изводи из начела савесности и поштења јесте обавеза међусобног обавештавања о чињеницама и околностима од значаја за закључење уговора. Иако у правној теорији и судској пракси није спорно да та обавеза постоји, споран је њен домашај.⁷² С тим у вези, професор Орлић

70 ЗОО, чл. 134 ст. 4.

71 ЗОО, чл. 135.

72 То питање је предмет правних расправа још од античких времена. Познат је Цицеронов пример египатског трговца чији брод са житом први пристаје у луку Родос да прода жито гладним становницима острва. Цицерон поставља питање да ли

примећује да је обим обавезе обавештавања тешко одредити на општи начин и за све уговоре.⁷³ Обавеза обавештавања је више изражена код уговора у којима стране нису једнаке – тамо где слабија страна не располаже специјализованим знањима и искуствима,⁷⁴ или у уговорима који почивају на фидуцијарном односу уговорних страна, као што су уговори о осигурању, уговори о раду, уговори о оснивању друштва и сл.⁷⁵

Довођење у заблуду и одржавање у заблуди (превара) учесника преговора представља директну повреду начела савесности и поштења и основ за поништај уговора у већини правних система. Пропуштање саопштавања чињеница које су познате једном сауговорачу у фази преговора може представљати превару. Тако француска судска пракса истиче да се „превара (*rétilence dolosive*) може састојати у ћутању једне стране, чиме се од сауговорача прикрива чињеница која би је, да јој је била позната, спречила да закључи уговор.“⁷⁶

Француско право прошло је дуг пут од фазе негирања да просто ћутање једне стране представља превару до фазе када је дужност обавештавања у току преговора постала саставни део обавезе савесног и лојалног поступања.⁷⁷ Дужност обавештавања не обухвата обавезу саопштавања праве вредности предмета уговора. Обавеза обавештавања је посебно наглашена у уговорима у којима једна страна има слабији положај. Према ставу судске праксе, постојаће повреда обавезе обавештавања уколико су испуњени следећи услови: 1) један учесник у преговорима има одређено знање о чињеницама или је дужан да га има као професионалац; 2) информација је од одлучујућег значаја; 3) незнање дру-

је трговац у обавези да својим купцима саопшти чињеницу да ће у луку ускоро пристићи други бродови са житом? Marco Tullius Cicero, *De Officiis*, III књига, XII–XIII, доступно на адреси: <http://www.gutenberg.org/files/47001/47001-h/47001-h.htm#III.50>, 10. 2. 2020.

73 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 31.

74 *Ibid.*

75 Alberto M. Musy, „The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis in New Differences in Legal Cultures“, *Working Paper Series, International Centre for Economic Research*, 2000.

76 Cour App. Montpellier, 24. 3. 1986. Наведено према: A. Musy, *Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis*, LL.M. University of California, Berkeley, 1995.

77 Pierre Legrand, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Nr. 3/1986, 322–353. Види и Снежана Дабих, *Дужности обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2018, 32 и даље, доступно на адреси: <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/10215/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 10. 2. 2020.

ге стране о тим чињеницама је извињавајуће; и 4) друга страна се легитимно ослањала на информације које је добила од прве стране.⁷⁸ У складу са тим ставом, суд је прогласио банку одговорном због пропуста да јемца по уговору о кредиту обавести о финансијском стању главног дужника.⁷⁹

Након реформе грађанског права спроведене 2016, одредбе о превари у ФГЗ су прецизиране, тако да је јасно одређено да превара представља и намерно прикривање чињеница од једне стране, уколико она зна за одлучујући значај те чињенице за другу страну.⁸⁰ Поред тога, прописано је да је заблуда која је проузрокована преваром увек извињавајућа и представља основ за поништај уговора, чак и када се тиче вредности предмета обавезе или мотива за закључење уговора.⁸¹ Обавеза информисања прописана је у Француској посебним законима, донетим ради усклађивања са директивама ЕУ о заштити потрошача, о којима ће бити речи нешто ниже.

Обавеза информисања у предуговорној фази није на општи начин дефинисана у англосаксонском праву. Судска пракса је заузела став да постоји обавеза упознавања друге стране са садржином типских уговора и њеног упозоравања на нарочито онерозне уговорне клаузуле.⁸² Обавеза потпуног обавештавања о релевантним чињеницама постоји код уговора у којима између уговорних страна постоји однос нарочитог поверења (*uberimae fidei*). Суд је нашао да такав однос постоји између банке и клијента који су претходно дуги низ година пословно сарађивали, при чему је службеник банке знао да клијент има поверење у њега, а уговор који је закључен је био неповољан за клијента.⁸³

Дужност обавештавања у енглеској судској пракси изводи се посредно, применом других правних института. Тако се погрешним обавештавањем (*misrepresentation*) сматра саопштавање чињеница за које једна страна зна да нису тачне, или због своје непажње сматра да су тачне. У оба случаја страна која је погрешним обавештавањем доведена у заблуду има право на раскид уговора и право на накнаду штете, чији обим зависи од степена кривице стране даваоца информација. Право на накнаду штете не постоји ако прва страна није била свесна да су информације које пружа нетачне.⁸⁴

78 Pierre Legrand, „Information in formation of contract: a civilian perspective“, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 19, 1991.

79 Cass. Civ. 13. 5. 2003.

80 ФГЗ, чл. 1137 ст. 2.

81 ФГЗ, чл. 1139.

82 *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1987, EWCA Civ 6.

83 *Lloyds Bank Ltd v Bundy*, 1974, EWCA Civ 8, 1975, QB 326.

84 J. Poole, 539 и даље.

Принуда (*undue influence*) је у енглеском праву призната као мана воље, која има за последицу рушљивост уговора.⁸⁵ У једном случају је суд нашао да је банка одговорна због тога што није упозорила клијенткињу да је уговор о хипотеци који закључује као обезбеђење за кредит компаније њеног мужа неповољан за њу. Суд је сматрао да је банка морала да претпостави да је муж приморао супругу да стави хипотеку и да је била у обавези да предузме кораке да клијенткиња добије потпуне информације о природи обавезе коју преузима, било тако што ће је службеници банке позвати на одвојен састанак, било тако што ће је упутити да затражи савет адвоката.⁸⁶

Конечно, несавесно вођење преговора (*unconscionable bargaining*) може бити основ за поништај уговора, уколико је друга страна у инфериорној позицији, због своје лоше економске ситуације или незнања. У енглеској судској пракси је за примену овог института потребно доказати да је постојало неприкладно поступање јаче стране, било кроз наметање неправичних уговорних одредаба, било кроз њено понашање током преговора.⁸⁷

Право САД експлицитно стоји на становишту да дужност обавештавања у предуговорној фази произлази из начела савесности и поштења. Амерички судови заузели су став да обавеза саопштавања чињеница постоји увек када једна страна има супериорно знање, а посебно онда када друга страна предузима радње које иначе не би предузела да је знала за те чињенице.⁸⁸ Ристејтмент у области деликта (*Restatement of Torts*) предвиђа обавезу стране у пословној трансакцији да са разумном пажњом, пре него што је трансакција конзумирана, саопшти другој страни основне чињенице о трансакцији, уколико зна да је друга страна у заблуди у погледу тих чињеница и да би та друга страна разумно очекивала саопштавање тих чињеница, било због односа међу њима, обичаја у трговини или објективних околности. Страна која је пропустила да саопшти битне чињенице, одговараће за штету као да је тврдила да те чињенице не постоје, под условом да је била дужна да покаже разумну пажњу приликом обавештавања о односном питању.⁸⁹ На сличан начин, Ристејтмент у области уговора изједначава необавештавање о чињеницама које су основна претпоставка уговора са тврдњом да те чињенице не постоје (преваром), уколико је пропуштање обавештавања у супротности са начелом савесности и поштења и

85 J. Poole, 597.

86 *Royal Bank of Scotland v. Elridge (No 2)*, 2002, UKHL 44, 2002, 2 AC 773.

87 *Credit Lyonnaise Bank v. Burch*, 1997, 1 All ER 144.

88 *States ex rel. Bussen Quarries, Inc. v. Thomas*, 938 F. 2d 831, 834 (8th Cir. 1991).

89 Restatement of Torts 2d, одељак 551.

разумним стандардима фер пословања, а страна која пропусти да обавести другу страну о тим чињеницама зна да би обавештавањем отклонила њену заблуду.⁹⁰

Дужност предуговорног обавештавања у односу на потрошаче уређена је у Европској унији Директивом о правима потрошача.⁹¹ Одредбом члана 3 Директиве одређено је да трговац мора да обавести потрошача пре закључења уговора, на јасан и разумљив начин, о основним особинама робе или услуге, цени и другим накнадама и другим елементима уговора. Пре доношења Директиве 2011/83, одговорност трговца за несавесно поступање у току преговора заснивала се на Директиви о неправичним условима у потрошачким уговорима.⁹² У складу са чланом 3 став 1 Директиве 93/13, клаузула у уговору о којој трговац и потрошач нису посебно преговарали, сматраће се неправичном ако, супротно начелу савесности, проузрокује значајну неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна, на штету потрошача. Када је реч о финансијским услугама, обавеза обавештавања у предуговорној фази уређена је детаљно Директивом о кредитним аранжманима за потрошаче из 2008.⁹³ Кредитори су дужни да у разумном року пре закључења уговора о кредиту дају потрошачу информације које су му потребне да би могао да донесе информисану одлуку о томе да ли да закључи уговор о кредиту. Те информације морају бити пружене у писаној форми или на трајном носачу података.⁹⁴ Том директивом су државе чланице ЕУ обавезане да обезбеде да даваоци кредита и кредитни посредници дају адекватна обавештења потрошачу, са циљем да се потрошач стави у положај да може да процени да ли је предложени уговор о кредиту у складу са његовим потребама и финансијском ситуацијом, а тамо где је то погодно, и објашњење предуговорних информација, основне карактеристике понуђеног кредитног производа и посебне ефекте који он може имати на потрошаче.⁹⁵

Обавеза предуговорног обавештавања детаљно је уређена и Начртом заједничког оквира за Начела, дефиниције и модел правила ев-

90 Restatement of Contracts 2d, одељак 161.

91 Директива о потрошачким правима (Directive 2011/83 of the EU Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, *OJ L* 304, 22. 11. 2011).

92 Директива о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21. 4. 1993).

93 Директива о уговорима о потрошачким кредитима (Directive 2008/48 of the EU Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers, *OJ L* 133, 22. 5. 2008) – Директива 2008/48.

94 Директива 2008/48, чл. 5 ст. 1.

95 Директива 2008/48, чл. 5 ст. 6.

ропског приватног права (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*).⁹⁶ У члану 3:101 прописана је обавеза за привредног субјекта да пре закључења уговора о продаји робе, других ствари или пружању услуга, обавести другу страну о чињеницама које би та друга страна разумно могла очекивати, узимајући у обзир стандарде квалитета и извршења који би били нормални у тим околностима. Посебну дужност имају привредни субјекти који нуде робу или услуге потрошачима. Они не смеју давати обмањујуће (*misleading*) информације. Информација је обмањујућа уколико погрешно представља или пропушта да да материјалне чињенице које би просечан потрошач могао да очекује да му буду пружене како би донео информисану одлуку о томе хоће ли предузети кораке да закључи уговор.⁹⁷ Уколико је уговор закључен уз пропуштање привредног субјекта да пружи информације на начин и у обиму како је то прописано, привредни субјекат ће имати уговорне обавезе које би друга страна разумно могла очекивати у одсуству некоректне информације, а друга страна, поред тога, има право на накнаду штете.⁹⁸ Уколико су испуњени услови за примену института заблуде или преваре, друга страна може тражити поништај уговора.⁹⁹

У ЗОО није уређена обавеза обавештавања у предуговорној фази, иако ЗОО познаје институт предуговорне одговорности у облику права на накнаду штете због несавесног вођења преговора.¹⁰⁰ У члану 268 ЗОО уређује се обавеза информисања између уговорних страна: „Уговорна страна која је дужна да обавести о чињеницама које су од утицаја на њихов међусобни однос, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена.“ Из наведене одредбе јасно произлази да дужност обавештавања мора имати свој основ у закону или у уговору. У нашој правној теорији, наведена одредба се види као конкретизација начела савесности и поштења и начела поступања са дужном пажњом. Примена тих начела се простире и на период пре закључења уговора. Сходно томе, заузет је став да се одредба члана 268 ЗОО може применити и на ситуације пропуштања обавештавања у предуговорној фази.¹⁰¹

Прећуткивање информација које су од значаја за закључење уговора, према ставу преовладавајућег дела наше правне теорије може

96 Доступно на адреси: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf, 10. 2. 2020.

97 Нацрт Заједничког оквира, књига II, чл. 3:102 ст. 1.

98 Нацрт Заједничког оквира, књига II, чл. 3:109 ст. 1.

99 Нацрт Заједничког оквира, књига II, члан 7:201–7:205.

100 ЗОО, чл. 30 ст. 2 и 3.

101 С. Дабић, 81.

представљати превару, уколико на тај начин један учесника у преговорима намерно одржава другу страну у заблуди: „За разлику од правила да се воља, осим изузетно, не може изјавити пасивно, односно потпуним уздржавањем, при превари је друкчије, јер се она може учинити и потпуном апстиненцијом, тоталном пасивношћу.“¹⁰² У прилог овом ставу изјашњавала се и наша судска пракса.¹⁰³ Превара је основ за релативну ништавост уговора.¹⁰⁴

Обавеза информисања у предуговорној фази прописана је у нашем праву када је реч о појединим уговорима¹⁰⁵ и, на општи начин, у материји заштите потрошача. Важећим Законом о заштити потрошача право потрошача на обавештеност је дефинисано као једно од основних њихових права. Обавештеност је дефинисана као располагање тачним подацима који су неопходни за разуман избор понуђене робе или услуга.¹⁰⁶ На сличан начин је ово потрошачко право било уређено и у Закону о заштити потрошача из 2005.¹⁰⁷ Пошто је обавеза информисања уређена на императиван начин, неизвршавање те обавезе представља основ за апсолутну ништавост уговора.¹⁰⁸

V Хронологија кредита индексираних у ЦХФ

Кредити индексирани у страном валути су се појавили у првој половини осамдесетих година прошлог века у Аустралији, када су поједине банке почеле да нуде кредите индексираних у швајцарским францима и јапанским јенима физичким лицима, махом малим фармерима. Средном осамдесетих аустралијски долар је нагло пао и велики број корисника ових кредита је дошао у ситуацију да не може да уредно измирује своје уговорне обавезе. Велики број спорова је покренут пред аустралијским судовима за поништај уговора о кредиту индексираних у страном валути. Аустралијски судови нису прихватили тврдње тужилаца да између банке и корисника кредита постоји фидуцијарни однос и да је банка

102 О. Антић, 334. Види и С. Дабић, 38–40.

103 Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1004/58, наведено према С. Дабић, 40.

104 ЗОО, чл. 111.

105 Нпр. уговор о осигурању, ЗОО, чл. 907.

106 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016-др. закон и 44/2018-др. закон, чл. 2 тач. 3.

107 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, чл. 3: „Основна права потрошача у смислу овог закона јесу: 3) информисаност – располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке или ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду.“

108 ЗОО, чл. 103 ст. 1.

била дужна да упозори клијенте на ризике које носи та врста кредита, јер то произлази из дужности пажње. Став судова је био да аустралијско прецедентно право не третира однос банке и клијента као фидуцијаран однос и да су клијенти преузели ризик промене курса када су ступили у уговорни однос са банком. Став судова се променио када су у јавност испливали интерни банкарски документи који су потврђивали да су банке биле свесне ризика ових кредита и за клијенте и за њих саме (у случају да велики број клијената престане да их отплаћује). Пензионисани менаџер Банке Комонвелта посведочио је да је током свог посла анализирао документацију великог броја кредита индексираних у швајцарским францима. Уочио је да су корисници тих кредита редовно били потпуно неискусни у питањима стране валуте и да су се приликом закључења уговора ослањали на усмене информације које су добијали од службеника банке. Он је такође установио да су директори филијала и службеници који су радили на одобравању кредита у иностраној валути имали веома мало знања о специфичностима тог банкарског производа. У разговорима које је имао са великим бројем клијената, већина њих му је рекла да је од службеника банке добила информације да је швајцарски франак стабилна валута, да су камате на кредите у тој валути драстично ниже у поређењу са кредитима у домаћој валути и да ће се ЦХФ кредити конвертовати у кредите у домаћој валути у случају да раст курса буде већи од 5%. Он је још посведочио да банка у којој је радио није имала никакву политику обуке службеника за рад са кредитима индексираним у иностраној валути и да, као последица тога, клијенти нису били саветовани да процене свој ризик задуживања у иностраној валути. Суд је прихватио то сведочење као нови доказ који може бити од утицаја на правилно решавање ствари и дозволио је понављање поступка.¹⁰⁹

Кредити индексирани у ЦХФ постају популарни у Европи половином 2000-тих, а врхунац популарности достижу 2007. Кредити су одобрани како у земљама еуро зоне, тако и изван ње. Највећа потраживања по ЦХФ кредитима имале су банке у Пољској и Мађарској. Анализа Народне банке Швајцарске указује да су банке у еуро зони покривале своја потраживања задуживањем у швајцарским францима од швајцарских банака или издавањем обвезница у тој валути на

109 *Commonwealth Bank of Australia v. Quade and others*, 1991, HCA 61, 178 CLR 134, 3. 10. 1993.

За детаљније објашњење аустралијских случајева у вези са кредитима индексираним у иностраној валути види Evan Jones, „The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with Particular Reference to the Commonwealth Bank of Australia“, *The University of Sidney School of Economics and Political Science, Working Papers*, децембар 2005, доступно на адреси: http://www.profuturis.eu/pliki/australia_kredyty_walutowe_opracowanie.pdf, 10. 2. 2020.

финансијском тржишту. За разлику од њих, банке изван еуро зоне су потраживања у ЦХФ исказивале искључиво кроз ставке у својим рачуноводственим билансима. Банке у источној и централној Европи су махом одобравале кредите индексиране у ЦХФ физичким лицима у облику стамбених и потрошачких кредита.¹¹⁰ У земљама еуро зоне то није био случај, већ су се ти кредити одобравали привредницима и правним лицима.¹¹¹ Према једном истраживању спроведеном на бази података Народне банке Швајцарске о задуживању у швајцарским францима, Србија и Хрватска су предњачиле у погледу задужености не-банкарског сектора у страном валути. Тако је у обе земље 2011. године проценат кредита не-банкарском сектору у страном валути износио више од 70% од укупно одобрених кредита. Испред Србије и Хрватске била је само Летонија, у којој је проценат кредита у страном валути корисницима из не-банкарског сектора износио читавих 90% од укупног износа кредита.¹¹² Резултат истраживања је био да је системски ризик највећи управо у државама у којима је проценат задужења небанкарског сектора (што укључује и одобрене кредите домаћинствима, односно физичким лицима) у страном валути највећи. Системски ризик је последица чињенице да кредити одобрени у страном валути нису покривени приходима или имовином у тој валути. Системски ризик Хрватске у 2011. био је процењен на 36,7, док је у Србији био 31,8. Од европских земаља, само је Летонија имала већи системски ризик – 44,3. Насупрот томе, системски ризик Француске износио је –0,8%! Европска централна банка је упозоравала 2010. године на системске ризике за европски банкарски систем проузроковане великим степеном задужења у страном валути у земљама централне и источне Европе и неопходност регулаторних мера како би се тај ризик амортизовао.¹¹³

Односи европских валута према швајцарском франку у првој половини 2000-тих па све до краја 2007. погодовали су банкама да нуде кредите индексиране у тој валути. Тако је еуро, почев од свог пуштања у оптицај 1. 1. 2002, бележио константан раст у односу према ЦХФ, да би свој врх достигао крајем 2007, када је један еуро вредео 1,68 ЦХФ. Почев од 2008, када је економска криза захватила Европу, еуро пада у односу

110 Michal Buzsko, Dorota Kruppa, „Foreign Currency Loans in Poland and Hungary – A Comparative Analysis“, *3rd Economics and Finance Conference*, Rome, 14–17. април 2015.

111 Martin Brown, Marnel Peter, Simon Wehrmüller, *Swiss Franc Lending in Europe*, Swiss National Bank, фебруар 2009, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/266862622_Swiss_Franc_Lending_in_Europe, 10. 2. 2020.

112 Pinar Jeşin, „Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe“, *Federal Reserve Bank of St Louis Review*, мај-јун 2013, 221.

113 European Central Bank, „Addressing Risks Associated with Foreign Currency Lending in EU Member States“, *Financial Stability Review*, 2010, 161.

на ЦХФ. Драстичан пад забележен је половином 2008, када је однос евро ЦХФ пао на 1,43 и крајем 2011, када се однос евра и ЦХФ скоро изједначио (1,0451).¹¹⁴ Слични трендови забележени су и у односу на друге европске валуте. Када је реч о односу ЦХФ према динару, вредност ЦХФ се током 2007. и већи део 2008. кретала испод 50 РСД, да би већ крајем 2008. порасла на скоро 60 РСД за франак. Крајем 2012. швајцарски франак вредео је 94 РСД.¹¹⁵ У периоду од пет година (31. 12. 2007–31. 12. 2012) курс швајцарског франка је ојачао у односу на динар за 96%. У истом периоду курс евра је ојачао у односу на динар за свега 43%.

Јачање швајцарског франка довело је многе грађане централно-европских и источноевропских земаља у незавидну позицију, јер су им се рате кредита нагло повећале. Учестали су били захтеви корисника кредита да се усвоје мере које ће санирати насталу ситуацију. Најбрже су реаговале владе држава у којима је велики број грађана отплаћивао кредите индексиране у ЦХФ. Мађарска влада је 2009. године постигла споразум са Удружењем банака Мађарске 2011. године, према коме су корисници кредита индексираним у ЦХФ и еврима убудуће плаћали рате у складу са фиксираним курсом форинте у односу на ЦХФ и евро, који је био за више од 20% нижи од тржишног курса. Током 2014. године Парламент Мађарске је донео законе којим је обавезао банке да обештете кориснике кредита за износе наплаћене по основу обрачунавања неповољнијег курса форинте и једностраног повећања каматне стопе, као и закон којим су сви кредити у страниј валути конвертовани у форинту.¹¹⁶ Након што је уставност закона потврђена пред Уставним судом Мађарске, неколико мађарских банака обратило се Европском суду за људска права, истичући, између осталог, повреду права на имовину због ретроактивне примене новог прописа. Европски суд је одбио њихов захтев, образлажући да је оспорени закон донет како би се решио проблем потрошачких кредита у страниј валути, те да су законом кодификована правила која су већ била утврђена у мађарској судској пракси. Суд је такође констатовао да државе уживају широка дискрециона права када је реч о регулисању финансијског сектора и одговору на финансијску кризу.¹¹⁷

Хрватска је изменама Закона о потрошачком кредитирању¹¹⁸ прописала обавезу поверилаца по уговорима о кредиту деноминираних у

114 Извор доступан на адреси: *fxtop.com*, 1. 2. 2020.

115 Извор: Народна банка Србије.

116 Доступно на адреси: <https://theorangefiles.hu/orban-administration-measures-to-reduce-household-foreign-currency-loan-debt/>, 10. 10. 2020.

117 *Merkantil Car Zrt. v. Hungary and others*, No. 22863/15.

118 Закон о потрошачком кредитирању, *Narodne novine*, бр. 102/15.

ЦХФ или деноминираних у кунама са валутном клаузулом у ЦХФ, да изврше конверзију у кредите деноминирани у еврима на начин да се положај корисника ЦХФ кредита изједначи са положајем корисника кредита у еврима.¹¹⁹ Обавеза конверзије односила се и на кредите који су већ претходно били конвертовани у другу валуту или су наплаћени принудним путем, уколико је укупан износ кредита већи од милион куна (око 135.000 ЕУР). Закон је био оспорен на Уставном суду Хрватске, али безуспешно. Уставни суд нашао је да је циљ Закона о потрошачком кредитирању заштита потрошача, а изменама Закона из 2015, та се заштита додатно појачава. Суд је нашао да није повређено начело забране ретроактивног важења закона уколико се закон примењује на уговорне односе који нису престали пре ступања на снагу његових измена.¹²⁰ Суд назива примену новог прописа на правне односе који су у току квази-ретроактивношћу, која је дозвољена, уколико се циљ мере не би могао постићи на други начин.¹²¹ Суд је нашао да је Влада РХ имала легитиман циљ приликом предлагања измена закона, а то је циљ заштите потрошача. Суд је такође сматрао да није повређено право повериоца на мирно уживање имовине тиме што је изменама Закона о потрошачком кредитирању предвиђено одлагање извршења на средствима обезбеђења до правноснажности одлуке о ништавости уговора о кредиту са међународним обележјем,¹²² јер је одлагање извршења само привремена мера. Када парница буде окончана, поступак извршења се може наставити у складу са законом.¹²³

Закон о конверзији ЦХФ кредита донела је и Румунија октобра 2016. Законом је била предвиђена конверзија дуга по кредитима у домаћу валуту, по званичном курсу на дан пуштања кредита у течај. Уставни суд Румуније, поступајући по предлогу румунске владе, прогласио је тај закон неуставним због повреде принципа бикамерализма у поступку доношења закона у румунском парламенту. Наиме, два дома румунског парламента усвојили су два битно различита текста предметног закона. Други разлог је што, према ставу Уставног суда Румуније, конверзија дуга према курсу који је важио на дан пуштања у течај није у складу са директивама ЕУ у области заштите потрошача.¹²⁴

Румунски потрошачи потражили су заштиту пред судом. Румунски суд, поступајући у једном спору због ништавости уговора о кре-

119 Закон о потрошачком кредитирању, чл. 19б.

120 Одлука Уставног суда Републике Хрватске бр. U-I-4455/2015 од 4. 4. 2017.

121 Одлука УСРХ, пар. 13.

122 Закон о потрошачком кредитирању, чл. 19к.

123 Одлука УСРХ, пар. 25.2.

124 Извор: <https://www.romania-insider.com/swiss-franc-loan-conversion-law-declared-unconstitutional-romania>, 1. 2. 2020.

диту са клаузулом о индексацији у ЦХФ, затражио је прелиминарно мишљење Европског суда правде у контексту примене Директиве 93/13 о неправичним уговорним клаузулама на уговоре о кредиту. Тужиоци су тврдили да је клаузула о индексацији кредита у ЦХФ неправична у смислу прописа којима се штите потрошачи, јер банке, које су биле у позицији да предвиде флукуације швајцарске валуте, нису приликом закључења уговора објаснили клијентима ризик од задужења у тој валути. Европски суд правде је нашао да клаузула уговора којом се врши индексација кредита у швајцарским францима није сама по себи неправична, под условом да је формулисана јасним и разумљивим језиком. Одредба члана 4(2) Директиве 93/13, која прописује да уговори морају бити формулисани јасним и разумљивим језиком, у контексту уговора о кредиту, значи да финансијске институције морају клијентима пружити довољно информација да би донели разумну и добро информисану одлуку. У светлу предметног спора, то значи да уговорна клаузула о индексацији у страниој валути треба да буде не само јасна и разумљива у граматичком смислу, већ и у смислу њених стварних ефеката, тако да просечан потрошач, који је разумно добро информисан, разборит и пажљив, може бити свестан могућности раста или пада валуте индексације и да може да процени потенцијално значајне економске последице те клаузуле на његове финансијске обавезе. Национални судови треба да провере испуњеност тих услова.¹²⁵

Европски суд правде – ЕСП, заузео је одговарајуће ставове и у другим случајевима у којима је од њега затражено прелиминарно мишљење.¹²⁶ У случају *Dziubak*, пољски суд је поставио ЕСП питање правног дејства ништавости уговора о кредиту са неправичном клаузулом о индексацији у страниој валути у контексту одредби Директиве 93/13. Питање пољског суда односило на могућност националног суда да мења уговор о кредиту са ништавом клаузулом, допуњујући га са диспозитивним одредбама националног закона. У конкретном случају, оспорена је као непоштена одредба уговора о кредиту према којој се корисник кредита обавезивао да плаћа рату кредита у пољским злотима индексирани према продајном курсу ЦХФ, док је банка ставила кредит у тецај у пољским злотима индексирани према куповном курсу ЦХФ. Генерални адвокат је изнео мишљење да Директива 93/13 има за непосредни циљ успостављање равнотеже у односима између потрошача и друге уговорне стране, као економски јаче. Одредба члана 6(1) Директиве,

125 *Ruxanda Paula Andriciuc and Others v. Banca Românească SA*, 20. 9. 2017, C-186/16, EU:C:2017:703.

126 *Sziber*, C-483/16, 20. 9. 2018, EU:C:2018:367; *OTP Bank and OTP Factoring*, C-51/17, 20. 9. 2018, EU:C:2018:750; *Dunai*, C-118/17, 14. 3. 2019, EU:C:2019:207; *Albanca Corporación Bancaria*, C-70/17, 26. 3. 2019, EU:C:2019:250.

која прописује да неправичне уговорне одредбе неће обавезивати потрошача, императивне је природе и има за циљ успостављање истинске равнотеже у односима уговорних страна. Правне последице утврђења да је уговорна клаузула неправична се одређују националним правом. Уговор ће наставити да обавезује уговорне стране уколико може да опстане без неправичне уговорне одредбе. На основу тога, Генерални адвокат сматрао је да национални судови не могу интервенисати у уговор, тако што ће мењати садржину неправичне одредбе. Уколико би се таква интервенција дозволила, имала би за последицу компромитацију дугорочног циља установљеног Директивом 93/13, а који се огледа у одвраћању продаваца и пружалаца услуга од коришћења неправичних клаузула у уговорима са потрошачима. ЕСП је у једном претходном случају дозволио изузетак од овог правила само ако би ништавост неправичне клаузуле водила ништавости читавог уговора и то би повлачило консеквенце које би за потрошача биле посебно неправичне, као на пример, да потрошач треба да врати читав преостали износ главнице одједном. У таквом случају потрошач има право на избор, односно он мора прихватити да суд измени уговорну клаузулу да би уговор опстао.¹²⁷ ЕСП је у пресуди у случају *Dziubak* прихватио мишљење Генералног адвоката. Суд је појаснио да се последице утврђивања ништавости поједине уговорне одредбе цене у складу са националним законодавством, при чему је потврдио становиште пољског суда да уговор у целини не може опстати, ако би поништај спорне одредбе уговора имао за последицу измену главног предмета уговора.¹²⁸ Уколико би се клаузула о обрачуну рате према продајном курсу ЦХФ у односу на пољски злот поништила, на снази би остале одредбе уговора о кредиту у погледу висине каматне стопе, која је била одређена на нижем нивоу, управо због индексације кредита у ЦХФ. ЕСП је сматрао да поништење клаузуле о индексацији има за последицу елиминисање ризика промене курса валуте у односу између уговорних страна. ЕСП је подсетио на своје раније одлуке, у којима је истакао да ризик промене курса валуте спада у главни предмет уговора, тако да објективно није могуће да уговор опстане на снази након елиминације спорне клаузуле.¹²⁹

Међу земљама евро зоне, Француска је изменама Закона о потрошачима забранила кредите потрошачима у страниој валути, изузев уколико потрошач остварује 50% и више прихода у тој валути, или уколико поседује најмање 20% имовине у тој валути.¹³⁰ Сличне мере нису забеле-

127 *Dziubak*, C-260/18, Opinion of Advocate General Pitruzzella, 14. 5. 2019, EU:C:2019:405.

128 C-220/18, пресуда Суда правде од 3. 10. 2019, ECLI:EU:C:2019:819.

129 Пар. 44 пресуде.

130 Француски Закон о потрошачима (*Code de la consommation*), чл. L 312-3-1.

лежене у државама изван евро зоне, иако је у тим државама много више изражен системски ризик од задуживања у иностраној валути.

Органи Републике Србије су доста невољно и закаснило реаговали на проблеме изазване индексацијом кредита у швајцарским францима. Народна банка Србије донела је 2011. године Одлуку о мерама за очување и јачање стабилности финансијског система, са циљем смањења ризика у том систему који произлази из високог учешћа кредита одобрених у иностраној валути и у динарима са девизном клаузулом. Том одлуком НБС је дозволила кредитирање физичких лица кредитима „индексираним са девизном клаузулом“, под условом да је валута обавезе евро.¹³¹ Одлука није имала значајан практичан ефекат, с обзиром да у то време банке више нису нудиле кредите индексирани у ЦХФ. Друго, НБС није одлуком уредила питање дејства уговора о кредиту индексираних у ЦХФ чија је отплата још увек била у току. Одлука НБС је произвела парадоксалну ситуацију, да су кредити индексирани у ЦХФ забрањени у правном систему Србије, али да уговори закључени пре 2011. са клаузулом о индексацији у ЦХФ и даље опстају и угрожавају стабилност финансијског система – циљ који је требало да буде остварен њеним доношењем.

Године 2015. Народна банка Србије је донела другу по реду Одлуку о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути.¹³² Новом одлуком НБС је наложила банкама да корисницима кредита понуде један од четири модела анекса уговора о кредиту индексираних у ЦХФ: 1) конверзија кредита у кредит индексиран у еврима, по курсу повољнијем за 5% од званичног курса који важи на дан закључења анекса уговора, уз даљу примену каматне стопе коју банка примењује на кредите у еврима и могућност продужења рока отплате за пет година; 2) конверзија кредита у кредит индексиран у еврима, уз снижавање каматне стопе коју банка примењује на кредите индексирани у еврима за један индексни поен, при чему стопа не може бити нижа од 3% и могућност продужења рока отплате за пет година; 3) кредит остаје индексиран у ЦХФ, а уговорена каматна стопа смањује се за један индексни поен, при чему не може бити нижа од 3%, уз могућност продужења рока отплате до пет година; и 4) кредит остаје индексиран у ЦХФ, али се износ рате снижава за 20% у периоду од три године, а разлика умањења се отплаћује након истека уговореног рока отплате кредита у 12 једнаких месечних рата. Ниједан од понуђених модела није отклањао неравнотежу у давањима

131 Тач. 2 Одлуке, *Службени гласник РС*, бр. 34/2011 и 114/2017.

132 Одлука о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути, *Службени гласник РС*, бр. 21/2015 и 51/2015.

уговорних страна, већ су предвиђали олакшице у отплати кредита. Само је први модел предвиђао и умањење преостале главнице за 5%, што је много мање од диспаритета курса ЦХФ и евра према динару насталог у периоду од закључења уговора о кредиту до доношења Одлуке НБС. Последња два модела нису уопште предвиђали конверзију, већ искључиво олакшице у отплати, с тим што би, у крајњем исходу, те олакшице водиле повећању укупне обавезе дужника по кредиту. НБС је приликом доношења Одлуке из 2015, пренебрегла чињеницу да је претходно својом Одлуком из 2011. забранила кредите индексирание у ЦХФ, прописујући два модела „конверзије“ који уопште нису предвиђали замену клаузуле о индексацији у ЦХФ клаузулом у еврима! Крајњи исход је да су мере НБС биле неефикасне, јер се веома мали број корисника кредита одлучио да прихвати неки од понуђених модела.

Већи број корисника кредита поднео је тужбе за раскид уговора због промењених околности и тужбе за ништавост ЦХФ клаузуле или ништавост уговора о кредиту са ЦХФ клаузулом. Априла 2019. Врховни касациони суд доноси правно схватање о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима. Одмах затим, Народна скупштина РС усваја Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.¹³³

VI Правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда

Правним схватањем од 2. априла 2019. ВКС је потврдио у тачки 1 да су валутне клаузуле правно ваљане, уколико се уговарају у циљу очувања једнаке вредности узајамних давања, када се тржишна вредност пласираних и враћених динарских кредитних средстава утврђује индексирањем у еврима. У образложењу тачке 1, ВКС се позива на начело једнакости узајамних давања из члана 15 ЗОО, члан 395 ЗОО, члан 8 Закона о девизном пословању¹³⁴ и Одлуку НБС из 2011. године. Потребно је најпре истаћи да се Закон о девизном пословању не односи на предметну материју, јер се њиме уређује искључиво кредитни послови у девизама и кредитни послови са иностранством. Одредбом чл. 25 ст. 1 Закона одређено је да банка може одобрити кредит резиденту – правном лицу, ради плаћања увоза робе и услуга из иностранства, док је одредбом ст. 2 истог члана прописано да банка може одобрити кредит

133 Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – ЗоК, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2019.

134 Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

резиденту – физичком лицу у девизама ради куповине непокретности у земљи. Девизе су, у складу са дефиницијом тог појма датом у истом закону, потраживања према иностранству која гласе на страну валуту.¹³⁵ Чланом 8 Закона о девизном пословању, на који се позива правно схватање ВКС, уређује се питање плаћања и наплате текућих послова у односима са иностранством, при чему се забрањују трансакције на основу уговора у којима није наведена стварна цена или на основу неистинитих исправа. Законом о девизном пословању, чл. 2 тач. 24, одређује се појам валутне клаузуле – то је уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици, с тим што се плаћање и наплаћивање обавеза по тим уговорима врши у динарима (валута исплате). Законом о девизном пословању не уређује се под којим условима је допуштено уговарање валутне клаузуле у Србији, тако да је позивање ВКС на тај закон беспредметно.

ВКС се није експлицитно бавио питањем ретроактивности мера НБС уведених Одлуком из 2011. године. Чини се да је имплицитан став ВКС да се мера НБС односи и на уговоре о кредиту са валутном клаузулом о индексацији у ЦХФ који су закључени пре ступања на снагу Одлуке НБС из 2011. Такав став је, на први поглед, у складу са поменутих схватањима Европског суда за људска права и хрватског Уставног суда, као и са схватањима домаће правне теорије о повратној примени прописа.¹³⁶ Међутим, значајна је разлика у околностима под којима су се страни судови и ВКС изјаснили о допуштености ретроактивности, будући да су ови први преиспитивали ретроактивност закона, док се ВКС позива на подзаконски акт Народне банке Србије. Домаћа правна теорија је изричита у ставу да се ретроактивност може установити само законом,¹³⁷ а такво решење предвиђа и Устав Србије.¹³⁸ Мимо одлуке НБС из 2011, ниједан од закона на који се ВКС позива не условљава допуштеност валутне клаузуле њеним везивањем за евро као валуту обавезе. Став ВКС могао би се бранити схватањем да није реч о ретроактивној примени подзаконског акта, будући да се њиме уређују правне ситуације у току дејства.¹³⁹ Проблем је, међутим, у томе што Одлука НБС својом садржином ограничава сопствену примену на будуће односе, т.ј. на уговоре

135 Закон о девизном пословању, чл. 2 тач. 5.

136 Види: Глигорије Гершић, *Дипломајско и конзуларно право: Теорија о њојвралој сиии закона*, Београд, 1995; Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и друћих оићићих акаћиа*, Београд, 1987; Драгана Ђорић, *Принципиј сћечених йрава и рећироакћивно дејсћиво закона*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2011.

137 Г. Гершић, 361, С. Перовић (1987), 132–135.

138 Устав РС, *Службени йласник РС*, бр. 98/2006, чл. 197 ст. 2.

139 И ово становиште има ограничен домашај, јер ништавост погађа и уговоре који су извршени или који су на неки други начин престали да важе.

о кредиту који се закључују након њеног ступања на снагу. Супротно томе, ВКС проширује дејство Одлуке на уговорне односе који су већ засновани. Сматрамо да је било неопходно да се ВКС изричито изјасни у погледу тога где налази правно упориште за примену Одлуке НБС на уговоре о кредиту индексиране у ЦХФ који су закључени пре 2011, посебно имајући у виду став ВКС да је правна последица ништавости тих уговора принудна замена клаузуле о индексаџији у ЦХФ, клаузулом о индексаџији у еврима, о чему ће даље бити речи.

Тачком 2 правног схватања проглашава се ништавом одредба уговора о кредиту о индексирању динарског дуга применом курса ЦХФ „која није утемељена у поузданом писаном доказу да је банка пласирана динарска средства прибавила посредством сопственог задужења у тој валути и да је пре закључења уговора кориснику кредита доставила потпуну писану информацију о свим пословним ризицима и економско финансијским последицама које ће настати применом такве клаузуле.“ Дикџија наведеног става води закључку да оба услова морају бити испуњена кумулативно, односно да је валутна клаузула пуноважна само уколико: 1) банка има поуздан писани доказ да се задуживала у иностраној валути да би пласирала динарска средства кориснику кредита и 2) да је пре закључења уговора о кредиту писмено информисала корисника о ризицима које преузима закључењем уговора.

Први услов нема правно утемељење. ВКС се у образложењу свог става позива на наведени члан 25 Закона о девизном пословању. У ситуацијама које се уређују чланом 25 Закона банка исплаћује кредит искључиво у девизама. ВКС у свом образложењу наводи могућност да банка прибављена девизна средства прода на међубанкарском тржишту и понуди их домаћим правним и физичким лицима у динарској противвредности. У том случају, није реч о кредиту у девизама, већ у кредиту у динарима, на који се Закон о девизном пословању не односи! Околности и мотиви под којима је једна уговорна страна склопила уговор без значаја су за пуноважност уговора, изузев када је реч о недопуштеној побуди, за коју је друга страна знала и морала знати.¹⁴⁰ Другачија би ситуација постојала да је банка по налогу или уз знање клијента прибављала девизна средства ради исплате кредита клијенту

140 ЗОО, чл. 53. Високи трговачки суд Хрватске, у својој пресуди 43 ПЖ 6632/2017–10 донетој по жалби банака на првостепену пресуду којом су кредити индексирани у ЦХФ проглашени ништавим, на стр. 58 констатује следеће: „То што су се и банке, како тврде, задуживале у иностранству склапајући уговоре у швицарским францима ништа не мијења, јер се то тиче њиховог односа са иностранним банкама, оне су знале за тај ризик, а што је у овом случају најбитније, тај ризик су у коначници у цијелости пренијеле на потрошаче у Републици Хрватској, без да су то потрошачи знали.“

у динарској противвредности, па је намеравала да ризик сопственог девизног задужења пребаци на клијента. Овакве ситуације су теоретски могуће, али практично безначајне. Клаузула о девизном ризику банке би у том случају морала бити уграђена у уговор о кредиту са клијентом. Само тако се може разумети први услов ВКС – да је пуноважност уговора о кредиту индексираниог у ЦХФ условљена предочавањем поузданог писаног доказа да се банка задужила у страниој валути како би одобрила динарски кредит индексираниог у ЦХФ клијенту у конкретном случају.

Други услов наведен у тачки 2 правног схватања ВКС је у складу са претходно изнетим ставовима Европског суда правде, стране судске праксе и схватањима наше правне теорије о обавези информисања у предуговорној фази. У образложењу свог става, ВКС се позива на императивна начела прописана ЗОО,¹⁴¹ одредбе ранијег и сада важећег Закона о заштити потрошача, као и Закона о заштити корисника финансијских услуга. За оцену пуноважности клаузуле о индексацији у ЦХФ релевантне су само одредбе ЗОО и раније важећег Закона о заштити потрошача, који су били на снази у време када су спорни уговори са клаузулама о индексацији у ЦХФ закључивани. Чланом 3 Закона о заштити потрошача из 2005. прописано је као једно од основних начела право потрошача на информисаност – располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке и ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду. Чланом 11 прописано је да потрошач има право да његови економски интереси буду заштићени приликом куповине производа или услуга. Одредбама чл. 17 и 18 Закона прописане су обавезе продавца, односно даваоца услуга у вези са одређивањем цене производа или услуга. Потрошач мора бити обавештен о важећој цени производа или услуге и то обавештење не може доводити у заблуду потрошача у погледу висине цене.

Потребно је напоменути да је Законом о заштити потрошача из 2005. године појам потрошача дефинисан тако да обухвати и привредно друштво, предузеће и друго правно лице и предузетника, када купује производе или користи услуге за своје потребе.¹⁴² Одатле произлази да је обавеза информисања постојала и у односу између банака даваоца кредита и привредних друштава и предузетника који су подизали кредит за сопствене потребе, без обзира да ли је реч о потребама комерцијалне или некомерцијалне природе. Ово стога, што привредна друштва и предузетници у улози корисника кредита не закључују уго-

141 Начело савесности и поштења из чл. 12 ЗОО, начело забране злоупотребе права из чл. 13 ЗОО, начело забране стварања и искориштавања монополског положаја из чл. 14 ЗОО, начело једнаке вредности давања из чл. 15 ЗОО и начело забране проузроковања штете из чл. 16 ЗОО.

142 Закон о заштити потрошача из 2005, чл. 2 ст. 2.

вор из своје професионалне делатности, те нису у обавези да поступају са пажњом доброг стручњака.¹⁴³

У другачијем су положају банке, које су дужне да приликом закључења уговора о кредиту примене појачану пажњу – пажњу доброг стручњака, јер је реч о послу из њихове професионалне делатности. ВКС се у образложењу изјашњава да су банке биле дужне да предвиде енормни раст курса динара у односу на швајцарски франак, те да су банке биле упознате са чињеницом да је курс ЦХФ у моменту закључења спорних уговора био потцењен и да се очекује раст те валуте почев од 2008. Сматрамо да је довољно било задржати се на обавези банке да информишу клијенте о ризицима које преузимају закључењем уговора са клаузулом о индексацији у иностраној валути. Предвидљивост кретања курса страних валута није научно утемељена категорија.¹⁴⁴ Банке, као добри стручњаци, знају и дужне су да знају да је курс било које валуте који се слободно формира на девизном тржишту нестабилан и подложен променама у већем или мањем износу. Њихова обавеза, која се темељи на начелу савесности и поштења, била је да упозоре клијенте на економски ризик који преузимају закључењем уговора о кредиту индексаног у иностраној валути.¹⁴⁵ ВКС није могао да се задржи на тој констатацији, јер би се онда оправдано поставило питање ништавости свих уговора о кредиту индексаних у иностраној валути, укључујући и уговоре индексане у еврима! Због тога је био „принуђен“ да изнесе хипотезу о томе да су банке знале и морале знати да ће управо швајцарски франак нагло скочити 2008. Ту хипотезу је потребно доказати, али се њеним доказивањем излази из оквира надлежности Грађанског одељења ВКС за усвајање правног схватања, што се чини ради постизања сагласности у примени прописа између појединих већа.¹⁴⁶ При том се ВКС позива на анализу Удружења за заштиту корисника финансијских услуга ASUFIN, не образлажући зашто је баш та анализа поуздан доказ да су банке могле предвидети нагли раст курса ЦХФ и због чега сматра да су банке

143 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

144 Barbara Casu, Claudia Girardone, Philip Molyneux, *Introduction to Banking*, Prentice Hall, Harlow, 2006, 268.

145 Високи трговачки суд Хрватске потврђује овај став у пресуди 42 Пж-6632/2017–10, 60–61: „Но, изостанак регулативе у том дијелу не значи да у смислу морала не постоји опћа дужност свих судионика у обвезном односу учинити све да се у пуном смислу постигне информирана сугласност о свим битним елементима намераваног правног посла укључујући и то да се потрошачи упозоре на све постојеће течајне ризике које потрошачи прихваћањем спорних уговорних одредби преузимају, за чије постојање као особе без стручних знања не знају, а банке знају.“

146 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2014, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 43 ст. 2.

биле дужне да знају за садржину те анализе и ослоне се на њу у својим предвиђањима. ВКС се такође позива на податке Народне банке Србије о кретању курса динара у периоду од 1997–2019, али не образлаже какав се закључак из тих података изводи, а посебно, зашто су релевантни подаци о кретању курса динара у периоду 2007–2019, будући да банке те податке нису могле да знају када су закључивале спорне уговоре о кредиту?

Тачком 3 правног схватања ВКС одређује се да је правна последица ништавости клаузуле о индексацији у ЦХФ делимична ништавост. Уговор о кредиту остаје на снази, при чему ће се „извршити конверзијом уз очување принципа једнаке вредности давања – тржишне вредности датог кредита утврђене на основу званичног средњег курса евра на дан закључења уговора и исплате камате у висини одређеној уговорима о кредиту исте врсте и трајања, закљученим са валутном клаузулом у еврима између истог даваоца кредита и других корисника кредита чије се дуговање утврђује применом званичног средњег курса евра.“

Приликом образлагања тачке 3, ВКС се позива на начело савесности и поштења, начело једнаке вредности давања и начело дужности испуњења обавезе, те члан 18 Устава РС, налазећи у тим начелима основ да се одредба чл. 106 ЗОО о конверзији ништавих уговора циљно тумачи на начин да је допуштено суду да конвертује уговорну обавезу корисника кредита, тако да се вредност обавезе утврђује према курсу евра.

ВКС је био дужан да образложи зашто је својим правним схватањем дерогирао важеће одредбе ЗОО о правним последицама ништавости (чл. 104–105)? Те одредбе се у правном схватању уопште не помињу! Посебно није објашњено због чега ВКС сматра да уговор може опстати без ништаве клаузуле, у смислу чл. 105 ЗОО. ВКС тврди у образложењу да преостале одредбе уговора о кредиту садрже све битне елементе овог уговора прописане чл. 1065 ЗОО. Овакав став није исправан, јер је клаузула о индексацији елеменат на основу које се одређује цена кредита, која је битан елеменат уговора. Тачно је да се чланом 1065 прописује да се уговором о кредиту обавезује корисник да банци плати уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин одређен уговором. Камату као цена кредита и тиме битан елеменат уговора, одређују банке узимајући у обзир да ли се кредит даје и враћа у динарима, или се главница индексира у некој страниј валути, у ком случају је камата много нижа. Клаузула о индексацији и уговорена стопа камате заједно чине цену кредита, што је предмет обавезе корисника. Исправност оваквог става потврђује и сам ВКС, када образлаже обрачун тржишне вредности кредита конвертованог у евре.

Према одредби чл. 50 ЗОО, предмет обавезе може бити одредив. Потребно је у том случају да уговор садржи податке на основу којих ће се предмет обавезе одредити. У случају кредита индексираних у иностраној валути, предмет обавезе корисника је одредив, тј. укупан износ новца који корисник кредита плаћа одређује се преко два елемента: вредности стране валуте у којој је кредит индексан и висине каматне стопе. Могло би се расправљати о томе да ли је овакав начин одређивања предмета обавезе корисника у складу са чл. 1065 ЗОО, који прописује да је корисник кредита у обавези да врати добијену суму новца и плати уговорену камату. Став ВКС је да је клаузула о индексацији кредита у иностраној валути допуштена, изузев ако је кредит индексан у ЦХФ. Имплицитно, ВКС је тиме потврдио правну ваљаност уговора о кредиту у којима предмет обавезе корисника није одређен, већ одредив. Утврђењем да је клаузула о индексацији у ЦХФ ништава, из уговора о кредиту одстрањен је један од два елемента на основу којег је одређена укупна цена кредита, па је предмет обавезе корисника постао неодредив. Кад је предмет обавезе неодредив, уговор је ништав.¹⁴⁷

Друго могуће тумачење члана 1065 ЗОО води истоветном закључку. Уговорна клаузула о индексацији може се посматрати као елемент уговора којом се дефинише начин отплате кредита – изражавањем вредности динарске главнице добијеног кредита у ЦХФ и одређивањем висине рата кредита у ЦХФ, а затим претварањем тог износа у динаре према курсу на дан доспелости сваке поједине рате. Које год тумачење да се прихвати, никако се не може сматрати да су сви битни елементи уговора о кредиту дефинисани у чл. 1065 ЗОО одређени, након што је клаузула о индексацији проглашена ништавом.

ВКС се и сам позива на одредбе Закона о заштити потрошача о одређивању цене услуге, одакле произлази његов имплицитан став да клаузула о индексацији служи одређивању цене кредита. Поништењем клаузуле о индексацији у ЦХФ уговор остаје без једног од својих битних елемената. Цена коју плаћа корисник кредита остаје недефинисана и због тога уговор не може опстати на снази. Такав је став, како смо претходно изнели, заузео и Европски суд правде, на чију се праксу ВКС позива у свом схватању.

Хрватски судови су клаузулу о индексацији посматрали у садејству са клаузулом о променљивој каматној стопи, према којој су банке имале право да једнострано мењају висину каматне стопе. Они су нашли да је управо кумулативно дејство обе клаузуле допринело неодредивости висине обавезе корисника кредита.¹⁴⁸ ВКС се у свом схватању не осврће

147 ЗОО, чл. 47.

148 „Наиме, и уговорна камата је везана уз валуту швицарски франак, па исти ризик који постоји у односу на главницу постоји и у односу на уговорне камате. Уз

на ову чињеницу, иако су и банке у Србији поступале на истоветан начин, тј. уговором су предвиђале могућност да једнострано мењају висину камате у уговорима о кредитима индексираним у ЦХФ.

Чак и уколико би се прихватило становиште ВКС да клаузула о индексацији у ЦХФ није битан елеменат уговора о кредиту, опстанак уговора о кредиту без клаузуле о индексацији водио би нарушавању начела о једнакости узајамних давања на штету банака, јер су банке висину каматне стопе одређивале у нижем износу, с обзиром на чињеницу да је динарска главница кредита била индексирана у ЦХФ. Стога није испуњен услов предвиђен у чл. 105 ст. 1 ЗОО за делимичну ништавост. Свестан негативних последица свог става о делимичној ништавости, ВКС је излаз пронашао у преседану који се састоји у принудној судској конверзији кредита индексираних у ЦХФ у кредите индексираних у евро.

Позивању на члан 106 ЗОО, којим се уређује институт конверзије ништавог уговора, овде нема места. ЗОО дозвољава могућност конверзије ништавог уговора, уколико преостале пуноважне одредбе уговора испуњавају услове за пуноважност неког другог уговора. ЗОО не даје право суду да допуњава недостајуће одредбе уговора тако што ће предвидети садржину уговора које би странке закључиле да су знале за ништавост одредбе о индексацији у ЦХФ. ВКС је оваквим тумачењем уставних и законских одредаба грубо повредио начело аутономије воље странака.¹⁴⁹ Неосновано је и збуњујуће позивање ВКС на начело савесности и поштења, јер управо ВКС претходно констатује да је једна страна приликом закључења уговора била несавесна. Према схватању

то, стопа уговорне камате је нижа само у почетној фази, дакле на први поглед, с обзиром да су промјениве према одлуци банке. Тако је износ уговорне камате потрошачу неразумљив из два разлога: јер је везан за течај швицарског франка и јер је везан за одлуку банке.“ Пресуда Високог трговачког суда Хрватске 43 П-6632/2017–10, 64–65.

149 У пресуди П-1401/12 од 4. 7. 2013, донетој по колективној тужби хрватског удружења за заштиту потрошача, Трговачки суд у Загребу је утврдио да су уговори у кредиту са клаузулом у ЦХФ ништави, те је наложио конверзију тих кредита у куне и обрачун камате по фиксној каматној стопи која је важила за кредите исте врсте у време закључења спорних уговора. Правни основ за конверзију суд је нашао у одредбама хрватског Закона о заштити потрошача, који омогућује да суд усвоји мере за отклањање штетних последица проузрокованих повредом тога закона. Међутим, првостепена пресуда није у том делу опстала. Високи трговачки суд, одлучујући пресудом Пж-7129/13–4 од 13. 6. 2014. по жалби тужених банака, заузео је став да се Законом о заштити потрошача не даје могућност суду да налага мере којима се остварује индивидуална компензација потрошачима, већ искључиво може наложити мере апстрактног и превентивног карактера, као нпр. објављивање пресуде. Врховни суд Хрватске је ревизијом Рев. 2221/2018–11 од 3. 9. 2019. потврдио становиште нижих судова о ништавости уговора о кредиту индексираних у ЦХФ.

ВКС, друга страна, која није крива за ништавост, треба да покаже своју савесност и поштење тако што ће бити принуђена на испуњење фиктивно закљученог уговора са клаузулом о индексацији у еврима и каматном стопом коју је банка давалац кредита наплаћивала за те уговоре. На тај начин, кориснику кредита се ускраћује право на накнаду штете утврђено чланом 108 ЗОО. Друго, све и да се прихвати став ВКС о конверзији као законит, остаје нејасно на који начин ће се одредити садржина обавезе корисника кредита ако банка давалац није одобравала кредите у еврима у посматраном периоду?

Такође нема места ни позивању на члан 18 Устава РС, у коме се говори о непосредној примени људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права. ВКС није објаснио које се људско и мањинско право у конкретном случају штити непосредном применом међународног правила о правичном очувању и извршењу уговором установљених обавеза? Овде је реч о томе да су уговором установљене обавезе правно неважеће, јер су супротне императивним нормама, па није основано инсистирање на очувању и испуњавању тих обавеза, тако што ће их суд конвертовати у неку другу правно допуштену обавезу. Видели смо да наш законодавац не допушта суду да сам мења садржину уговора чак ни када примењује институт раскида или промене уговора због промењених околности. Утолико пре нема места судској интервенцији како би се одржао на снази апсолутно ништав уговор! Коначно, начела једнаке вредности давања и дужности испуњења обавеза релевантна су само уколико постоји правно ваљана обавеза, а ње нема.

VII Закон о конверзији стамбених кредита

Кратко време након што је објављено правно схватање ВКС о ништавости уговора о кредиту индексираних у швајцарским францима, Народна скупштина РС је усвојила Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – ЗоК. Норме ЗоК у сагласности су са схватањем највишег суда утолико што се ЗоК-ом налаже банкама да кредите индексираних у швајцарским францима конвертују у кредите индексираних у еврима. ЗоК је у великој мерио дерогирао схватање ВКС, јер се обавеза конверзије не односи на све кредите индексираних у швајцарским францима и ефекти конверзије се временски везују за дан ступања ЗоК на снагу (7. 5. 2019) а не за моменат закључења уговора о кредиту. ВКС није на различит начин третирао клаузуле о индексацији у ЦХФ зависно од тога за коју намену се кредит подиже и које својство има корисник кредита.

ЗоК-ом се налаже банкама да конвертују само уговоре о стамбеном кредиту – кредите намењене за куповину, реконструкцију или адаптацију стамбене непокретности или рефинансирање тих кредита, под условом да је корисник кредита физичко лице, а кредит није намењен његовој пословној или другој комерцијалној делатности.¹⁵⁰ Ограничавање поља примене ЗоК само на уговоре о стамбеним кредитима, чији су корисници физичка лица, могао би се оправдати намером законодавца да најугроженијим категоријама корисника кредита индексираних у ЦХФ – физичким лицима који су кредите подизале ради решавања свог стамбеног питања, омогући ефикасну правну заштиту. Питање је колико је такав приступ чињенично утемељен, јер није познато колики је број корисника који је подизањем кредита заиста решавао свој стамбени проблем, а колики је број оних који су уз помоћ ЦХФ кредита финансирани набавку друге или *n*-те стамбене непокретности? Изван поља примене ЗоК остали су кредити дати малим привредницима, предузетницима или оснивачима привредних друштава, који су кредитима индексираним у ЦХФ финансирани своју привредну делатност од које живе они и чланови њихових породица и који су подједнако неуки у питањима ризика задуживања у иностраној валути као и грађани који су решавали стамбено питање.

Изван поља примене ЗоК остали су и уговори о кредиту код којих је већ извршена конверзија у евре, као и уговори о кредиту који су престали да важе, било тако што је корисник сам исплатио кредит у целости из других средстава (најчешће из средстава добијених продајом исте оне непокретности која је купљена на кредит индексираним у ЦХФ) или је банка покренула поступак принудног извршења.

Из наведеног следи да је ЗоК дискриминаторан, јер не поступа на исти начин према свим корисницима кредита индексираних у ЦХФ, упркос томе што код свих њих постоји неравнотежа у узајамним давањима у односу према банци изазвана истим узроком – уговарањем валутне клаузуле у ЦХФ и наглим растом курса ЦХФ у периоду након закључења уговора о кредиту. При том, треба подсетити да су многи корисници кредита били принуђени да сами решавају проблем проналажењем новчаних средстава за отплату кредита у целости или су над њиховим имовином спроведене принудне мере извршења, између осталог и због тога што је држава оклевала да правовремено и ефикасно реши проблем дужника по кредитима индексираним у швајцарским францима. Они су претрпели штету због нечињења државе, која им није компензирана ЗоК-ом.

150 ЗоК, чл. 2.

Поред непосредне дискриминације различитих категорија корисника кредита, одредбама ЗоК је проузрокована и њихова посредна дискриминација. Чланом 4 ЗоК предвиђена је конверзија преостале главнице и доспеле, а неплаћене редовне камате, обрачунатих на дан ступања ЗоК на снагу. Износ преосталог дуга се пре конверзије умањује за 38%. Корисници кредита дискриминисани су због чињенице да је преостали дуг пропорционално различит код појединих корисника, зависно од уговореног рока отплате кредита. Код кредита са дужим роком отплате (нпр. 20–30 година) преостала главница кредита је у моменту ступања ЗоК на снагу била много већа у поређењу са кредитима који су уговорени са краћим роком отплате (нпр. 15 година). Корисницима кредита са краћим роком отплате износ отписа дуга је стога много мањи у поређењу са корисницима који су подигли кредите са дужим роком отплате. Да је законодавац следио схватање ВКС, којим се дејство ништавости клаузуле о индексацији у ЦХФ везује за моменат закључења уговора о кредиту,¹⁵¹ сви корисници кредита били би правично третирани. Нејасни су мотиви законодавца да се конверзија веже за моменат ступања ЗоК на снагу. Једно објашњење може бити да се тиме избегава приговор ретроактивности ЗоК. Но, овде нема ретроактивности, јер се законом санирају штетне последице уговора са незаконитом клаузулом који су производили дејство више од деценије. Видели смо да је Уставни суд Хрватске био става да је у питању квази-ретроактивност, те да је Европски суд за људска права одбио тврдњу мађарских банака да су мере мађарских власти биле ретроактивне. Умањење преосталог дуга за 38% не отклања све штетне последице уговора са незаконитом клаузулом, јер корисници који су подигли кредите са краћим роком отплате никако не могу бити обештећени на тај начин. Потребне су прецизне калкулације, које су изван домашаја овог рада, да би се утврдило да ли ЗоК у потпуности обештећује и кориснике који су уговорили кредите са дужим роком отплате. Чак и да је тако, конверзија која се односи само на поједине категорије корисника и умањење дуга у истом проценту за све кориснике обухваћене ЗоК, којим се не узимају у обзир различити рокови отплате кредита, није правична и сасвим извесно погодује другој уговорној страни, тј. банкама.

Поједина решења ЗоК се граниче са правним апсурдом. Вероватно у намери да се корисницима олакша закључење уговора о конверзији и да се избегну додатни трошкови, законодавац је прописао да се уговор о конверзији не сматра преновом у смислу ЗОО и да сва средства обезбеђења успостављена по основу уговора о кредиту са клаузулом о индексацији у ЦХФ остају на снази.¹⁵² Уговором о конверзији мењају

151 Такво дејство је једино правно исправно, јер је реч о апсолутној ништавости, која производи дејство *ex tunc*.

152 ЗоК, чл. 8 ст. 1 и чл. 10.

се битни елементи претходно закљученог уговора о кредиту – износ главнице, висина камате и клаузула о индексаџи, тако да је законска констатација да није реч о пренору противна здравом разуму. Утврђењем да није реч о пренору у смислу ЗОО, обезбеђује се правно дејство закљученог уговора о конверзији за случај да корисник поведе спор за утврђење ништавости уговора о кредиту са клаузулом о индексаџи у ЦХФ. У складу са чланом 351 став 1 ЗОО, пренор је без дејства ако је ранија обавеза ништава. Како је Зок *lex specialis* у односу на ЗОО, евентуално утврђење суда да је уговор о кредиту ништав у целини неће утицати на пуноважност закљученог уговора о конверзији и корисници са конвертованим кредитима морали би да измире обавезе по уговорима о конверзији у потпуности. На овај начин, законодавац је уговору о конверзији обезбедио самосталност у односу на уговор о кредиту чије штетне последице треба да санира. Законско решење да средства обезбеђења која су успостављена приликом закључења уговора о кредиту важе и за конвертовани кредит, у светлу претходно изнетог, правно је апсурдно.

VIII Закључак

Проблем кредита индексираних у швајцарским францима и, генерално, кредита индексираних у иностраној валути је системски проблем који се само на тај начин мора и решавати. Последњих деценија сведоци смо узмицања начела монетарне суверености државе пред реалношћу привредног живота. Продор страних банака на тржишта земаља централне и југоисточне Европе донео је праксу одобравања кредита индексираних у иностраној валути. Са аспекта банака, таква пракса је легитимна, јер банке тим путем штите свој капитал и у прилици су да понуде кредите по нижој каматној стопи. Дугорочно посматрано, задуживање у иностраној валути носи са собом системски ризик који прети банкама и укупном монетарном систему – ризик да велики број дужника неће моћи да уредно отплаћују своје кредите у случају да дође до већег или наглог раста курса валуте у којој су кредити индексирани. Овај ризик је утолико већи уколико је изабрана валута индексаџије тзв. валута уточишта – валута за којом тражња јача у временима економских криза.

Превенција системских ризика је у домену финансијских регулатора, који су дужни да се старају о очувању монетарне стабилности. Финансијски регулатори у земљама централне и источне Европе нису добро радили свој посао у последње две деценије, јер су допустили да се на тржишту појави банкарски производ са потенцијално великим системским ризиком – кредити индексирани у швајцарским францима, по

правилу одобравани уз променљиву каматну стопу, чија је висина зависила од субјективних критеријума – једностране воље банака. Власти држава централне и источне Европе су са мање или више одлучности и ефикасности кренуле у санирање проблема изазваног наглим растом курса швајцарског франака крајем прве деценије 21. века. Власти у Србији су међу последњима усвојиле системске мере. Утолико је већа њихова правна и политичка одговорност за настали проблем.

На плану приватног права, корисници кредита индексираних у швајцарским францима имају на располагању два института – институт промењених околности и институт одговорности за неизвршење обавезе информисања у предуговорној фази. Нагли раст курса стране валуте је у многим јурисдикцијама прихваћен као околност која оправдава примену института промењених околности. Чак и англосаксонско право, пословично резервисано према могућности измене или раскида уговора због наступања околности које уговор чине комерцијално несврхисходним, познаје случајеве када су судови дозволили ослобађање једне уговорне стране обавезе због наступања околности које чине извршење уговора изузетно отежаним и економски неоправданим. Континентално-европско право је последњих деценија учинило помак у примени института промењених околности, дозволивши суду да мења садржину уговора како би се успоставила или очувала равнотежа узајамних давања. ЗОО ту могућност не познаје, због чега примена института промењених околности у пракси може довести до неправичног исхода за уговорне стране. У нашем праву, у случају да суд усвоји тужбу за раскид уговора због промењених околности, на захтев тужене стране, суд може обавезати тужиоца да јој накнади штету коју због тога трпи. Наши судови су по тужбама за раскид уговора о кредиту индексираних у ЦХФ обавезивали тужиоце на враћање примљеног динарског износа кредита заједно са затезном каматом. Тај износ се умањује за динарски износ плаћених рата кредита, на који се такође обрачунава затезна камата. Коначан исход спора за раскид уговора због промењених околности може бити мање или више повољан за кориснике кредита, зависно од тога када је спор покренут и колико је трајао, те колико дуго је корисник кредита отплаћивао кредит. Исход спора може бити и такав да је корисник кредита у преплати према банци, те да банка њему мора да врати новац. Овде је потребно напоменути да су правила о дејству раскида уговора, укључујући и правило о плаћању затезне камате, предвиђени одредбама ЗОО којима се уређује раскид уговора због неиспуњења.¹⁵³ Примена тих правила на случајеве раскида уговора због промењених околности нема изричито упориште у ЗОО, већ је могућа једино на основу аналогије. Генерално, може се приметити да судски

153 ЗОО, чл. 132.

раскид уговора о кредиту индексираног у ЦХФ због промењених околности не доноси увек правично решење. Неопходна је измена ЗОО која ће дозволити суду да одређује дејство раскида тако да води рачуна о начелу једнакости узајамних давања и равноправности уговорних страна. Дејство раскида никако не би смело да се везује за околности које су за странке неизвесне, као што је тренутак када ће пресуда суда о раскиду постати правноснажна.

Други приступ решењу проблема корисника кредита индексираних у швајцарским францима јесте поништај уговора због повреде обавезе информисања у предуговорној фази. Правна теорија и упоредна судска пракса сагласне су у ставу да се обавеза банака да информишу клијенте о ризицима које преузимају закључењем уговора о кредиту индексираног у иностраној валути заснива на начелу савесности и поштења, те фидуцијарном односу који постоји између банке и њеног клијента. У државама чланицама Европске уније, обавеза информисања уређена је и директивама о заштити потрошача, односно Директивом о потрошачким кредитима. Анализирани случајеви стране судске праксе показују да су банке биле свесне или морале бити свесне опасности које за њихове клијенте наступају прихватањем кредитног задужења у иностраној валути, али да су се немарно односиле према тој чињеници или су, шта више, подстицале клијенте да узимају кредите индексиране у ЦХФ представљајући их као повољније за клијенте. Судови у Европи заузели су став да су уговори о кредиту са валутном клаузулом закључени уз кршење обавезе банке да информише клијента о ризицима које преузима задуживањем у иностраној валути ништави. Став је националних судова европских држава да ништавост валутне клаузуле има за последицу ништавост уговора о кредиту у целини. Валутна клаузула одређује укупну цену кредита, јер се на основу ње обрачунава и износ камате, при чему је и висина каматне стопе опредељена на основу чињенице да је уговорена валутна клаузула. Исправност оваквог становишта потврдио је Европски суд правде.

Правне последице ништавих уговора се у праву ЕУ одређују према националном законодавству. Само изузетно Европски суд правде дозвољава могућност да судови измене уговор, како би се тиме избегле штетне последице за клијенте, уколико би због ништавости уговора клијент био принуђен да врати читав добијени износ кредита одједном. Судска измена уговора допуштена је само под условом да клијент пристане на њу.

У светлу правних правила облигационог права Србије, те наведених ставова правне теорије и европске судске праксе, правно схватање ВКС о ништавости валутне клаузуле и Закон о конверзији стамбених

кредита индексираних у швајцарским францима представљају преседане који омогућају банкама да избегну санкционисање за своје незаконито поступање и спречавају пуну реституцију оштећених корисника кредита. Схватање ВКС о делимичној ништавости уговора о кредиту индексираних у ЦХФ и принудној конверзији у уговор о кредиту индексираних у еврима нема упориште у позитивном законодавству Србије и одступа од досадашње праксе домаћих судова и стране судске праксе. ЗоК флагрантно дискриминише кориснике кредита, фаворизујући дужнике који су се задужили ради набавке стамбене непокретности са дужим роком отплате и искључујући из своје сфере примене дужнике чија је обавеза престала по неком основу пре ступања ЗоК на снагу. Забрана дискриминације је једно од темељних људских права, загарантовано међународним конвенцијама и Уставом Србије.

Народна банка и законодавац Србије морају усвојити системске мере којима ће се уредити питање задуживања грађана и привреде у Србији кредитима индексираним у страниој валути (укључујући и евро), како би се предупредило наступање системског ризика који прети домаћој економији и монетарном систему. Када је реч о проблему постојећих корисника кредита индексираних у швајцарским францима, једино ефикасно решење било би усвајање закона који би омогућио пуну реституцију свих задужених у тој валути. Без такве законске мере, грађанима и привредницима Србије преостаје голгота судских спорова и, врло извесно, тражење правде пред међународним судовима.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2009.
- Brown Martin, Peter Marrcel, Wehrmüller Simon, *Swiss Franc Lending in Europe*, Swiss National Bank, фебруар 2009, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/266862622_Swiss_Franc_Lending_in_Europe_10. 2. 2020.
- Buzsko Michal, Kruppa Dorota, „Foreign Currency Loans in Poland and Hungary – A Comparative Analysis“, *3rd Economics and Finance Conference*, Rome, 14–17. април 2015.
- Буквић Рајко, „Девизна политика Југославије 1945–1990: Искуства и поуке“, *13th International Multidisciplinary Scientific Conference Eurobrand*, 18–20 новембар 2016, Крагујевац, 40–60; MPRA Paper No. 76211, 15. 1. 2017.
- Гершић Глигорије, *Дипломајско и конзуларно право: Теорија о њоврајној сили закона*, Београд, 1995.

- Gianviti François, *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*, International Monetary Fund, 2004, доступно на адреси: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2004/cdmfl/eng/gianvi.p>, 10. 2. 2020.
- Дабих Снежана, *Дужности обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2018.
- Eckstein Felix, *Geldschuld und Geldwert*, Berlin, 1932.
- European Central Bank, „Addressing Risks Associated with Foreign Currency Lending in EU Member States“, *Financial Stability Review*, 2010.
- Zavos Harry, „Monetary Damages for Nonmonetary Losses: An Integrated Answer to the Problem of Meaning, Function, and Calculation of Noneconomic Damages“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1/2009.
- Jeşin Pinar, „Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe“, *Federal Reserve Bank of St Louis Review*, мај-јун 2013.
- Јовановић Небојша, *Увод у Common Law уговорно право*, Београд, 2015.
- Jones Evan, „The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with Particular Reference to the Commonwealth Bank of Australia“, *The University of Sidney School of Economics and Political Science, Working Papers*, децембар 2005, доступно на адреси: http://www.profuturis.eu/pliki/australia_kredyty_walutowe_opracowanie.pdf, 10. 2. 2020.
- Констатиновић Михаило, *Облијације и уговори, Скица за Законик о облијацијама и уговорима*, Београд, 1969.
- Круљ Врлета, *Монетарно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1976.
- Legrand Pierre, „Information in formation of contract: a civilian perspective“, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 19, 1991.
- Legrand Pierre, „Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Nr. 3/1986.
- Lutzi Tobias, „Introducing Imprévision into French Contract Law“, *Ius Commune Workshop on Contract Law 2015*, доступно на адреси: http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop_1_Lutzi.pdf, 10. 2. 2020.
- Mann Fritz Alexander, *The Legal Aspect of Money*, Oxford, 1954.
- Meyer Thomas, „Die Schuldrechtreform in Deutschland“, *Анали Правној факултету у Београду*, Nr. 3–4/2003.
- Momber Uribe Rodrigo A., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, C. J. Wiarda Institute for Legal Research, Utrecht University, 2011.
- Musy Alberto M., *Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis*, LL.M. University of California, Berkely, 1995.

- Musy Alberto M., „The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis in New Differences in Legal Cultures“, *Working Paper Series, International Centre for Economic Research*, 2000.
- Орлић Миодраг, *Закључење ујовора*, Београд, 1993.
- Перовић Слободан, *Закон о облигационим односима*, Београд, 1995.
- Перовић Слободан, *Рејроактивност закона и других ојшњих акајиа*, Београд, 1987.
- Pietrancosta Alain, „Introduction of the hardship doctrine („théorie de l'imprévision“) into French contract law: A mere revolution on the books?“, *German-French Symposium of Company Law and Capital Market Law*, Max Planck Institute, 2016.
- Poole Jill, *Contract Law*, Oxford, 2016.
- Rosenn Keith S., „Protecting Contracts from Inflation“, *The Business Lawyer*, јануар 1978.
- Smits Jan, „The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe“, *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed. Antoni Vacquer), Valencia, 2005.
- Ђорић Драгана, *Принципј сјечених јрава и рејроактивно дејсјиво закона*, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2011.
- Fox David, „The Case of Mixed Monies: Confirming Nominalism in the Common Law of Monetary Obligations“, *Cambridge Law Journal*, март 2011.
- Halpen Sheldon W., „Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘the Wisdom of Solomon’“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 5/1987.
- Hirshberg Eliyahu, „Modern Problems of Monetary Law“, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, Nr. 2/1973.
- Camero Jennifer, „Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability“, *The University of Hampshire Law Review*, Nr. 1/2015.
- Casu Barbara, Girardone Claudia, Molyneux Philip, *Introduction to Banking*, Prentice Hall, Harlow, 2006.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD

Full-time professor at the University of Istočno Sarajevo Faculty of Law

ONCE AGAIN ON LOANS INDEXED IN SWISS FRANCS

Summary

The problem of loans indexed in Swiss francs has stimulated the debate regarding the legality of these loans and the legality of state intervention to protect debtors during the last decade. The problem is not new since the issue of changes in the value of monetary obligations has occupied a legal mind for many centuries. The theory of monetary nominalism has been generally used in comparative law to regulate monetary obligations, while the valorist theory has served as its corrective. It is necessary to answer under which conditions the nominalist theory should step back, and the valorist theory should be applied? In search for the answer, the author explains the development of the institute of changed circumstances (rebus sic stantibus), emphasizing the contemporary approach to allow for the accepting of the extraordinary changes of commercial factors and the subsequent frustration of the contract's commercial purpose as justifications for the breach of contract or its amendment by courts. The European countries have solved the problem of loans indexed in Swiss francs by adopting special laws on the conversion of the CHF debts and by annulling the CHF loans on the grounds of the failure of banks to inform their customers about risks related with the undertaking of debts indexed in foreign currency. The author analyses the Serbian Law on conversion of living property loans indexed in Swiss francs and the legal opinion of the Serbian Supreme Cassation Court on the nullity of the Swiss francs contract clause in the light of comparative law views on the issues of the changes in the value of monetary obligations and the duty to inform in pre-contractual stage.

Key words: *Monetary nominalism. – Valorist theory. – Changed circumstance. – Duty to inform in pre-contractual stage. – Foreign currency clause.*

Датум пријема рада: 20. 1. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 2. 2020.

UDK: 336.717.061(497.11) ; 347.455

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др *Марија* КАРАНИКИЋ МИРИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ИНТЕРВЕНТНО ЗАКОНОДАВСТВО НА ПРИМЕРУ ЗАКОНА О КОНВЕРЗИЈИ СТАМБЕНИХ КРЕДИТА ИНДЕКСИРАНИХ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА¹

Сажетак

Закон о конверзији стамбених кредитних индексираних у швајцарским францима усвојен је по хитном поступку средином 2019. године с циљем да се ex post facto пружи посебна правна заштитна корисницима дуторочних стамбених кредитних везаних за ту страну валуту. У овом раду указује се прво на релативно нову појаву „интервенционе“ мењања или усвајања пројиса зарад решавања појединачних спорних друштвених ситуација које доносиоци политичких одлука перципирају као акутан социјални или политички проблем. Новоусвојени Закон о конверзији сада у њавке „интервенционе“ пројисе. Стога се пошом у раду разматрају одређене одредбе новој закона које се лоше уклапају у зашечена правила о закључењу уговора. На крају се приказује досадашња банкарска пракса закључења уговора о конверзији која се развила на темељу овој новој интервенционеј закона.

* Електронска адреса аутора: marija@ius.bg.ac.rs.

1 Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2020. годину.

Кључне речи: *Интервенциони закони. – Закон о конверзији стамбених кредитних индексираних у швајцарским францима. – Пону-да. – Прихвати. – Конверзија.*

І Увод

Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима (у даљем тексту: Закон о конверзији или ЗК)² из 2019. године треба разумети као покушај законодавца да стави тачку на друштвене и правне несугласице о пуноважности валутне клаузуле у швајцарским францима, односно да оконча вишегодишњу контроверзу о правној судбини дугорочних стамбених кредита везаних за ову страну валуту.

Такви кредити су се појавили масовно на српском тржишту 2006. године. Њихова предност у односу на стамбене кредите индексиране у еврима огледала се у нижој каматној стопи и стога већој приступачности за кориснике са слабијом кредитном способношћу, а недостатак у већем ризику. Повећана ризичност дугорочних кредита везаних за швајцарски франак потиче како од тога што се курс динара утврђује према евр, док се курс динара према осталим страним валутама (укључујући швајцарски франак) утврђује на основу курса динара према евр, тако и од тога што корисници тих кредита своје редовне приходе махом остварују у домаћој валути или у еврима.

Када је дошло до осетног раста курса швајцарског франка у односу на динар и евро, као и значајног раста евра у односу на динар, повећали су се и динарски износи кредита који су индексирани у швајцарским францима. Последишно повећање рате стамбеног кредита везаног за швајцарски франак довело је кориснике кредита који своје зараде остварују у динарима у неповољан финансијски положај, а број таквих корисника створио је могућност да описана ситуација прерасте у озбиљан друштвени проблем.

Уследиле су одлуке и препоруке Народне банке Србије, које су у основи биле усмерене на постериорну заштиту корисника дугорочних стамбених кредита везаних за швајцарски франак, као и бројне тужбе тих корисника против пословних банака, у којима су тужиоци по правилу захтевали раскид уговора због промењених околности или утврђење ништавости валутне клаузуле.³ Коначно, законодавна интервенција у

2 Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – ЗК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019.

3 О генези проблема у којем су се нашли корисници дугорочних кредита везаних за швајцарски франак видети у: Милош Живковић, „Кратка правна анализа

овој сфери спроведена је средином 2019. године када је по хитном поступку усвојен поменути Закон о конверзији.⁴

Доношење Закона о конверзији сагледава се у овом чланку прво као део једног релативно новог тренда „интервентног“ мењања постојећих односно усвајања нових прописа с циљем решавања оних индивидуалних спорних друштвених ситуација које доносиоци политичких одлука виде као акутан социјални или политички проблем. Потом се разматрају поједине мањкавости нових законских правила којима је унета конфузија у област закључења уговора – што је иначе детаљно нормирана област српског уговорног права.⁵ На крају се приказује пракса пословних банака у погледу закључења уговора о конверзији на темељу овог новог „интервентног“ прописа.

II Нови законодавни манир: интервентно доношење закона

Доношење Закона о конверзији спада у исхитрене законодавне подухвате који се у последње време предузимају у циљу решавања појединих спорних друштвених ситуација. Реч је увек о неким конкретним случајевима које доносиоци политичких одлука разумеју као важан и актуелан социјални односно политички проблем. Ти случајеви су редовно правно уређени и могли би се решавати по постојећим нормама. Правила постоје, али се у конкретном случају не прихватају резултати њихове примене, него се законодавном интервенцијом „одустаје“

правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 459–462. Ставовe правне и економске теорије о томе видети у: Драгиша Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2016, 355–366; Милан Јовановић, „Анализа правних и економских аспеката става Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 491–504; Борис Беговић, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2016, 24–53; Борис Беговић, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни животи*, бр. 11/2017, 409–424; Борис Беговић, Никола Илић, „Корак напред, четири корака назад: Врховни касациони суд још једном о валутној клаузули“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2017, 7–25; Борис Беговић, Никола Илић, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2017, 26–42.

4 О друштвеним околностима под којима су доношене одлуке о решавању тог проблема видети: Борис Беговић, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 431–432.

5 Видети нарочито чл. 26–73 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

од постојећих решења и конкретне ситуације се уређују накнадно – доношењем нових прописа. Под исхитреним поступањем законодавца не мисли се нужно на то да се закон мења или доноси по хитном поступку, мада је често баш тако, него на то да се нови пропис доноси без озбиљног претходног разматрања нових правних и економских ризика односно негативних последица које применом тог прописа могу да настану за учеснике у правном промету.

Интервентно доношење закона постало је манир. Законодавац је поступао на тај начин у широком распону случајева: од константног продужавања рокова за завршетак студија по „старом“ наставном програму,⁶ преко увођења казне доживотног затвора за одређена кривична дела која изазивају нарочити одијум јавности,⁷ привременог смањења пензија које исплаћује Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање,⁸ до прописивања нових правно и морално деликатних облика штете.⁹

Типично је за овакве законодавне интервенције то што се спроводe без стварне прилике за јавну расправу, а некада и противно саветима струке.¹⁰ Законодавац се у таквим ситуацијама не устеже да зарад постизања неког непосредног политичког односно социјалног циља у потпуности изокрене смисао и сврху појединих правних института.

6 Закон о високом образовању, *Службени тласник РС*, бр. 88/2017, 73/2018, 27/2018, 67/2019 и 6/2020, чл. 148.

7 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени тласник РС*, бр. 35/2019.

8 Закон о привременом уређивању начина исплате пензија, *Службени тласник РС*, бр. 116/2014 и 99/2016.

9 Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Службени тласник РС*, бр. 8/2015, стручној и општој јавности познат још као *Зојин закон*. У атмосфери привидног политичког консензуса, без стварно вођене суштинске стручне и опште јавне расправе, Зојиним законом су у српско одштетно право уведени нови институти који покрећу осетљива морална питања која излазе из уобичајеног правног дискурса. Детаљно о томе: Марија Караникић Мирић, „Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: Осврт на Зојин закон“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2016, 105–131.

10 Видети, на пример, петицију „Струка против казне доживотног затвора без права на условни отпуст“, коју је у мају 2019. потписало преко 90 универзитетских наставника, судија, јавних тужилаца и њихових заменика, адвоката и чланова међународних тела за заштиту људских права, доступно на адреси: www.bgcentar.org.rs, 20. 2. 2020. Видети и Саопштење Адвокатске коморе Београда поводом измена Кривичног законика, објављено 21. маја 2019, доступно на адреси: www.akb.org.rs, 20. 2. 2020, у којем, између осталог, стоји: „Имајући у виду да је претежни део измена настао као реакција на тренутно расположење јавног мњења, а не као резултат озбиљне стручне расправе и анализе, очекујемо да ће у пракси резултирати бројним неправичним ситуацијама у којима изречене казне неће бити сразмерне друштвеној опасности конкретних кривичних дела и њихових учинилаца.“

Описане законодавне интервенције могу да имају различите негативне последице. Прво, њима се слаби поверење у законску норму. Ако се закони константно доносе а проблеми се и даље гомилају, то значи да су закони нејако средство за решавање уочених проблема. Друго, константна законодавна активност односно хиперпродукција прописа повећава правну несигурност, нарочито ако је припрема закона нетранспарентна а усвајање по хитном поступку. Треће, нестандартна употреба уобичајених правних израза може да изазове додатну неусклађеност судске праксе, а на средњи и дути рок да у потпуности поремети начин на који разумемо одређене правне институте.

III Закон о конверзији као интервентни закон

1. Суштинске мањкавости ЗК као интервентног закона

Да Закон о конверзији спада у описане интервентне законе, јасно је већ из његовог Образложења.¹¹ Тај релативно кратак документ обилује понављањима, циркуларним исказима и недовршеним реченицама, а у већем делу своди се на препричавање законског предлога.¹² У Образложењу стоји да су Влада и Народна банка Србије

„свесне проблема у коме су се грађани који су закључили уговоре о кредиту индексиране у швајцарским францима (и то у великом броју случајева ради испуњења својих основних потреба за обезбеђивањем становања) нашли услед континуираног и неповратног јачања курса ове валуте“,

те да су закључиле да је неопходно да се донесе закон којим би се ово питање посебно уредило.

У Образложењу се не наводи с којим су се проблемом суочили корисници дугорочних стамбених кредита везаних за швајцарски франак, не спецификује се природа тог проблема и не доводи се у питање чињеница што у српском праву већ постоје правила по којима би постојећи спорови из оваквих уговора могли да се решавају.

Тамо још пише да је законодавни циљ да се

„на једнообразан и социјално прихватљив начин разреши отворено питање кредита индексираних у швајцарским францима“,

11 Образложење Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – Образложење, доступно на адреси: www.parlament.gov.rs, 20. 2. 2020.

12 На препричавање Предлога ЗК одлази више од две трећине (или 2147 речи) од укупног обима (или 3080 речи) Образложења.

из чега произлази да предлагач сматра да примена затечених правних правила на то „отворено питање“ не доводи до друштвено прихватљивог резултата.

Даље, у Образложењу се не разматра постоји ли јавни интерес за доношење предметног закона, него се истиче појединачни интерес корисника кредита индексираних у швајцарским францима да се њихов положај

„изједначи с положајем у коме би били да су им одобрени кредити индексирани у еврима“.

Тврди се да спровођење Закона о конверзији неће имати никакве ефекте на привреду иако је предвиђено да се за спровођење тог закона из буџета Републике Србије издвоји 11,7 милијарди динара.¹³

Конечно, закључује се да ће се тим законом *на њравичан начин* решити проблем грађана који су закључили уговоре о кредиту индексираних у швајцарским францима, при чему се уопште не узима у обзир то што ће трошкове спровођења Закона о конверзији сносити сви грађани, а неки чак непосредно, јер је тим законом, рецимо, прописано да су јавни бележници дужни да своје услуге у вези с конверзијом пруже без накнаде.¹⁴

Закони су по дефиницији општи акти. За разлику од тога, Закон о конверзији уређује један скуп индивидуално прецизно, поименце одредивих и дефинитивно одређених, пребројивих ситуација односно случајева. Другим речима, тај закон је писан за један затворени круг корисника кредита индексираних у швајцарским францима, који на дан ступања тог прописа на снагу још увек нису отплатили кредит. Такви корисници уживају повољнији законски третман од корисника кредита индексираних у швајцарским францима који су кредит отплатили пре ступања на снагу Закона о конверзији.

Исто тако, корисници дугорочних стамбених кредита везаних за ту страну валуту уживају привилеговани законски третман у односу на кориснике таквих кредита везаних за евро. У Образложењу није учињен ни елементарни покушај да се то бар објасни, односно да се дају било какви објашњавајући разлози за то ако се већ такво неједнако поступање не може оправдати.

13 „Фискални савет сматра да би проблем требало решавати без непосредних буџетских трошкова, на сличан начин као и у претходним случајевима у којима су судови прогласили банкарску праксу незаконитом. [...] Предложено трошење јавних средстава може представљати преседан и отворити врата за нове буџетске трошкове.“ Фискални савет РС, „Оцена Предлога закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима“, доступно на адреси: www.fiskalnisaвет.rs, 20. 2. 2020.

14 ЗК, чл. 12 ст. 1.

У Образложењу је констатовано да „континуирано и неповратно јачање“ швајцарског франка представља проблем за кориснике кредита индексираних у швајцарским францима. Јачање швајцарског франка се суштински погрешно означава као неповратно и занемарује се то што за време трајања дугорочног кредитног односа јачање може да се прекине и чак преокрене у слабљење ове валуте.

Дискусија о кредитима индексираним у швајцарским францима редовно се ставља у контекст начела једнаке вредности узајамних давања из чл. 15 ЗОО¹⁵ и повређених основаних очекивања корисника кредита.¹⁶ Евентуална основана очекивања друге уговорне стране не узимају се у обзир ни у Закону о конверзији нити у његовом Образложењу. Коначно, у Образложењу се уопште не разматра да ли се држава излаже неком облику одговорности за овакво *ex post facto* интервентно захватање законодавца у имовинскоправне интересе односно за евентуалну повреду основаних очекивања банака које нису поступале на незаконит начин.¹⁷

2. Номотехничке мањкавости ЗК као интервентног закона

Интервентни прописи су најчешће номотехнички потпуно недорађени, лоше срочени и тешки за примену, генеришу спорове о значењу и стварају потребу да судови тумачењем учитавају смисао у непромишљене и често бесмислене исказе законодавца. И Закон о конверзији пати од бројних номотехничких недостатака.

Рецимо, тај закон садржи бесмислену одредбу која гласи:

„стамбени кредит је кредит који је предмет уговора о кредиту.“¹⁸

Или, након што је неколико пута поменуо уговор о конверзији, законодавац каже:¹⁹

„уговор којим се врши конверзија кредита (у даљем тексту: уговор којим се врши конверзија)“,

као да тај уговор ниједном до тада није поменуо и као да има било какве разлике између назива у основном тексту и назива у загради.

15 Драгиша Слијепчевић, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Билтен судске љивредних судова*, бр. 4/2016, 357–361.

16 Д. Слијепчевић, 360–361.

17 Домаћа правна теорија је већ упозорила на ту могућност. Видети: Никола Илић, „Кредити индексирани у швајцарским францима и инвестициона арбитража“, *Право и љивреда*, бр. 4–6/2019, 505–520.

18 ЗК, чл. 2 ст. 1 тач. 5.

19 ЗК, чл. 7 ст. 2.

Даље, у Закону о конверзији користе се два израза који наизглед делују као синоними: „уговор о конверзији“ и „уговор којим се врши конверзија“. Ниједан од та два израза није устаљен у нашем законодавству и правној пракси. Израз „уговор којим се врши конверзија“ имплицира да је реч о правном послу располагања, а израз „уговор о конверзији“ оставља то питање отвореним.

У чл. 2 Закона о конверзији налазе се ближа одређења појединих појмова.²⁰ Нека од њих своде се на пука упућивања на друге законе. Такве су, рецимо, „дефиниције“ банке и валутне клаузуле. С друге стране, законодавац је пропустио да дефинише кључне а спорне појмове конверзије и уговора о конверзији односно уговора којим се врши конверзија.

Класична установа конверзије подразумева да је уговор који се конвертује апсолутно ништав.²¹ Ништавост правног посла који подлеже конверзији спада међу опште услове за сваку конверзију – било законску, било вољну, било судску.²² Међутим, Закон о конверзији не уређује преображај непуноважног уговора у пуноважан. Напротив, конверзија из Закона о конверзији подразумева постојање пуноважног уговора о кредиту и његову споразумну ревизију. Почетна премиса новог закона јесте пуноважност уговора о кредиту, а не његова ништавост. Нови закон прописује обавезу једне уговорне стране да своје саговорнику неопозиво понуди измену уговора о кредиту који је пуноважан и производи правна дејства. Пошто се израз конверзија у Закону о конверзији очигледно користи на нестандардан начин, било је нужно да се у том закону посебно дефинише појам конверзије.

IV Правила ЗК о закључењу уговора о конверзији

Закон о конверзији је типичан интервентни пропис који садржи одређена специјална правила о неким класичним грађанскоправним питањима. Он одступа од основних номотехничких и догматичких постулата. Писан је инструментално и на брзину.²³ Логика и сврха

20 Маргинални наслов чл. 2 ЗК погрешно гласи „Значење појединих појмова“. Речи, изрази, термини имају значење, а појмови имају обим и садржину.

21 Видети ЗОО, чл. 106: „Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.“

22 Владимир В. Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Ојштии гео грађанској праву*, 3. издање, Београд, 2017, 471–474.

23 Убрзани рад на законском решењу проблема у којима су се нашли корисници стамбених кредита везаних за швајцарски франак почео је у време интензивирања

појединих грађанскоправних института подређене су у том закону непосредном политичком циљу. Стога је тешко да се стандардном методологијом и апаратуром грађанског права утврди смисао његових одредаба, односно да се разјасне законска правила којима су одређени грађанскоправни институти, супротно својој сврси и смислу, стављени у функцију решавања конкретне политичке проблеме. Ево неколико примера таквих одредаба Закона о конверзији, које се односе на закључење уговора.

1. Понуда, предлог уговора и коначан текст уговора

Закон о конверзији обавезује банку да у року од 30 дана од ступања тог закона на снагу²⁴ учини понуду кориснику кредита за закључење уговора који се у Закону о конверзији назива уговором о конверзији. Уз то, прописује законодавац, банка је дужна да кориснику достави „предлог уговора којим се врши конверзија са новим планом отплате“. И још, коначан текст уговора којим се врши конверзија споразумно ће утврдити банка и корисник кредита.²⁵

Законодавац, дакле, наизглед разликује три правна посла. Прво, у чл. 6 помиње се обавезна „понуда за закључење уговора о конверзији уз индикативан обрачун конверзије кредита“. Друго, у истом члану говори се о „предлогу уговора којим се врши конверзија“. Тај предлог треба да прати понуду по изричитом слову закона, из чега произлази да се ради о два одвојена посла: понуди за закључење уговора и предлогу коначног уговора. Треће, у истом законском члану помиње се и „коначан текст уговора којим се врши конверзија“, који споразумно треба да утврде банка и корисник кредита. Сви ови изрази употребљени су на неуобичајен начин и тиме је створена конфузија.

Коначно, споразумно утврђивање садржине уговора о конверзији подразумевало би, по претпоставци, да се корисник и банка упусте у неки облик преговарања мада се преговори не помињу у овом закону.

Понуду нормално чини онај ко више неће да преговара, него хоће да уговара. Понуда је, по дефиницији, коначан предлог за закључење

њихових јавних протеста, у другој половини марта 2019. Почетком априла 2019. објављено је Правно схватање Врховног касационог суда (ВКС) „Пуноважност валутне клаузуле код уговора о кредиту у CHF и конверзија“, усвојено на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 2. априла 2019, доступно на адреси: www.vk.sud.rs, 19. 2. 2020. Већ 25. априла те године усвојен је по хитном поступку Закон о конверзији. У службеном гласилу објављен је 29. априла 2019, а на снагу је ступио осмог дана од дана објављивања.

24 ЗК је ступио на снагу 7. маја 2019.

25 ЗК, чл. 6 ст. 1 и 2.

уговора и после ње се, у начелу, више не воде преговори. Након понуде следи прихват који нема никакву посебну садржину изузев бланко саглашавања с понудом у намери да се закључи уговор предложене садржине. Прихват је, дакле, адресована изјава воље понуђеног, његово пуко саглашавање с коначним предлогом понудиоца, учињено у намери да се ступи у уговорни однос.

У нашем правничком језику понуда се редовно ближе одређује као коначни предлог за закључење уговора. Тај предлог наравно мора да има одређена својства да би производио намеравано правно дејство.²⁶ Насупрот томе, у Закону о конверзији прави се разлика између понуде и предлога уговора, као да је понуда једно а предлог уговора (с планом отплате) нешто сасвим друго. Коначно, да би се једна изјава воље уопште квалификовала као понуда, она по дефиницији мора да садржи све битне елементе будућег уговора, што код кредита подразумева и план отплате.²⁷

Ова нормативна конфузија допринела је томе да уговори о конверзији садрже одредбе као што је ова:²⁸

„Банка се обавезује да, на основу Закона о конверзији, Понуде за конверзију дуга прихваћене од стране Корисника кредита и овог Уговора о конверзији, преостали износ дуга од CHF (*износ*) конвертује у дуг индексан у еврима по курсу за конверзију [...]“

из чега се види, прво, да банка сматра да прихваћена понуда за закључење уговора о конверзији и уговор о конверзији нису једно те исто и, друго, да банка сматра да је уговор о конверзији правни посао обвезивања те да из њега настаје *обавеза* банке да спроведе конверзију. Да је реч о правном послу располагања, конверзија би била његово непосредно коначно правно дејство.²⁹

Повучене конфузијом коју је створио законодавац, банке су, на пример, тражиле од корисника кредита да потпишу изјаве следеће садржине:³⁰

„изјављујем да Понуду банке за закључење уговора о конверзији преосталог дуга из наведеног уговора о кредиту прихватам у це-

26 Детаљно о овоме уместо свих: Миодраг В. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 223 и даље.

27 Закон о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014, чл. 19. То значи да и понуда и предлог уговора из чл. 6 ЗК треба да садрже план отплате: понуда по ЗЗКФУ, а предлог уговора по ЗК.

28 Доступно у архиви аутора.

29 В. Водинелић, 459–460.

30 Доступно у архиви аутора.

лости и желим да приступим закључењу Уговора о конверзији дуга, сачињеног у складу са наведеним законом, прихваћеном Понудом за конверзију дуга и предлогом Уговора о конверзији дуга који ми је достављен уз Понуду.“

Овако сročена изјава заснива се на погрешним представама да понуда није већ сама по себи коначан предлог за ступање у уговорни однос тачно одређене садржине, да прихватањем понуде уговор још увек није закључен,³¹ да прихваћена понуда није уговор, него да се прихватањем понуде само манифестује воља да се у неком тренутку у будућности приступи закључењу уговора. У практичном смислу то ствара могућност да после овакве изјаве о прихватању банка кориснику понуди закључење уговора који се садржински разликује од оне понуде с којом се корисник већ овако изричито сагласио.

2. Предмет законске обавезе банке

Поред *понуде за закључење уговора о конверзији и предлога уговора којим се врши конверзија*, законодавац помиње и *коначан текст уговора којим се врши конверзија*.³² Тај текст споразумно утврђују банка и корисник кредита, након што банка учини понуду коју је по закону дужна да учини. Из тога следи да законска обавеза банке није само да кориснику кредита учини понуду одређене садржине него и да се упусти у преговоре о садржини будућег уговора ако то од ње тражи корисник кредита.

Треба узети да обавезу преговарања има само банка, а не и корисник. Корисник може просто да прихвати иницијалну понуду за закључење уговора о конверзији, а банка може да се ослободи своје законске обавезе да преговара само ако постоји стварна могућност за вођење преговора. Допуштајући да се коначни текст уговора о конверзији разликује од иницијалне банчине понуде, законодавац имплицитно прихвата да уговор о конверзији може да садржи и неке елементе који нису предвиђени одредбама Закона о конверзији (рецимо, нови рок за отплату).

Закон о конверзији не уређује последице пропуштања банке да уприличи преговоре које је корисник кредита тражио од ње. Корисник кредита може да одбије иницијалну понуду банке, али да ипак жели конверзију. Рецимо, корисник кредита може да оспори неки елемент

31 И понуда и прихват учињени су у писаној форми, то јест у законској конститутивној форми уговора о кредиту.

32 Видети поменути чл. 6 ст. 2 ЗК.

понуде и да тражи да банка то измени (чиме се ефективно упустио у преговоре), или да са своје стране учини контрапредлог (контрапону-ду), или да одбије иницијалну понуду у целости и позове банку на преговоре. У тим случајевима банка је дужна да створи услове за стварно вођење преговора. Банка не може да се ослободи своје законске обавезе тако што ће учинити иницијалну понуду и потом игнорисати корисников контрапредлог или позив на преговоре.

У српском праву преговори не обавезују. Обавеза да се ступи у преговоре не значи да је страна дужна да преговара с успехом, то јест да преговори морају да се окончају закључењем уговора.³³

Законска обавеза банке да преговара може само да буде обавеза средства, то јест обавеза банке да се упусти у преговоре на савестан и поштен начин, а никако обавеза циља, то јест обавеза да се започети преговори окончају закључењем уговора. Банка се ослобађа законске обавезе преговарања ако преговара у складу с начелом савесности и поштења, независно од исхода тих преговора. То значи да одбијање иницијалне понуде банке и оптирање за преговоре генерише одређени правни ризик за корисника кредита, јер то може да се оконча неуспешним преговорима у којима се банка понашала савесно.

Пословне банке су (биле) дужне да корисницима који на то имају право учине понуду за закључење уговора о конверзији у року од 30 дана од дана ступања на снагу овог закона. Треба узети да је тај рок прописан у циљу заштите интереса корисника кредита, а уговоре о конверзији који би евентуално били закључени по истеку законског рока од 30 дана не треба сматрати незаконитим.

Банка је слободна да учини понуду за закључење уговора о конверзији и после истека овог законског рока. Ипак, у том случају отворило би се питање да ли је држава дужна да поступи по захтеву банке за накнаду трошкова у вези с конверзијом и умањењем дуга,³⁴ односно да ли јавни бележници и други носиоци јавних овлашћења и у таквим случајевима имају обавезу да услуге у вези с конверзијом пружају без накнаде.³⁵

Корисник кредита је слободан да сам иницира закључење уговора о конверзији, како за време трајања поменутог законског рока, тако и по његовом истеку. Корисник кредита може, рецимо, да упути бан-

33 ЗОО, чл. 30 ст. 1: „Преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и свака их страна може прекинути кад год хоће.“ Видети: Младен Драшкић, „Члан 30. Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Књига I, Београд, 1983, 115–120; М. Орлић, 19 и даље.

34 ЗК, чл. 11.

35 ЗК, чл. 12.

ци позив на понуду под законским условима, или да јој упути позив на преговоре о закључењу уговора о конверзији, или да сам учини понуду за закључење тог уговора под законом прописаним условима. Ако корисник предузме неку од ових иницијатива након истека законског рока, банка је слободна да га одбије.

Остаје питање које су правне последице пропуштања банке да у законом предвиђеном року понуди кориснику кредита закључење уговора о конверзији, односно њеног оглушења о понуду или позив корисника кредита. Закон о конверзији о томе ћути, то јест не прописује за то никакву санкцију, никакву правну последицу. Корисник кредита могао би да покуша да захтева накнаду по правилима о вануговорној одговорности за штету причињену несавесним поступањем у предуговорној фази.³⁶

3. Обавештење о прихватању понуде и прихватање понуде

Изјава о прихватању понуде у српском праву производи правно дејство у часу када је прими понудилац.³⁷ У том часу уговор је закључен. Прихват понуде може да се повуче ако изјава о повлачењу прихвата стигне понуђеноме најкасније заједно с прихватом. Насупрот томе, прихват се не може опозвати, јер је његово дејство тренутно. После закључења, уговор може да престане на различите начине међу којима се не налази опозив прихвата. Из прихвата не настаје никаква обавеза за понуђеног, па ни обавеза да по изјављеном прихвату предузме нешто да би дошло до закључења уговора. Закључење уговора јесте непосредна, тренутна и коначна правна последица изјаве о прихватању понуде.

Међутим, одредбе новог закона не уважавају ова свима позната и добро устаљена правила о прихвату понуде, него граде једну сложenu конструкцију у којој корисник кредита прво прихвата понуду банке за закључење уговора о конверзији, потом о томе обавештава банку у законском року, а онда приступа закључењу уговора с банком.³⁸

Прихватање понуде за конверзију се ту, изгледа, разуме као формирање свести и воље корисника кредита да жели да прихвати понуду банке, то јест као његова унутрашња, неманифестована одлука о ступању у уговорни однос. Да би ту своју одлуку спровео, корисник кредита мора у законском року о њој да обавести банку. Када понуђени корисник кредита обавести банку, то јест понудиоца, да је одлучио да прихвати конверзију, из тог обавештења настаје обавеза за корисника

36 ЗОО, чл. 30.

37 ЗОО, чл. 39 ст. 1. Детаљно о прихвату понуде уместо свих: М. Орлић, 314 и даље.

38 ЗК, чл. 7 ст. 1.

кредита да приступи закључењу уговора о конверзији. Другим речима, ни благовремено обавештење банке о интимној одлуци корисника кредита да прихвати банчину понуду не представља прихват те понуде, односно не доводи до закључења уговора о конверзији. Да би коначно дошло до закључења тог уговора, мора да уследи још једна изјава воље корисника кредита усмерена на прихватање иницијалне обавезне понуде банке или пак понуде која је формулисана на основу преговора вођених након што је банка дала ту своју иницијалну понуду.

Постоји и могућност да корисник кредита у законском року из чл. 7 ЗК обавести банку да је одлучио да прихвати понуђену конверзију, али да потом одбије да приступи закључењу уговора о конверзији. У том случају би макар хипотетички могло да се постави питање да ли је корисник кредита несавесно преговарао о закључењу уговора о конверзији.

Не може се са сигурношћу знати да ли је законодавац заиста намеравао да у потпуности занемари затечена јасна законска правила о правном дејству изјаве о прихватању, то јест да пропише ову компликовану тростепену процедуру у којој изрази прихват понуде и закључење уговора не значе оно што већ деценијама нормално значе у српском праву и правничком језику. Већа је вероватноћа да је конфузни језички израз чл. 7 Закона о конверзији последица начина на који је тај пропис написан и усвојен – инструментално, на брзину и без стварне расправе о правнополитичким, садржинским и номотехничким питањима.

4. Уговор о конверзији

У Закону о конверзији користе се два израза да означе исту ствар: „уговор о конверзији“ и „уговор којим се врши конверзија“. Као што је речено, израз „уговор којим се врши конверзија“ имплицира да је реч о правном послу располагања, то јест да је конверзија непосредна коначна правна последица тог уговора. Израз „уговор о конверзији“ допушта и да то буде правни посао обвезивања, то јест да из њега тек настаје обавеза да се конверзија спроведе. Треба узети да законодавац користи ова два израза као синониме.

Законодавац не дефинише ни конверзију, ни уговор о конверзији односно уговор којим се врши конверзија. Будући да конверзија из Закона о конверзији није ништа друго до вансудска, споразумна ревизија то јест измена пуноважног уговора о кредиту, коју је једна уговорна страна по закону дужна да понуди другој, треба узети да је тако схваћена конверзија непосредна и коначна последица уговора о конверзији.

Уговор о конверзији има непосредно и коначно ревидирајуће дејство: самим тим уговором спроводи оно што законодавац назива конверзијом.

Треба узети да се законски захтев форме за уговор о кредиту односи и на уговор о конверзији. Ако је пак уговор о кредиту закључен у строжој уговореној форми од оне која се тражи законом,³⁹ за уговор о конверзији требало би да буде довољна форма која се по закону захтева за уговор о кредиту.⁴⁰ На пример, законска форма уговора о кредиту јесте обична писмена форма, али је конкретан уговор о кредиту закључен у строжој уговореној форми – потписи уговорних страна оверени су код јавног бележника. За измену тог уговора о кредиту није неопходна легализација потписа, довољна је обична писмена форма.

Под конверзијом из Закона о конверзији мисли се заправо на вансудску споразумну ревизију пуноважног уговора о стамбеном кредиту индексираном у швајцарским францима. По својој природи, смислу и циљу то није преображај или претварање ништавог уговора у пуноважан,⁴¹ него измена пуноважног уговора који производи правно дејство *ab initio* – и наставиће да производи исто дејство ако не буде био измењен уговором о конверзији.

Законом је прописана обавеза даваоца кредита да своме саговорнику, кориснику кредита, понуди закључење тог (тако схваћеног) уговора о конверзији. Законом је прописана и садржина те обавезне понуде. Остаје да се види да ли је законодавац уредио минималну садржину обавезне банчине понуде, или та понуда може да садржи и неке друге, допунске елементе који се не помињу у Закону о конверзији.

Законска обавеза банке да понуди ревизију пуноважног уговора представља *ex post* задирање у начело *pacta sunt servanda*. Основно је правило да је сваки уговорник дужан да своје уговорне обавезе изврши онако како гласе и да је одговоран за њихово неиспуњење.⁴² Обавезујући једну уговорну страну да неопозиво понуди измену пуноважног уговора и прописујући садржину те измене, законодавац је накнадно ослободио

39 То што законодавац захтева одређену форму за настанак одређеног уговора – не значи да је забрањено уговарање форме која је строжа од законске, већ је оно *ипсум њре* дозвољено. Детаљно о томе: Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска њолиџичка мисао*, бр. 2/2015, 313–339.

40 Према чл. 69 ст. 2 ЗОО уговорници увек могу и неформалним споразумом да раскину, измене или допуне уговор за чије су закључење уговорили посебну форму као битну. Другим речима, ако се друкчије не уговори, споразум уговорних страна о битној форми будућег уговора односи се само на тај предметни, уговор, а не и на уговоре којима га стране раскидају, мењају или допуњавају. М. Караникић Мирић (2015), 331–332.

41 Не ради се, дакле, о конверзији из чл. 106 ЗОО.

42 ЗОО, чл. 17 ст. 1.

корисника кредита обавезе да изврши своју уговорну обавезу онако како гласи. Истовремено, законодавац је доцније установио изузетак од начела слободе уговарања,⁴³ тако што је обавезао банку да понуди своје саговорнику закључење уговора којим се мења постојећи уговорни однос.

Пре доношења Закона о конверзији уговорна страна која је желела ревизију пуноважног уговора о стамбеном кредиту везаном за швајцарски франак могла је ту своју жељу да оствари на два начина. Прво, могла је да преговара с другом уговорном страном о споразумним изменама постојећег пуноважног уговора. То би подразумевало слободно изражену вољу друге уговорне стране да се постојећи уговор споразумно измени. Друго, могла је да се позове на институт раскида или измене уговора због промењених околности.⁴⁴ Међутим, тада би и за ревизију и за раскид морали да буду испуњени одређени законом прописани услови.

Усвајањем Закона о конверзији отклоњени су услови који су иначе неопходни за ревизију пуноважног уговора: пристанак друге уговорне стране на споразумну измену уговора или пак испуњеност законских услова за судску ревизију услед промењених околности.

Законом о конверзији омогућено је да корисник кредита изазове ревизију пуноважног уговора о кредиту без обзира на вољу друге уговорне стране (прописана је обавеза банке да кориснику предложи ревизију) и без обзира на испуњеност услова који би се иначе по закону захтевали за измену уговора због промењених околности.

Какву ревизију уговора је банка дужна да понуди кориснику кредита?⁴⁵ Банка је дужна да понуди конверзију преосталог дуга по кредиту у дуг индексан у еврима по курсу за конверзију. Под „преосталим дугом“ мисли се на износ преостале главнице увећан за износ доспеле а ненаплаћене редовне камате, на дан закључења уговора којим се врши конверзија. Износ који се добије на тај начин умањује се за 38%. На то се даље обрачунава камата коју је банка имала у понуди за стамбене кредите у еврима на дан 31. марта 2019, а која може бити променљива или фиксна. У сваком случају променљива каматна стопа не може бити већа од EURIBOR + 3,4%, а фиксна каматна стопа не може бити већа од 4%. Прихватљивост оваквих понуда за конкретног корисника зависи, пре свега, од преосталог рока за отплату и стопе по којој му се тренутно обрачунава камата.

43 ЗОО, чл. 10 ст. 1.

44 ЗОО, чл. 133–136 (установа *rebus sic stantibus*).

45 ЗК, чл. 4.

Да се вратимо на питање може ли банка – у складу с начелом аутономије воље – да понуди кориснику још неке измене или допуне уговора о кредиту поред изложене измене коју је по закону дужна да му понуди, или чак да услови закључење уговора о конверзији корисниковим пристанком на те друге, додатне измене или допуне. Ово прво јесте начелно дозвољено, а друго није.

Законодавац је прописао шта је банка дужна да понуди кориснику кредита, а не и да је дужна да му понуди само оно што је предвиђено Законом о конверзији. Уосталом, сам законодавац предвиђа могућност да банка и корисник кредита споразумно утврде текст коначног уговора о конверзији, односно да воде преговоре у периоду од банчине иницијалне понуде до закључења уговора, као и да се у крајњем исходу обавезна почетна понуда и закључени уговор о конверзији садржински разликују.⁴⁶

Потенцијални проблем може да настане ако је корисник кредита прихватио допуњену понуду која не садржи само обавезне састојке из Закона о конверзији него и друге састојке који су у супротности с другим законима, као што су Закон о заштити корисника финансијских услуга и Закон о заштити потрошача.⁴⁷ Ови прописи се примењују на уговор о конверзији без обзира на то да ли су били на снази у време када је закључен предметни уговор о кредиту. То значи да понуда за закључење уговора о конверзији и тај уговор подлежу контроли по правилима Закона о заштити корисника финансијских услуга и Закона о заштити потрошача.

Законодавац је изричито прописао да се уговор којим се врши конверзија не сматра преновом из закона којим се уређују облигациони односи.⁴⁸ Тиме је вероватно желео да избегне правне последице новације, као што су прекид рокова, престанак обезбеђења и остало. Међутим, могућност давања „обогаћене“ понуде, односно могућност да уговор о конверзији садржи и неке друге састојке поред оних који су обавезни по Закону о конверзији, указује на то да законска одредба у искључењу новаторних ефеката може да се веже само за уговорну одредбу о валутној клаузули, а не за све могуће одредбе уговора о конверзији.

V Пракса закључења уговора на темељу Закона о конверзији

Пословне банке су корисницима кредита слале обавештења о новој законској могућности уговорне конверзије дуга индексираног у

46 ЗК, чл. 6 ст. 2.

47 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018.

48 ЗК, чл. 8 ст. 1.

швајцарским францима у дуг индексан у еврима.⁴⁹ Такво обавештење су насловљавале као понуду и уз њега су достављале нацрт уговора о конверзији и план отплате кредита индексан у еврима на дан закључења уговора о конверзији. Банке су по правилу оптирале за променљиву каматну стопу.

У нацртима уговора о конверзији банке су обично захтевале да уговорници сагласно констатују да је уговарање валутне клаузуле у трнутку закључења уговора о кредиту било дозвољено и у складу с прописима који су тада били на снази. Таква уговорна одредба, наравно, нема правни значај: ако је уговарање валутне клаузуле било допуштено, оваква уговорна констатација је непотребна, а ако је уговарање валутне клаузуле било забрањено, онда се валутна клаузула не може на овај начин накнадно оснажити. Банке су се вероватно надале да ће таквим уговорним одредбама утицати да кориснике кредита да не покрећу поступке за утврђење ништавости валутне клаузуле односно да одустану од поступака које већ воде.

Банке су корисницима кредита давале понуде које садрже и неке одредбе које нису предвиђене Законом о конверзији. Рецимо, нацрти уговора о конверзији које су саставиле банке садрже могућност да се посебно преговара о року отплате конвертованог дуга.

Неке банке су настојале да уговором о конверзији уреде комуникацију с корисником, то јест да успут посебно уговоре да ће му убудуће сва обавештења слати електронском поштом, односно да прибаве пристанак корисника кредита за коришћење нових средстава за комуникацију.

У једном нацрту уговора о конверзији стоји да се стављањем потписа на предметни уговор корисник саглашава да га у случају доцње банка опомиње путем телефона, СМС порука, електронског и мобилног банкарства, коришћењем аутоматизованих система позивања, електронском поштом, коришћењем апликација и друштвених мрежа као што су *Viber*, *WhatsApp* и *Facebook*, *chat*-ом, преко интернет портала, поштом, и то користећи једно од наведених средстава комуникације или њихову комбинацију. Тим нацртом се предвиђа и да корисник кредита сноси трошак ових опомена у износу од РСД 385 по опомени, као и „све друге трошкове проистекле из остваривања права банке из овог уговора“.⁵⁰

Фиксирање трошкова слања опомене и пропуштање да се ограничи број односно фреквенција тих опомена значи да је висина трошкова које би могао да сноси корисник кредита који падне у доцњу у потпуности

49 Примери тих понуда и нацрта уговора о конверзији из праксе пословних банака доступни су у архиви аутора. На њима се заснива овај одељак рада.

50 Доступно у архиви аутора.

у власти његовог саговорача, јер би банка без икаквог ограничења могла свакога сата да опомиње таквог дужника. То значи да је предмет обавезе корисника кредита да сноси трошкове опомињања неодређен, што би могао да буде разлог за ништавост ове уговорне одредбе.

У нацртима уговора о конверзији има и доста сувишних одредаба којима се банка и корисник кредита обавезују да ће поштовати закон, односно уговарају примену закона.⁵¹

Нацрти уговора о конверзији садрже и покушаје банака да ограниче властиту уговорну одговорност. Ево примера таквих клаузула:

„[...] корисник кредита потврђује да по закључењу овог уговора нема потраживања према банци по основу закљученог уговора о кредиту а у вези с индексирањем кредита из уговора о кредиту у швајцарским францима.“

Ако је реч о кориснику који је већ тужио банку, додаје се оваква одредба:

„Корисник кредита потврђује да по закључењу овог уговора неће наставити прекинути парнични поступак те да ће обавестити поступајући суд да се одриче тужбеног захтева ради правоснажног окончања тог поступка.“

Корисник кредита квалификује се као потрошач⁵² а уговор о конверзији подлеже контроли по одредбама Закона о заштити корисника финансијских услуга и Закона о заштити потрошача без обзира на то да ли су ови закони били на снази у време када је закључен уговор о кредиту. Закон о заштити потрошача предвиђа да потрошач не може да се одрекне права утврђених тим законом и да су ништаве уговорне одредбе које директно или индиректно ускраћују или ограничавају та потрошачева права.⁵³ То, на пример, значи да корисник кредита не може да се одрекне законске заштите од неправичних одредаба које евентуално садржи уговор о конверзији. У вези с уговорним одрицањем од туж-

51 Ево пар примера: „Корисник кредита се обавезује да новчане обавезе по основу овог уговора измирује уредно и благовремено у складу са планом отплате кредита.“ „У случају да корисник кредита не измири своје обавезе о року њихове доспелости, на све доспеле а неизмирене износе банка обрачунава затезну камату у складу са Законом о затезној камати. У случају да је уговорена каматна стопа виша од стопе затезне камате, уговорена камата тече и након што корисник кредита доспе у доцњу.“ „Уговорне стране су се сагласиле да се овај уговор о конверзији не сматра уговором о преносу у смислу закона којим се уређују облигациони односи.“ Доступно у архиви аутора.

52 ЗК, чл. 2 ст. 1 тач. 2.

53 ЗЗП, чл. 3 ст. 1 и 2.

беног захтева у истом закону стоји да се неправичном сматра уговорна одредба која за предмет или последицу има:⁵⁴

„искључење или ограничење права потрошача да покрене одређени поступак или да употреби одређено правно средство за заштиту својих права.“

Реч је о уговорној одредби с тзв. црне законске листе, за коју се неоториво претпоставља да је неправична и последично ништава односно да не обавезује потрошача. Српско потрошачко право је од 2010. године усклађено с минималним захтевима Директиве о неправичним одредбама у потрошачким уговорима.⁵⁵ Поред генералне клаузуле о томе шта се сматра неправичним у овом контексту, преузете су у српско право и још две листе неправичних одредаба.⁵⁶ На црној листи налазе се уговорне одредбе за које се неоториво претпоставља да су неправичне, а на сивој одредбе чија се неправичност обориво претпоставља.

Конечно, одредбе Закона о парничном поступку прописују да суд неће дозволити располагања странака која су у супротности с принудним прописима, јавним поретком, правилима морала и добрим обичајима⁵⁷ те да одрицање од тужбеног захтева изјављено на рочишту или у поднеску тужилац може да опозове до доношења пресуде и без пристанка туженог.⁵⁸ Уговорно обвезивање на одрицање од тужбеног захтева или пак од процесног овлашћења да се то одрицање опозове нема правно дејство.

Наша правна теорија сматра да су процесни уговори допуштени само ако су посебно уређени законом (на пример, споразум о месној надлежности, арбитражни споразум, судско поравнање као мешовити уговор који садржи и процесне и материјалне елементе). Процесни уговори који нису предвиђени законом не производе правно дејство.⁵⁹ То

54 33П, чл. 44 ст. 1 тач 3.

55 Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21 April 1993), 29–34.

56 33П, чл. 44–45. Иста правила налазила су се у чл. 47–48 33П из 2010. Оба каталога су преузета из Предлога Директиве о правима потрошача (Proposal for a Directive on consumer rights, COM (2008) 614). Каталогси су изостављени из коначног текста те Директиве. Детаљно излагање о томе видети у: Марија Караникић Мирић, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2017, 570–588.

57 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 и 87/2018, чл. 3.

58 ЗПП, чл. 349 ст. 5.

59 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015, 262.

се односи и на уговоре којима се странка обавезује да се одрекне тужбеног захтева односно да не опозове одрицање од тужбеног захтева и томе слично.

Када се све то узме у обзир, у пракси би могло би да се отвори питање може ли корисник кредита уговором о конверзији да се одрекне свих својих потраживања у вези с индексирањем, а поготово може ли уговором да се обавезе на одрицање од тужбеног захтева којим је конзумирано и одрицање од процесног овлашћења тужиоца да једнострано опозове своје одрицање од тужбеног захтева до пресуђења.

VI Закључак

Закон о конверзији уређује вансудску споразумну ревизију пуноважног уговора о стамбеном кредиту индексираним у швајцарским францима. Њиме су ефективно отклоњени услови који су иначе неопходни за ревизију пуноважног уговора: престанак друге уговорне стране на споразумну измену уговора или пак испуњеност законских услова за судску ревизију услед промењених околности. Омогућено је да корисник кредита исходује измену пуноважног уговора без обзира на вољу друге уговорне стране (прописана је обавеза банке да кориснику понуди измену законом одређене садржине) и без обзира на испуњеност услова који би се иначе по закону захтевали за позивање на установу *rebus sic stantibus*.

Закон о конверзији спада у интервентне прописе који се у последње време доносе у циљу решавања појединачних спорних друштвених ситуација које доносиоци политичких одлука перципирају као акутан социјални или политички проблем. Тај закон одступа од основних номотехничких и догматичких постулата. Писан је инструментално и на брзину. Овде је показано да се многе његове мањкаве одредбе језички и концепцијски правно-системски не уклапају у затечена правила о закључењу уговора.

Коначно, Закон о конверзији је само један пример законодавног популизма. О тој друштвеној и правној појави до сада је највише писано у области кривичног права.⁶⁰ Правна наука би требало да посвети више пажње ширењу законодавног популизма у другим областима, друштвеним и правним последицама интервентних прописа, њиховом поређењу са судским популизмом те механизмима који би једно друштво могли да учине отпорнијим на овакве појаве.

60 Видети преглед литературе у: Nicola Lacey, „Populism and the Rule of Law“, *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 15, 2019, 81.

Коришћена литература

- Беговић Борис, „Валутна клаузула: сврха, дилеме и могући исходи“, *Право и њривреда*, бр. 10–12/2016.
- Беговић Борис, „Ревизионизам на делу: наставак саге о валутној клаузули“, *Правни живој*, бр. 11/2017.
- Беговић Борис, „Тријумф идеје над разумом: правноекономски коментар правног схватања Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2019.
- Беговић Борис, Илић Никола, „Корак напред, четири корака назад: Врховни касациони суд још једном о валутној клаузули“, *Право и њривреда*, бр. 10–12/2017.
- Беговић Борис, Илић Никола, „Порекло заблуде о сврси валутне клаузуле“, *Анали Правној факултетна у Београду*, бр. 2/2017.
- Водинелић Владимир В., *Грађанско њраво. Увод у грађанско њраво и Ојшћи део грађанској њрава*, 3. издање, Правни факултет Универзитета Унион – Службени гласник, Београд, 2017.
- Драшкић Младен, „Члан 30. Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Књига I, Савремена администрација, Београд, 1983.
- Живковић Милош, „Кратка правна анализа правног схватања ВКС о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2019.
- Илић Никола, „Кредити индексирани у швајцарским францима и инвестициона арбитража“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2019.
- Јовановић Милан, „Анализа правних и економских аспеката става Врховног касационог суда о пуноважности валутне клаузуле код уговора о кредиту у швајцарским францима и конверзији“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2019.
- Караникић Мирић Марија, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска њолићичка мисао*, бр. 2/2015.
- Караникић Мирић Марија, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и њривреда*, бр. 7–9/2017.
- Караникић Мирић Марија, „Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: Осврт на Зојин закон“, *Анали Правној факултетна у Београду*, бр. 1/2016.
- Lacey Nicola, „Populism and the Rule of Law“, *Annual Review of Law and Social Science*, Volume 15, 2019.
- Орлић Миодраг В., *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993.

Познић Боривоје, Ракић Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Службени гласник, Београд, 2015.

Слијепчевић Драгиша, „Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2016.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD

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

THE LAW ON CONVERSION OF HOUSING LOANS INDEXED TO SWISS FRANCS AS AN EXAMPLE OF EMERGENCY LEGISLATION

Summary

The Law on Conversion of Housing Loans Indexed to Swiss Francs was enacted in a shortened procedure in April 2019, with the aim of providing special ex post facto legal protection to the consumers engaged in long-term housing loans with a currency clause in CHF. This paper firstly examines the relatively new practice of the Serbian legislature to act in the interventionist manner, that is, to change or adopt the laws for the purposes of addressing the individual contentious social issues that political decision makers perceive as acute social or political problems. The newly adopted Law on Conversion falls under such category of “interventionist” or “emergency” legislation. The paper then discusses certain provisions of the new law that do not fit well with the well-established rules on contract formation. Finally, the paper presents the current banking practice of concluding conversion agreements in line with the said piece of “emergency” legislation.

Key words: *Emergency legislation. – Law on Conversion of Housing Loans Indexed to Swiss Francs. – Offer. – Acceptance. – Conversion.*

Датум пријема рада: 25. 2. 2020.

Датум прихватања рада: 3. 3. 2020.

UDK: 347.736(497.6)

CERIF: S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

др **Зоран ВАСИЉЕВИЋ***

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

РЕСТРУКТУРИРАЊЕ КАО МЈЕРА ОПОРОВКА ДУЖНИКА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Сажетак

Аутор се у раду бави анализом реструктурирања као мјере опоравка дужника у праву Републике Српске, уз указивање на уредноправна рјешења. Указује се да се ради о једној од мјера које представљају алтернативу стечајном поступку и првенствено привредној субјекта, уз познатију, и дуже времена заснивену у законодавству, мјеру реорганизације стечајног дужника на основу стечајног плана. Констатира се да је у праву Републике Српске први пут уведен поступак реструктурирања Законом о стечају из 2016. године, али као хибридна варијанта, која подразумијева вођење судског поступка и на коју се у значајној мјери примјењују законске одредбе које се односе и на сам стечајни поступак. Чисто реструктурирање, као облик вансудског споразумјевања између дужника и повјерилаца, још увијек није улегало свјетло дана у легислативи Републике Српске, али је сачињен нацрт посебног закона који би регулисао ову материју, чије се усвајање може ускоро очекивати. У сваком случају, може се констатиовати да се генерално ради о институту који је флексибилнији од поступка реорганизације, те који уз већу уштеду и времена и новца може довести до истог циља, а то је оживљавање дужника. Овоме нарочито доприноси благовремено предузимање мјера

* Електронска адреса аутора: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org.

опоравка, прије наступивања стечајној разлоја. Дојринос инститиуија реструктурирања, било судској или вансудској, је несумњиво велик за све учеснике овој процеса, као и привреду и друштво у целини.

Кључне ријечи: Дужник. – Повјериоци. – Инсолвенћности. – Реорганизација. – Судско реструктурирање. – Вансудско реструктурирање.

I Увод

Стечај је посебно стање у којем се налази један привредни субјекат. Оно се проузрокује чињеницом немогућности измирења доспјелих обавеза повјериоцима или очекиваним наступањем платежне неспособности у скоријем периоду.¹ Стечајни поступак има своја два основна циља, а то су намирење повјерилаца и престанак стечајног дужника. Наиме, окончањем овог поступка, врши се упис у судски регистар и од тог тренутка стечајни дужник престаје да постоји као правни субјекат.

Чини се да је, ипак, претежнији циљ да повјериоци буду намирени, тј. задовољени у што је могуће већој мјери. Томе у прилог говори и чињеница да стечајни поступак не мора увијек окончати гашењем дужника, већ уз сагласност повјерилаца, може да се окрене у смјеру реорганизације стечајног дужника, који на основу успешне реализације стечајног плана може довести до његовог оздрављења и враћања правног субјективитета у пуном капацитету. Наиме, стечајни поступак је нужно зло и уколико се покlope интереси, прије свега, стечајног дужника и стечајних повјерилаца, али и друштвене заједнице чији су представници стечајни управник и стечајни судија, могу се изнаћи мјере које ће довести до наставка рада стечајног дужника. Овај други поступак, тј. поступак реорганизације, добија све више простора и у стечајном законодавству.²

Међутим, реорганизација није једини могући поступак који води опоравку и финансијској консолидацији дужника. Постоје и друге мјере, које предвиђају стечајна законодавства, било у оквиру опште регулативе стечајног поступка, било у виду посебног закона, као што су споразумно финансијско реструктурирање стечајног дужника, финансијско реструктурирање у претходном стечајном поступку и продаја правног

1 Вид. Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, 4.

2 Вид. Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Београд, 2007, 17. Такође, Закон о стечају – ЗоС, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 16/16, чл. 202–254.

лица, односно његове имовине у поступку стечаја. Предмет овог рада биће управо анализа поступка реструктурирања, и то превасходно схваћеног у ужем смислу, како судског, тако и вансудског, са нагласком на позитивноправна рјешења у Републици Српској.

II Поређење реструктурирања и реорганизације дужника

Реструктурирање дужника представља било коју врсту поступка који води ка промјенама привредних субјеката који се налазе у финансијским проблемима, па тако обухвата и поступак реорганизације схваћене у ужем смислу, како је регулисана Законом о стечају.³ Стечај, као што смо већ истакли, представља нужно зло, које се спроводи када нема другог излаза. Међутим, уколико се, и поред чињенице да је стечајни дужник инсолвентан, укаже на постојање могућности његовог преживљавања, стечајни поступак се може обуставити, а стечајни дужник умјесто гашења кренути у смјеру оживљавања и реорганизације. Реорганизација стечајног дужника представља могућност наставка његовог пословања, иако је против њега покренут стечајни поступак.⁴ Наиме, реорганизација подразумијева широк спектар мјера којима привредно друштво може побољшати своје пословање, а сама стечајна реорганизација представља нови договор између стечајног дужника и његових повјерилаца којим се на другачији начин уређује садржина дужничко-повјерилачких односа између ових лица.⁵ Ради се о знатно ширем и функционалнијем правном путу у санацији стечајног дужника у односу на некадашњи институт принудног поравнања, који се у стечајном законодавству Републике Српске први пут појавио доношењем Закона о стечајном поступку из 2002. године.⁶ Реорганизација дужника је, према томе, вид његовог реструктурирања схваћеног у ширем смислу. Међутим, реструктурирање схваћено у ужем смислу, било да је у питању судско или вансудско реструктурирање, представља алтернативу поступку реорганизације, која представља један од исхода стечајног поступка. У томе се састоји и суштинска разлика јер се вансудско реструктурирање спроводи мимо стечајног поступка, док судско представља облик предстечајног поступка.

Да би дошло до стечајне реорганизације, неопходно је доношење и усвајање стечајног плана. Тим планом се одступа од законских одредаба

3 Вук Радовић, *Стечајно право – књижа друга*, 2. издање, Београд, 2018, 192–193.

4 Слободан Спасић, „Облици реорганизације стечајног дужника у стечајном законодавству Републике Србије“, *Актуелна ишћања стечајног права* (уредник Недељко Милијевић), Бања Лука, 2008, 222.

5 Иван Тодоровић, *Спровођење стечаја путем реорганизације*, Београд, 2016, 8.

6 Закон о стечајном поступку, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 67/02.

о уновчењу и расподјели стечајне масе и он представља споразум на који су дали сагласност квалификована већина стечајних повјерилаца и стечајни дужник, те којим се уређују модалитети реорганизације стечајног дужника и потврђује га надлежни стечајни суд.⁷ Стечајни план има снагу извршног наслова за све непривилеговане повјериоце. Његовим усвајањем се мијења положај стечајног дужника, који се разликује, како од положаја „здрог“ привредног друштва које редовно послује, тако и од стечајног дужника за вријеме спровођења стечаја. Наиме, стечајном дужнику се у стању реорганизације враћа право самосталног коришћења пословне способности, која је још увијек ограничена оквирима предвиђеним планом реорганизације. Стечајни дужник се у овој фази практично налази у положају „програмираног пословања“ у оквирима задатим планом реорганизације.⁸ Ипак, и поред чињенице да се овај план усваја у стечајном поступку, с обзиром на чињеницу да га морају прихватити све укључене стране, одређење његове правне природе је ближе уговору, него судском акту.⁹

Рјешење о потврди стечајног плана дјелује према свим учесницима од дана правоснажности. Он има дејство на стечајног дужника који преузима од стечајног управника управљање самим собом, али ограничено оним што је одређено стечајним планом. Тако може бити предвиђено да је за ваљаност одређених правних послова потребно добити претходну сагласност стечајног управника. Преузимање послова ван утврђених оквира производи ништавост у односу на стечајног дужника. Најважније дејство, ипак, се односи на потраживања повјерилаца стечајног дужника, у смислу да може представљати коначан договор са дужником о начину измирења дуга, којим се повјериоци могу одређи дијела својих потраживања, односно пролонгирати њихово намирење.¹⁰ У процесноправном смислу, основно дејство стечајног плана је обустава стечајног поступка. Ипак, реорганизација још увијек представља дио стечаја који се може поново активирати у случају неспровођења или немогућности спровођења плана реорганизације, па обустава треба да има ограничен домашај.¹¹

Могло би се закључити да је, иако се реорганизација у ширем значењу изједначава са појмом реструктурирања, а у упоредном праву се

7 В. Радовић, 210–212.

8 И. Тодоровић, 153–154.

9 Вид. С. Спасић, 225.

10 У истом обиму и на исти начин се стечајни дужник ослобађа обавеза и према својим судужницима, јемцима или другим регресним овлаштеницима. Вид. ЗоС, чл. 239 ст. 6.

11 Тако и у реорганизацији треба на одговарајући начин поштовати начела стечаја. Вид. И. Тодоровић, 241.

ова два појма често користе као синоними,¹² ипак прихватљивије вршити њихово разграничење у контексту усвојене законске терминологије. Разлике су бројне, нарочито уколико се пореде реорганизација и вансудско финансијско реструктурирање: реорганизација је доступна свим привредним субјектима, док је вансудско реструктурирање омогућено само предузетницима и привредним субјектима који се не баве дјелатностима финансијског сектора; за покретање поступка вансудског реструктурирања се не тражи постојање стечајног разлога, већ је довољна и привремена неликвидност која указује на финансијске тешкоће дужника; у поступку вансудског реструктурирања је довољно учешће и само два повјериоца, за разлику од реорганизације у којој учествују сви повјериоци; ужи је дијапазон мјера које предвиђа споразум о вансудском реструктурирању у односу на стечајни план; вансудско реструктурирање се, за разлику од стечајног плана, не може наметнути несагласним повјериоцима; у вансудском реструктурирању нема обавезног законског мораторијума потраживања, већ се мора закључити уговор о мировању; вансудско реструктурирање траје краће и мањи су трошкови; неусвајање споразума о реструктурирању не производи правне посљедице, док неусвајање стечајног плана има за посљедицу наставак стечајног поступка; стечајни план се, за разлику од споразума о финансијском реструктурирању, може закључити и мимо воље дужника, итд.¹³

Конечно, потребно је извршити разграничење и самог поступка реструктурирања у смислу компанијског и стечајног права. Компанијско реструктурирање се не мора односити на процесе кад се компанија налази у финансијским тешкоћама и оно се регулише општим компанијским законом, као што је и у Републици Српској случај са поглављем „Реорганизација привредних друштава у оквиру Закона о привредним друштвима“, у којем се регулишу статусне промјене и промјене правне форме привредног друштва.¹⁴ Ипак, поједини институти реструктурирања дуга, попут енглеских шема уређења, се могу користити и као средство компанијског реструктурирања у поступку преузимања.¹⁵ Стога су, нпр., управо ове шеме уврштене и у садржај Европског модела компанијског закона сачињеног од стране групе стручњака из држава Европске уније, који је усклађен са *acquis communautaire* и служи као меко право.¹⁶

12 Више о наведеној терминолошкој дилеми: В. Радовић, 192–193.

13 Више о разликама између реструктурирања и реорганизације: В. Радовић, 388–391.

14 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 127/08, 59/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19, чл. 368–432.

15 Вид. Christoph Teichmann, „Corporate Restructuring under the EMCA“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2016, 285–286.

16 Европски модел компанијског закона из 2017. године (*European Model Company Act*), пар. 13.2. – 13.4, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348, 18. 2. 2020.

На основу свега наведеног, поступак реструктурирања се у упоредном праву углавном регулише посебним законом, као што је случај у Србији са Законом о споразумном финансијском реструктурирању,¹⁷ или као посебан предстечајни судски поступак, који се дефинише у оквиру општег стечајног законодавства. Интересантно је да је у Републици Српској, реструктурирање најприје регулисано као посебна врста судског предстечајног поступка, на који се у значајној мјери примјењују општа правила стечаја, а да је усвајање закона који се односи на добровољно вансудско реструктурирање тек у процедури. Ипак, на овом мјесту ћемо указати како на важеће законско рјешење, које тренутно нуди само један облик реструктурирања у нашем праву, тако и на нацрт будућег закона који би требао да уведе и вансудско реструктурирање у наш правни систем.

III Врсте реструктурирања у ужем смислу

1. Упоредноправни преглед

Реструктурирање у ужем смислу, дакле, представља такав поступак у којем учествује дужник који нема својство стечајног дужника, што је и кључна разлика у односу на стечајни поступак, али такође и лице над којим, и ако постоји стечајни разлог, стечајни поступак у тренутку подношења захтјева за предузимањем ове мјере још није ни покренут. Ово друго представља битну разлику у односу на поступак реорганизације. Ипак, и само реструктурирање може да се схвати двојачко, као добровољни вансудски поступак, али и у виду једног хибридног поступка, који се у крајњем исходу води пред судом. Стога је потребно извршити разграничење наведене двије варијанте поступка реструктурирања, од којих је једна уређена законом, док је друга још увијек у домену теоријске анализе у праву Републике Српске.

Правила реструктурирања су понајвише развијена у земљама ангосаксонског правног система. Тако у Уједињеном Краљевству постоје четири самосталне опције доступне компанији која жели да реструктурира свој дуг, и то уговорно дефинисање измирења дуга, Компанијски добровољни споразум, шеме уређења дуга и администрирање.¹⁸

Најједноставнији је уговор између повјерилаца и дужника, с обзиром да у овом случају не учествује суд, нити се ангажује стечајни

17 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, *Сл. гласник РС*, бр. 89/15. Новим Законом је замијењен раније важећи закон из 2011. године, који је регулисао предметну материју.

18 Вид. Jennifer Payne, „Debt Restructuring in the UK“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 473.

стручњак, тако да се највише штеди на времену и трошковима. Међутим, недостаци су непримјењивање института законског мораторијума на реализацију потраживања повјерилаца за вријеме трајања процеса реструктурирања, те што сви повјериоци на које би се примјењивао овакав уговор, морају и да га прихвате, па се обично закључује са мањим бројем повјерилаца, што може бити недовољно за дужника.¹⁹ Ни Компанијски добровољни споразум, иако је регулисан Законом о стечају из 1986. године, не представља дио стечајног поступка, већ се примјењује у фази прије наступања стечајног разлога. За разлику од самог уговора, у овом поступку се именује стечајни стручњак који само надзире спровођење Споразума, док органи дужника и даље задржавају свој дјелокруг и сами извршавају Споразум, осим ако над дужником већ није претходно отворен ликвидациони поступак или се налази под администрирањем.²⁰ И овај метод садржи мањкавост у погледу законског мораторијума, али има предност у односу на прости уговор, јер повјериоци одлучују квалификованом већином, иако се обезбијеђени или преференцијални повјериоци не могу везати без њихове сагласности.²¹

Трећи метод, шеме уређења, је најзаступљенији метод у пракси Уједињеног Краљевства, коме чак прибјегавају и компаније из иностранства. Овај поступак је дефинисан Компанијским законом из 2006. године.²² Иако наведени механизам постоји преко једној вијека,²³ све до свјетске финансијске кризе почетком XXI вијека, нису се третирале као средство реструктурирања.²⁴ И шеме, као и Компанијски добровољни споразум, обезбјеђују већинско изгласавање од стране повјерилаца и то у висини од 75% по вриједности потраживања и броју чланова сваке класе шеме. Стога је овдје значајно укомпоновати класе како

19 В. Радовић, 211–213.

20 J. Payne, 452.

21 В. Радовић, 355–357.

22 Енглески Компанијски закон (*Companies Act 2006*), доступно на адреси: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 18. 2. 2020, пар. 895–901.

23 Што је случај и у неким бившим колонијама, попут Индије, у којој су биле уређене још Компанијским законом из 1913. године, али никад нису заживјеле у очекиваном капацитету. И данас се, умјесто шема, више примјењују друга два поступка реструктурирања дугова, и то корпоративно реструктурирање дуга прописано од индијске централне банке (успостављено на линији тзв. „Лондонског приступа“, који представља правила о начину спровођења неформалних поступака реструктурирања развијена од стране Банке Енглеске – више: В. Радовић, 350–351) и механизам спасавања и рехабилитације у складу са Законом о болесним индустријским компанијама из 1985. Више: Umakanth Varotill, „The Scheme of Arrangement as a Debt Restructuring Tool in India: Problems and Prospects“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 585–614.

24 J. Payne, 453.

би се повјериоци сагласили и прихватили шему.²⁵ Предност у односу на Споразум је у томе што се могу узети и несагласни обезбјеђени и преференцијални повјериоци, али није могуће везивање између више класа повјерилаца (тзв. *cram down*). Ово се истиче и као главни недостатак у правцу чијег исправљања би требало да се креће будућа реформа, док се у погледу недостатка законског мораторијума јављају различита схватања, па тако једни сматрају да би требало увести обавезни мораторијум, док се други аутори залажу за опстанак опционог мораторијума чије су предности за дужника у могућности ограничења или проширења мораторијума на области за које сматра да би требале бити покривене, као и за суд који би могао да испитује оправданост приједлога за увођење мораторијума.²⁶ Такође, комплексност шема и трошкови које изискује ова процедура, чине је пријемчивијом за велике компаније, док за мале и средње могу бити погоднија и прва два метода.

Конечно, администрирање представља стечајну процедуру у којој се именује стечајни управник. Посебну форму представља тзв. „*pre-pack*“ администрирање у ком дужник постиже уговор о продаји свог пословања или све своје имовине прије потпадања под спољну управу, за шта је потребна и сагласност повјерилаца. Примарни циљ је да се, уместо вођења дуготрајног процеса администрирања, брзом продајом сачува вриједност, добар пословни углед и повјерење у компанију.²⁷ С обзиром да је у питању стечајни поступак, у фази администрирања се примјењује и обавезни мораторијум на потраживања повјерилаца. Ипак, чињеница је да ниједан метод није без недостатака, па се у пракси често користи могућност њиховог комбиновања и то се најчешће чини комбинацијом шема уређења и администрирања, чиме се обезбјеђује примјена института мораторијума потраживања, али и много екстензивнија форма реструктурирања дуга него што је могуће у случају самосталног коришћења шема.²⁸

25 Sarah Paterson, „Reflections on English Law Schemes of Arrangement in Distress and Proposals for Reform“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 475–477.

26 Упореди: J. Payne, 454 и S. Paterson, 483.

27 Вид. J. Payne, 455.

28 J. Payne, 456–457. Као примјер се наводи случај *Re Bluebrook Ltd (2009) EWHC2114 (Ch)*, гдје су наведена компанија и њена два индиректна зависна друштва имала финансијске извјештаје који су указивали на инсолвентност. План је био да се, уместо ликвидације, спаси група. С обзиром на то да имовина није била довољна ни за намирење више класа повјерилаца, пословање групе је пренесено на нову корпоративну структуру коришћењем метода „*prepack*“ администрирања, те су повјериоци из више класа конвертовали своја потраживања према старој групи за акције у реструктурисаној групи путем одређеног броја шема. Повјериоци ниже класе нису учествовали у овом процесу, јер њихова потраживања нису дирана, тако

Питање реструктурирања у САД је регулисано у поглављу 11 америчког Закона о банкротству, док је супротан пут ликвидације регулисан у поглављу 7. Амерички систем уређује ово питање као дио стечајног поступка у који је укључен суд, али у којем дужник задржава управљање својим пословима, као тзв. „дужник у посједу“. Дужник мора суду поднијети план реорганизације о коме се изјашњавају повјериоци. Ако макар једна класа повјерилаца буде против плана, он се и даље може потврдити од стране суда, али само ако су испуњени услови за тзв. „потискивање“ повјерилаца (*cram down*), што подразумева да повјериоци те класе не смију бити дискриминисани, те да је план правичан у односу на њих.²⁹ Такође, за разлику од енглеског система, дужници су у поступку реструктурирања заштићени законским мораторијумом на потраживања повјерилаца.³⁰ Мораторијум је подложен и изузецима у случају породичноправних односа (као што су потраживања између супружника или дјецe и родитеља), као и правом повјерилаца да траже од суда да их ослободи од мораторијума, као нпр. у случају кад постоје разлози за именовање трастија који треба да преузме управљање имовином дужника.

Америчко право познаје и тзв. „*pre-pack*“ споразум између дужника и повјерилаца који се, ипак, разликује од енглеског истоименог модалитета администрирања, прије свега јер је и овдје укључен суд који треба да одобри такав споразум. Управо је право Сингапура учинило прелаз са енглеског на амерички модел реструктурирања, усвајањем измјена и допуна Компанијског закона,³¹ које су ступиле на снагу 23. 5. 2017. године. Тако су уведени институти аутоматског и широко обухватног мораторијума, потискивања између класа повјерилаца, супер приоритетне залогe и „*pre-pack*“ шеме, чиме је уведен хибридни режим који комбинује флексибилност енглеског система и моћан арсенал одредаба из поглавља 11 америчког Закона о банкротству.³² То је учињено у циљу развијања Сингапура у међународни центар за реструктурирање дугова.³³

У Шпанији је донедавно питање рјешавања финансијских тешкоћа привредних субјеката било предмет формалне стечајне про-

да није био потребан ни њихов пристанак на реструктурирање. Тиме је омогућен наставак пословања нове групе, неоптерећене за ранији висок дуг, а суд није прихватио жалбу повјерилаца ниже класе који су хтјели да оспоре реорганизацију, јер није било утицаја на њихова права.

29 В. Радовић, 308.

30 Закон о банкротству САД из 1978. године (*Bankruptcy Code*), пар. 362.

31 Компанијски закон Сингапура (*Company Act, Cap 50, 2006 Rev. Ed*), пар. 210–212.

32 Вид. Meng Seng Wee, „The Singapore Story of Injecting US Chapter 11 into the Commonwealth Scheme“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 556.

33 Више о наведеној реформи сингапурског законодавства: М. S. Wee, 566–583.

цедуре. Тако је 2003. године усвојен Закон о стечају,³⁴ дјелимично под утицајем њемачког законодавства, који је нудио неколико могућности реструктурирања. Међутим, све су биле у потпуности или дјелимично руковођене од стране суда. Тек је измјенама и допунама које су у периоду од 2009. до 2015. године вршене у осам наврата, омогућено и вансудско реструктурирање.³⁵ Избор вансудских опција зависи од врсте дужника, као и врсте мјера потребних да се пословање дужника врати у стање солвентности. Врсте реструктурирања се могу подијелити у три групе: чисто уговорни аранжмани, регулисани колективни споразуми и судске стечајне процедуре. У оквиру регулисаних колективних споразума, даље се могу подијелити три солуције: обични споразум о рефинансирању (који се спроводи без утицаја суда), потврђени споразум о рефинансирању (који потврђује суд, али који је за разлику од прве групе обавезујући и за неучествујуће/несагласне повјериоце, укључујући и обезбјеђене) и вансудски споразум о плаћањима (који је дизајниран углавном за мала и средња предузећа и спроводи се у вансудској процедури). У оквиру стечајних процедура, разликују се, пак, претходни стечајни план,³⁶ обични стечајни план и ликвидација.³⁷ Од свих наведених облика, најпотпунији и најрелевантнији за праксу шпанских компанија је поступак на основу споразума о потврђеном рефинансирању у којем је улога суда ограничена само на доношење одлуке о почетку периода преговарања и потврду плана реструктурирања. Најсличнији је енглеским шемама и требао би да одврати привредне субјекте из Шпаније да финансијске проблеме рјешавају пред енглеским судовима.³⁸

И Италија је извршила реформу система реструктурирања дугова компанија, са којом је започела чак и прије него што је 2012. године у ЕУ проглашен „нови приступ пословном неуспјеху“. Наиме, до 2005. године се стајало на позицијама приступа јавног интереса (француски концепт), па самим тим и транспарентности поступка над инсолвентним дужником. Међутим, од те године је дошло до заокрета и уведене су одређене новине, прије свега, у погледу режима закључивања појединачних или групе уговора између дужника и повјерилаца у циљу олакшања финансијских тешкоћа дужника. Уведени су обавезан

34 Закон је ступио на снагу у септембру 2004. године. Вид. *Insolvency Law of Spain, Ley 22/2003*.

35 Више о хронологији доношења и мијењања законских рјешења: Ignatio Tirado, „Scheming against the Schemes: A New Framework to Deal with Business Financial Distress in Spain“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 516–518.

36 Сличан облик је заступљен и у праву Србије.

37 Више о наведеним облицима реструктурирања: I. Tirado, 519–526.

38 Више о наведеном облику реструктурирања: I. Tirado, 535–552.

ангажман независног рачуновође и обавезна процјена успјешности реализације уговора. Такође, реформисани су и споразуми банака са презадуженим клијентима увођењем института уговорног мораторијума. Ипак, најзначајније промјене се односе на увођење споразума одобрених од суда, који су прилично детаљно регулисани кроз општи режим реструктурирања добровољним споразумом са повјериоцима који је потврђен судском одлуком и два под-режима кад се у улози повјерилаца јављају банке или друге финансијске институције и пореске власти.³⁹

Услов за примјену споразума је да се пословање дужника налази у кризи, који појам није најпрецизније дефинисан, али се тумачи да обухвата и стање инсолвентности и пријетеће инсолвентности. Да би споразум био одобрен, морају га прихватити повјериоци са најмање 60% потраживања. Након тога се споразум уписује у регистар⁴⁰ и пријављује суду ради одобрења. Уколико га одобри, суд нема више право да се мијеша у реализацију, дужник и даље задржава контролу над својим пословањем и не поставља се било какав старалац нити медијатор. Штавише, и у случају неуспјеха реализације и отварања стечајног поступка, дужник се не може позивати на одговорности, нити се могу побијати трансакције из фазе реализације споразума. И поред свих наведених предности, остаје закључак да механизми вансудског реструктурирања дугова у Италији нису заживјели у значајнијем обиму. Као разлози за такво стање, најчешће се наводе пренормираност, блискост регулативе правилима стечајног поступка, и поједини строги услови, попут захтјева да споразум закључи 60% повјерилаца и, посебно, да дужник мора да у потпуности исплати несагласне повјериоце.⁴¹

Њемачко право реструктурирања дугова, пак, дуго времена није садржавало било какве предстечајне поступке реструктурирања. Међутим, посљедњих година је и тамошњи законодавац извршио реформе у три правца: ревизијом Закона о обвезницама⁴² (кроз допуштање промјене услова обвезница већином гласова повјерилаца), доношењем Акта о даљем поједностављењу реструктурирања компанија⁴³ који омогућује дужнику да започне припрему ове процедуре у раној фази (тзв. процедура „заштитног кишобрана“ – међутим, не ради се о

39 Вид. Renato Mangano, „Path Dependence and Paradox in Harmonizing Out-of-court Procedures across Europe. The Evidence from Italy“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 628–629.

40 Када наступа и аутоматски мораторијум у трајању од 60 дана. Прије тога, а за вријеме трајања преговора, дужник може тражити од суда да се одреди мораторијум. Вид. R. Mangano, 631.

41 R. Mangano, 635–636.

42 Закон о обвезницама из 1899. године (*Schuldverschreibungsgesetz*), потпуно ревидиран 2009. године.

43 Донесен 2012. године и садржан у Закону о стечају из 1994. године (*Insolvenzordnung*), пар. 270b.

ванстечајном, већ тзв. хибридном поступку реструктурирања) и коначно, покретање поступка усклађивања предстечајних процедура реструктурирања са рјешењима приједлога ЕУ Директиве, који се односио на ову материју, од 22. 11. 2016. године.⁴⁴ И њемачке компаније су, незадовољне домаћом легислативом, у протеклом периоду често користиле енглеске шеме уређења, што потврђују случајеви као што су Rodenstock GmbH, Primacon Holding GmbH, APCOA Parking Holdings GmbH и APCOA Parking Deutschland GmbH, сви из периода 2011–2014. године.⁴⁵

У Србији, поред обичне реорганизације, постоје још два поступка реструктурирања, један који је уређен стечајним законодавством – унапријед припремљени план реорганизације,⁴⁶ и други, регулисан посебним законом – споразумно финансијско реструктурирање.⁴⁷ Законска регулатива унапријед припремљеног плана реорганизације је фокусирана на прецизирање разлика у односу на обични план реорганизације, па се стога, ако ништа није одређено, сходно примјењују одредбе Закона о стечају које уређују обичну реорганизацију.⁴⁸ Ради се, у сваком случају, о хибридном поступку реорганизације, који започиње изван стечаја у циљу постизања споразума између дужника и повјерилаца о садржају плана реорганизације, па се тек након тога покреће судски поступак у коме је потребно информисати и оне повјериоце који нису учествовали о вођењу преговора.⁴⁹ План мора бити већински прихваћен од стране сваке класе повјерилаца, па се у том циљу доставља суду који испитује приједлог плана и његову усклађеност са законом, те у случају испуњености услова доноси рјешење о покретању претходног поступка

44 На крају је 20. 6. 2019. године усвојена Директива о реструктурирању и инсолвентности, *Службени лист Европске уније*, бр. L 172, 26. 6. 2019. (енг. *Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132*). Оквири за превентивно реструктурирање су регулисани у чл. 4–7, а планови реструктурирања у чл. 8–16 Директиве. Директива углавном предвиђа све тековине савремене упоредноправне, а посебно енглеске, регулативе, као што су услов предстојеће инсолвентности, задржавање управљања пословима од стране дужника, могућност мораторијума потраживања у току преговора о плану реструктурирања и ограничење дужине његовог трајања, услов већине у свакој класи повјерилаца приликом изгласавања плана, као и услов потврде плана од стране управне или судске власти, те могућност надгласавања међу класама повјерилаца.

45 Reinhard Bork, „Debt Restructuring in Germany“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018, 504.

46 Закон о стечају, *Сл. тласник РС*, бр. 109/09, 99/11, 83/14 и 113/17.

47 Закон о споразумном финансијском реструктурирању Србије.

48 В. Радовић, 369.

49 В. Радовић, 370.

за испитивање испуњености услова за отварање стечајног поступка, којим заказује рочиште за одлучивање о приједлогу за покретање стечајног поступка и гласање о плану. У случају усвајања приједлога унапријед припремљеног плана реорганизације, стечајни судија доноси рјешење којим отвара стечајни поступак, потврђује усвајање унапријед припремљеног плана реорганизације и обуставља стечајни поступак, након чега се спроводи потврђени план реорганизације.⁵⁰ С друге стране, модел споразумног финансијског реструктурирања је прихваћен и у Нацрту Закона о споразумном вансудском финансијском реструктурирању Републике Српске, па ће о њему више ријечи бити у даљем тексту.

2. Реструктурирање у стечајном законодавству Републике Српске

Законом о стечају из 2016. год., у Републици Српској је уведен нови институт реструктурирања изван стечаја. Наиме, увођењем овог института у предстечајном поступку даје се могућност да дужник постигне споразум са својим повјериоцима у погледу реструктурирања дугова и тако избјегне покретање стечајног поступка и престанак постојања у крајњем исходу. Овакав начин рјешавања проблема презадужености је и прије усвајања био прихваћен у упоредном праву,⁵¹ на шта указују и претходно наведена рјешења и искуства. У нашем праву, поступак реструктурирања је, међутим, тренутно устројен искључиво као судски поступак који се спроводи прије покретања и вођења стечаја ради финансијског реструктурирања дужника.

Поступак предстечајног реструктурирања се може спровести над имовином правног лица и имовином дужника појединца, под којим се сматрају ортак и комплементар. Може се отворити и над имовином правног лица које је у већинском власништву Републике Српске или јединице локалне самоуправе, али не и над имовином Републике

50 Више о поступку реорганизације на основу унапријед припремљеног плана: В. Радовић, 369–387.

51 На нивоу Европске уније је 2014. год. усвојена и Препорука о новом приступу пословном неуспјеху и инсолвентности привредних друштава. Циљ препоруке је омогућавање реструктурирања привредним друштвима у финансијским тешкоћама како не би отишла у стечај. Препорука, међутим, представља само секундарни извор права и њоме се упућује државама чланицама да ускладе своја законодавства са њеним начелима до 14. 3. 2015. године. Више о Препоруци, али и рјешењима у правима САД и Велике Британије, као и земаља из окружења, видјети код Дијана Марковић-Бајаловић, „Нови Закон о стечају Републике Српске (Реструктурирање пре стечаја – законодавна иновација или илузија?)“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016, 390–400; Драгица Ристић, Мирослав Минић, „Реструктурирање у предстечајном поступку“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016, 449–454.

Српске, јединица локалне самоуправе, као ни јавних фондова који се у цијелости или дјелимично финансирају из буџета.

Да би се отворио поступак реструктурирања морају да постоје разлози у облику пријетеће платежне неспособности⁵² или кашњењу од стране дужника са испуњењем преузетих новчаних обавеза, али најдуже до 60 дана. Уколико се изврши поређење са разлозима за отварање стечајног поступка, може се уочити да се дужник још увијек налази у бољој финансијској ситуацији, с обзиром на то да је разлог за отварање стечајног поступка платежна неспособност стечајног дужника, тј. немогућност да извршава своје доспјеле и потраживане обавезе плаћања, што подразумева стање непрекидног неизмиривања доспјелих новчаних обавеза у периоду од 60 дана, односно блокаде рачуна у истом том периоду.⁵³ Већ се на основу разлога за покретање поступка може закључити да је циљ реструктурирања да не дође до отварања стечајног поступка, односно да се избјегне довођење дужника у стање платежне неспособности. Ипак, о већој блискости самом стечајном поступку него поступку вансудског реструктурирања најбоље говоре иста начела која се примјењују и у предстечајном реструктурирању, као и у стечајном поступку, попут начела судског спровођења поступка, начела утврђивања чињеница, начела једнаког третмана и равноправности, начела заштите повјерилаца, начела економичности, начела императивности и преклузивности, начела јавности и начела хитности, као и сходна примјера одређених правила стечајног поступка на поступак реструктурирања. Тако се нпр., на право гласа повјерилаца оспорених потраживања или на поступак за утврђивање оспорених потраживања сходно примјењују правила стечајног поступка.⁵⁴

Поступак се покреће на приједлог дужника или повјериоца, ако је дужник сагласан, а органи поступка су Суд и повјереник, кога именује суд са листе стечајних управника. За разлику од стечајног управника у стечајном поступку који преузима послове органа стечајног дужника, повјереник има само задатак да прати пословање дужника, испита његово материјално и финансијско стање, пријави потраживања повјерилаца и с тим упозна стечајног судију, дужника и повјериоце како би имали увид у економско и финансијско стање дужника прије доношења одлуке о закључењу споразума. Послове дужника, дакле, и даље воде његови органи. Стога је и законодавац флексибилнији у погледу

52 Према ЗоС-у, чл. 4 ст. 2, пријетећа платежна неспособност постоји ако дужник према плану доспијећа новчаних обавеза неће бити у стању да измири преузете обавезе плаћања по доспијећу у наредних 12 мјесеци.

53 Вид. ЗоС, чл. 5 ст. 1–4. Стечајни поступак се може отворити и због пријетеће платежне неспособности, али само по приједлогу стечајног дужника.

54 Вид. ЗоС, чл. 44 ст. 8 и чл. 48 ст. 7.

оптерећености повјереника, навођењем да суд приликом именована треба да води рачуна о броју поступака реструктурирања, односно стечајних поступака у којима је то лице већ именовано. С друге стране, у стечајном поступку, правило је да један стечајни управник може истовремено водити послове само једног, а само изузетно два стечајна дужника.⁵⁵

Уз приједлог мора бити достављен и план финансијског и оперативног реструктурирања који треба да садржи мјере које ће дужник предузети у циљу финансијског опоравка и довођења себе у могућност да измири обавезе према повјериоцима. То могу бити разне мјере попут повећања основног капитала, пролонгирања отплате или дјелимичног ослобађања од дугова, спровођења статусних промјена дужника, измјена у управљачкој структури, начину обављања дјелатности, и сл. Уколико се отвори,⁵⁶ поступак се треба окончати у року од пет мјесеци, а у оправданим случајевима се може продужити најдуже за још 90 дана. У сваком случају, ради се о краћем року од оног прописаног за стечајни поступак који износи годину дана, а у сложеним случајевима се може продужити и на двије године.

Суд рјешењем о отварању поступка реструктурирања, које се објављује у „Сл. гласнику РС“, позива повјериоце да, у року од 30 дана од дана објаве, пријаве своја потраживања, као и да у року од осам дана од дана објаве извјештаја о пријављеним потраживањима, оспоре она потраживања која сматрају непостојећим, уз навођење разлога. И дужник и повјереник се требају писмено изјаснити о сваком пријављеном потраживању. Рјешењем се заказује и рочиште за испитивање потраживања и налаже се да се по службеној дужности у судски регистар и друге јавне регистре упише забиљежба отварања поступка реструктурирања. Након испитног рочишта суд сачињава табелу признатих и оспорених потраживања. План финансијског и оперативног реструктурирања се треба кориговати ако њиме сва потраживања наведена у табели нису била обухваћена. У случају недостављања коригованог плана од стране дужника у року од осам дана од утврђивања табеле, суд рјешењем обуставља поступак. Поред наведеног, поступак реструктурирања се може обуставити и из других разлога, као нпр., ако вриједност оспорених потраживања прелази 30% вриједности пријављених потраживања, ако дужник испуни све обавезе према повјериоцима до рочишта за гласање, и сл.⁵⁷

55 Упор. ЗоС, чл. 38 ст. 1 и чл. 71.

56 Суд може и одбацили приједлог из Законом утврђених разлога. Вид. ЗоС, чл. 31 и чл. 34.

57 Вид. ЗоС, чл. 40.

Након достављања плана реструктурирања заказује се рочиште за гласање о плану. Иако гласају у укупности, повјериоци се према резултатима плана сврставају у четири реда: повјериоци којима се утврђена потраживања смањују у складу са њиховом изјавом о смањењу потраживања, повјериоци којима се утврђена потраживања умањују у складу са законом,⁵⁸ повјериоци којима су потраживања оспорена и повјериоци на чија потраживања не утиче поступак реструктурирања. Да би суд прихватио план и потврдио поравнање у поступку реструктурирања, за план мора гласати најмање 25% повјерилаца по главама и наполовична већина од укупног износа потраживања повјерилаца који су гласали. Мора се признати да овакво законско рјешење не штити повјериоце у довољној мјери. Један од разлога рјешења је спречавање опструкција у поступку реструктурирања од стране појединих повјерилаца. Ипак, омогућава се и њихова заштита и неприхватање плана и поред постигнуте већине ако учине вјероватним да се планом доводе у лошији положај од оног у ком би били да нема плана, ако из плана произлази да није вјероватно да ће његово спровођење учинити дужника способним за плаћање до краја текуће и наредне двије године, у ком року се од дана правоснажности рјешења којим се прихвата план морају намирити потраживања повјерилаца, као и у случају ако планом није одређено намирење износа које би добили повјериоци да њихова потраживања нису оспорена.⁵⁹ О прихватању плана реструктурирања изјашњава се и Правобранилаштво Републике Српске. Правоснажно рјешење којим се потврђује поравнање у поступку реструктурирања доставља се Агенцији за посредничке, информатичке и финансијске услуге Републике Српске, регистарском суду и другим надлежним органима ради уписа у јавне регистре. Уколико се ради о дужнику у форми акционарског друштва, рјешење се доставља и берзи на којој се тргује акцијама тог друштва.

Правна дејства поступка реструктурирања наступају још у моменту објављивања рјешења о отварању поступка на огласној табли суда. Та чињеница производи и знатна ограничења на пословање дужника, што је помало необично, поготово с обзиром на рјешење које важи за предстечајни поступак које оставља могућност комотније позиције дужника, јер му суд у тој фази још увијек не мора ограничити пословну способност.⁶⁰ Међутим, у поступку реструктурирања

58 Наиме, ЗоС у чл. 43 ст. 4 садржи интересантну одредбу према којој се потраживања умањују за износ до 10% чак и оним повјериоцима који нису били сагласни са предложеним планом, с тим да проценат умањења не може бити неповољнији од очекиваног намирења у случају да до поравнања у поступку реструктурирања није ни дошло.

59 Вид. ЗоС, чл. 45 ст. 7.

60 Вид. Д. Марковић-Бајаловић, 407.

дужнику се дозвољава обављање само оних плаћања која су нужна за редовно пословање, а чак му се забрањује било какво отуђивање или оптерећавање имовине, без прављења разлике између покретних и непокретних ствари. Осим тога, за све правне послове које обавља, дужник мора тражити претходну писмену сагласност повјереника или суда, ако је повјереник разријешен дужности.⁶¹ Наведена ограничења трају све до доношења рјешења о потврди поступка реструктурирања или о неприхватању плана реструктурирања.

Отварање поступка реструктурирања производи и процесна дејства у смислу прекида парничних, извршних и управних поступака покренутих против дужника, и сл. У истом периоду не теку ни камате на потраживања према дужнику, осим оних повјерилаца на које поступак не утиче. Повјериоци који буду намирени у складу са постигнутим поравнањем, сматраће се потпуно намиреним. Остали повјериоци могу остваривати своја права у стечајном поступку, и то у износу поравнања закљученог у поступку реструктурирања.

Могло би се закључити да се реструктурирање у претстечајном поступку налази на прелазу између стечајног поступка и поступка вансудског реструктурирања, које у Републици Српској још увијек није регулисано. У теорији се за овакве поступке користи термин хибридни поступци.⁶² Ипак, за разлику од правила које важи за овакве поступке да се претходно постигне договор са значајнијим бројем повјерилаца, што чини и саму реализацију поступка сигурнијом, у Закону о стечају Републике Српске, то питање није уређено.⁶³ Стога, дужницима преостаје да се у будућности више ослоне на добровољно вансудско поравнање, које би ускоро требало бити регулисано новим законом.

3. Перспективе добровољног вансудског реструктурирања

Овај облик реструктурирања још увијек није регулисан у Републици Српској, али је Влада РС у новембру 2019. године усвојила Нацрт Закона о споразумном вансудском финасијском реструктурирању, па би се могло очекивати и његово усвајање у првој половини 2020. године. Основна сврха његовог доношења јесте увођење вансудских мјера

61 Правни послови закључени супротно наведеном услову су ништави. Вид. ЗоС, чл. 47 ст. 6.

62 В. Радовић, 363.

63 За разлику од права Србије у коме је Законом о стечају уређен унапред припремљен план реорганизације као облик предстечајног поступка, који подразумева двије категорије учесника – информисане и неинформисане, зависно од тога да ли су учествовали у неформалним преговорима са дужником, чиме се признаје комбинација неформалног и формалног судског поступка. Више: В. Радовић, 369–387.

које би се могле спровести према дужнику, привредном друштву или предузетнику, који има финансијске тешкоће, али нису испуњени услови за отварање стечаја нити вођење предстечајног реструктурирања, а све у циљу финансијског спасавања таквог дужника и омогућавања наставка његовог пословања. Притом, од примјене закона су изузети сљедећи дужници: банке, друштва за осигурање, инвестициони фондови, друштва за управљање инвестиционим и добровољним пензијским фондовима, овлашћени учесници на тржишту хартија од вриједности, привредна друштва која обављају послове финансијског лизинга, друга привредна друштва која се претежно баве пружањем финансијских услуга, као и субјекти који су у стечају и над којима је покренут поступак реструктурирања у складу са Законом о стечају.

Ради се, према томе, о неформалном вансудском поступку који има за циљ редефинисање дужничко-повјерилачких односа са одабраним повјериоцима, како би се спријечило наступање стечајног разлога.⁶⁴ Овај поступак има својих и предности и недостатака у односу на, како поступак реорганизације, тако и поступак предстечајног реструктурирања. Наиме, вансудско реструктурирање се заснива на принципу добровољности и укључује дужника и повјериоце који су вољни да дође до споразума, па је самим тим и већа шанса његовог успјешног окончања. Исто тако, поступак се покреће у ранијој фази, кад дужник није запао у такве финансијске тешкоће као у случајевима када су испуњени услови за покретање стечајног поступка или реструктурирања у складу са Законом о стечају, па је природно и већа шанса „спасавања“ дужника.⁶⁵ За самог дужника је погодније и то што његови органи и даље сами воде послове, под надзором институционалног посредника и именованог посредника, па је и сам поступак бржи и јефтинији, него кад су укључени стечајни суд и стечајни управник, што укључује судске трошкове и накнаде за управљање стечајним дужником.

С друге стране, поступак добровољног реструктурирања има и своје недостатке који се нарочито огледају у потреби остваривања једногласности приликом закључења споразума о финансијском реструктурирању, а тиме и заобилажењу повјерилаца који су несагласни, тако да је обично укључен мањи број повјерилаца, и то углавном већих који се фаворизују од стране дужника.⁶⁶ Посебно отежавајући фактор спровођењу поступка вансудског реструктурирања представља непостојање обавезног мораторијума на спровођење извршног поступка

64 В. Радовић, 349.

65 Наиме, у овом случају појам финансијских тешкоћа обухвата великвидност, пријетећу великвидност или презадуженост. Вид. Закон о споразумном финансијском реструктурирању, чл. 4 ст. 1 т. 4.

66 Више: В. Радовић, 356–357.

у погледу потраживања повјерилаца према дужнику. Таквим процедурама се значајно омета успјешно спровођење дужниковог реструктурирања, па се са повјериоцима мора закључити уговор о мировању.⁶⁷

Поступак вансудског финансијског реструктурирања је заснован и на одређеним начелима, која су у складу са принципима међународне и упоредноправне регулативе и праксе. Нацрт Закона Републике Српске је, у великој мјери базиран на Закону о споразумном финансијском реструктурирању Србије, па се тако поклапају и начела, и то: начело подобности, у смислу да се финансијско реструктурирање спроводи ради поновног уређивања дужничко-повјерилачких односа поводом дуга и представља остваривање принципа аутономије воље; начело добровољности, у смислу потребе постизања сагласности повјерилаца и дужника; начело одрживости пословања дужника, у смислу да се поступак спроводи само ако је могућ опоравак дужника; начело поступања у доброј вјери, у складу са начелом савјесности и поштења, које подразумијева да у току мировања дугова дужник не може предузимати радње које би могле спријечити или отежати наплату потраживања повјерилаца који су закључили уговор о мировању; начело сарадње повјерилаца, да би се дужнику створили услови да прикупи потребне податке и ради припреме приједлога мјера реструктурирања; начело једнаког третмана и равноправног положаја повјерилаца, сразмјерно висини њихових потраживања; начело приступа подацима, у смислу омогућавања повјериоцима благовременог и несметаног приступа подацима и документацији од значаја за финансијско реструктурирање; као и начело повјерљивости података.⁶⁸

Захтјев за спровођење финансијског реструктурирања се подноси институционалном посреднику, тј. Привредној комори Републике Српске, а могу га поднијети дужник или један или више повјерилаца. Институционални посредник спроводи поступак путем посредника, који као физичко лице на независан и непристрасан начин треба да управља поступком и посредује између дужника и повјерилаца.⁶⁹ Притом, он не може да им намеће рјешења, даје обећања и правне савјете, нити да гарантује одређени исход посредовања. Иначе, институционални посредник је задужен за организовање програма обуке за посреднике у поступку финансијског реструктурирања, који се доноси од стране министра надлежног за послове привреде. У поступку морају учествовати најмање два повјериоца, од којих је један банка или друга финансијска

67 J. Payne, 451.

68 Вид. Нацрт Закона о споразумном вансудском финансијском реструктурирању Р. Српске, чл. 5–11. Више о наведеним начелима: Мирослав Врховшек, „Начела споразумног финансијског реструктурирања“, *Правни живоић*, бр. 11/2012, 5–15.

69 В. Радовић, 361.

организација банкарског система, под којом треба подразумијевати микрокредитну организацију, која је чест давалац кредита предузетницима. Такође, Нацртом Закона се даје право и субјектима банкарског система који су у стечају или ликвидацији да учествују у поступку реструктурирања и тако повећају наплативост проблематичних кредита.⁷⁰ На повјерилачкој страни, умјесто банке или друге финансијске институције, може бити и домаћа развојна институција, под којом се подразумијевају Инвестиционо-развојна банка Републике Српске, Гарантни фонд Републике Српске и друге институције основане посебним прописом или актом органа јединице локалне самоуправе.

Нацрт Закона у чл. 19 предвиђа и могућност увођења мораторијума дугова, који производи дејство даном потписивања уговора о мировању дугова између дужника и повјерилаца. Они повјериоци који потпишу уговор не могу предузимати било какве радње у циљу наплате потраживања, осим подношења тужби ради наплате потраживања како би спријечили наступање застарјелости. Уговором је потребно предвидјети и мјере заштите потраживања повјерилаца као што су ограничење и праћење плаћања, измиривања обавеза, задуживања и других трансакција дужника, путем претходне или накнадне сагласности, односно именовањем лица овлашћеног за сапотписивање исправа којима дужник врши новчане трансакције у периоду мировања.⁷¹ Уколико се не закључи споразум о финансијском реструктурирању, даном истека периода мировања дугова на који су се обавезали у циљу успјешнијег вођења преговора, повјериоци поново могу да врше све радње у циљу наплате својих потраживања које су могли вршити и прије наступања мораторијума (блокирање рачуна дужника, наставак поступка принудног судског извршења).

Успјешно окончање поступка води закључењу споразума о финансијском реструктурирању између дужника и повјерилаца.⁷² Споразум се закључује у писменој форми и може обухватити разне мјере, као што су: отплата дуга у ратама, измјена рокова доспјелости потраживања, уновчење имовине или њен пренос ради намирења потраживања, отпуст дуга, измјене у погледу средстава обезбјеђења потраживања (персоналних и реалних), конверзију потраживања у основни капитал дужника, и друго.

70 Вид. Нацрт Закона о споразумном вансудском финансијском реструктурирању Р. Српске, чл. 13. ст. 2.

71 Вид. Владимир Козар, „Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, 238–239.

72 Могло би се рећи да наведени споразум има правну природу поравнања, новације или њихове комбинације, зависно од мјера које су њиме предвиђене за реализацију финансијског реструктурирања. Вид. В. Козар, 242.

IV Закључна разматрања

Право Републике Српске у погледу регулисања института реструктурирања дугова дужника у финансијским тешкоћама и даље стоји на позицијама јавног интереса. Прихваћен је концепт оживљавања дужника, али то је према стању актуелне легислативе могуће спроводити само на два начина, од којих оба укључују у потпуности судски поступак, а то су реорганизација стечајног дужника и реструктурирање у предстечајном поступку. Недостатак у односу на савремене тенденције представља и услов, у најбољем случају, пријетеће платежне неспособности, што већ може бити касно или знатно отежано за опоравак дужника. Ипак, предност овог поступка је у томе што се план финансијског и оперативног реструктурирања и обавеза поравнања могу наметнути и несагласним повјериоцима, ако то изгласа законом прописана већина повјерилаца и ако не може бити оспорен због дискриминације повјерилаца, односно њиховог стављања у лошији положај него да план нема, или нереалних шанси за оздрављење дужника.

Остаје да се види какве ће новине донијети добровољно вансудско реструктурирање. Уколико закон буде усвојен у садржају какав је у садашњем Нацрту, намеће се закључак да ни ова варијанта реструктурирања неће у потпуности одговорити савременим трендовима, а поготово не условима нове Директиве ЕУ о реструктурирању и инсолвентности. Наиме, поступак би требао бити флексибилнији, бржи и јефтинији у односу на предстечајно реструктурирање, као и могућ у ранијој фази уочавања финансијских тешкоћа дужника. Међутим, Нацртом није предвиђена могућност надгласавања међу повјериоцима, већ услов једногласности, што ће у значајној мјери ограничити домете примјене ове процедуре. Исто тако, остаје отворено питање мораторијума потраживања, у погледу којег се у упоредном праву све више јављају заговарања за увођење обавезног мораторијума већ у фази преговарања, док се то у Нацрту Закона, као додуше и на нивоу ЕУ, још увијек не ријешава на тај начин, већ више оставља као опција. Према томе, намеће се закључак да бисмо могли имати, након усвајања новог закона, два поступка реструктурирања, чија би тек комбинација рјешења била усклађена са најновијим становиштима и рјешењима у упоредном праву, као и захтјевима Директиве ЕУ о реструктурирању и инсолвентности, али у сваком случају преостаје да се сачека усвајање новог закона прије давања коначног суда.

Коришћена литература

- Bork Reinhart, „Debt Restructuring in Germany“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.
- Varottil Umakanth, „The Scheme of Arrangement as a Debt Restructuring Tool in India: Problems and Prospects“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018
- Велимировић Михаило, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004.
- Врховшек Мирослав, „Начела споразумног финансијског реструктурирања“, *Правни живоић*, бр. 11/2012.
- Јовановић Zattila Милена, Чоловић Владимир, *Стечајно право*, Београд, 2007.
- Козар Владимир, „Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012.
- Mangano Renato, „Path Dependence and Paradox in Harmonizing Out-of-court Procedures across Europe. The Evidence from Italy“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.
- Марковић-Бајаловић Дијана, „Нови Закон о стечају Републике Српске (Реструктурирање пре стечаја – законодавна иновација или илузија?)“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016.
- Paterson Sarah, „Reflections on English Law Schemes of Arrangement in Distress and Proposals for Reform“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.
- Payne Jennifer, „Debt Restructuring in the UK“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.
- Радовић Вук, *Стечајно право – књига друџа*, 2. издање, Београд, 2018.
- Ристић Драгица, Минић Мирослав, „Реструктурирање у предстечајном поступку“, *Правна ријеч*, бр. 47/2016.
- Seng Wee Meng, „The Singapore Story of Injecting US Chapter 11 into the Commonwealth Scheme“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.
- Спасић Слободан, „Облици реорганизације стечајног дужника у стечајном законодавству Републике Србије“, *Актуелна питања стечајног права* (уредник Недељко Милијевић), Бања Лука, 2008.
- Teichmann Christoph, „Corporate Restructuring under the EMCA“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2016.
- Tirado Ignatio, „Scheming against the Schemes: A New Framework to Deal with Business Financial Distress in Spain“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 3/2018.

Тодоровић Иван, *Сировођење стечаја путем реорганизације*, Београд, 2016.

Zoran VASILJEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

RESTRUCTURING AS A MEASURE OF RECOVERY OF THE DEBTOR IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The author deals with the analysis of restructuring as a measure of debtor's recovery in the legislation of Republic of Srpska and a comparative legal analysis. It is pointed out that this is one of the procedures which represents an alternative to the bankruptcy procedure and the termination of business entity, together with the more well-known procedure of reorganization of the bankruptcy debtor on the basis of the bankruptcy plan. It is stated that the law of Republic of Srpska introduced for the first time a restructuring procedure by the Bankruptcy Act of 2016, but as a hybrid variant which entails the conduct of a court proceedings and to which the legal provisions that apply to the bankruptcy procedure itself are largely applicable. Restructuring as a form of out-of court arrangement between debtor and creditors has not yet seen the light of the day in the Republic of Srpska's legislation, but there is a draft of the special law which should regulate this matter and which adoption can be expected soon. In any case, it can be noted that the restructuring is more flexible than the process of reorganization and it, with greater savings of time and money, can lead to the same goal, which is to revive the debtor. This is especially due to the timely taking of recovery measures before appearance of the bankruptcy cause. The contribution of this procedure, whether judicial or extrajudicial, is undoubtedly large for all participants in this process, as well as for the entire economy and society.

Key words: Debtor. – Creditors. – Insolvency. – Reorganization. – Court restructuring. – Out-of-court restructuring.

Датум пријема рада: 19. 2. 2020.

Датум прихватања рада: 28. 2. 2020.

UDK: 347.72:659.23

CERIF: S144, S155

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

Милена МИТРОВИЋ*

студент мастер студија на Правном факултету Универзитета
у Београду

РАЗВОЈ ПРАВНОГ ОКВИРА ЕУ О НЕФИНАНСИЈСКОМ ИЗВЕШТАВАЊУ

Сажетак

Предмет законске регулативе до недавно је још увек искључиво било објављивање финансијских извештаја и извештаја о пословању, док је објављивање нефинансијских извештаја било углавном на добровољној основи. Заштити интереса инвеститора и других носилаца интереса пословања (стејкхолдера) остваривана је посредством финансијских и извештаја о пословању, али је постало јасно да они нису довољни да одговоре на информационе захтеве заинтересованих лица. Нефинансијско извештавање постаје предмет посебног интересовања након доношења Директиве о извештавању којом је предвиђена обавеза објављивања извештаја за велика друштва која су друштва од јавног интереса, матична привредна друштва великих група, у оба случаја са преко 500 запослених. Рад анализира изворе, субјекте, предмет и циљ објављивања нефинансијских извештаја. Имајући у виду прејензије Републике Србије да приступа ЕУ, обавезе преузете потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању и посебно порас значаја извештавања о нефинансијским показатељима, рад разматра и питање хармонизације српских прописа са правом ЕУ.

* Електронска адреса аутора: msmilena.mitrovic@gmail.com.

Кључне речи: Нефинансијско извештавање. – Заштити заинтересованих лица (стијекхолдера). – Друштвено одговорно пословање. – Директивна о нефинансијском извештавању.

I Увод

Традиционалан начин заштите носилаца интереса пословања, пре свих инвеститора и поверилаца, подразумева информисање путем објављивања финансијских извештаја и извештаја о пословању. Данас се такав вид заштите сматра недовољним услед чињенице да финансијски извештаји не пружају информације које су довољне за сагледавање целокупног стања и положаја друштва, већ су превасходно усмерени на пружање података о његовом финансијском стању.

Да би се правилно схватио значај и место нефинансијских извештаја у систему информисања, важно је истаћи да нефинансијски извештаји не представљају замену, нити допуну финансијских извештаја, већ одговор на потребу да се дејство објављивања прошири на друге информације од значаја за кориснике. То се, пре свега, односи на информације о пословној стратегији, политици управљања ризицима, пословном моделу, еколошким, кадровским и социјалним питањима. Све више се говори о томе да привредна друштва треба да допринесу елиминисању мита и корупције, као и унапређивању људских права. Управо у томе се огледа посебност ових извештаја у односу на финансијске који те податке не садрже, али и у односу на извештаје о пословању који те податке садрже у обиму који је недовољан да одговори на захтеве и потребе корисника извештаја.

Упркос потреби да друштва делују транспарентније, друштва нису увек вољна да (нефинансијске) информације ставе на располагање заинтересованим лицима. Искуство у вези са нефинансијским извештавањем је показало да је овај начин извештавања посебно користан *инвеститорима*.¹ Ипак, у пракси је објављивање информација

1 Према истраживању које је спровео CFA институт (*Chartered Financial Analyst*) у 2015. и 2017. години, инвеститори користе макар један од ESG (*Environmental, Social and Governance*) фактора. Већина испитаника (84%) су навели да користе информације о корпоративном управљању **понекад, често или увек**. Само 2% је навело да их никад не користи. Чак 58% је навело да користи информације о одрживости, док је 12% изјавило да их **никада не користи**. Више о резултатима истраживања вид. CFA institute, CFA Institute Member Survey Report – Usefulness of Key Performance Indicators and Other Information Reported Outside Financial Statements, доступно на адреси: www.cfainstitute.org/Survey/KPIs_survey.pdf, 2018, 10. 11. 2019, 10.

коришћено у циљу стварања *боље слике њивредној друштва* у јавности. Информације су често биле *селективно и неблаговремено* објављиване, што је довело до бројних негативних последица. Мали број друштава је објављивао нефинансијске извештаје, а уз то ни *квалитет информација* није био задовољавајући.² Због уочених проблема, интензивирао је рад на доношењу стандарда и прописа којима би се уклонио постојећи несклад по питању садржине и обавезности објављивања нефинансијских информација. На том плану се посебно истакла ЕУ доношењем Директиве о извештавању која на прилично свеобухватан начин, али уз задржавање флексибилности, уређује обавезу објављивања, садржај и одговорност за објављивање нефинансијских извештаја.³

Нефинансијско извештавање почиње да се развија почетком седамдесетих година прошлог века, али је тек у последњих неколико година, а нарочито после доношења Директиве о извештавању, доживело експанзију и постало саставни део института информисања у свим важнијим правним системима. У српском праву, за сада, не постоје одредбе које регулишу објављивање нефинансијског извештаја, али је регулисана обавеза састављања годишњег извештаја о пословању који у садржинском смислу има сличности са нефинансијским извештајем који уређује Директива о извештавању. Значај Директиве о извештавању за српско право се нарочито огледа у околности да је Србија потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу хармонизације са правом ЕУ, али и чињеници да је

2 Према подацима Европске комисије, број великих друштава која су извештавала је око 2500 наспрам бројке од 42000 колико има друштава која се сматрају великим на подручју ЕУ. Вид. Предлог Директиве о нефинансијском извештавању (European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by a certain large companies and groups, Strasbourg, 16. 4. 2013) – Предлог Директиве о извештавању, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52013PC0207>, 12. 11. 2019, 2–4.

3 Директива о нефинансијском извештавању (Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity undertakings and groups, Brussels, 2014) – Директива о извештавању, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 15. 7. 2019. У овом раду неће бити речи о одговорности за извештавање, будући да тако сложено питање превазилази обим овог рада. Могући правац даљег развоја одговорности за нефинансијско извештавање у српском праву би могао да буде уређен по уледу на одговорност за извештавање јавних друштава, будући да су управо ова друштва субјекти извештавања према Директиви о извештавању (поред других критеријума по којима се одређују субјекти). О уређењу одговорности за извештавање друштава на финансијском тржишту овде неће бити речи. Више о томе вид., примера ради: Зоран Арсић, „Одговорност за садржину проспекта“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2004, 75–83; Владимир Марјански, „Недостаци проспекта“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, 303–313.

нефинансијско извештавање присутно у свим правним системима као важан део механизма компанијског права у области информисања и заштите заинтересованих лица.

II Принципи извештавања

Ефикасност информисања је битно условљена уједначеношћу (стандардизацијом) садржине извештаја. Ово посебно стога што корисницима није довољно само да имају информације, већ им је потребно и да су у стању да их упореде и на тај начин истински разумеју промене које су наступиле у периоду између два извештаја.⁴ Данас постоји приличан број стандарда који садрже принципе и препоруке који се односе на извештавање, од којих су неки универзално прописани у готово свим стандардима и кодексима корпоративног управљања, а уједно су прихваћени и у пракси.

Директива о извештавању је препознала потребу да друштва прилагоде својим особеностима извештавање, те им је омогућила да се приликом састављања извештаја слободно одреде између националних оквира, оквира Уније или међународних стандарда извештавања, уз једину обавезу да наведу на које су се ослонили.⁵ Поред тада постојећих оквира и стандарда, Европска комисија је израдила Смернице за нефинансијско извештавање које, иако нису обавезујуће, имају велики значај будући да су у њима сажети принципи и препоруке постојећих стандарда.⁶ Обично се као кључне вредности наводе *ујоредивост* извештаја, *јачност* наведених података, *релевантност* података, *разумљивост*, *редовност* и *благовременост* приликом извештавања. Осим тога, важан је и начин пласирања информација који треба да обезбеди једнаку и лаку доступност информација свим заинтересованим лицима, за шта се очекује свесрдна помоћ модерних средстава комуникације, а нарочито интернета. Поменути квалитети су међузависни. Не може се говорити о упоредивости без редовности и благовремености, нити ако информације нису релевантне. Нередовно извештавање може погубно утицати на

4 Због тога неки аутори блиско везују разумљивост и стандардизацију. Hanno Merkt, „Disclosing Disclosure: Europe’s Winding Road to Competitive Standards of Publication of Company – Related Information“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Jaap Winter and Eddy Wymeersch), Oxford, 2004, 141.

5 Директива о извештавању, чл. 19а ст. 1. Директива о извештавању у преамбули, рецитал 9 наводи, *exempli causa*, оквира који се могу користити.

6 Смернице Комисије за нефинансијско извештавање (European Commission, Guidelines on Non-financial Reporting, Brussels, 2017), доступно на адреси: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XC0705\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XC0705(01)), 15. 10. 2019.

својство релевантности. Тачност наведених података је *conditio sine qua non* за правилно извештавање. Једнако је важно да информације буду изложене на јасан и разумљив начин. Наведени принципи су присутни и у домаћем праву, захваљујући томе што је Кодекс корпоративног управљања ПКС препознао њихов значај.⁷ Према томе, не може се издвојити најважнији принцип. Дobar начин, према неким ауторима, да се осигурају наведени квалитети јесте прописивање обавезе спољне ревизије.⁸ Значајну улогу има и прописивање одговорности лица која састављају извештаје. Дакле, потребно је обезбедити примену стандарда извештавања тако што ће се обезбедити независна верификација извештаја у садејству са адекватним санкционисањем одговорних лица. Принципи разумљивости (јасности), релевантности и редовности (и благовремености) су основни принципи који се помињу у готово свим радовима посвећеним извештавању, те ће у даљем тексту бити изложена управо наведена три.⁹

7 Кодекс Корпоративног управљања Привредне коморе Србије – Кодекс ПКС, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Tekstil%20i%20koza/Kodeks%20korporativnog%20upravljanja.pdf>, 10. 10. 2019, принцип 14 препоруке 1, 2 и 3; принцип 33, препоруке 3 и 4; принцип 37, препоруке 3, 4 и 5; принцип 38, препорука 3.

8 Више о томе у: Ioannis Ioannou, George Serafeim, *The Consequences of Mandatory Corporate Sustainability Reporting*, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799589, 18. 7. 2019, 12; Вид. и Смернице Комисије за нефинансијско извештавање, 7.

9 Ове принципи се помињу, примера ради, у следећим документима: Препоруке уз принцип 37 Кодекса корпоративног управљања ПКС; Смернице Комисије за нефинансијско извештавање, 5; ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања, принцип V, Препорука 9, тачке В и Е; Кодекс Београдске берзе, 2. део, Поглавље 1, чл. 3... Тако и: Hanno Merkt, „European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/2004, 31–33. За детаљније информације вид. Међународни стандард ISO 26000 (Standard ISO 26000), International Standardization Organization, Standard ISO 26000 – ISO 26000, принцип транспарентности 4.3, 10; Смернице за мултинационалне компаније (Guidelines for Multinational Enterprises) – ОЕЦД смернице за извештавање мултинационалних компанија, OECD Publishing, 2011, доступно на адреси: www.oecd.org, 10. 10. 2019, 42; ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања (OECD G20 Principles of Corporate Governance), Принцип V, OECD publishing, Turkey, 2015, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>, 10. 10. 2019. Вид. Међународни оквир интегралног извештавања (The International <IR> Framework), The international Integrated Reporting Council (IIRC), The International <IR> Framework, доступно на адреси: <http://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2013/12/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-2-1.pdf>, 22. 10. 2019, 21–23; Принцип 14 и препоруке уз тај принцип, Кодекс ПКС, 4; Кодекс Београдске берзе, 2. део, поглавље 1, чл. 3, доступно на адреси: <https://www.belex.rs/data/2012/05/00074542.pdf>, 10. 10. 2019.

1. Принцип разумљивости (јасности)

Објављени подаци су корисни за адресате само ако су они у стању да их разумеју. У том циљу, потребно је водити рачуна да језичка формулација која се користи приликом објављивања информација буде јасна и прецизна, што препознаје већина стандарда.

Од суштинске је важности да се одговори на питање коме треба да буду разумљиви извештаји. Да ли се треба управљати према неуком лицу, професионалцу или хипотетичком инвеститору који је просечно разуман и способан?¹⁰ Између знања и способности горе наведених лица је очигледна разлика. Ипак, чини се да је критеријум хипотетичког просечног инвеститора најприхватљивији, иако неки аутори заступају став да се треба управљати према професионалном инвеститору.¹¹ Остаје проблематично разумевање правног стандарда „просечни инвеститор“, јер је правни стандард подложен разним интерпретацијама и у оквиру једног националног права, а када се на то дода чињеница да се Директива о извештавању примењује у целој ЕУ (где се такође препушта националним судовима и надлежним органима да тумаче овај правни стандард), јасно је колико то може бити комплексан подухват. Смернице ЕУ за састављање нефинансијских извештаја предлажу да друштва треба да узму у обзир „информационе захтеве релевантних носилаца интереса пословања као групе, а не потребе или преференције појединих, атипичних или оних који имају неразумне захтеве“.¹² Поред тога, треба избегавати коришћење претерано комплексних израза који често могу бити вишезначни, при чему се не сме угрозити испуњавање захтева потпуног информисања о релевантним чињеницама.¹³

2. Принцип релевантности

Не може се замислити стандард, а да у њему није истакнут значај релевантности информација. У сваком се помињу информације које

10 Hanno Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7, Nr. 1/2006, 117.

11 H. Merkt, 118.

12 Смернице Комисије за нефинансијско извештавање, 9.

13 Више о проблемима, као и решењима за претерану комплексност или обим објављивања вид. у: Karsten Engsig Sørensen, „Disclosure in EU Corporate Governance – A Remedy in Need of Adjustment“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 10, Nr. 2/2009, 272–276. Више о ограничењима разумевања вид. Thomas S. Ulen, „Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives“, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (eds. Stefan Grundman, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2001, 98–129.

имају карактер „материјалне“, „битне“ или „релевантне“. ¹⁴ Најопштије, релевантне информације се могу дефинисати као информације које би разуман инвеститор узео у обзир приликом одлучивања о улагању или приликом гласања. ¹⁵

Управа друштва има кључну улогу приликом састављања извештаја. Чланови управе су ти који ће одлучити након разматрања релевантних околности да ли је и у коликом обиму целисходно објављивање, процењујући трошкове и могућност наступања штете ако се објави превише, премало, или се објаве погрешне информације. Услед присуства дискреције у процесу састављања извештаја, друштва често теже квантитету уместо квалитету објављених информација, тако да кориснике „обасипају“ великим бројем информација које за њих или нису уопште корисне (јер нису релевантне), или они нису у стању да их обраде (јер нису разумљиве). Објављивањем ирелевантних информација, извештавање постаје контрапродуктивно и додатно умањује, ионако ограничену, способност корисника да информације обраде. Констатација о ограниченој способности адресата да обраде информације је, иако не у једнакој мери, примењива како на неуче улагаче, тако и на професионалце. Истина је да је професионалном улагачу лакше да у мноштву информација идентификује оне који су му релевантне, што ипак не значи да за њих превелики број информација не представља проблем. ¹⁶ Није пожељна ни друга крајност – објављивање недовољно информација, при чему је јасно да ниједна управа неће објавити апсолутно све информације које она има на располагању. Неки аутори сматрају да је поверљивост података један од основних инструмената за успешно надметање на тржишту. ¹⁷ Стога, треба тежити томе да се обезбеди објављивање онолико информација колико је неопходно корисницима за доношење „информисаних“ одлука. Треба нагласити да, иако се термини „*транспарентности*“ и „објављивање“ често користе као синоними, они не морају имати исто значење услед чињенице да објављивање може служити за прикривање стварног стања друштва тако што друштва објављују велики број ирелевантних информација. ¹⁸ Могло би се рећи да се неинформисаност услед недостатка информација

14 Кодекс корпоративног управљања ПКС у принципима 14, 33, препорука 3 уз принцип 37, принцип 38; ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања помињу у принципу V; ОЕЦД смернице за извештавање мултинационалних компанија, принцип III.

15 ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања, принцип V. Слично и: Смернице Комисије за нефинансијско извештавање, 5.

16 Carolin Stahl, *Information Overload am Kapitalmarkt*, Nomos, 2013, 74.

17 Sergio Gilotta, „Disclosure in Securities Markets and the Firm’s Need for Confidentiality: Theoretical Framework and Regulatory Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2012, 49.

18 Vuk Radović, Fernandez Zara, Huan Karlos, *Korporativno upravljanje (dopunjeno izdanje)*, International Finance Corporation, Beograd, 2011, 354. Због тога неки аутори на-

или недостатак релевантних информација у коначном исходу своде на исто.¹⁹ Ирелевантне информације често могу бити обмањујућег карактера, објављене у циљу да кориснике увере у постојање неких чињеница које не постоје или које имају сасвим другачији значај. Један од предлога је да друштва уопште не треба да објаве ирелевантне информације, јер би оне могле да одвуку пажњу корисника са релевантних информација.²⁰ Међутим, оно што није забрањено – дозвољено је. Евидентно је да друштва, поготово када извештавају на добровољној основи или када у обавезне извештаје укључе додатне информације, користе прилику да себе прикажу у бољем светлу, па је тешко рећи где престаје да се негује политика транспарентности, а почиње маркетинг. То треба разликовати, мада није нимало једноставно, од случаја када се у извештај укључи констатација да неки ризик (за који је заинтересована јавност) није остварив у датом моменту, јер се на тај начин ставља до знања да друштво прати могућност остваривања ризика.²¹ У таквим случајевима је неопходно водити рачуна о степену остваривости датог ризика, што уједно представља одлучујући фактор да ли ће информација бити релевантна.

3. Принцип редовности и благовремености

Један од основних приговора који се упућује нефинансијском извештавању јесте да извештавање није довољно редовно, те да пролази велики временски период између два извештаја. Тиме се онемогућава корисницима да прате промене и упоређују податке. У овом раду ће се појмом „редовност“ обухватити и благовременост, јер сматрамо да једно без другог није значајно. Дакле, друштво треба да извештава не само редовно, већ и благовремено, што препознаје и српски Кодекс корпоративног управљања.²²

Постоје залагања да извештавање, осим као периодично (редовно), треба да буде и континуирано.²³ Периодично извештавање подра-

глашавају да постоји потреба да се обезбеди објављивање лоших вести. Н. Merkt (2004), 12.

19 Један аутор на врло сликовит начин објашњава ову појаву следећим речима: „Не постоји суштинска разлика између догађања променљиве која није случајна, али о којој имамо парцијалне или недовољне информације и предвиђања случајних променљивих“. Насим Николас Талеб, *Црни Лабуд*, Хеликс, Смедерево, 2015, 140.

20 Н. Merkt (2004), 31.

21 Финални извештај – Препоруке радне групе о објављивању финансијских информација у вези са климатским питањима (European Commission, Final report – Recommendation of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures), доступно на адреси: www.fsb-tcfd.org, 12. 10. 2019, 51.

22 Кодекс ПКС, препоруке уз принцип 37.

23 Извештај Високе групе експерата компанијског права о модерном правном оквиру за компанијско право у Европи (Report of the High Level Group of Company Law Experts

зумева да се извештаји објављују у правилним временским размацима, услед чега је могуће да поједине информације не буду обухваћене јер су настале у међупериоду, тако да губе својство релевантности које је временски ограничено. Међутим, обзиром да трошкови нефинансијског извештавања нису занемарљиви, као и да је ова врста извештавања тек у повоју, није реално очекивати да ће овај тренд скорије заживети у погледу нефинансијског извештавања. Интересантно је да Кодекс ПКС препоручује да друштво информације о појединим друштвено одговорним активностима треба да објављује *континуирано* на својој интернет страници, што је напредно решење чак и у поређењу са светским трендовима који махом још увек говоре о редовном извештавању.²⁴ За сада, постизање редовности у смислу периодичног извештавања представља приличан подухват.

Закључно, друштво треба да извештава редовно (и благовремено), водећи рачуна да објави све релевантне информације на јасан и прецизан начин. Извештаји треба да буду једнако и лако доступни свим заинтересованим лицима, уз обезбеђивање благовременог и економичног приступа корисницима.²⁵

III Извори, субјекти и предмет извештавања

1. Извори нефинансијског извештавања

Када је реч о регулативи у области нефинансијског извештавања, премда она још увек није комплетна, учињени су значајни напори да се објављивање нефинансијских извештаја учини обавезним, као и да се стандардизује поступак њиховог састављања. Упоредо са тим процесом, развијале су се нове форме извештаја – од извештаја о додатој вредности, па све до интегралног модела извештавања. Процес још увек није довршен јер задовољавајући ниво регулативе у погледу стандардизације и контролних механизма није успостављен. Ипак, прописивањем обавезности, уз стандардизацију, учињен је велики корак у односу на стање од пре неколико година када су ови извештаји објављивани искључиво када то управа оцени да је потребно и уз готово неограничену дискрецију у погледу избора информација.²⁶ Највећи допринос, барем

on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, November 2002) – Извештај Високе групе експерата, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background, 10. 7. 2019, 34.

24 Кодекс ПКС, принцип 33, препорука 4.

25 ISO 26000, 10; ОЕЦД смернице за извештавање мултинационалних компанија, 43.

26 Више о предностима и недостацима обавезног објављивања, вид. Небојша Јовановић, „Извештавање о пословању акционарског друштва“, *Корпоративно управ-*

када је о Европи реч, учињен је доношењем Директиве о извештавању, која представља допуну Рачуноводствене директиве.²⁷ Директива о извештавању представља израз тенденција изложених у извештају Ви-соке групе експерата, Акционом плану ЕУ и другим документима који су истицали значај објављивања нефинансијских информација, и уопште значај унапређивања транспарентности и заштите како инвеститора, тако и других носилаца интереса пословања. Разлози доношења Директиве о извештавању су бројни, али су се два посебно издвојила – недовољна транспарентност у погледу нефинансијских информација и недостатак различите заступљености у одборима директора.²⁸ Основни циљеви прокламовани Директивом о извештавању су: идентификација и праћење ризика; јачање поверења инвеститора и потрошача; омогућавање праћења утицаја пословања друштва и одрживо, одговорно, транспарентно и друштвено одговорно пословање.²⁹

Писци Директиве о извештавању су се определили за приступ минималне хармонизације, тако да државе чланице имају довољно простора за прилагођавање одредаба специфичностима правног система, уз јачање и унапређивање постојећег степена заштите, без бојазни да ће се на тај начин умањити ниво затечене правне заштите у развијеним земљама, што се истиче као главни недостатак максималне хармонизације.³⁰ Ипак, за групе привредних друштава која послују у више земаља чланица могу се јавити тешкоће приликом усклађивања са захтевима које постављају различита национална законодавства на

љање: *групи део* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 193–197.

27 Рачуноводствена директива (European Commission, Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, Brussels, 2013) – Рачуноводствена директива, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 8. 8. 2019.

28 Предлог Директиве о извештавању, 4.

29 Директива о извештавању, преамбула, рецитал 3.

30 На пример, Француска је још седамдесетих година прописала обавезу да друштва са преко 300 запослених у годишње извештаје укључе 134 индикатора везана за запослене. 2010. је донет пакет мера „*Grenelle II*“ којим се обавезују друштва са преко 500 запослених да извештавају о нефинансијским аспектима пословања почевши од 2012. За још примера вид. Веселин Поповић, Ранко Бојанић, Бранислав Неранчић, Александра Тодоровић, „Дилеме и изазови нефинансијског извештавања-место и улога контролинга“, *Улога интерне ревизије и контролинга у нефинансијском извештавању*, доступно на адреси: <http://www.ftn.uns.ac.rs/102841300/uloga-interne-revizije-i-kontrolinga-u-nefinansijskom-izvestavanju>, 10. 10. 2019, 24; Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013, 128–132. Више о плуралитету конститутивних интереса, вид. М. Васиљевић, 142–148.

основу слободе коју им минимална хармонизација пружа.³¹ Што се српског права тиче, не постоји један закон који систематично излаже правила о обелодањивању информација нефинансијског карактера. Истина, постоје одредбе о појединим информацијама нефинансијског карактера које улазе у садржај извештаја о пословању, што ипак није довољно да би се говорило о постојању обавезе објављивања нефинансијског извештаја, али је у функционалном и садржинском смислу најближе томе.

2. Субјекти

Критеријуми за одређивање субјекта обавезе се могу различито поставити, зависно од циља који се жели постићи. Определивање се уобичајено чини према критеријуму форме или величине друштва (по-некад комбиновано).³² Обзиром на то да обавеза извештавања подразумева значајно ангажовање ресурса, писци Директиве о извештавању су се одлучили за приступ који као критеријум узима и величину друштва, те су субјекти велика друштва и групе, са преко 500 запослених и која су истовремено субјекти од јавног интереса.³³

Прво треба појаснити услове за испуњавање критеријума великог друштва и друштва од јавног интереса. Према Рачуноводственој директиви, велика друштва и групе су друштва која прелазе граничне вредности најмање *два* од наведена *три* критеријума: билансна сума већа од 20.000.000 евра; нето приход већи од 40.000.000 евра и просечан број запослених током финансијске године већи од 250.³⁴ Са друге стране, субјекти од јавног интереса су: друштва чијим се хартијама тргује на регулисаном тржишту (котирана), кредитне институције, осигуравајућа друштва и друштва које је држава чланица именовала субјектима од јавног интереса.³⁵ Напред поменути услови су *кумулятивно* постављени, чиме је неоправдано сужен круг друштава. Критеријум уистину јесте прилично прецизан у делу у коме се одређује круг друштава која се сматрају великим обзиром да су критеријуми обима пословања и броја запослених квантитативно изражени. То, међутим, није случај са одредбом која прописује критеријуме за стицање статуса субјекта од јавног интереса обзиром на то да су државе чланице овлашћене да прогласе поједина друштва за субјекте од јавног интереса. Критеријуми на основу

31 Dániel Gergely Szabó, Karsten Engsig Sørensen, New EU Directive of Non-financial Information (CSR), доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2606557>, 15. 7. 2019, 8.

32 Татјана Јевремовић Петровић, „Обавезно објављивање као инструмент заштите поверилаца у компанијском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, 202.

33 Директива о извештавању, чл. 19а ст. 1.

34 Рачуноводствена директива, чл. 4.

35 Рачуноводствена директива, чл. 2 ст. 1.

којих се одлучује о проглашавању су постављени врло уопштено. Одлука се може донети обзиром на, примера ради, *йрпроду йословања, величину или број зайослених*, што је предмет дискреционе оцене надлежног органа сваке државе чланице и због чега може доћи до великих разлика између држава чланица у погледу проглашавања друштава за субјекте од јавног интереса.³⁶ Чини се да није било оправданог разлога за такво додатно сужавање, обзиром на то да је изузимањем малих и средњих привредних субјеката круг већ сужен, и то значајно, што је био начин да се избегне наметање несразмерних трошкова.³⁷ Додатни разлог јесте што је у мањим друштвима теже обезбедити ефикасну проверу података обзиром да им често мањка особља за тако нешто.³⁸ Бољи приступ би био опредељивање за критеријум *ийиа друшйива* (јавно или затворено), који по правилу значи и обим друштва и његовог пословања.³⁹

Већ је било речи да у српском праву постоји обавеза састављања годишњег извештаја о пословању, који су дужни да саставе велика правна лица,⁴⁰ јавна друштва,⁴¹ односно друштва која се припремају да

36 Рачуноводствена директива, чл. 2 ст. 1.

37 Мала и средња привредна друштва чине **99%** регистрованих друштава у Европској унији. Подаци доступни на адреси: https://ec.europa.eu/growth/smes_en, 16. 11. 2019, интернет извор без броја странице. Додавање критеријума да друштво мора бити од јавног интереса, што према нацрту Директиве о извештавању није био случај, довело је до тога да се број обухваћених друштава смањио са 18.000, колико би износио да се остало при решењу из Предлога Директиве о извештавању, на 6.000 (у односу на укупан број од 42.000 колико има великих друштава). Вид. Предлог Директиве о извештавању, 4; вид. и: Скраћени пратећи извештај уз Предлог директиве о нефинансијском извештавању (European Commision, European Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Acompaining the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by a certain large companies and groups, Strasbourg, 16. 4. 2013) – Радни документ, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013SC0127>, 11. 11. 2019, 6.

38 Н. Merkt (2006), 111.

39 Т. Јевремовић Петровић, 202.

40 Велика правна лица су лица која прелазе најмање два од наведена три критеријума: просечан број запослених 250; пословни приход 35.000.000 евра у динарској противвредности и просечна вредност пословне имовине 17.500.000 евра у динарској противвредности. Вид. Закон о рачуноводству, *Службени йласник РС*, бр. 62/2013 и 30/2018, чл. 6 ст. 4.

41 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени йласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 81.

ЗТК у члану 2 тач. 43 дефинише јавно друштво као друштво које је успешно извршило јавну понуду хартија од вредности или друштво чије су хартије од вредности укључене у трговину на регулисаном тржишту, односно мултилатералној трговачкој платформи у Републици.

постану јавна у складу са Законом о тржишту капитала.⁴² За разлику од Директиве о извештавању, српско право не обавезује сва правна лица која су субјекти од јавног интереса, већ издваја као обвезнике *јавна друштва и велика јавна лица*, док оставља по страни лица које Влада прогласи правним лицима од јавног интереса за Републику Србију.⁴³ Друга разлика јесте што Директива о извештавању у круг друштва од јавног интереса додаје *кредитне институције и осигуравајућа друштва*, што српско право не чини.⁴⁴ Корисно је направити осврт у погледу тога ко је субјект обавезе објављивања извештаја о корпоративном управљању обзиром на то да је Директива о извештавању предвидела да се информације о спровођењу политике различите заступљености у одборима објављују у оквиру извештаја о корпоративном управљању који је саставни део извештаја о пословању. Према праву ЕУ, то су друштва од јавног интереса чије су преносиве хартије од вредности укључене за трговину на регулисаном тржишту било које државе чланице.⁴⁵ Са

42 Закон о рачуноводству, чл. 29.

43 Према чл. 2. Закона о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013 и 30/2018, то би била: 1) велика правна лица разврстана у складу са законом који уређује рачуноводство; 2) правна лица која се сматрају јавним у складу са законом којим се уређује тржиште капитала; 3) сва правна лица које Влада на предлог надлежног министарства прогласи правним лицима од јавног интереса за Републику Србију, независно од њихове величине.

44 Постоје добровољне иницијативе које настоје да побољшају транспарентност и друштвену одговорност привредних субјеката. Примера ради, Народна банка Србије је један од оснивача и потписника иницијативе „Глобални договор Уједињених нација у Србији“. Више о томе доступно на адреси: <http://www.ungc.rs>, 10. 12. 2019. На банке и осигуравајућа друштва се такође примењују Закон о заштити животне средине, Закон о раду, Закон о води и други релевантни закони који се односе на области о којима треба извештавати у складу са Директивом о извештавању, а према којима они имају обавезу да ускладе њихово пословање са тим прописима. Ипак, ови закони не прописују дужност извештавања. Међутим, банке и осигуравајућа друштва (изузетак су, на пример, друштва за узајамно осигурање) делатност претежно обављају у форми акционарског друштва. Ако су притом у питању јавна акционарска друштва, она подлежу обавези објављивања изјаве о корпоративном управљању чиме се посредно намеће обавеза објављивања нефинансијских информација будући да Кодекс ПКС садржи принципе и препоруке које за циљ имају повећање транспарентности и друштвене одговорности компанија (на пример, принципи 33, 38 итд.). Друштва ће морати да укључе у изјаву о корпоративном управљању барем констатацију да нису поступила у складу са Кодексом корпоративног управљања, као и објашњење зашто то нису учинила. На тај начин се могу постићи одређени ефекти нефинансијског извештавања.

45 За одговор на питање која друштва спадају у друштва од јавног интереса, вид. Рачуноводствена директива, чл. 2 ст. 1 тач. а у вези са чл. 20 ст. 1.

друге стране, у српском праву су субјекти само јавна друштва (према Закону о привредним друштвима, то су јавна акционарска друштва).⁴⁶

3. Предмет извештавања

Друштвена одговорност друштава (*CSR – Corporate Social Responsibility*) данас има шири обухват него што је то првобитно био случај. Наиме, друштвена одговорност се поимала као концепт у складу са којим би друштва требало да интегришу у своје пословање и бригу о социјалним питања и околини, при чему је *добровољност* била главна одлика.⁴⁷ Проширење концепта пропраћено је и инсистирањем на успостављању одговорности друштва за утицај на носиоце интереса пословања.⁴⁸

Данас, нефинансијско извештавање обухвата велики број информација које се односе на различите области. Према мишљењу неких аутора, садржину нефинансијских извештаја чине информације које преостану након што су кључни *финансијски* показатељи издвојени и укључени у финансијске извештаје, истичући да те информације могу бити како квалитативног, тако и квантитативног карактера.⁴⁹ Са становишта важности информација, чињеница да нису обухваћене финансијским извештајем не доводи у питање њихову релевантност за кориснике. Напротив, нефинансијски подаци могу бити од суштинског значаја за разумевање положаја друштва као и финансијски подаци. Директива о извештавању је прецизирала да нефинансијски извештаји треба да обухвате информације које су нужне за разумевање развоја, пословних резултата и положаја друштва.⁵⁰ Друштва треба у овим извештајима да размотре и питање утицаја његових активности која се односе *барем* на питања околине, социјална и кадровска питања,

46 Упор. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018, чл. 368 са Законом о рачуноводству, чл. 29. Према је обавеза подношења изјаве о корпоративном управљању предвиђена у српском праву само за јавна (односно јавна акционарска према Закону о привредним друштвима) друштва, сва остала друштва се подстичу да примењују принципе и препоруке Кодекса корпоративног управљања. Вид. Кодекс ПКС, 3.

47 Iris Barsan, „Corporate Accountability: Non-financial Disclosure and Liability – A French Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, vol. 14, Nr. 3/2017, 407.

48 I. Barsan, 407; Вук Огњановић, „Друштвена одговорност привредних друштава и вредновање на финансијским тржиштима“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, 262.

49 Richard Barker, Robert G. Eccles, „Should FASB and IASB be responsible for setting standards for nonfinancial information“, Green paper, 12. 10. 2018, доступно на адреси: https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-10/Green%20Paper_0.pdf, 12. 11. 2019, 6–7.

50 Директива о извештавању, чл. 19а.

поштовање људских права, борбу против мита и корупције укључујући: кратак опис пословног модела; опис политике друштва у вези са тим питањима, укључујући анализе и резултате тих мера; преглед ризика, те начин управљања ризицима и кључне нефинансијске показатеље успешности важне за пословање.⁵¹ У извештај се могу, *по потреби*, унети позивања на износе исказане у годишњим финансијским извештајима, уз додатна објашњења тих износа.⁵² Потреба повећања транспарентности у погледу спровођења политике различите заступљености је препозната у Акционом плану ЕУ из 2012. године,⁵³ затим у Предлогу Директиве о извештавању, а касније и у самој Директиви о извештавању. Уједно, то је један од главних разлога доношења Директиве о извештавању. Изменама Рачуноводствене директиве је предвиђено укључивање у извештај о корпоративном управљању додатних информација о опису политике различите заступљености у одборима која се примењује у вези са административним, управљачким и надзорним телима друштва (обзиром на аспекте као што су, примера ради, старост, пол или образовање и струка), циљевима и начину на који се она спроводи, као и резултатима у периоду извештавања.⁵⁴ У случају неспровођења такве политике, у извештају се морају образложити разлози (*comply or explain*).⁵⁵

Постоје извесне сличности између садржаја годишњег извештаја о пословању и садржаја нефинансијског извештаја према Директиви о извештавању.⁵⁶ Извештај о пословању у српском праву већином садржи

51 Директива о извештавању, чл. 19а.

52 Директива о извештавању, чл. 19а ст. 3.

53 Вид. Акциони план: модеран правни оквир за повећано ангажовање акционара и одрживост компанија (European commission, Action plan: European Company Law and Corporate Governance – a Modern Legal Framework for more Engaged Shareholders and Sustainable Companies, Brussels, 2012) – Акциони план ЕУ, доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 20. 9. 2019, 6.

54 Рачуноводствена директива, чл. 20.

55 Директива о извештавању, чл. 20 ст. 1 тач. (г). Помало је необично што Директива овде, осим што налаже да се пружи објашњење зашто се такве политике не спроводе, додаје да „не постоји обавеза успостављања такве политике“. Природа правила „примени или објасни“ треба да омогући да се не поступи по неком правилу, ако је то оправдано у конкретном случају, па није јасно зашто су писци нагласили да не постоји обавеза успостављања политике. Вид. Директива о извештавању, рецитал 19. Више о природи правила примени или објасни, вид. Вук Радовић, „Развој културе одступања од „Примени или објасни“ правила корпоративног управљања“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2015. На територији ЕУ је у циљу побољшања квалитета извештавања донета и препорука која даје смернице у погледу тога шта треба да садржи задовољавајуће објашњење. Детаљније о томе вид. В. Радовић (2015), 29–34.

56 Закон о рачуноводству, чл. 29 прописује да овај извештај садржи информације о пословним активностима и структури друштва, приказ финансијског положаја

информације које се односе на нефинансијске показатеље пословања, тако да и он обраћа пажњу на области које Директива о извештавању има у виду, с тим што домаћа правила нису ни приближно разрађена као европска. Заједничка је, на пример, обавеза извештавања о опису пословног модела, кадровским питањима, нефинансијским показатељима кључним за пословање, о праћењу ризика, стратегијама за управљање тим ризицима и резултатима тих стратегија. Такође, српски закон придаје пажњу улагањима у циљу заштите животне средине, али и улагањима у истраживање и развој.⁵⁷ Осим закона, Кодекс корпоративног управљања ПКС захтева објављивање релевантних информација које се односе на све „друштвено одговорне активности које друштво спроводи“.⁵⁸ Може се закључити да су у српском праву присутна правила о објављивању нефинансијских информација, али да нису систематично изложена, нити је јасно опредељено да се ради о обавези нефинансијског извештавања.⁵⁹ Ипак, у српском праву несумњиво постоји добар основ за укључивање правила о нефинансијском извештавању.

И поред велике важности заштитно-информативне функције, у одређеним случајевима се друштва изузимају из обавезе извештавања, будући да извештавање некада може имати за последицу проузроковање знатне или неотклоњиве штете друштву.⁶⁰ Директива о извештавању познаје четири изузетка од обавезе објављивања.⁶¹

и резултата пословања, финансијске и нефинансијске показатеље, информације о кадровским питањима. Затим, информације које се односе на улагања у циљу заштите животне средине; активности истраживања и развоја; информације о откupu сопствених акција/удела; постојање огранка; информације о коришћењу финансијских инструмената; циљеве и политике везане за управљање финансијским ризицима, изложеност ценовном, кредитном, ризику ликвидности и ризику новчаног тока, као и информације о стратегијама и оцени ефикасности предузетих стратегија у циљу спречавања остваривања ових ризика. Поред тога, релевантне су и одредбе Закона о тржишту капитала, чл. 50 ст. 3 и Правилника о садржини, форми и начину објављивања годишњих, полугодишњих и кварталних извештаја јавних друштава, *Службени гласник РС*, бр. 14/2012, 5/2015 и 24/2017, чл. 3 ст. 1 тач. 3.

57 Упор. Закон о рачуноводству, чл. 29 и Директива о извештавању, чл. 19а и чл. 20 ст. 1 тач. (г).

58 Кодекс ПКС, принцип 33.

59 У припреми је нацрт новог Закона о рачуноводству, који би требало да усклади српско право са правом ЕУ, између осталог, и у домену нефинансијског извештавања, али о тексту нацрта овде неће бити речи детаљније.

60 У принципима корпоративног управљања ОЕЦД-а се наводи да се од друштава не очекује да објављују информације ако би то могло довести у питање њихову позицију, под условом да се инвеститори на тај начин не доводе у заблуду или се спречава њихова потпуна информисаност. ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања, 4; изузетак познају и ISO 26000, вид. тачку 4.3.

61 Упор. Директива о извештавању, чл. 19а ст. 1, 3 и 4.

Најпре, државе чланице могу дозволити да се у изузетним случајевима изоставе информације које се односе на *предстојеће гођање или ишћања током преговора*. То под претпоставком да би објављивање таквих информација, у складу са образложеним мишљењима чланова административних, управљачких и надзорних тела који делују у оквиру надлежности одређених националним правом (и који сnose колективну одговорност за то мишљење), могло нанети озбиљну штету положају друштва. Необјављивање информација не сме да „спречи фер и објективно разумевање развоја, пословних резултата и положаја друштва, те учинка његових активности“.⁶² Овај изузетак се, уз одређене разлике, подудара са оним прописаним у ОЕЦД-овим принципима корпоративног управљања, а такви изузеци нису страни ни српском праву.⁶³ Оно што је заједничко изузецима прописаним у сва три наведена извора јесте циљ – спречавање озбиљне/неотклоњиве штете уз уважавање потребе да се не угрози циљ информисања. Под тим условима се ови изузеци чине оправданим и сврсисходним.

Други изузетак, уједно и најпроблематичнији, се односи на случај када друштво *објави извештај о пословању и посебан нефинансијски извештај* који се односи на исту пословну годину као и извештај о пословању, а који садржи све прописане информације. Друштво се тада изузима под једним од наведена два услова: 1) ако објави посебан извештај заједно са извештајем о пословању или 2) објави извештај на интернет страници друштва на коју се упућује у извештају о пословању у разумном року који није дужи од 6 месеци од дана биланса.⁶⁴ Иако интегрално извештавање има несумњиве предности, јер представља обједињени приказ кључних финансијских и нефинансијских показатеља пословања, извештавање у форми посебног извештаја је и даље широко распрострањено, а главна предност се огледа у томе што корисницима омогућава лакше сналажење јер се акценат ставља на одређене информације.⁶⁵ Спорно је да ли се наведени изузе-

62 Директива о извештавању, чл. 19а и чл. 29.

63 Вид, примера ради, Правилник о објављивању инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца и о одређивању оправданих интереса издаваоца у сврху необјављивања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, чл. 4, којим је предвиђено да издавалац може, на сопствену одговорност, да донесе одлуку о одлагању објављивања, под условом да се на тај начин јавност не доводи у заблуду и да издавалац обезбеди поверљивост информације, при чему је комисија овлашћена да ближе одреди околности које указују на постојање таквог интереса и додатне мере потребне за обезбеђивање поверљивости информације. Вид. и ЗТК, чл. 81.

64 Директива о извештавању, чл 19а ст. 4 тач. (а) и (б).

65 Овом констатацијом аутор не жели да умањи све остале предности интегралног извештаја. Остајемо при ставу да је интегрално извештавање комплетнији, и самим тим ефикаснији инструмент од засебног извештаја. Више о томе вид. Бојан

так односи само на информације које улазе у садржај нефинансијског извештаја или се примењује и у случају извештавања о спровођењу политика различите заступљености у одборима.⁶⁶ Иако се у члану који прописује садржај нефинансијског извештаја изричито наводи да се изузетак односи на обавезе утврђене тим чланом,⁶⁷ дилема произлази из тога што се у преамбули⁶⁸ Директиве о извештавању наводи да нефинансијски извештај треба да садржи и „информације о мерама предузетим ради обезбеђивања једнакости полова“, као и информације о кадровским питањима, што може навести на закључак да су обухваћене и информације које се односе на спровођење политике различите заступљености у одборима.⁶⁹ Обезбеђивање једнакости полова је ипак само део питања различите заступљености у одборима (која се односи не само на једнакост полова, већ и на, примера ради, старост, пол, струку и образовање).⁷⁰ Подношење посебног извештаја не би требало да значи истовремено и испуњавање обавезе извештавања о спровођењу политике различите заступљености у одборима из неколико разлога. Најпре, писци засигурно нису желели да допусте друштвима избегавање обавезе извештавања (прецизније, непотпуно информисање) сачињавањем посебног извештаја, обзиром на то да се у самом члану који прописује изузетак наведи да посебан извештај треба да садржи *све ирописане погашке*.⁷¹ Друго, проблем непостојања различите заступљености у одборима препознат је као један од два разлога због којих се доноси Директива о извештавању.⁷² Такође, у члану који се односи на садржај нефинансијског извештаја није јасно опредељено које информације спадају у кадровска питања (рецитал обухвата само различитост полова). Не треба губити из вида да *субјекти објављивања* наведених информација нису исти у оба случаја (извештај о корпоративном управљању састављају субјекти од јавног интереса без обзира на величину и број запослених, док се обавеза нефинансијског извештавања односи на велика друштва и групе, чији број запослених прелази 500 и која су истовремено субјекти од јавног

Савић, *Концепт и инструменти извештавања предузећа – инструменти подмирења информационог потреба кључних стейкхолдера*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, 2013.

66 Вид. D. Gergely Szabó, K. Engsig Sørensen, 20–21.

67 Вид. Директива о извештавању, чл. 19а ст. 1 у вези са чл. 19 ст. 4.

68 Преамбула нема обавезујући карактер, али је од великог значаја приликом тумачења.

69 Вид. Директива о извештавању, чл. 19а.

70 Директива о извештавању, рецитал 7 у вези са чланом 19а и 20 ст. г).

71 Вид. Директива о извештавању, чл. 19а ст. 4.

72 Вид. Предлог Директиве о извештавању, 3; вид. и рецитал 18 Директиве о извештавању који указује на значај различитости одбора. Такође вид. Радни документ, 3.

интереса).⁷³ Постоји мишљење да је обавеза извештавања прописана на два места из разлога што се извештавање о спровођењу политике различите заступљености у нефинансијском извештају односи на све запослене, што није случај са извештајем о корпоративном управљању.⁷⁴ Дакле, у питању су две одвојене обавезе, упркос томе што су ове информације повезане у логичком смислу. Остаје дилема да ли би било боље решење да је информисање о спровођењу политике различите заступљености прописано у оквиру нефинансијског извештаја, уз уједначавање критеријума обвезника и садржине, чиме би се избегло да се два пута извештава о чињеницама које се тичу различите заступљености у одборима. Поред тога, постоји могућност да се посебан извештај објави са закашњењем у односу на извештај о пословању (у складу са прописаним изузетком, то може бити период до 6 месеци), у чији садржај улази извештај о корпоративном управљању. Такво „двоструко“ извештавање може узроковати да информације које се односе на иста питања буду различите услед промена које су наступиле у међупериоду, што може негативно утицати на кориснике, јер неће знати на које податке треба да се ослоне. У вези са информацијама о спровођењу политике различите заступљености, предвиђен је још један изузетак у случају друштава чије хартије нису укључене у трговину на регулисаном тржишту, осим ако се тим хартијама од вредности тргује на мултилатералној трговачкој платформи.⁷⁵

Конечно, трећи изузетак се односи на *консолидоване њословне извештаје* када је матично друштво, које је истовремено и друштво ћерка, укључено у консолидовани извештај или посебни извештај другог друштва.⁷⁶ Такође, изузимање постоји и у случају еквивалентним са изузетцима постављеним у случају нефинансијског извештаја.⁷⁷

IV Закључак

Важност информисања као општег института компанијског права је данас неспорна. Нефинансијско информисање, обзиром да проширује постојеће оквири извештавања значајно доприноси ублажавању асиметрије информација, повећању транспарентности, друштвене одговорности и заштити носилаца интереса пословања привредног друштва.

73 Упор. чл. 19а ст. 1 Директиве о извештавању и чл. 20 Рачуноводствене директиве у вези са чл. 2 ст. 1 тач. а.

74 D. Gergely Szabó, K. Engsig Sørensen, 12.

75 Директива о извештавању, чл. 20 тач. ц.

76 Вид. Директива о извештавању, чл. 29а ст. 3.

77 Вид. Директива о извештавању, чл. 29а ст. 4 у вези са чланом 19а.

Посебно је важно што објављивање повољно утиче на боље праћење ризика, планирање, будући развој и као такав служи не само лицима ван друштва, већ и самом друштву. Дакле, функција нефинансијског извештавања се не може ограничити на извештавање о утицају на животну средину или филантропску димензију пословања друштва, већ представља корективни институт који у доброј мери надомешћује недостатке финансијског извештавања. Ово под условом да се обезбеди кредибилитет информација, благовремено и континуирано (за почетак, барем редовно) извештавање. Иако нефинансијско извештавање заузима значајно место у систему заштите путем информисања, ефективна заштита интереса подразумева коришћење других института (попут ревизије). Посебно је важно да се успостави одговарајући правни оквир уз адекватне механизме контроле и санкционисања, чиме ће се обезбедити доследна и ефикасна примена права. Наравно, ниједан институт није без недостатака, па тако ни овај, што се посебно односи на проблем избора и обима информисања, уз истовремено уважавање потребе да трошкови не премаше корист. Посебна опрезност је неопходна приликом имплементације правила из Директиве о извештавању у српски систем. Директива о извештавању је добра основа за будуће уређење нефинансијског извештавања у српском праву, али под условом да се уваже и критике изнете на њен рачун. Треба настојати да се искористе све предности које пружа минимална хармонизација у циљу јачања транспарентности, друштвене одговорности компанија, али и других циљева које смо истицали на одговарајућим местима у овом раду. Ипак, треба уважити чињеницу да претерана регулација у виду материјалних норми носи са собом одређене недостатке, те да постоји потреба да се одређена питања препусте сфери „меког права“.

Коришћена литература

Акциони план: модеран правни оквир за повећано ангажовање акционара и одрживост компанија (European Commission, Action plan: European Company Law and Corporate Governance – A Modern Legal Framework for More Engaged Shareholders and Sustainable Companies, Brussels 2012), доступно на адреси: www.eur-lex.europa.eu, 20. 9. 2019.

Barker Richard, Eccles Robert G., Should FASB and IASB be responsible for setting standards for nonfinancial information, Green paper, 12. 10. 2019, доступно на адреси: https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-10/Green%20Paper_0.pdf, 12. 11. 2019.

- Barsan Iris, „Corporate Accountability: Non-financial Disclosure and Liability – A French perspective“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 14, Nr. 3/2017.
- Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013.
- Gergely Szabó Dániel, Engsig Sørensen Karsten, New EU Directive of Non-financial Information (CSR), доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2606557>, 15. 7. 2019.
- Gilotta Sergio, „Disclosure in Securities Markets and the Firm’s Need for Confidentiality: Theoretical Framework and Regulatory Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2012.
- Engsig Sørensen Karsten, „Disclosure in EU Corporate Governance – A Remedy in Need of Adjustment“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 10, Nr. 2/2009.
- Ioannou Ioannis, Serafeim George, The Consequences of Mandatory Corporate Sustainability Reporting, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799589, 18. 7. 2019.
- Извештај Високе групе експерата компанијског права о модерном правном оквиру за компанијско право у Европи (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, November 2002), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background, 10. 7. 2019.
- Merkt Hanno, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7, Nr. 1/2006.
- Merkt Hanno, „Disclosing Disclosure: Europe’s Winding Road to Competitive Standards of Publication of Company – Related Information“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. Ferrarini Guido, Hopt Klaus J., Winter Jaap and Wymeersch Eddy), Oxford, 2004.
- Merkt Hanno, „European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/2004.
- ОЕЦД Г20 принципи корпоративног управљања (OECD G20 Principles of Corporate Governance, OECD publishing, Turkey 2015), доступно на адреси: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>, 10. 10. 2019.
- Предлог Директиве о нефинансијском извештавању (European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by a

- certain large companies and groups, Strasbourg, 16.4.2013), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52013PC0207>, 12. 11. 2019.
- Радовић Вук, „Развој културе одступања од „Примени или објасни“ правила корпоративног управљања“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2015.
- Radović Vuk, Zara Fernandez, Karlos Huan, *Korporativno upravljanje (dopunjeno izdanje)*, International Finance Corporation, Beograd, 2011.
- Stahl Carolin, *Information Overload am Kapitalmarkt*, Nomos, 2013.
- Међународни оквир интегралног извештавања (The international Integrated Reporting Council (IIRC), The International <IR> Framework), доступно на адреси: <http://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2013/12/13-12-08-THE-INTERNATIONAL-IR-FRAMEWORK-2-1.pdf>, 22. 10. 2019.
- Ulen Thomas S., „Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives“, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (eds. Stefan Grundman, Wolfgang Kerber, Weatherill Stephen), Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2001.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Обавезно објављивање као инструмент заштите поверилаца у компанијском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011.
- Јовановић Небојша, „Извештавање о пословању акционарског друштва“, *Корпоративно управљање: групи део* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Кодекс Београдске берзе, доступно на адреси: <https://www.belex.rs/data/2012/05/00074542.pdf>, 10. 10. 2019.
- Кодекс Корпоративног управљања Привредне коморе Србије, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Tekstil%20i%20koza/Kodeks%20korporativnog%20upravljanja.pdf>, 10. 10. 2019.
- Николас Талеб Насим, *Црни Лабуд*, Хеликс, Смедерево, 2015.
- Огњановић Вук, „Друштвена одговорност привредних друштава и вредновање на финансијским тржиштима“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010.
- Поповић Веселин, Бојанић Ранко, Неранџић Бранислав, Тодоровић Александра, „Дилеме и изазови нефинансијског извештавања-место и улога контролинга“, *Улога интерне ревизије и контролинга у нефинансијском извештавању*, доступно на адреси: <http://www.ftn.uns.ac.rs/102841300/uloga-interne-revizije-i-kontrolinga-u- nefnansijskom-izvestavanju>, 10. 10. 2019.

- Савић Бојан, *Концептиј интјејрисаној извештавања йредузећа – инстјрументј йодмирења информационых йойреба кључных сјејкхолдера*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, 2013.
- Скраћени пратећи извештај уз Предлог директиве о нефинансијском извештавању (European Commission, European staff working document executive summary of the impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity information by a certain large companies and groups, Strasbourg, 16. 4. 2013), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013SC0127>, 11. 11. 2019.
- Смернице за извештавање мултинационалних компанија (Guidelines for Multinational Enterprises), OECD Publishing, 2011, доступно на адреси: www.oecd.org, 10. 10. 2019.
- Смернице Комисије за нефинансијско извештавање (European Commission, Guidelines on Non-financial Reporting, Brussels, 2017), доступно на адреси: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XC0705\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XC0705(01)), 15. 10. 2019.
- Стандард ISO26000 (International Standardization Organization, Standard ISO 26000).
- Финални извештај – Препоруке радне групе о објављивању финансијских информација у вези са климатским питањима (European Commission, Final report – Recommendation of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures), доступно на адреси: www.fsb-tcfd.org, 12. 10. 2019.
- CFA institute, CFA Institute Member Survey Report – Usefulness of Key Performance Indicators and Other Information Reported Outside Financial Statements, 2018, доступно на адреси: www.cfainstitute.org/Survey/KPIs_survey.pdf, 10. 11. 2019.

Milena MITROVIĆ

LL.M student at the University of Belgrade Faculty of Law

DEVELOPMENT OF THE EU LEGAL FRAMEWORK ON NON-FINANCIAL REPORTING

Summary

Until recently, legislation was almost exclusively dealing with the publication of financial statements and management reports, while publication of non-financial statements was mostly on a voluntary basis. The protection of investors and other stakeholders was achieved through financial and management reports, but it became clear that they were not sufficient to respond to the information requests of interested parties. Non-financial disclosure becomes a matter of particular interest after the adoption of the Non-financial Reporting Directive, which provides for the obligation to publish reports for large companies that are public interest entities, parent companies of large groups, in both cases with over 500 employees. This paper deals with the analysis of the legal sources, personal scope, material scope and purpose of non-financial disclosure. Having in mind aspirations of the Republic of Serbia to join the EU, obligations undertaken by signing the Stabilization and Association Agreement, and especially the increasing importance of disclosing the non-financial indicators, the paper also considers the harmonization of Serbian law with EU law.

Key words: *Non-financial disclosure. – Shareholders protection. – Corporate Social Responsibility. – Non-financial Reporting Directive.*

Датум пријема рада: 20. 1. 2020.

Датум прихватања рада: 26. 2. 2020.

СТРУЧНИ РАДОВИ

UDK: 343.982/983(497.11) ; 340.6(497.11)

CERIF: S130, S142

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

др *Гордана* МРДАК*

доцент на Факултету за дипломатију и безбедност
Универзитета Унион – Никола Тесла у Београду

УЛОГА СУДСКИХ ВЕШТАКА У ПРАВОСУДНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Сажетак

Чланак се бави улогом и значајем судских вештака у правосудном систему Србије, имајући у виду чињеницу да су налази и мишљења судских вештака постали кључни фактор у процесу доношења судских одлука. Наиме, ангажовање судских вештака је уобичајена пракса у нашем правосудном систему, међутим, пројиси којима је уређена ова струга недовољно су јасни и/или је њихова примена у пракси неконзистентна, што у крајњој инстанци негативно утиче на ефикасност правосудја у нашој земљи. Из тог разлога, унапређење правног оквира који уређује рад судских вештака и деловорнија примена пројиса у пракси свакако би допринела унапређењу ефикасности и квалитета вештачења, а самим тим и ефикасности правосудја у нашој земљи. Добра нормативна регулатива, уз остале услове, је гаранција професионалној и ефикасној раду судских вештака у судском процесу, а тиме и гаранција његове законитости као целине.

Кључне речи: Вештачење. – Судски вештак. – Правосудни систем. – Нормативна регулатива вештачења.

* Електронска адреса аутора: gordanamrdak@gmail.com.

I Уводна разматрања

Вештачење представља, код нас и у свету, тековину модерног правосуђа с обзиром да правилно утврђивање чињеничног стања представља основу сваког судског поступка. Наиме, у сваком судском систему, па и нашем, фундаменталну и стално присутну улогу имају стручњаци, познатији као судски вештаци који имају кључну улогу у ситуацијама када треба утврдити чињенице из стручних области и анализирати сложена питања.

У процесу утврђивања материјалне истине суд се све више ослања на налазе и мишљења стручњака из области на које се судски спорови односе. За успешно окончање поступка у појединим судским предметима, веома често је потребно разјашњење бројних околности за чије су проучавање и тумачење неопходна стручна знања изван оквира којим располаже суд (нпр. из подручја технике, грађевине, медицине, економије и финансија, осигурања, банкарства и сл.). Ради разрешења тих проблема и утврђивања одређених чињеница суд одређује вештачење и извођење доказних радњи ангажовањем судског вештака за одређену област, са прецизно дефинисаним задатком вештачења.

Судски вештак је стручно лице које испуњава формалне и суштинске услове да се може бавити послом вештачења. Може се рећи да је судски вештак сарадник суда и судије с обзиром да својим стручним налазом и мишљењем у великој мери помаже суду да се утврди истина, односно, да утврди одређену конкретност чињеница, након чега се отвара или закључује расправа.

Од квалитета и свеобухватности налаза и мишљења судског вештака зависи ток и исход судског или вансудског поступка. Због тога се пред вештака поставља задатак који треба да обави у складу са расположивом документацијом, али и најбољим стручним знањем и моралним начелима.

Поред стручности, вештак треба да поседује и смисао да материју вештачења претвори у извештај са налазом и мишљењем и тиме помогне суду и судији, као и странкама у спору тако што материју вештачења презентира непристрасно, стручно и на јасан и разумљив начин. При свом раду сваки вештак се мора придржавати правила струке и вештине, објективног, независног и стручног утврђивања чињеница, критички и са једнаком пажњом мора размотрити захтев свих субјеката, те непристрасно и објективно дати свој налаз и мишљење.

Према општој оцени (адвоката, странака у спору, судија...) у нашој пракси професија судског вештака је на незадовољавајућем нивоу и рад вештака углавном не прати „добар глас“ с обзиром да су налази веш-

така у великој мери субјективни и недовољно стручни, што у крајњој инстанци негативно утиче и на ефикасност правосудног система.

У нашој земљи механизми за контролу рада судских вештака постоје „само на папиру“, али се не примењују у пракси с обзиром да ресорно министарство (Министарство правде) не прати и не контролише рад судских вештака и у пракси не разрешава судске вештаке због неуредног, несавесног или нестручног вештачења, па чак ни када је судски вештак правоснажно осуђен за кривично дело које га чини недостојним вештачења и/или је над вештаком покренут кривични поступак, а што се негативно одражава на квалитет рада вештака и урушавање професије судског вештака. Такође, приликом именована судских вештака није предвиђена обавезна обука и полагање стручног испита пре стицање звања судског вештака и уписа у Регистар судских вештака, нити је прописана обавеза сталног стручног усавршавања.

Имајући у виду наведено, у нашој земљи је неопходно унапређење правног оквира који уређује рад судских вештака, као и делотворнија примена прописа у пракси, што ће допринети унапређењу ефикасности и квалитета вештачења, а тиме и повећању ефикасности правосудног система.

Према сазнањима, Министарство правде је тренутно у фази израде првог радног текста нацрта измена Закона о судским вештацима који треба да буде усаглашен са Акционим планом за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за Поглавље 23. Предвиђене су бројне измене и допуне Закона о судским вештацима ради увођења нових критеријума за именоване судских вештака. Тим изменама би требало да буду унапређени професионалност, стручност и одговорност судских вештака. Поред тога, предвиђено је увођење транспарентних механизма ради унапређења обуке и побољшања стручности и одговорности судских вештака (обавезна едукација, периодичне провере стручности вештака...)¹

II Правна регулатива вештачења у Србији

Сва процесна законодавства у Србији још од времена када постоје писане кодификације – IX век, предвиђају институт вештачења. То се односи на кривично законодавство, парнични поступак, управни по-

1 Национална стратегија реформе правосуђа за Поглавље 23, доступна на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>, 24. 2. 2020; Акциони план за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за Поглавље 23, доступно на адреси: <tps://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovodjenje-strategije.php>, 24. 2. 2020.

ступак, извршни поступак и прекршајно законодавство. Још из тог периода судије, односно лица која су водила одговарајуће поступке, користиле су помоћ стручних лица која су имала нека специфична знања са којима они нису располагали да би успешно разрешили дилеме у одговарајућем случају и да би на крају могли донети одговарајућу, законом засновану одлуку. До данашњег дана остало је правило да судије у одређеним врстама поступака када не располажу стручним знањем да би разрешили дилеме са којима се суочавају врло често прибегавају извођењу вештачења путем вештака одговарајуће струке.²

Према томе, за успешно окончање поступка у појединим судским предметима, веома често је потребно разјашњење бројних околности за чије су проучавање и тумачење неопходна стручна знања изван оквира којим располаже суд (подручје технике, економије и финансија, медицине, саобраћаја, електротехнике итд.).

У Србији се питање судских вештака најчешће доводи у везу са следећим прописима: (1) Закон о судским вештацима, (2) Закон о парничном поступку и (3) Законик о кривичном поступку.

Закон о парничном поступку³ (у даљем тексту: ЗПП) и Законик о кривичном поступку⁴ (у даљем тексту: ЗКП) прописују само опште одредбе о вештачењу, којима се, понајвише, прописује процесни ток вештачења. Ово је и разумљиво кад знамо да се правилност самог вештачења осигурава поступањем *lege artis*, по правилима одговарајуће науке, струке или вештине, а што је уређено посебним законом. Наиме, у нашој земљи услови за вршење послова вештачења, поступак постављења и разрешења вештака и њихова права и дужности прописани су посебним Законом о судским вештацима⁵ (у даљем тексту: ЗСВ).

ЗСВ представља добру основу за рад вештака и за сам процес вештачења, с обзиром да су овим законом уређени услови за обављање вештачења, поступак именовања и разрешења судских вештака, поступак уписа и брисања правних лица која обављају послове вештачења, као и права и обавезе лица која обављају вештачење.⁶

Вештачењем се сматрају стручне активности чијим се обављањем, уз коришћење научних, техничких и других достигнућа, суду или дру-

2 Драган Обрадовић „Вештаци и вештачење у српском процесном законодавству са кратким освртом на одредбе о ДНК вештачењу“, *Правни информатор*, бр. 5/2010, 17–21.

3 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018.

4 Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019.

5 Закон о судским вештацима – ЗСВ, *Службени гласник РС*, бр. 44/2010.

6 ЗСВ, чл. 1.

гом органу који води поступак, пружају потребна стручна знања која се користе приликом утврђивања, оцене или разјашњења правно релевантних чињеница.⁷

Дакле, вештачење је радња у оквиру које вештак, као особа која располаже посебним научним или стручним знањем и искуством, примењује научна и стручна знања, вештине и методе на чињенице које представљају предмет вештачења. Вештачење је радња којом се прибавља посебни доказ – исказ вештака и као таква придоноси остварењу начела тражења материјалне истине.

Судски вештаци баве се чињеничним, а не правним питањима. Ангажују се да би утврдили чињенице и исте презентирали суду. Од њих се не може очекивати, нити су обавезни, да изводе правне закључке јер је то изван оквира њихове одговорности и експертизе. Међутим, вештачења представљају готово неизоставни део судског поступка с обзиром на то да се налаз и мишљење судских вештака користи као доказ у судском поступку. Без обзира што мишљење судских вештака није обавезујуће за судије, исто у пракси, по правилу, има одлучујући утицај на исход судског поступка.

III Улога судских вештака у судском поступку

У нашој земљи судски вештаци сагласно важећим законским прописима имају значајну улогу у парничном и кривичном поступку, али и ванпарничном, прекршајном, арбитражном, као и у управном поступку.

У наставку текста детаљније ћемо објаснити улогу судских вештака сходно одредбама ЗПП, с обзиром да је вештачење у парничном поступку једно од најважнијих доказних средстава. Вредност вештачења као доказног средства првенствено се огледа у чињеници да је судски вештак лице које има знања којима суд не располаже, које има одређене вештине за обављање послова вештачења, као и да је по закону изабран да обавља послове вештака те је непристрасан и објективан.

Чињенице се у парници утврђују на основу примене општих ставова и искуства с тим да ако суд не може да утврди или разјасни неку чињеницу, нужно је да у парници учествује и вештак који таквим стручним знањем располаже.⁸ Дакле, у парничном поступку вештачење се предузима ради утврђивања чињеница за које је потребно стручно

7 ЗСВ, чл. 2.

8 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 413.

знање или достављање стручног мишљења о утврђеним чињеницама на основу стручног знања из одређених области. То значи да се вештачење предузима само онда када се ради о битним спорним питањима и одлучним чињеницама, а за њихово разрешење је потребно стручно знање којим суд не располаже.

Битно је нагласити да се вештачење не може односити на правна питања. Поверава се одређеном вештаку, по правилу једном или више вештака, што зависи од врсте спорне чињенице коју треба утврдити у парници. Судски вештак треба да помогне суду искључиво у утврђивању чињеница, а никада приликом одлучивања о примени правне норме. Због тога судија не може одредити вештака за правна питања, нити се од судског вештака може тражити одговор на правна питања.

Дакле, предмет вештачења не могу бити прописи које треба применити на одређени случај, већ само пропусти у понашању особа и примени тих прописа. Судски вештак се не сме упуштати у правну оцену чињеница, тумачење правне норме или у неку другу активност која је у искључивој надлежности суда.

Судски вештаци се користе као доказна средства кад суд не располаже одређеним стручним знањем нужним за сазнање одређене чињенице. Која је чињеница битна, односно одлучујућа, одлучује суд кад и доноси одлуку о потреби вештачења. Наиме, закон по правилу не налаже суду извођење доказа вештачењем, односно суд је слободан у одлучивању да ли ће одредити доказивање вештачењем или не. Суд ће да изведе доказ вештачењем ако је ради утврђивања или разјашњења неке чињенице потребно стручно знање којим суд не располаже.⁹

Такође, странке у поступку немају неког одлучујућег утицаја на одлуку суда да ли ће се ангажовати судски вештак или не. Њихова иницијатива ограничена је само на могућност достављања предлога за извођење доказа вештачењем, као и на предлагање личности вештака.

То значи, да је вештачење процесна радња коју увек одређује искључиво суд, било по предлогу странака, било по службеној дужности.¹⁰ При томе, у случају када суд одређује вештачење, он тада одређује и предмет вештачења, питања која треба разрешити или које чињенице утврдити, границе вештачења и на крају, руководи вештачењем. У случају када нека од странака предложи извођење доказа вештачењем, онда мора образложити потребу да се овакав доказ изведе. Образложење мора бити дато са свим аргументима, с тим да морају бити дати разлози за одређивање извођења овог доказа.¹¹ Странка мора да наведе и врсту

9 ЗПП, чл. 259.

10 ЗПП, чл. 260 и 262.

11 Небојша Шаркић, Младен Николић, *Вештачење – Грађанско-правни аспекти*, Гло-саријум, Београд, 2014, 25.

вештачења, односно да наведе предмет вештачења, а може да предложи и одређено лице за вештака.

Када суд утврди да је то неопходно, донеће решење о одређивању вештачења које мора да садржи све потребне елементе који су предвиђени у ЗПП, а то су: предмет спора, предмет вештачења, рок за достављање суду налаза и мишљења у писаном облику, лично име или назив лица коме је поверено вештачење, као и податке из регистра вештака. Решење о одређивању вештака по службеној дужности, поред напред наведених података, садржи и податке о износу предујма за вештачење и налог странкама за плаћање предујма у одређеном року.¹²

У нашој судској пракси уочено је да је задатак вештака често нејасан или прешироко постављен, што утиче на садржину налаза и мишљења. У пракси су забележени случајеви када судија у решењу одређује извођење доказа вештачењем, примера ради, вештака економско – финансијске струке на спорне околности. Овакав задатак суда је непримерен с обзиром да суд не може тражити од судског вештака да одреди које су то спорне околности, већ је обавеза суда да прецизно дефинише задатак вештачења и да одреди које су то спорне околности и шта вештак треба да обави у налазу.

Када се донесе решење о вештачењу, суд ће ово решење доставити парничним странкама (или њиховим пуномоћницима), које затим имају право да стављају одређене примедбе или сугестије на околност одређивања вештачења, предмет и задатак вештачења, као и на одабир судског вештака. Када се све ове околности исцрпе, суд ће уз решење о одређивању вештачења позвати вештака да преузме списе предмета, а судски вештак има обавезу да, уколико процени да не може да обави предметно вештачење или се пак не осећа компетентним за такву врсту вештачења, предмет врати суду у што краћем року.

Судски вештаци су дужни да се одазову позиву суда и да изнесу свој налаз и мишљење. Суд ће вештака, на његов захтев, ослободити дужности вештачења из разлога из којих сведок може ускратити сведочење или одговор на поједино питање. Суд може вештака, на његов захтев, да ослободи дужности вештачења и из других оправданих разлога. Ослобођење од дужности вештачења може да тражи и овлашћено лице органа или организације у којој је вештак запослен.¹³ ЗПП не одређује поименично који су то „други оправдани разлози“ због којих суд може вештака ослободити дужности вештачења на његов захтев. Могући оправдани други разлози били би, примера ради, заузетост другим службеним или приватним пословима, болест, сродство и/или, блискост са парничним странкама и сл.

12 ЗПП, чл. 269.

13 ЗПП, чл. 265.

Вештак се увек позива на рочиште за главну расправу. У позиву ће суд да упозори вештака да своје мишљење мора изнети савесно и у складу са правилима струке и вештине, као и упозорити вештака о последицама недостављања налаза и мишљења у остављеном року, односно неоправданог изостанка са рочишта, као и о праву на награду и накнаду трошкова.

Вештак заказује вештачење писаним путем и позива парничне странке да присуствују вештачењу, као и да доставе документацију која је неопходна за сачињавање налаза и мишљења. Парничне странке имају право да судском вештаку дају предлоге или сугестије током вештачења, али не могу ни на који начин утицати или ометати рад вештака.

По завршетку вештачења, судски вештак има обавезу да сачини писани налаз и мишљење, који обавезно мора да садржи: образложење са навођењем чињеница и доказа на којима је налаз заснован и стручно мишљење, податке о томе где и када је извршено вештачење, податке о лицима која су присуствовала вештачењу, односно о лицима која нису присуствовала, а уредно су позвана, као и податке о приложеним документима. У случају да вештак достави налаз и мишљење који је нејасан, непотпун или противречан сам себи, суд ће да наложи вештаку да допуни или исправи налаз и мишљење и одредиће рок за отклањање недостатака, односно позваће вештака да се изјасни на рочишту.¹⁴

У налазу и мишљењу вештак мора да наведе која од докумената или доказе је прегледао, као и које је све стручне радње обавио. Опис обављеног вештачења може бити поткрепљен и потребним доказима (књиговодствена документација, финансијска документа, лекарска документација, фотографије...)¹⁵

На крају налаза, судски вештак обавезно мора да одређено мишљење које мора да буде јасно, прецизно и логично. Вештак мора прецизно да одговори на задатак вештачења који је суд одредио у решењу о одређивању вештачења, с тим да уколико у току израде налаза утврди да му је неопходан још неки доказ или чињеница, тада о томе мора обавестити суд који ће предузети процесне радње које су неопходне за даљи ток поступка.

Чињенице које вештак сазна истраживањем у складу са правилима своје струке и науке представља *налаз вештака*. У налазу су, дакле, садржани подаци о свему што је судски вештак запазио или открио вештачењем, односно подаци о чињеницима које су од важности за парнични поступак. Налаз мора бити потпун и објективан навод утврђеног чињеничног стања, односно налаз је веран опис стања и промена које

14 ЗПП, чл. 270.

15 Н. Шаркић, М. Николић, 20.

су објективно утврђене. На основу налаза судски вештак, у складу са правилима струке, даје своје *мишљење* које представља, дакле, стручну оцену судског вештака о запаженим чињеницама. Реч је о сажетом тумачењу података из налаза, изнесених у складу са законским прописима који се односе на предмет вештачења.

Другим речима, у налазу се дају темељни подаци о предмету вештачења и нађеном стању, па је налаз својеврсни опис предмета вештачења, док се из мишљења вештака види на основу којих је правила (своје) струке вештак извео закључак, тако је мишљење заправо одговор који је суд тражио од вештака.

Судски вештак доставља налаз и мишљење у одговарајућем броју примерака за суд и парничне странке најкасније у року од 15 дана пре рочишта, с тим да суд доставља парничним странкама (или њиховим пуномоћницима) налаз и мишљење најкасније осам дана пре заказане расправе, тако да странке могу ставити евентуалне приговоре на извршено вештачење и дати предлоге за евентуалну допуну или поновно вештачење. Вештак је дужан да се изјасни на примедбе странака на налаз и мишљење, усмено или писмено. Ако то не учини, суд није омогућио странкама да расправљају о резултатима доказа, те чини апсолутно битну повреду правила поступка.

Парнична странка која има примедбе на налаз вештака дужна је да у писаном облику достави своје примедбе, а странке такође могу и на самом рочишту постављати питања вештаку, тражити допунска објашњења или пак износити контрааргументе.

Налаз и мишљење судског вештака суд цени по правилима о слободној оцени доказа. Суд мора оценити мишљење вештака не само у формалном смислу, већ пре свега садржајно. Недостаци било које врсте се морају односити на битне чињенице и околности. У случају да судски вештак ни по позиву суда не достави потпун и разумљив налаз и мишљење, односно не исправи и допуни налаз и мишљење суд ће, уз претходно изјашњење странака, одредити другог вештака.

Дакле, суд цени налаз и мишљење судског вештака и након изведеног доказа саслушања вештака. Суд ће у зависности од околности догађаја или окончати поступак на бази изведеног доказног средства (налаз и мишљење судског вештака) и донети решење, или ће пак одредити ново вештачење од стране другог вештака уколико су примедбе на налаз и мишљење судског вештака такве природе да се не могу отклонити.

У случају да је налаз другог вештака битно другачији од налаза првог вештака, тада суд може позвати вештаке да покушају да усагласе своја мишљења на спорне околности, с тим да уколико вештаци не

усагласе своја мишљења суд ће одлучити да ли ће прихватити један или други налаз вештака или ће пак одредити ново – треће вештачење. У пракси се ово треће вештачење назива „супервештачењем“ и оно се најчешће поверава институцијама или комисији вештака, с тим да то стручно мишљење мора бити резултат објективног сагледавања оба претходно дата налаза судских вештака и уз поштовање правила струке. Након супервештачења од стране институције или комисије вештака у коме се износи дефинитивно мишљење у складу са дефинисаним задатком вештачења, поступак се приводи крају у погледу овог доказног средства.

Дакле, улога судског вештака у парничном поступку је да непристрасно и објективно да налаз и мишљење о одређеној спорној чињеници коју суд треба да утврди да би могао да донесе ваљану одлуку. Без ваљано утврђеног чињеничног стања, чему вештачење свакако може значајно да допринесе, не можемо говорити о ваљаном пресуђивању од стране суда који се у процесу утврђивања материјалне истине све више ослања на налазе и мишљења вештака из области на које се судски спорови односе.

1. Вештачења сходно другим законским прописима

Све напред наведено односи се на значај и улогу судских вештака у парничном поступку, а пре свега, имајући у виду значај вештачења као доказне радње. Ипак компарације ради, укратко ћемо се осврнути и на одредбе других закона који се баве вештачењем. Тако, на пример, ЗКП предвиђа да се вештачење одређује у случају када за утврђивање или оцену неке важне чињенице треба прибавити налаз и мишљење од лица које располаже потребним стручним знањем.¹⁶

ЗКП предвиђа да се вештачењу као доказној радњи прибегава уколико је потребно, ради утврђивања одређене чињенице или оцене, стручно знање које странке у кривичном поступку не поседују. Вештачење се поверава вештаку или стручној установи или државном органу путем писмене наредбе и може бити наређено од стране јавног тужиоца, односно од стране судије у фази главног претреса, било на предлог странака, било по оцени суда. Међутим, иако је вештачење само једно од доказних средстава у кривичном поступку, у судској пракси се вештачењу као доказном средству врло често даје одлучујући значај приликом доношења судских одлука, што представља заправо највећу ману овог доказног средства. Неретко се целокупне одлуке кривичних

¹⁶ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019, чл. 113 – 132.

судова заснивају искључиво на налазу и мишљењу вештака, што не би требало да буде случај.

Изменама ЗКП-а из 2011. године, а које су ступиле на снагу 2013. године уведен је институт стручних саветника,¹⁷ што у принципу није утицало на већу ефикасност суђења, али је у великој мери утицало на побољшање квалитета вештачења. Наиме, увођењем института стручних саветника у великој мери је унапређен квалитет рада судских вештака јер у тим случајевима осећају притисак због додатне анализе њиховог вештачења коју ће спровести стручни саветник супротне стране.

Увођењем стручног саветника знатно се олакшава положај странака будући да одбрана, ни тужиоци, као ни судије, нису стручни да постављају питања из области у којој је вршено вештачење, те путем стручног саветника може да се контролише налаз и мишљење судског вештака са научне тачке гледишта, односно да ли је исти сачињен у складу са правилима струке, чиме се знатно смањује могућност давања необјективних и нестручних налаза вештака.¹⁸

Даље, вештачење је предвиђено и Законом о прекршајима¹⁹ којим је прописано да се вештачење одређује на предлог странака када је за утврђивање или оцену неке важне чињенице неопходно прибавити налаз и мишљење од лица које располаже стручним знањем, а којим суд не располаже. Вештачење се може поверити одговарајућој стручној установи, државном органу или стручњаку, првенствено са листе сталних судских вештака, а други органи или лице се могу одредити само ако постоји опасност од одлагања, ако су стални вештаци спречени или ако то захтевају друге околности.

Посебне одредбе о давању стручног мишљења и вештачењима има и Закон о ванпарничном поступку.²⁰ Наиме, у великом броју предмета у ванпарничном поступку одлука суда углавном зависи од мишљења вештака. Између осталог, то се односи на спорове из области породичних односа (лишавање лица делимично или потпуно пословне способности, одређивање старатељства, продужетак родитељског права и сл.).

У ванпарничном поступку се решавају и други предмети (подела заједничке имовине, уређивање међа...), због чега је у свим тим по-

17 ЗКП, чл. 125.

18 Мирко Лаловић, „Улога вештака у кривичном поступку и економско финансијском вештачењу код избегавања плаћања пореских обавеза“, *Часопис удружења судијских и шжиглалчких помоћника Србије*, бр. 2/2018, 32–33.

19 Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС, чл. 218 – 226.

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

ступцима неопходно спровођење вештачења и прибављање стручног мишљења лица који помажу суду приликом доношења одговарајуће одлуке.²¹

Вештачење је предвиђено и Законом арбитражи²² којим је прописано је да ако се странке нису друкчије споразумеле, арбитражни суд може да именује једног или више вештака ради давања налаза и мишљења о питањима која одреди арбитражни суд, као и да наложи странкама да вештаку пруже све потребне информације, да му предају све потребне исправе, као и да омогуће вештаку приступ исправама, роби и другим стварима.

Даље, вештачење је превиђено о одредбама Закона о општем управном поступку,²³ које се изводи у случају када је за утврђивање или оцену неке чињенице потребно стручно знање којим овлашћено службено лице не располаже. Овлашћено службено лице одређује вештака, једног или више – зависно од сложености вештачења, као и предмет и обим вештачења и рок за давање налаза и мишљења. Вештачење се може поверити лицу које има одговарајуће образовање и стручно знање, као и научној или стручној установи, с тим да Закон ближе прописује када неко лице не може да се ангажује као вештак.

На основу напред наведеног, неспорно се може констатовати да је вештачење неопходно у готово свим поступцима. Ово је сасвим разумљиво с обзиром да је за успешно окончање поступка у судским споровима неопходно разјашњење бројних околности за чије су проучавање и тумачење неопходна стручна знања, а којима суд не располаже, због чега се суд углавном ослања на налазе и мишљења стручњака из области на које се судски спорови односе.

IV Услови за обављање послова вештачења

ЗСВ уређује услове за вршење вештачења, поступак именовања и разрешења судских вештака, поступак уписа и брисања правних лица у који обављају послове вештачења, права и дужности вештака, као и друга питања од значаја за њихов рад.

Судски вештаци морају испуњавати критеријуме као што су стручност у одређеној области, као и компетентност у области у којој је одређен за вештака. Законом је прецизирано ко све може вршити

21 Н. Шаркић, М. Николић, 25.

22 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 45.

23 Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење, чл. 128–131.

вештачење и које услове треба да испуњавају лица која непосредно обављају посао вештачења.

Вештачење могу вршити физичка лица која испуњавају *ојшише услове* за рад у државним органима, као што су: да је држављанин Републике Србије, да је пословно способан, да је пунолетан, да није осуђиван за кривична дела која га чине недостојним за обављање послова вештака, као и да се не води кривични поступак,²⁴ али и *йосебне услове* који су таксативно предвиђени за сваки конкретан случај. У посебне услове спадају: (1) да има одговарајуће стечено високо образовање на студијама другог степена (дипломске академске студије – мастер, специјалистичке академске студије, специјалистичке струковне студије), односно на основним студијама за одређену област вештачења; (2) да има најмање пет година радног искуства у струци; (3) да поседује стручно знање и практична искуства у одређеној области вештачења и (4) да је достојан за обављање послова вештачења. Изузетно, за вештака може бити именовано лице које има најмање завршену средњу школу, ако за одређену област вештачења нема довољно вештака са стеченим високим образовањем.

Стручно знање и практична искуства за одређену област вештачења кандидат за вештака доказује објављеним стручним или научним радовима, потврдом о учешћу на саветовањима у организацији стручних удружења, као и мишљењима или препорукама судова или других државних органа, стручних удружења, научних и других институција или правних лица у којима је кандидат за вештака радио, односно за које је обављао стручне послове, с тим да кандидат за вештака са научним звањима није дужан да доставља доказе којим доказује своје стручно знање и компетентност.

Правно лице може обављати вештачења ако испуњава следеће услове: (1) да је уписано у регистар надлежног органа за делатност вештачења у одговарајућој области и (2) да су у том правном лицу запослена лица која су уписана у Регистар вештака.

У име правног лица послове вештачења могу обављати само лица из става 1 тачка 2 овог члана.²⁵

Када се ради о институцијама можемо говорити о специјализованим организацијама за обављање послова вештачења (примера ради: Градски завод за вештачење, Завод за вештачење Нови Сад и др.) које обављају послове вештачења у виду сталног запослења, с тим да је њихов положај или положај њихових вештака у потпуности изједначен са свим другим вештацима.

24 Наведене потврде се прибављају од стране надлежних институција, односно МУП-а и судова.

25 ЗСВ, чл. 9.

Међутим, послове вештачења могу вршити и специјализоване институције којима је то по природи делатност (разни институти, факултети, заводи, специјализоване болнице...) које се не баве вештачењем у виду сталног занимања, већ послове вештачења обављају само по позиву суда. У таквом случају, органи и установе одређују једног или више стручњака одговарајуће специјалности који ће обављати вештачење или образују комисије састављене од научних или стручних радника који су код њих запослени.

Вештаци се одређују из Регистра судских вештака за одређену област вештачења, међутим, уколико у Регистру нема вештака одређене области, у том случају суд може именовати судског вештака сличне области (нпр. ако нема комерцијалне струке, ангажује се лице економско финансијске струке итд.). Суд ће поступити на овај начин ако за одређену врсту вештачења нема сталног судског вештака, или је стални судски вештак спречен, или постоји опасност од одлагања.

Вештачење се може поверити и некој стручној установи (болници, лабораторији, факултету, заводу и сл.), посебно ако суд сматра да је потребно вештачење толико тешко и сложено да на изради налаза и мишљења треба да ради више стручњака и/или да се при изради налаза и мишљења треба користити техничка средства и опрема са којом те установе располажу. Ако постоје посебне установе за одређену врсту вештачења (вештачење лажног новца, рукописа, дактилоскопско вештачење и сл.) таква вештачења, а посебно сложенија, повериће се, првенствено, тим установама.

ЗСВ-ом је прописано да Министарство правде именује судске вештаке и уписује их у Регистар судских вештака.²⁶ Регистар вештака води се у електронском облику и јавно је доступан преко интернет странице министарства. Поред Регистра вештака, министарство води и збирку исправа за сваког вештака. У збирци исправа чувају се документа на основу којих је извршен упис у Регистар вештака, као и пријаве поднете против вештака, решења о изреченим новчаним казнама и предлози за разрешење вештака.²⁷

ЗСВ-ом није прописана обавеза редовног ажурирања Регистра судских вештака, тако да је уочено да овај Регистар уопште није ажуран. Наиме, поједини вештаци су активни и уписани у Регистар судских вештака иако је над судским вештаком покренут кривични поступак (а то је разлог за разрешење судског вештака сходно одредби члана 20 ЗСВ-а) или су пак вештаци правоснажно осуђени за кривично дело

26 Надлежност Министарства правде за именовање судских вештака и њихов упис у регистар уређена је ЗСВ, чл. 4 и 16.

27 ЗСВ, чл. 16.

које га чини недостајним за обављање вештачења, неки други вештаци су напустили професију јер су изгубили интерес за обављање послова вештачења или су отишли у пензију, неки су преминули, и сл., али се ти вештаци и даље воде у Регистру, тј. нису брисани из Регистра судских вештака, што је неспорно доказ да Регистар судских вештака није ажуран, као и да Министарство правде не врши контролу рада судских вештака, а што се у крајњој инстанци одражава квалитет вештачења и урушавање професије судских вештака.

Поступак именовања судских вештака подразумева следеће кораке: (а) постојање потребе за вештацима за одређене области вештачења председници првостепених судова достављају министарству надлежном за послове правосуђа, (б) уколико Министарство правде утврди постојање потребе за вештацима за одређене области вештачења, у том случају се објављује јавни позив за именовање судских вештака у Службеном гласнику Републике Србије, као и на интернет страници министарства.²⁸ Да би били именовани, вештаци морају уз захтев за именовање да поднесу и прилоге којима се доказује испуњеност услова за обављање вештачења које кандидат за вештака подноси министарству. У захтеву се наводе лични подаци, звање, радна биографија, област вештачења и ужа специјалност.

ЗСВ-ом није прописано редовно објављивање јавних позива за именовање вештака. Према подацима на интернет страници Министарства правде, последњи јавни позив за пријем у професију судских вештака објављен је 2014. године и од тада није било ниједног новог позива иако постоји велико интересовање да се именују нови судски вештаци. С друге стране, поједини судови наводе да је приметан недостатак вештака у појединим областима вештачења (нпр графологија...).

Разрешење судских вештака – Вештак се може разрешити на захтев суда или странке у поступку, али и на сопствени захтев. Захтев за разрешење се подноси Министарству правде, које може да разреши вештака, између осталог, и ако вештак неуредно, несавесно или нестручно обавља вештачење.

Вештак ће бити разрешен: (1) на сопствени захтев; (2) ако се утврди да нису постојали, односно да су престали услови на основу којих је именован; (3) ако буде осуђен за кривично дело које га чини недостојним или неподобним за вршење послова вештачења; (4) ако му буде изречена заштитна мера забране обављања делатности у области у којој обавља вештачење; (5) ако му на основу судске одлуке буде одузета

28 ЗСВ, чл. 11 и Јавни позив за именовање судских вештака, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/4906/javni-poziv-za-imenovanje-sudskih-vestaka.php>, 24. 2. 2020.

или ограничена пословна способност; (6) ако се на начин прописан законом утврди да је изгубио радну способност или (7) ако неуредно, несавесно или нестручно обавља вештачење.

Вештак *неуредно и несавесно* обавља вештачење ако неоправдано одбија да вештачи, не одазива се на позиве суда или другог органа који води поступак, не обави вештачење у року који је одређен и у другим случајевима предвиђеним законом. Вештак *несиручно* обавља вештачење ако даје непотпуне, нејасне, противречне или нетачне налазе.²⁹

Закон предвиђа и под којима условима судски вештак неће обављати дужност вештачења и када ће обавезно бити разрешен. Тако судски вештак не може обављати вештачења ако је против њега покренут кривични поступак за кривично дело које га чини недостојним за обављање послова вештачења, док овај поступак траје. О покретању кривичног поступка против вештака орган који води поступак без одлагања обавештава министарство. По правноснажном окончању кривичног поступка, суд о његовом исходу обавештава министарство.³⁰

У поступку који се води по предлогу за разрешење вештака министар може формирати стручну комисију од три члана из реда водећих стручњака у области у којој вештак вештачи, ради оцене стручности рада вештака и може омогућити вештаку да се изјасни о чињеницама и околностима на којима се заснива предлог за разрешење. Међутим, у нашој земљи механизми за контролу рада судских вештака постоје само на папиру, али се не примењују у пракси, с обзиром да ресорно министарство не прати и не контролише рад судских вештака, нити разрешава вештака.

Судски вештак би требало да одговара по правилима одговорности за сваки вид намерне или грубе непажње, као и за пропусте до којих је дошло у току израде његовог налаза. Ово из разлога јер се на судске вештаке морају применити правила о поштреној професионалној одговорности јер је вештак лице које поседује одређена стручна знања и вештине, због чега је и ангажован у судском поступку. Нажалост, у нашем правном систему не постоје посебне одредбе о професионалној одговорности нити одредбе о одговорности судског вештака за обављање професије, с обзиром да према важећем ЗСВ-у судски вештаци немају обавезу да приликом именовања за судског вештака положе неку врсту депозита који би служио за накнаду штете услед случајне или намерне грешке, нити судски вештаци морају бити осигурани од професионалног ризика. Наравно, судски вештаци могу одговорати по општим

29 ЗСВ, чл. 19.

30 ЗСВ, чл. 20.

правилима кривичног поступка уколико се утврди да су у поступку вештачења учинили неко од кривичних дела, као што су примање мита, фалсификат, злоупотреба и слично.

ЗСВ-ом прописани су услови за обављање послова вештачења којима би требало да се обезбеди да судски вештаци поседују одговарајућа стручна знања у тренутку именовања, међутим, након именовања и уписа судских вештака у Регистар судских вештака, та стручна знања се не проверавају нити се проверава усавршавање тих знања. Наиме, ЗСВ-ом се не прописује стално стручно усавршавање или други вид обуке, нити је предвиђено оснивање комора (или удружења) које би могле бити место за окупљање и стручно усавршавање судских вештака.

Дакле, у нашој земљи не постоји обука за судске вештаке, не полаже се стручни испит за пријем у професију, нити постоји обавеза сталног стручног усавршавања, што негативно утиче на квалитет и ефикасност вештачења и транспарентност одабира вештака.

Имајући у виду наведено, неопходна је измена законске регулативе која уређује рад судских вештака, која ће у великој мери допринети унапређењу професије вештака и подизању ефикасности и квалитета вештачења, а тиме и повећању ефикасности правосудног система.

V Права и дужности судских вештака

ЗСВ-ом су такође прописана права и дужности вештака, мада су она посебно прописана и процесним законима (пре свих ЗПП-ом и ЗКП-ом) који се примењују у одређеној врсти поступка. Судски вештак има право на накнаду трошкова и право на награду за рад, као и дужност да вештачење обавља савесно, стручно и непристрасно и да чува тајност података.

Вештака за рад на вештачењу ангажују суд, државно тужилаштво, односно други орган који води поступак. При том, ови органи утврђују рокове одређеног посла вештака. Вештак има обавезу да се придржава тих рокова. Такође, у случају сложенијих вештачења, у којима је одређен дужи рок за вештачење, судски вештак је дужан да органу који га је ангажовао, једном месечно подноси кратак извештај о резултатима извршених радњи.

Судски вештак је у обавези да податке које је сазнао директно или индиректно у поступку вештачења чува по општим правилима о чувању службене или пословне тајне. Такође, вештак је дужан да са подацима о личности до којих дође приликом вештачења пажљиво поступа, у свему у складу са законом којим се уређује заштита података

о личности и законским одредбама којима се утврђују подаци који представљају тајне податке.

Поред обавеза и дужности, ЗСВ прописује и одређена права судских вештака. Најзначајније од њих је право вештака на награду за рад и накнаду трошкова у вези са вештачењем. Накнаду трошкова суд ће признати вештаку на бази стварних материјалних трошкова које је имао, а који су били неопходни за обављање вештачења. Вештак има право и на награду за свој рад, коју суд одређује на бази обима и сложености вештачења, вредности обављеног вештачења, утрошка времена и наравно степена стручности судског вештака које је неопходно за обављање предметног вештачења.

Висина и начин накнаде трошкова и висина награде за вештачење одређују се у складу са прописом којим је уређена накнада трошкова у судским поступцима. Наиме, накнада трошкова и награда за рад судских вештака уређене су Правилником о накнади трошкова у судским поступцима,³¹ којим се ближе прописују врсте трошкова који се надокнађују судским вештацима и утврђује начин обрачуна награде за рад вештака. Та награда се обрачунава тако што се основица за обрачун награде дели бројем радних часова у месецу који је претходио вештачењу, па се тако добијен износ множи бројем часова који су били неопходни за вештачење. Основица је двоструки износ просечне месечне зараде по запосленом у Републици Србији.

Поред наведеног, вештак има одређену дозу „имунитета“, иако се то децидирано не наглашава у самом ЗСВ-у. Наиме, судски вештак не може бити одговоран за дати налаз и мишљење (осим у случају када је у поступку вештачења учињено неко кривично дело, као што је нпр. примање или давање мита, фалсификовање...). Чак и у случају када се налаз и мишљење судског вештака побије од стране другог вештака или комисије вештака у супервештачењу, судски вештак не може бити одговоран, осим уколико се не утврди да је до датог налаза дошло намерно или из крајње непажње. Само у овим случајевима, судски вештак неће бити заштићен имунитетом који га штити у погледу изнетог мишљења.

VI Општи закључак

Судски вештаци имају веома значајну улогу у правосудном систему Србије, с обзиром да су налази и мишљења судских вештака један од кључних фактора у процесу доношења судских одлука. Неспорна

31 Правилник о накнади трошкова у судским поступцима, доступно на адреси: https://aks.org.rs/aks/wpcontent/uploads/2016/02/pravilnik_o_naknadi_troskova_u_sudskom_postupku.doc, 24. 2. 2020.

је чињеница да је правосудни систем у нашој земљи преоптерећен, да постоји велики број нерешених предмета а недовољан број судија, као и да судије због преоптерећености врло често немају довољно времена да се упуштају у разматрање сваког доказа детаљно, па се углавном одлучују да прихвате налаз и мишљење судских вештака у ситуацијама када не располажу стручним знањем, да би разрешили дилеме са којима се суочавају и донели исправну одлуку.

Такав приступ и став у правосуђу представља огроман проблем пре свега због недовољне стручности и објективности судских вештака у нашој земљи, али судска пракса углавном прихвата такав начин решавања предмета и због тога понекад настају несагледиве последице за странке у судском спору. Наиме, ангажовање судских вештака је уобичајна пракса у нашем правосудном систему, међутим прописи којима је уређена ова струка недовољно су јасни и/или је њихова примена у пракси неконзистентна, а што негативно утиче на квалитет вештачења и ефикасност правосуђа у нашој земљи.

Важећим ЗСВ прописани су услови за обављање послова вештачења и за именовање судских вештака којима би требало да се обезбеди да судски вештаци поседују одговарајућа стручна знања и практична искуства за одређену област вештачења, међутим проблем је што се та стручна знања уопште не проверавају нити се у пракси контролише рад судских вештака. У судској пракси уочена је појава да се судови приликом одређивања личности вештака у поступцима вештачења углавном опредељују за исте судске вештаке, односно вештаке које су раније ангажовали у судским поступцима и у које имају поверења, који због преоптерећености често касне са израдом налаза и мишљења, а што последично доводи до неефикасности рада судова који без налаза и мишљења вештака не могу да донесу одлуку.

Даље, у нашој пракси је забележена појава да се против одређених судских вештака воде кривични поступци због оправдане сумње да посао вештачења нису обављали у складу са законом, што намеће питање независности, савесности и објективности рада појединих судских вештака с једне стране и подложности чињењу кривичног дела (мито, корупција...), с друге стране, што дефинитивно утиче на урушавање угледа и професије судских вештака у нашој земљи и доводи у сумњу квалитет вештачења као доказног средства.

С обзиром на то да не постоје изграђени механизми и инструменти контроле праћења рада судских вештака, нити место на којем би се евидентирали подаци о раду, броју ангажовања, ефикасности и квалитету рада вештака, тешко је у сваком конкретном случају утврдити законитост и стручност рада вештака, већ се полази од претпоставке да

су налази и мишљења сачињени непристрасно, објективно и у складу са правилима струке.

Такође, један од проблема који се у процесима вештачења намеће јесте и недовољна стручност вештака. Наиме, у данашње време када се технологија развија великом брзином поједини вештаци не могу да „ухвате корак“ са тим развојем и због тога њихови налази и мишљења нису потпуни и свеобухватни. Вештаци у оквиру своје струке морају имати све већи степен специјализације за специфичне конкретне проблеме, а своје знање морају стално надограђивати и истраживати нове приступе и методе вештачења. Међутим, према важећем ЗСВ-у није предвиђена обавеза сталног стручног усавршавања или други вид обуке судских вештака, нити се на било који начин проверава стручност вештака као и рад вештака у пракси након именовања и уписа у Регистар судских вештака.

Имајући у виду напред наведено, неопходна је измена законске регулативе којом би се, пре свега, поштрио поступак именовања судских вештака и провере стручних знања судских вештака пре издавања лиценци и уписа у Регистар, затим предвидети обавезу перманентног стручног усавршавања судских вештака, као и периодичне провере стручне оспособљености вештака. Такође, неопходно је поштрили механизме за контролу рада судских вештака од стране ресорног министарства, као и одузимање лиценци у случају несавесног рада судских вештака.

Даље, није тајна да поједини судски вештаци налазе и мишљења израђују у договору са адвокатима (или клијентима који их ангажују) или се пак од стране странака у поступку врше притисци на судске вештаке, што доводи у питање објективност, поузданост и тачност таквих налаза и мишљења, а самим тим и њихову подобност да представљају темеље једне судске одлуке. Нажалост, према сада важећем ЗСВ не постоје механизми како би се то открило и спречило, јер поступајуће судије и тужиоци, због недостатка знања из области вештачења, не могу да знају да ли је одређени налаз и мишљење вештака дат у складу са правилима струке и вештине, због чега се савесност и поштење вештака увек претпоставља. ЗСВ није предвиђена професионална одговорност судских вештака, односно одговорност вештака за обављање професије.

Имајући у виду наведено, неопходно је да се изменама законске регулативе предвиди обавеза судских вештака да закључују уговоре о осигурању од професионалне одговорности са одређеним осигуравајућим кућама, пре свега, како би странке у поступку биле заштићене приликом сачињавања налаза и мишљења.

Из тог разлога, унапређење правног оквира који уређује именоване, разрешење и рад судских вештака и делотворнија примена прописа у пракси допринеће унапређењу квалитета вештачења и професије судских вештака у нашој земљи, а самим тим и повећању ефикасности правосуђа у нашој земљи, с обзиром да судски вештаци имају фундаменталну улогу у нашем судском систему. Добра нормативна регулатива, уз остале услове, је гаранција професионалног и ефикасног рада судских вештака у судском поступку, а тиме и гаранција његове законитости као целине.

Коришћена литература

- Акциони план за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за Поглавље 23, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovodjenje-strategije.php>, 24. 2. 2020.
- Јавни позив за именовање судских вештака, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/4906/javni-poziv-za-imenovanje-sudskih-vestaka.php>, 24. 2. 2020.
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Лаловић Мирко, „Улога вештака у кривичном поступку и економско финансијском вештачењу код избегавања плаћања пореских обавеза“, *Часопис удружења судијских и јуришничких помоћника Србије*, 2/2018.
- Национална стратегија реформе правосуђа за Поглавље 23, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>, 24. 2. 2020.
- Обрадовић Драган „Вештаци и вештачење у српском процесном законодавству са кратким освртом на одредбе о ДНК вештачењу“, *Правни информатор*, 5/2010.
- Шаркић Небојша, Николић Младен, *Вештачење – Грађанско-правни аспекти*, Глосаријум, Београд, 2014.

Gordana MRDAK, PhD

**Assistant professor at the University Union – Nikola Tesla Faculty of
Diplomacy and Security in Belgrade**

THE ROLE OF EXPERT WITNESSES IN JUDICIAL SYSTEM IN SERBIA

Summary

This paper deals with the role and importance of expert witnesses in the judicial system in Serbia, keeping in mind the fact that findings and opinions of expert witnesses have become a critical factor in the process of decision making in courts. Namely, engaging expert witnesses is common practice in our judicial system; however, regulations governing this field are not clear enough and/or their implementation in practice is inconsistent, which eventually has a negative impact on the efficiency of the judicial system in our country. Therefore, upgrading the legal framework governing the work of expert witnesses and more effective enforcement of regulations in practice would certainly contribute to higher efficiency and quality of court expertise, as well as the efficiency of the whole judicial system in our country. A good regulatory system, together with other prerequisites, guarantees professional and efficient work of expert witnesses in court proceedings, thus guaranteeing the legality of court proceedings in their entirety.

Key words: Court expertise. – Expert witness. – Judicial system. – Regulatory framework governing court expertise.

Датум пријема рада: 1. 2. 2020.

Датум прихватања рада: 9. 3. 2020.

UDK: 005.334:368 ; 343.533::004

CERIF: S137, S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

Стефан ПЕТРОВИЋ*
дипломирани правник – мастер

САЈБЕР ОСИГУРАЊЕ¹

Сажетак

Делатноста осигурања је изузетно значајна за привредни сектор као такав, а њени учесници, предузетници, а посебно правна лица, као субјекти значајних економских капацитета посебно су заинтересовани да ризике своје свакодневне пословања ублаже, односно изнелишу једним таквим механизмом, какав делатност осигурања њима. У ери у којој технологија представља неизоставни део како индивидуално, тако и пословног живота, сајбер осигурање постаје једно од најзначајнијих типова осигурања за материјалну сигурност најразличитијих субјеката, почев од појединаца – физичких лица, преко правних лица већих економских капацитета, па на крају и самих држава. Компјутери, интернет и технолошки најредак уостало, весници су својеврсне глобалне дигитализације друштва, која за своју последицу имају јаву једно нове, савремене врсте ризика – сајбер ризика.

Кључне речи: Сајбер осигурање. – Сајбер одговорност. – енгл. First party cyber insurance. – енгл. Third party cyber insurance. – Сајбер ризици. – Подаци о личности. – Сајбер изнуде. – Мрежне инфраструктуре. – Управљање ризиком.

* Електронска адреса аутора: stefan92@gmail.com.

1 Чланак представља део мастер рада „Имовинско осигурање са посебним освртом на начело обештећења и сајбер осигурање“.

I Појам и врсте сајбер осигурања

У најширем смислу, сајбер осигурање се користи ради заштите пословања и индивидуа од интернет ризика. Свако чији је саставни део пословања примање или слање електронских докумената, чување истих и повезивање са интернетом, подложен је сајбер одговорности.² У зависности од тога да ли се сајбер осигурање прибавља са циљем заштите сопствене имовине и података од сајбер ризика или са циљем покривања сопствене одговорности за пропусте који су код трећих лица довели до сајбер ризика, разликујемо енгл. *First party cyber insurance* и енгл. *Third party cyber insurance*.

Када говоримо о сајбер осигурању првенствено мислимо на *First party cyber insurance*, јер је то тип сајбер осигурања који је неопходан највећем броју корпорација које нису део ИТ сектора.³ Оно обухвата ризике са директним утицајем на пословање осигураника, који могу, на пример, проузроковати прекиде на мрежним системима осигураника и мрежним системима његових повезаних лица, као и утицати на повећање трошкова повраћаја осигураникових података и података његових повезаних лица. Ризици обухваћени овом врстом сајбер осигурања могу проузроковати додатне и неочекиване трошкове, као што су трошкови поправке и замене дигиталне имовине, трошкови пословних прекида (као последице хакерских напада, пада ИТ инфраструктурне мреже или грешака оператора), додатни трошкови обављања пословних активности или губитак прихода. Примери потенцијалних штета су:

- Санирање повреде података;
- Прекиди на мрежној инфраструктури;
- Сајбер изнуде;
- Одговорност према личним подацима запослених.

Third party cyber insurance, са друге стране, је полиса намењена лицима која су одговорна за успостављање и одржавање нападнутих и хакованих ИТ система.⁴ Дакле, овај тип сајбер осигурања намењен је превасходно лицима која се баве развојем софтвера, ИТ компанијама или другим лицима одговорним за успостављање и одржавање корпо-

2 James A. Johnson, *Cyber insurance*, State Bar of Michigan – Inter Alia – Spring 2018, 2018, 1.

3 Third-Party Vs First-Party Cyber Risk Insurance: Protect Your IT Firm Right, доступно на адреси: <https://www.techinsurance.com/blog/cyber-liability/third-party-vs-first-party-cyber-risk-insurance/>, 28. 3. 2019.

4 Third-Party Cyber Risk Insurance, доступно на адреси: <https://www.ctrp.org/2018/03/21/differentiating-between-first-party-and-third-party-cyber-risk-insurance/>, 28. 3. 2019.

ративних мрежних инфраструктура. Неки од случајева који могу бити покривени овом полисом су на пример:

- Пропуст да се предвиди или спречи пренос вируса на машине клијента услед безбедносног пропуста софтвера;
- Обелодањивање или крађа поверљивих информација клијента чуваних на недовољно обезбеђеној мрежној инфраструктури клијента.

Дакле, у складу са претходно реченим, *First party cyber insurance* покриће обухвата трошкове проузроковане директно осигуранику. На пример, оно обухвата трошкове везане за истраживање узрока повреде података о личности или сигурносног инцидента, трошкове везане за поновно успостављање нарушених мрежних инфраструктура, трошкове обавештавања погођених субјеката, кредитног мониторинга, трошкове изнуде и губитака повезаних са прекидом пословања, трошкова изнуда итд.⁵ Паралелно, са друге стране, *Third party cyber insurance* покриће обухвата трошкове одбране проузроковане парничним поступцима, трошкове поравнања, пресуда и других одлука, као и казни и осталих накнада које проистичу из ових парница.⁶

II Правна природа и однос са традиционалним врстама осигурања

First party cyber insurance према својој врсти, зависно од ризика који се њиме могу обухватити, као и предмета осигурања која се њиме штите, можемо сврстати у, или осигурање ствари, или осигурање од одговорности, или оба у већој или мањој мери. У пракси, ово је последица тога да велики број корпорација већ има своје полисе осигурања од професионалне одговорности (било због обавезе које им намећу законски прописи,⁷ било због подизања сопствене конкурентности на тржишту, јер оне саме по себи представљају један од индикатора озбиљног и сигурног пословног партнера), чиме у већој или мањој мери могу бити осигурани од појединих сајбер ризика.

Сајбер осигурање као осигурање од одговорности, генерално је у највећем броју случајева покривено полисама осигурања од професионалне одговорности, све докле год су сајбер ризици у вези са професи-

5 Sasha Romanosky, Lillian Ablon, Andreas Kuehn, Therese Jones, *Content Analysis of Cyber Insurance Policies: How Do Carriers Write Policies and Price Cyber Risk*, 38 Pages Posted, 2017, 11.

6 S. Romanosky, L. Ablon, A. Kuehn, T. Jones, 12.

7 Вид. Закон о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019, чл. 18.

оналним услугама које осигураник пружа својим клијентима. Другим речима, ова врста сајбер осигурања обухвата тужбене захтеве трећих лица који су резултат одговорности осигураника насталих поводом неовлашћеног коришћења или откривања података трећих лица током уговорног ангажмана са клијентом. Тужбени захтеви ове природе могу проузроковати трошкове правне заштите, поравнања и казни. Трошкови одбране и накнаде штете које произилазе из тужбених захтева трећих лица у највећем броју случајева су покривени полисама осигурања од професионалне одговорности, све докле год су исти у вези са осигураниковом професионалном делатношћу. Управо је ово разлог због којег се, када причамо о *First party cyber insurance*, прво мисли на сајбер осигурање као осигурање ствари, пошто се очекује да је већина ризика која би потпала под сајбер осигурање од одговорности (тј. тужбених захтева упућених осигураннику услед остварења сајбер ризика), већ покривена полисама за професионално осигурање од одговорности. Због могућег преклапања осигураних ризика, између полисе за осигурање од професионалне одговорности и полисе за сајбер осигурање, осигураник би пре њене куповине свакако требало да спроведе детаљан *due diligence* како би избегао потенцијално дуплирање осигураних ризика.

III Значај

Технологија, друштвени медији и интернет трансакције данас играју кључну улогу у начину на који већина организација послује и долази до својих потенцијалних клијената. Управо ови комуникациони медијуми представљају полазне тачке сајбер напада, било да они долазе од стране обичних хакера, криминалаца, инсајдера или чак понекад и држава.

Само су током 2017. године, као резултат великог сајбер напада проузрокованог вирусима *Petya*, *NotPetya* и *WannaCry*, укупни процењени осигурани губици износили 3.3 милијарде долара. Глобални конгломерати као *Merck* и *Maersk* претрпели су озбиљне прекиде у њиховим системима и пословању током напада. Фармацеутски гигант *Merck* највише је погођен овим нападом услед чега је по основу сајбер полисе добио 2 милијарде долара, док је са друге стране, корпорација за транспорт *Maersk* по истом основу добила накнаду од преко 300 милиона долара.⁸ Ови подаци јасно говоре о значају сајбер осигурања и величини штета које услед сајбер ризика могу настати, које би се у случају сопственог сношења истих засигурно значајно одразиле на пословање оштећених, а неретко и резултирале њиховим банкротством.

8 The 1 minute dialogue, доступно на адреси: https://www.agcs.allianz.com/news-and-insights/expert-risk-articles/silent-cyber.html#_ftn1, 27. 3. 2019.

IV Ризици покривени сајбер осигурањем

Сајбер ризици су такви да константно и веома брзо еволуирају како хакерски напади постају све софистициранији и далекосежнији. Управо због овакве своје природе, не постоји исцрпна листа сајбер ризика укључена у пакет сајбер осигурања. У наставку су представљени најчешћи сајбер ризици, сврстани у различите категорије.

1. Категорија заштите података и сајбер одговорности

Ова категорија намењена је покрићу осигураника, његових повезаних лица, запослених и осталих физичких лица које осигураник разумно сматра својим запосленима.

Кључни покривени ризици:

- тужбени захтеви трећих лица услед повреде поверљивих информација (укључујући податке о личности⁹) или безбедносног пропуста¹⁰ компјутерског система осигураника;¹¹
- тужбени захтеви трећих лица услед непоштовања меродавних закона о заштити података о личности као и других политика о заштити података о личности;
- казне и поравнања са органима јавних власти настали услед кршења одредаба меродавног закона о заштити података о личности;
- трошкови *PCI-DSS* процене¹² настале услед повреде или сумње настанка повреде поверљивих информација;

9 Осигураник се појављује у улози обрађивача података у односу на личне податке својих клијената, који се појављује у улози руковођа подацима. Руководилац одређује обим и сврху обраде података о личности и у случају обраде у обиму или за сврху која није уговорена, осигураник је као обрађивач података у прекршају. Вид. Закон о заштити података о личности, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012.

10 Широко дефинисан у смислу да обухвата упаде, неовлашћен приступ и коришћење, губитак података и сл.

11 Широко дефинисано у смислу да обухвата хардвер, софтвер, персоналне рачунаре запослених за које имају дозволу коришћења у пословне сврхе, *cloud* и друге рачунарски управљане сервисе од осигураникових добављача.

12 Сваки писани захтев који је осигураник примио, од стране банке или друге платне установе која врши услуге новчаних трансакција, ради потраживања новчаног износа (укључујући пенале и уговорне казне) због непоштовања генерално прихваћених и објављених Стандарда безбедности података приликом коришћења платних картица, што је резултирало повредом или наводном повредом поверљивих информација.

- околности које могу дати повода подизању тужбених захтева и истражи органа јавних власти, као и трошкови таквих поступака такође су покривени ако осигураник одлучи да извести осигуравача о истима.

2. Категорија прекида функционисања мрежне инфраструктуре

Ова категорија намењена је покрићу осигураника и његових повезаних лица. Прекид функционисања мрежне инфраструктуре мора бити материјалан, што подразумева:

- делимичан или тоталан прекид, суспензију и погоршање услуга осигураника услед безбедносних пропуста¹³ његовог компјутерског система;
- немогућност осигураника да приступи, поврати, користи, пренесе или сачува податке, услед тога што су подаци избрисани, оштећени, корумпирани, промењени или изгубљени услед безбедносног пропуста.

Осигураник може поднети захтев за накнаду штете по основу покрића из ове категорије сајбер осигурања најчешће само у случају када материјални прекиди прелазе унапред одређен број сати (нпр. прекид у трајању већем од 12 сати) и у том случају осигураник остварује право накнаде из осигурања за целокупан период трајања материјалног прекида. Ово због тога, како би се из покрића искључили планирани прекиди проузроковани редовним активностима одржавања осигураникових мрежних ИТ инфраструктура.

Кључни покривени ризици:

- губитак прихода и додатни трошкови настали ради обезбеђивања поновног нормалног функционисања мрежне инфраструктуре, трошкови настали приликом свођења настале штете на минимум и додатни трошкови (укључујући поправку и замену хардвера);
- трошкови настали материјалним прекидима осигураниковог добављача услуга приликом одржавања његових ИТ инфраструктурних мрежа (укључујући и провајдере *cloud* услуга), када такви прекиди имају утицаја на осигураника.

13 Безбедносни пропусти су широка категорија и могу обухватати *DDOS* нападе, пријеме и преносе штетних кодова, софтвера и вируса, мењање, оштећење, уништење података, активности шпијунирања, крађе шифри и приступних кодова и сл.

3. Категорија управљања насталим ризиком

Ова категорија намењена је покрићу осигураника и његових повезаних лица. Настанак, односно наводни настанак сајбер ризика који погађа осигураникове компјутерске системе повлачи са собом и специфичне трошкове управљања новонасталим ризиком, који најчешће подразумева ангажовање тима специјалиста са задатком управљања читавим процесом који следи након настанка, односно наводног настанка сајбер ризика.

Кључни покривени ризици:

- правне услуге које генерално подразумевају саветодавне услуге свођења штете осигураног случаја на минимум, управљање одштетним захтевима физичких лица упућеним осигуранику, а чији су подаци о личности остварењем сајбер ризика повређени, као и координисање и давање инструкција ИТ стручњацима и/или консултантима за управљање ризиком о правним и регулаторним обавезама обавештавања физичких лица чији су подаци о личности повређени, трећих лица и јавних надлежних органа, а у вези са насталим осигураним случајем и сл.;
- ИТ услуге које подразумевају установљење узрока настанка сајбер ризика, идентификовање повреда поверљивих информација као и обима у којем су оне компромитоване, отклањање узрока настанка осигураног случаја, као и давање препорука у погледу заштите и унапређивања осигураникових компјутерских система у циљу избегавања будућих сајбер инцидената;
- рестаурација података и хардвера која подразумева утврђивање да ли се подаци које осигураник чува могу или не могу заменити, повратити или реинсталирати, као и приступање таквим радњама уколико су оне могуће, затим замене, поправке оштећених и уништених хардверских делова осигураниковог компјутерског система погођених вирусима и другим штетним софтверима и сл.;
- услуге репутационе заштите које подразумевају услуге савета и подршке консултаната за управљање ризиком и ПР агенција са циљем ублажавања и превенирања даље репутационе штете, као и њен накнадни опоравак;
- трошкови обавештења, који подразумевају прикупљање информација, успостављање посебних „call“ центара ради обавештења и њиховог достављања физичким лицима чији су подаци повређени, као и трећим лицима и надлежним јавним органима;

- кредитни и идентификациони надзор подразумева све накнаде и трошкове које је осигураник претрпео у случају крађе идентитета (нпр. трошкови крађе, заштите и враћања идентитета, укључујући и трошкове блокирања кредита и сл.).

4. Категорија сајбер изнуде

Ова категорија намењена је покрићу осигураника и његових повезаних лица.

Кључни покривени ризици:

- износи плаћени ради спречавања и окончања сајбер изнуде;
- трошкови ангажовања саветника за решавање и откривање узрока сајбер изнуде;
- претње изнуде, у зависности од начина њиховог дефинисања, које погађају осигураникове компјутерске системе и који могу узроковати финансијску и репутациону штету.

Обим осигураниковог покрића у многоне зависи од начина дефинисања претње изнуде. Претња изнуде се најчешће дефинише као:

- свака претња везана за наводни или стварни безбедносни пропуст осигураникових компјутерских система који проузрокују или могу проузроковати финансијску или репутациону штету осигуранику, укључујући сваку претњу везану за:
 - о откривање, дељење, корумпирање, енкриптовање, уништење или коришћење података стечених неовлашћеним приступом или коришћењем осигураникових компјутерских система;
 - о уношење штетних кодова на осигураникове компјутерске системе или коришћења осигураникових компјутерских система као средства за преношење штетних кодова;
 - о корумпирање, енкриптовање, наношење штете или уништење осигураникових компјутерских система;
 - о електронско комуницирање са осигураниковим клијентима или потенцијалним клијентима са којима је осигураник био или је и даље у неком уговорном ангажману, лажно се представљајући као осигураник са циљем прибављања новца, личних или корпоративних неоткривених информација клијента (енгл. *phishing, pharming*);
 - о ограничавање или отежавање приступа осигураниковим компјутерским системима;

- о откривање електронских поверљивих информација као и поверљивих информација у другим формама;
- о извршење напада ограничења приступа осигураниковим компјутерским системима (енгл. *DDoS attack*).

или

- било каква претња:
 - о намерног напада на осигураникове компјутерске системе;
 - о незаконитог коришћења или јавног објављивања проневерених поверљивих информација осигураника, а све у циљу захтевања новца, хартија од вредности или друге опипљиве и неопипљиве имовинске вредности осигураника.

Претња изнуде такође обухвата било какву делимично извршену претњу или серију таквих повезаних претњи упућених осигураннику.

V Сајбер осигурање у Србији

Српски позитивноправни прописи одређују да послове осигурања/реосигурања не може обављати нико изузев друштава за осигурање/реосигурање са седиштем у Републици Србији која су у регистар надлежног органа уписана на основу дозволе Народне банке Србије за обављање послова осигурања/реосигурања.¹⁴

Изузеци од овог правила су ретки и када је то случај, ови изузеци су изричито прописани. Тако је нпр. прописано да друштво за осигурање може целокупан ризик осигурања имовине од елементарних непогода (град, мраз и друге опасности и/или природне непогоде какве су земљотрес, поплава и суша), као и осигурања финансијских губитака због лошег времена, да реосигура у Републици, односно у иностранству.¹⁵ Такође, Влада Републике Србије је 2015. године донела Уредбу, којом је детаљније дефинисала ризике које домаћа правна и физичка лица могу осигурати, односно реосигурати код страног друштва за осигурање, односно реосигурање. Међутим, пакет осигурања заштите од сајбер ризика није један од њих.¹⁶

Законом нису прописане санкције за случај да лице са седиштем, односно пребивалиштем у Србији закључи уговор са страним друштвом за осигурање. Општа санкција би била ништавост уговора, у сми-

14 Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 20 и чл. 3.

15 Закон о осигурању, чл. 7.

16 Вид. Уредба о одређивању ризика који се могу осигурати, односно реосигурати код страног друштва за осигурање, односно реосигурање, *Сл. гласник РС*, бр. 56/2015.

слу одредаба Закона о облигационим односима. Међутим, Закон о девизном пословању прописује одређене санкције:

- новчаном казном од 100.000 до 2.000.000 динара казниће се за прекршај резидент – правно лице, огранак страног правног лица, банка и нерезидент – правно лице ако изврши плаћање премија по основу уговора о осигурању који је закључен са нерезидентом – осигуравајућим друштвом, а који није дозвољен законом који уређује послове осигурања (члан 30 став 2);¹⁷
- новчаном казном од 10.000 до 500.000 динара казниће се за прекршај – предузетник ако изврши плаћање премија по основу уговора о осигурању који је закључен са нерезидентом – осигуравајућим друштвом, а који није дозвољен законом који уређује послове осигурања (члан 30 став 2);¹⁸
- новчаном казном од 5.000 до 150.000 динара казниће се за прекршај – физичко лице ако изврши плаћање премија по основу уговора о осигурању који је закључен са нерезидентом – осигуравајућим друштвом, а који није дозвољен законом који уређује послове осигурања (члан 30 став 2).¹⁹

Током израде овог рада, аутор је по инструкцији Сектора за надзор над обављањем делатности осигурања Народне банке Србије, упутио већим осигуравајућим друштвима питање, да ли исте пружају пакет осигурања заштите од сајбер ризика, на шта је свака од њих одговорила негативно. Поред тога, аутор је упутио сличан захтев Удружењу осигураваача Србије, где му је такође одговорено да ниједно друштво за осигурање које послује на територији Републике Србије нема посебно уврштене сајбер ризике, као пакет ризика против којег се пружа осигуравајућа заштита.

Закон о осигурању у својим прелазним и завршним одредбама предвиђа да се до дана приступања Републике Европској унији, код страног друштва за осигурање могу осигурати ризици за које се у Републици не врши осигурање, као и други ризици за које то пропише Влада Републике Србије.²⁰

Узимајући претходно поменућу одредбу Закона о осигурању у обзир, заједно са резултатима спроведеног истраживања по основу питања упућених Народној банци Србије, Удружењу осигураваача Србије, као и

17 Закон о девизном пословању, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018, чл. 59.

18 Закон о девизном пословању, чл. 61.

19 Закон о девизном пословању, чл. 62.

20 Закон о осигурању, чл. 274.

већим осигуравајућим друштвима која послују на територији Републике Србије, аутор недвосмислено закључује да се домаћи осигураници од сајбер ризика могу осигурати директно код иностраних осигуравајућих друштава.

VI Закључак

Учесници на тржишту, а поготово субјекти већих економских капацитета, су ти који су први почели да препознају опасности овакве дигиталне глобализације друштва, те су почели да улазе у уговорне аранжмане са највећим светским осигуравајућим кућама (нпр. Allianz, AXA, Anthem и др.), не би ли се, са једне стране, заштитили од последица сајбер ризика, односно, не би ли, са друге стране, подigli своју конкурентност на самом тржишту, а у ери друштвене дигитализације у којој живимо, осигурање од сајбер ризика је свакако један од показатеља конкурентности субјеката на тржишту. Домаћи, српски осигуравачи у овом домену касне за остатком света, још увек не предвиђајући посебне пакете осигурања којим би биле обухваћене различите категорије сајбер ризика. Међутим, ова ситуација убрзо ће се засигурно променити и та промена ће иронично доћи не од стране домаћих осигуравача, већ од стране притисака самих домаћих осигураника заинтересованих за сопствену сајбер заштиту са једне стране, као и притисака иностраних пословних партнера домаћих осигураника са друге стране, који често условљавају пословну сарадњу поседовањем полисе заштите од сајбер ризика.

Коришћена литература

- Johnson James A., *Cyber insurance*, State Bar of Michigan – Inter Alia – Spring 2018, 2018.
- Romanosky Sasha, Ablon Lillian, Kuehn Andreas, Jones Therese, *Content Analysis of Cyber Insurance Policies: How Do Carriers Write Policies and Price Cyber Risk*, 38 Pages Posted, 2017.
- Third-Party Vs First-Party Cyber Risk Insurance: Protect Your IT Firm Right, доступно на адреси: <https://www.techinsurance.com/blog/cyber-liability/third-party-vs-first-party-cyber-risk-insurance/>, 28. 3. 2019.
- Third-Party Cyber Risk Insurance, доступно на адреси: <https://www.ctrp.org/2018/03/21/differentiating-between-first-party-and-third-party-cyber-risk-insurance/>, 28. 3. 2019.
- The 1 minute dialogue, доступно на адреси: https://www.agcs.allianz.com/news-and-insights/expert-risk-articles/silent-cyber.html#_ftn1, 27. 3. 2019.

Stefan PETROVIĆ
LL.M at Commercial Law

CYBER INSURANCE

Summary

Insurance is of a crucial importance for financial sector, and market participants, entrepreneurs, and specifically legal persons, which are, as entities of significantly larger economic capacities, especially interested in alleviating, i.e. leveling out the risks of everyday business with such mechanism that insurance offers. In the era where technology takes the essential part of individual and business life, cyber insurance becomes one of the crucial types of insurance for material security of various subjects, starting from individuals, legal entities of bigger economic capacities, and at the end even countries. Computers, internet and technological advancement in general, are heralds of global digitalization of society as a whole, which as its consequence has the advent of one new contemporary type of risk, cyber risk.

Key words: Cyber insurance. – Cyber liability. – First party cyber insurance. – Third party cyber insurance. – Cyber risks. – Personal data. – Cyber extortions. – Network infrastructures. – Risk management.

Датум пријема рада: 20. 1. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 2. 2020.

ПРИКАЗИ

Наташа УБОВИЋ*

студент мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду

Милена Ђорђевић, Марко Јовановић
Право Свешке трговинске организације –
огабране теме у свешлу праксе шела
за решавање спорова СТО
Универзитет у Београду – Правни факултет,
Београд, 2019.

Након вишегодишњег истраживања, проучавања и бројних објављених радова на теме које се тичу Светске трговинске организације, аутори су одлучили да неке од тих радова уједине и свој значајан допринос овим питањима дају у виду књиге посвећене питању решавања спорова пред Светском трговинском организацијом (СТО). С обзиром на значај и развој међународне трговине, потребу за либерализацијом и хармонизацијом правила под којима се она обавља, а понајвише с обзиром на дугогодишњу тежњу и процес приступања Србије Светској трговинској организацији (што је уједно и један од предуслова приступању Европској унији), добро познавање и разумевање система у оквиру ког функционише СТО и начин на који се решавају спорови показало се као неопходно. До данас је покренуто преко 500 спорова и донето више од 350 одлука у оквиру система СТО за решавање спорова, који броји више од $\frac{3}{4}$ држава и самосталних царинских територија на свету, као својих чланица, што говори како о предметном, тако и

* Електронска адреса аутора: ubovic.natasa@gmail.com.

о територијалном домаћају и разноврсности, опет истичући значај проучавања ове важне области.¹

Књигу чини 11 поглавља у којима се обрађују теме које се тичу међународне трговине робом и услугама, царина и нецаринских мера заштите, услова за примену антидампинских мера, компензаторних мера и мера заштите од прекомерног увоза, правни режим санитарних и фитосанитарних мера итд. На самом почетку, аутори детаљно приказују начин решавања спорова у систему Светске трговинске организације кроз анализу еволуције система који је прешао велики пут од консултација, као једне дипломатске мере, па до веома сложеног, вишефазног система са множином кључних елемената у решавању спорова. Од система који је био успостављен Општим споразумом о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade* – ГАТТ) до Договора о решавању спорова који је донет у оквиру Уругвајске рунде преговора. Нови систем успостављен овим актом одликују правна сигурност и предвидљивост, комбинација дипломатских и адјудикативних метода, политичких и стручних органа, као и сталних и *ad hoc* тела. Након тога, анализа се проширује на питање царина, тј. неких института царинског права, а затим и на нецаринске мере заштите. Кроз дефиницију појма царина, сврху њиховог увођења, као и разраду питања сврставања робе, царинске вредности и порекла робе, долазимо до закључка колико је важна једнообразна примена царинских прописа, како би се међународна трговина несметано одвијала.

Нарочито на плану Европске уније, која је у овом случају и централна тема, од велике је важности успоставити царинску унију која ће омогућити слободно кретање робе унутар европског тржишта, што је управо и један од приоритета ове економске интеграције. Све наведено значајно је за Србију, с обзиром на то да је дужна да усклади своје царинско законодавство са европским прописима, што је и учињено доношењем новог Царинског закона.²

Што се тиче нецаринских мера заштите, кроз теоријска одређења, али и практичне примере, анализирају се мере које немају карактер царинских ограничења, али се крајњи ефекат не разликује у већој мери, нарочито имајући у виду да укидањем царина она преузимају примат као протекционистичка мера домаћег тржишта. На интересантан начин, кроз примере Европског суда правде имамо прилику да се упоз-

1 World Trade Organization, Dispute settlement, доступно на адреси: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, 10. 2. 2020, интернет извор без броја странице.

2 Царински закон, *Службени гласник РС*, бр. 95/2018 и 91/2019.

намо са тим мерама. Значајан допринос пракса даје и дефинисању, одређивању и конкретном навођењу сваког елемента односне дажбине, тј. ограничења.

Наредна два поглавља тичу се заштите животне средине и санитарних и фитосанитарних мера. У погледу заштите животне средине, а у светлу споразума о слободној трговини потписаних са неколико држава, рад се базира на изузецима од општих правила међународне трговине, а који доприносе заштити животне средине. Аутори се баве анализом правног оквира примене, како правила, тако и изузетака од тих правила, затим прелазе на спорна питања и правила тумачења, завршавајући са конкретним навођењем еколошких изузетака када се могу применити мере, које би у нормалним ситуацијама биле сматране противним важећим прописима. Када је реч о санитарним и фитосанитарним мерама, поред детаљног и сликовитог објашњења самог појма тих мера, основних принципа уређења правног режима, као и конкретних обавеза које држава треба да предузме, како би испунила своје обавезе у домену усаглашавања правних прописа са међународно прихваћеним стандардима, најзанимљивији део поглавља јесте сам закључак. Уместо класичног резимеа, аутори представљају и појединачно објашњавају сваку од „десет заповести“ које је формулисао Интерамерички институт за сарадњу у пољопривреди, како би државама омогућио лакше усаглашавање својих мера и поступака са Споразумом о примени санитарних и фитосанитарних мера. Као неке од „заповести“ наводе се учешће у релевантним међународним организацијама, усклађивање закона, транспарентност информација, јачање увозног инспекцијског и карантинског поступка итд.

Следеће обрађене теме чине целину, с обзиром на то да говоре о препрекама и ограничењима трговине, али у њиховим различитим формама и што као заједнички именилац имају за последицу штетно дејство по међународну трговину, односно представљају економски непожељне трговинске праксе, што резултује потребом за њиховом ограниченом употребом или у неким случајевима и њиховим укидањем. Полази се од техничких препрека трговини у светлу Централноевропског споразума о слободној трговини (ЦЕФТА) и споразумима о стабилизацији и придруживању Европској унији. Аутори, опет, почињу са одређивањем појма и правног значаја препрека, а затим прелазе на њихов правни третман – општи, објашњавајући детаљно сваку од обавеза коју држава треба да предузме на основу потписаног Споразума о техничким препрекама, и посебни – у смислу додатних правила садржаних у Споразуму ЦЕФТА 2006 која су процесне и организационе природе. Наредна тема се тиче услова за одређивање антидампиншких мера, како

би светска трговина била учињена „поштеном“, што се може постићи хармонизацијом правила против дампинга и субвенција. Основ српског Закона о спољнотрговинском пословању у погледу дампинга јесу ГАТТ и тзв. Антидампиншки споразум (Споразум о примени VI ГАТТ-а).³ Кроз елементе, суштинске одлике дампинга, као и доста примера из праксе, аутори омогућују да се на прави начин схвати појам дампинга и да се учини дистинкција између сличних појмова и пракси. Оно што је битно код ове теме јесте одредити услове за примену антидампиншких мера и када дође до неког конкретног случаја, потребно је испитати испуњеност тих услова.

У погледу субвенција, с обзиром на то да не постоји општеприхваћена дефиниција, аутори кроз субјекте, елементе и врсте субвенција помажу да се схвати њихов појам истичући значај и правилно одређење и разликовање од осталих сличних мера. Око субвенција као таквих, њихове корисности и оправданости увођења, доста се полемише. Али оно у чему је већина сложна јесте да субвенције имају изузетан утицај на економску и трговинску политику. С обзиром на неуједначену праксу и празнине у правилима о субвенцијама, велику улогу одиграло је Тело за решавање спорова Светске трговинске организације, као и доношење Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама, који повећава правну сигурност у овој области. Све ово је веома значајно и за Републику Србију која да би приступила Светској трговинској организацији, а потом и Европској унији, мора да усагласи и хармонизује, између осталог, и своја правила о субвенцијама. Потребно је познавати прописе, како би се избегло долажење у економски неповољну ситуацију и недозвољену зону, уколико се субвенције уведу на погрешан начин.

Још једна тема која је повезана са претходним, тиче се мера заштите од прекомерног увоза. Као што је већ наведено, да би међународна трговина била поштена, потребно је не само снизити царине и укинути нецаринске мере заштите, него и хармонизовати правила која уређују дампинг, субвенције, али и мере заштите од прекомерног увоза. Са једне стране, овакве мере не онемогућавају одвијање међународне трговине, али уколико се користе противно постојећим правилима, могу озбиљно да наруше слободу трговине и да спрече остваривање циљева на којима почива Општи споразум о царинама и трговини. И у овој области је, дакле, неопходна једнообразна примена правила која уређују мере заштите од прекомерног увоза. У раду се прво полази од правног оквира ових мера, на глобалном и на регионалном плану, кроз навођење

3 Закон о спољнотрговинском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 36/2011 – др. закон, 88/2011 и 89/2015 – др. закон.

кључних споразума, тј. уредби, затим се одређује појам и дозвољени изузеци када се протекционистичке мере могу употребити, наводе се елементи мера и на крају се анализира сваки од услова који су потребни да се остваре, како би дошло до примене. Оно што је занимљиво јесте то да кроз навођење примера из праксе, можемо уочити разлику између ових мера и осталих, попут дампинга и субвенција, с обзиром на то да прекомерни увоз налаже оштрије критеријуме, тј. строже услове за примену. Такође, кроз практичне примере омогућено је да се направи дистинкција између самих услова унутар елемената ове мере, нпр. како одредити да ли је штета озбиљна или колико широко тумачити појам домаће индустрије.

На крају, последње две теме обрађују питања правног оквира приступања Светској трговинској организацији и кризе Светске трговинске организације и приступање Србије.

Имајући у виду то да је правни оквир приступања уређен свега једном одредбом Споразума о приступању Светској трговинској организацији, кроз ту одредбу, али и мањкавости читавог система приступања, објашњава се сам ток и поступак. С обзиром на то да чланство у СТО чини више од 160 земаља света, као логичан закључак намеће се то да приликом одређивања и одлучивања о томе ко ће постати чланица, поред самог правног одређења, велику улогу играју и одређени политички аспекти, те су стално присутне тензије између политичких и правних аспеката.⁴ Наиме, захтев за чланство може поднети свака држава или посебна царинска територија која има пуну самосталност у вођењу спољнотрговинских односа. Одлуку доноси Министарска конференција или Општи савет, ако конференција у том тренутку не заседа. Предвиђа се и формирање радних група, како би се размотрио захтев за приступање кандидата. Међутим, оно што дозвољава уплитање политичких критеријума јесте чињеница да се захтев за приступање не мора ставити на дневни ред надлежног пленарног органа. Осим тога, изостаје дефинисање материјалних услова приступања, јер се дефинише да ће бити уређени преговорима. То такође може бити дискриминишући фактор који отвара пут правној несигурности, чему у прилог говори и чињеница да су ти важни аспекти уређени праксом.

Конечно, иако Светска трговинска организација и, генерално, њено право и правила представљају комплексан и, са једне стране, добро уређен систем, с обзиром на бројност питања којима се бави и множину чланова, неминовно је да се јаве одређени пропусти и да понекад дође

4 Марко Јовановић, „Правни оквир приступања Светској трговинској организацији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 371.

до застоја, односно кризе Организације. Имајући у виду чињеницу да структуру чланства чине како развијене државе, тако и државе у развоју, све су чешћи сукобљени интереси унутар саме Организације. Проблеми постоје како услед тога што је Доха рунда преговора започета још 2001. године, а није дала неке значајније резултате, тако и услед одређених унутрашњих проблема СТО, међу којима је најзначајнији криза Апелационог тела.⁵ Све ово може имати негативан утицај на Србију, услед тога што јој може отежати преговарачку позицију и пут ка њеном коначном приступању. Иако је Србија ускладила скоро целокупно законодавство са правилима и принципима СТО, већ дуже време њен статус је у стагнацији и нема помака на плану њеног приступања.

Сумирајући све раније наведено, значајно је истаћи да је добро познавање ове материје од изузетног значаја за Србију, која да би постала чланица Европске уније, прво мора приступити Светској трговинској организацији. Иако је Србија испунила већину услова који су прописани за приступање, немогућност налажења компромиса у тим, мање бројним правилима узрокује пролонгирање преговора и самог поступка придруживања, који се води од 2005. године. Због тога је важно пратити развој и еволуцију СТО, ићи у корак са изменама и истрајати на путу усаглашавања унутрашњих правила са међународним принципима. Књига је јасно написана, могу је разумети како стручњаци у области међународне трговине, тако и они којима ова тема није толико блиска. На плану обухватности материје, теме које су обрађене чине значајан део грађе у области целокупне међународне трговине. Аутори теоријске чињенице поткрепљују практичним примерима и у случају неких супротстављених становишта и недоумица, износе своје ставове и сугестије на који начин је пожељно решити конкретан проблем. Књига представља заокружену и складну целину, чији је наслов у потпуности у складу са садржајем и која је подељена на прегледна и логички повезана поглавља. Несумњиво је да књига Право Светске трговинске организације представља значајан допринос правној науци.

Коришћена литература

Здравковић Урош, „Интерпретативна надлежност Панела и Апелационог тела у поступку решавања спорова пре Светском трговинском организацијом“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014, 472–474.

5 Више о проблемима у вези са надлежношћу Апелационог тела, вид. Урош Здравковић, „Интерпретативна надлежност Панела и Апелационог тела у поступку решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014, 472–474.

Јовановић Марко, „Правни оквир приступања Светској трговинској организацији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 371.

Светска трговинска организација (World Trade Organization), Dispute settlement, доступно на адреси: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, 10. 2. 2020, интернет извор без броја странице.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Татјана Јевремовић Петровић. – 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 = Pravo i privreda
COBISS.SR-ID 101774343

У ОВОМ БРОЈУ:

Мирко Васиљевић, Наташа Петровић Томић

Одговорност управе акционарског друштва за осигурање за спречавање незаконитог пословања

Небојша Јовановић

Општи основ уговорне одговорности у српском праву

Дијана Марковић-Бајаловић

Још једном о кредитима индексираним у швајцарским францима

Марија Караникић Мирић

Интервентно законодавство на примеру Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима

Зоран Васиљевић

Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске

Милена Митровић

Развој правног оквира ЕУ о нефинансијском извештавању

Гордана Мрдак

Улога судских вештака у правосудном систему Србије

Стефан Петровић

Сајбер осигурање

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“